



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 543/17

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2015 046 652

hat der 30. Senat (Marken- und Design-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 19. Juli 2018 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Hacker sowie der Richter Dr. Meiser und Dr. von Hartz

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 28. April 2017 aufgehoben, soweit darin die teilweise Löschung der Marke 30 2015 046 652 wegen des Widerspruchs aus der Marke 795 833 angeordnet worden ist.

Der Widerspruch aus der Marke 795 833 wird auch insoweit zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Wortmarke

Pentotussin

ist am 20. Juli 2015 angemeldet und am 29. Oktober 2015 unter der Nummer 30 2015 046 652 in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register als Marke für nachfolgende Waren eingetragen worden:

„Klasse 03:

Waschmittel; Bleichmittel; Putzmittel; Poliermittel; Fettentfernungsmittel; Schleifmittel; Seifen; Parfümeriewaren; ätherische Öle; Mittel zur Körper- und Schönheitspflege; Haarwässer; Zahnputzmittel;

Klasse 05:

Pharmazeutische Erzeugnisse; veterinärmedizinische Erzeugnisse; Hygienepräparate für medizinische Zwecke; diätetische Lebensmittel und Erzeugnisse für medizinische oder veterinärmedizinische Zwecke; Babykost; Nahrungsergänzungsmittel für Menschen; Nahrungsergänzungsmittel für Tiere; Pflaster; Verbandmaterial; Zahnfüllmittel; Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke; Desinfektionsmittel; Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren; Fungizide; Herbizide;

Klasse 10:

Chirurgische Instrumente; medizinische und veterinärmedizinische Apparate und Instrumente; Zahnärztliche Instrumente; medizinische Instrumente zur Anwendung an Tierkörpern; Applikationsgeräte für Arzneimittel; medizinische Apparate zur Einführung pharmazeutischer Präparate in den menschlichen Körper; Diagnosegeräte für medizinische Zwecke; künstliche Gliedmaßen; künstliche Augen; künstliche Zähne; orthopädische Artikel“.

Die Veröffentlichung der Eintragung erfolgte am 4. Dezember 2015.

Hiergegen hat die Inhaberin der deutschen Wortmarke 795 833

SEDOTUSSIN

welche für die Waren der Klasse 5

„Arzneimittel, chemische Erzeugnisse für Heilzwecke und Gesundheitspflege, pharmazeutische Drogen, Pflaster, Verbandstoffe, Tier- und Pflanzenvertilgungsmittel, Entkeimungs- und Entwesungsmittel (Desinfektionsmittel)“

eingetragen ist, Widerspruch erhoben. Der Widerspruch ist beschränkt auf die Waren der Klassen 5 und 10 der angegriffenen Marke.

Mit Schriftsatz vom 22. April 2016 hat die Inhaberin der angegriffenen Marke die Einrede der Nichtbenutzung der Widerspruchsmarke "vorsorglich" erhoben. Die Widersprechende hat im Amtsverfahren Unterlagen (Bildschirmausdrucke, Rechnungen, eidesstattliche Versicherung) zur Benutzung vorgelegt, wegen deren Inhalte auf die entsprechenden Anlagen Bezug genommen wird.

Mit Beschluss vom 28. April 2017 hat die mit einer Beamtin des gehobenen Dienstes besetzte Markenstelle für Klasse 5 dem Widerspruch teilweise stattgegeben und zwar für die Waren "*Pharmazeutische Erzeugnisse; diätetische Lebensmittel und Erzeugnisse für medizinische Zwecke; Nahrungsergänzungsmittel für Menschen*". Im Übrigen hat sie den Widerspruch zurückgewiesen.

Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass die Widersprechende eine Benutzung der Widerspruchsmarke für "Hustenstiller" durch Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung, einer Abbildung von mit der Marke beschrifteten Packmitteln sowie durch einen Auszug aus der Roten Liste und Rechnungskopien aus den Jahren 2010 bis 2015 ausreichend glaubhaft gemacht habe. Damit gelte die Marke nach der erweiterten Minimallösung für die Hauptgruppe 24 der Roten Liste, die „Antitussiva/Expektorantia“, als benutzt. Soweit die Waren der angegriffenen Marke „*pharmazeutische Erzeugnisse*“ betroffen wären, seien die zu vergleichenden Waren identisch. Den Waren „*diätische Lebensmittel und Erzeugnisse für medizini-*

sche Zwecke“ und den „Nahrungsergänzungsmittel für Menschen“, welche die jüngere Marke in Klasse 5 für sich in Anspruch nimmt, begegne die ältere Marke im mittleren Ähnlichkeitsbereich.

Von einer unterdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft der älteren Marke könne – entgegen der Auffassung der Inhaberin der angegriffenen Marke – nicht ausgegangen werden. Zwar sei der Markenbestandteil „TUSSIN“ von „tussis“ (lat.: Husten) abgeleitet, jedoch könne der Gesamtheit der älteren Marke kein beschreibender Begriffsinhalt entnommen werden. Auch sei bei den angesprochenen Verkehrskreisen keine gesteigerte Aufmerksamkeit bei der Wahrnehmung der Marken anzusetzen. Einerseits handele es sich bei den Hustenmitteln um Arzneimittel zur Medikation eines häufig auftretenden Krankheitsbildes, welches zu den leichten Alltagsbeschwerden zähle. Andererseits würden Hustenmittel vielfach auch außerhalb von Apotheken vertrieben, so dass sie im Rahmen des täglichen Einkaufs und auch im Wege der Selbstbedienung an das Publikum gelangen würden.

Unter diesen Voraussetzungen sei der Zeichenabstand für die zuvor genannten Waren der angegriffenen Marke nicht eingehalten. In klanglicher Hinsicht seien die Zeichen schon aufgrund des identischen Bestandteils „TUSSIN“, der den Gesamteindruck durchaus noch mitbestimme, ähnlich. Darüber hinaus sei eine Verwechslung zu besorgen, da die Zeichen eine identische Silbengliederung und Vokalfolge aufwiesen und in der Betonung übereinstimmen würden. Von insgesamt zehn bzw. elf Buchstaben seien acht identisch. Die Unterschiede zwischen „S“ und „P“ am Zeichenanfang würden zurücktreten, wenn man berücksichtige, dass es sich bei beiden um stimmlose Konsonanten handele und die natürliche Betonung der Zeichenwörter ohnehin am Wortende liege. Darüber hinaus würden auch schriftbildlich nicht nur unerhebliche Gemeinsamkeiten zwischen den Marken bestehen.

Gegen diesen Beschluss hat die Inhaberin der angegriffenen Marke Beschwerde eingelegt.

Sie ist unter Wiederholung ihrer Einrede der Nichtbenutzung der Auffassung, dass die Widersprechende die rechtserhaltende Benutzung nicht dargelegt und glaubhaft gemacht habe. Es würden Nachweise über die Stückzahl der vermarkteten Produkte und den erzielten Umsatz fehlen. Bei der Beurteilung der rechtserhaltenden Benutzung sei auf die Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Art des Produkts, die Marktsituation, das Verhalten der Marktgegenseite und die Größe und Struktur des benutzenden Unternehmens, abzustellen. Angesichts der Größe des Unternehmens der Widersprechenden und des Einzelpreises der betroffenen Waren, sei ein Umsatz von ... bis ... Euro pro Jahr, der aus den Rechnungskopien hervorginge, zu gering, um eine ernsthafte Benutzung der Widerspruchsmarke zu bejahen.

Es sei unzutreffend von einer mittleren Warenähnlichkeit zwischen der Widerspruchsmarke "Hustenstillern" und den Waren der angegriffenen Marke „*dietätische Lebensmittel und Erzeugnisse für medizinische Zwecke*“ und „*Nahrungsergänzungsmittel für Menschen*“ auszugehen.

Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sei geschwächt, da nicht nur der Bestandteil „TUSSIN“ auf das lateinische Fachwort für Husten zurückzuführen sei, sondern auch der Bestandteil „SEDO“ einen beschreibenden Begriffsinhalt aufweise, da letzterer als Hinweis auf eine Beruhigung, Lokalanästhesie oder Sedierung verstanden werde.

Der Grad der Aufmerksamkeit, mit dem der angesprochene Verkehr den in Rede stehenden Waren begegnet, sei als hoch einzustufen. Endverbraucher würden generell allen Waren, die einen Gesundheitsbezug aufweisen, eine hohe Aufmerksamkeit entgegenbringen. Fachkundigen Personen wie Ärzten oder Apothekern, denen die Auswahl der apothekenpflichtigen Hustenblocker obliege, sei ohnehin eine gesteigerte Aufmerksamkeit zu unterstellen.

Ausgehend hiervon sei keine Verwechslungsgefahr zwischen der älteren und der jüngeren Marke gegeben. Die zu vergleichenden Zeichen „SEDOTUSSIN“ und „Pentotussin“ würden von den ersten Wortbestandteilen geprägt, da die Wortanfänge stärker betont würden und den ersten Silben eines Zeichens generell eine größere Bedeutung beigemessen werde. Darüber hinaus habe „TUSSIN“ einen

beschreibenden Anklang und sei extrem kennzeichnungsschwach. Die prägenden Bestandteile „SEDO“ bzw. „PENTO“ seien einander aber weder in klanglicher noch in schriftbildlicher Hinsicht ähnlich. Auch die Gefahr, dass der Verkehr die jüngere Marke für den Bestandteil einer Markenserie der Widersprechenden halten könnte, bestehe nicht.

Die Beschwerdeführerin beantragt daher sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 vom 28. April 2017 aufzuheben, soweit darin die teilweise Löschung der angegriffenen Marke angeordnet worden ist, und den Widerspruch auch insoweit zurückzuweisen.

Die Beschwerdegegnerin hat sich im Beschwerdeverfahren nicht eingelassen. Im Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt hat sie die Auffassung vertreten, dass die zu vergleichenden Waren der Klasse 5 größtenteils identisch seien. Die Waren der Klassen 10 seien sehr ähnlich. Zwischen den Vergleichszeichen bestehe eine hochgradige schriftbildliche und klangliche Ähnlichkeit.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die gemäß §§ 66, 64 Abs. 6 MarkenG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke hat in der Sache Erfolg. Zwischen den Vergleichsmarken besteht keine Gefahr von Verwechslungen (§§ 43 Abs. 2, 42 Abs. 2 Nr. 1, 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG). Beschwerdegegenständlich sind lediglich die Waren der angegriffenen Marke "*Pharmazeutische Erzeugnisse; diätetische Lebensmittel und Erzeugnisse für medizinische Zwecke; Nahrungsergänzungsmittel für Menschen*", da die Markenstelle nur insoweit eine Verwechslungs-

gefahr bejaht und nur die Inhaberin der angegriffenen Marke Beschwerde eingelegt hat; im Übrigen ist der Beschluss der Markenstelle bestandskräftig geworden.

Ob Verwechslungsgefahr vorliegt, ist unter Beachtung aller Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen (vgl. z. B. EuGH GRUR 2010, 1098 Rn. 44 - Calvin Klein/HABM; GRUR 2010, 933 Rn. 32 - BARBARA BECKER; BGH WRP 2018, 82 Rn. 9 – OXFORD/Oxford Club; GRUR 2012, 1040 Rn. 25 - pjur/pure). Von maßgeblicher Bedeutung sind insoweit die Identität oder Ähnlichkeit der zum Vergleich stehenden Marken sowie der von diesen erfassten Waren oder Dienstleistungen. Darüber hinaus ist die Kennzeichnungskraft der älteren Marke und - davon abhängig - der dieser im Einzelfall zukommende Schutzzumfang in die Betrachtung mit einzubeziehen. Dabei impliziert der Begriff der Verwechslungsgefahr eine gewisse Wechselwirkung zwischen den genannten Faktoren (z. B. EuGH GRUR 2008, 343 Rn. 48 - Il Ponte Finanziaria Spa/HABM; BGH WRP 2018, 82 Rn. 9 – OXFORD/Oxford Club; GRUR 2013, 833 Rn. 30 - Culinaria/Villa Culinaria; GRUR 2012, 64 Rn. 9 - Maalox/Melox-GRY).

1. Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke mit Schriftsatz vom 22. April 2016 zulässigerweise bestritten. Ein „vorsorgliches“ Erheben der Einrede der fehlenden Benutzung ist zulässig (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Auflage, 2018, § 43 Rn. 33). Unabhängig davon hat die Inhaberin der angegriffenen Marke die Einrede im Beschwerdeverfahren wiederholt. Da sie die Einrede der Nichtbenutzung undifferenziert erhoben hat, ist davon auszugehen, dass die Einrede beide Zeiträume des § 43 Abs. 1 Satz 1 und 2 MarkenG umfassen soll (BGH GRUR 1998, 938 – DRAGON).

a) Da die Widerspruchsmarke am 28. Oktober 1964, mithin mehr als fünf Jahre vor der am 4. Dezember 2015 erfolgten Veröffentlichung der Eintragung der jüngeren Marke, eingetragen worden ist, ist die Einrede mangelnder Benutzung nach § 43 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 MarkenG zulässig.

Damit obliegt es der Widersprechenden, die wesentlichen Umstände der Benutzung ihrer Marke, insbesondere nach Zeit, Art, Ort und Umfang in den maßgeblichen Benutzungszeiträumen Dezember 2010 bis Dezember 2015 und Juli 2013 bis Juli 2018 darzulegen und glaubhaft zu machen. Letzterer ist der Zeitraum von fünf Jahren vor der Entscheidung über die Beschwerde (vgl. BGH WRP 2017, 1209 Rn. 13 – Dorzo; BPatG, 28 W (pat) 109/12).

b) Die Benutzung einer Marke wirkt nur dann rechtserhaltend, wenn sie deren Hauptfunktion entspricht, dem Verkehr die Ursprungsidentität der maßgeblichen Waren oder Dienstleistungen zu garantieren, indem sie ihm ermöglicht, diese von solchen anderer Herkunft zu unterscheiden. Hierzu ist es ausreichend, aber auch erforderlich, dass die Marke in üblicher und wirtschaftlich sinnvoller Weise für die Ware oder Dienstleistung verwendet wird, für die sie eingetragen ist (vgl. EuGH GRUR 2003, 425 Rn. 382- Ansul/Ajax; BGH GRUR 2013, 68 Rn. 14 – Castell/VIN CASTEL; GRUR 2011, 623 Rn. 23 - Peek & Cloppenburg II). Die Ernsthaftigkeit der Benutzung einer Marke ist anhand sämtlicher Tatsachen und Umstände zu beurteilen, durch die die wirtschaftliche Verwertung der Marke im Geschäftsverkehr belegt werden kann; dazu gehören insbesondere eine Nutzung, die im betreffenden Wirtschaftszweig als gerechtfertigt angesehen wird, um Marktanteile für die durch die Marke geschützten Waren oder Dienstleistungen zu behalten oder hinzuzugewinnen, die Art dieser Waren oder Dienstleistungen, die Merkmale des Marktes sowie der Umfang und die Häufigkeit der Benutzung der Marke (vgl. EuGH GRUR 2013, 182 Rn. 29 – Leno Marken/Hagelkruis Beheer; GRUR 2006, 582 Rn. 70 - VITAFRUIT; BGH GRUR 2006, 152 Rn. 21 - GALLUP).

c) Zur Glaubhaftmachung muss von dem Widersprechenden daher konkret angegeben werden, wer die Marke auf welche Weise für welche Waren und Dienstleistungen in welchen Jahren an welchem Ort benutzt hat und wie viel Umsatz damit erwirtschaftet worden ist. Dabei müssen die Angaben zu den Umsatzzahlen entweder in Geldbeträgen oder in Stück bzw. Auftragszahlen konkret auf

die jeweiligen Waren und Dienstleistungen bezogen und in die jeweiligen für die Benutzung rechtserheblichen Zeiträume aufgeteilt sein.

d) Unter Anwendung dieser Grundsätze ist mit der Markenstelle von einer rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke für die Waren „*Antitus-siva/Expektorantia*“ auszugehen.

Die eingereichten Unterlagen sowie die eidesstattliche Versicherung lassen in einer Gesamtschau auf eine ausreichende rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke für "*Hustenstiller*" schließen.

Die Widersprechende hat beispielhafte Rechnungskopien, die vom 3. Januar 2011 bis zum 31. Juli 2015 datieren, für einen Hustenstiller in zwei Darreichungsformen, als Saft und Tropfen, vorgelegt. Zwar erscheinen die an Eides statt versicherten Zahlen, gemäß denen die Widersprechende über den gesamten Zeitraum hinweg jährlich zwischen 460 (2011) und 2470 (2014) Einheiten des Hustenstillers verkauft hat, angesichts der Größe des benutzenden Unternehmens relativ gering. Auch der Umsatz von ... EUR, der den beispielhaft vorgelegten Rechnungen entnommen werden kann, erscheint relativ niedrig, wenn man berücksichtigt, dass es sich um ein Mittel zur Behandlung eines häufig anzutreffenden Erkältungssymptoms handelt. Allerdings lässt dies nicht den Schluss eines fehlenden Benutzungswillens zu. Es gibt viele unterschiedliche Hustenstiller. Auch hat die Widersprechende kontinuierlich über einen längeren Zeitraum Hustenstiller, welche mit der Widerspruchsmarke gekennzeichnet sind, auf den Markt gebracht.

Sie hat auch ihre Produkte einem Zulassungsverfahren unterworfen. Der Hustenstiller-Saft mit der Zulassungsnummer 6083612.00.01 und die Hustenstiller-Tropfen mit der Zulassungsnummer 6083782.00.00 sind seit dem Jahr 2010 deutschlandweit in den als Abbildung vorgelegten Packmitteln vertrieben worden. Die Abbildung zeigt, dass das Primärpackmittel jeweils in einer etikettierten Flasche und das Sekundärpackmittel jeweils in einer bedruckten Faltschachtel bestehen. Sowohl die Flaschen als auch die Faltschachteln sind bis auf ihre Größe und zwei

unterschiedlich eingefärbte Elemente am oberen und unteren Rand der Vorderseiten identisch gestaltet. Sie weisen einen Hintergrund mit einem Farbverlauf von grün nach weiß auf und sind im oberen Drittel mit dem Schriftzug „Sedotussin®“ versehen.

Der Umstand, dass die Widerspruchsmarke in diesem Schriftzug abweichend von der eingetragenen Form in blauer Farbe wiedergegeben ist, verändert den kennzeichnenden Charakter der Marke nicht. Auch die unterhalb des Schriftzuges mit der Widerspruchsmarke angebrachten Angaben („Hustenstiller“, Wirkstoffkonzentration, diverse Anwendungshinweise) können die Wahrnehmung der Marke durch das Publikum nicht beeinflussen. Sie stehen in einem beschreibenden Bezug zu den Produkten und sind somit nicht kennzeichnungskräftig.

e) Der bisherige Sachvortrag ist auch glaubhaft gemacht worden. Die Widersprechende hat die eidesstattliche Versicherung des Leiters der Rechtsabteilung im Original in Ergänzung zu den weiteren Unterlagen vorgelegt. Zwar handelt es sich bei dieser um eine sog. Erklärung vom Hörensagen, weil der Unterzeichner über keine eigenen Erkenntnisse in Bezug auf die erklärten Tatsachen verfügt. Die Erklärung enthält jedoch Tatsachen, welche Kennzeichnung in welchem Zeitraum und welchem Umfang für welche Waren in welcher Form verwendet worden ist. Es ist nicht erforderlich, eine Benutzungshandlung für jedes Jahr des Benutzungszeitraums zu belegen, solange eine Scheinbenutzung ausgeschlossen ist. Letzteres ist aus der Gesamtschau der eingereichten Unterlagen nicht der Fall.

f) Eine rechtserhaltende Benutzung ist vorliegend auf „Antitussiva/Expektorantia“ entsprechend der Hauptgruppe 24 der „Roten Liste“ zu erstrecken (vgl. BPatGE 41, 267, 270 - Taxanil/Taxilan; BPatG, GRUR 2001, 513 - CEFABRAUSE/CEFASEL; BPatG, MarkenR 2004, 361, 362 - CYNARETTEN/Circanetten).

2. Unabhängig von der Auffassung der Inhaberin der angegriffenen Marke, ob zwischen den zu vergleichenden Waren Identität oder Ähnlichkeit besteht, ist eine Gefahr von Verwechslungen selbst bei Warenidentität nicht zu besorgen, so dass sich weitere Ausführungen zum Identitäts- und Ähnlichkeitsbereich erübrigen. In jedem Fall besteht zwischen der Ware der angegriffenen Marke "*Pharmazeutische Erzeugnisse*" als Oberbegriff Identität zur Widerspruchsware.

3. Der Widerspruchsmarke „SEDOTUSSIN“ kommt in ihrer Gesamtheit eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft zu (vgl. BPatG, 30 W (pat) 128/99 – WEROTUSSIN/SEDOTUSSIN).

Von einer originär unterdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft kann vorliegend nicht ausgegangen werden. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Widerspruchsmarke erkennbar an einen beschreibenden Begriff angelehnt wäre (vgl. BGH MarkenR 2017, 412 Rn. 19 – Medicon-Apotheke/MedicoApotheke; GRUR 2014, Rn. 26 – REAL-Chips). Allerdings entspricht der Wortanfang „SEDO“ der konjugierten Form des lateinischen Verbs „sedare“ in der ersten Person Singular. In seiner Bedeutung „ich beruhige“ hat er einen beschreibenden Bezug zu den Antitussiva, die den Hustenreiz stillen bzw. beruhigen sollen. Das Wortende „TUSSIN“ kann als sprachliche Abwandlung des Begriffs „tussis“ (lat. für „Husten“) aufgefasst werden.

Im Arzneimittelbereich sind jedoch häufig mehr oder weniger deutliche Sachhinweise in den Zeichen enthalten, die aber regelmäßig nicht zu einer Kennzeichnungsschwäche der Gesamtmarke führen, wenn diese insgesamt eine ausreichend eigenständige Abwandlung einer beschreibenden Angabe darstellt (vgl. BPatG, 25 W (pat) 58/15; 30 W (pat) 46/10). Das ist vorliegend der Fall, da die Widerspruchsmarke in ihrer Kombination der jeweils abgewandelten Einzelbestandteile zu einem neuen Phantasiewort geworden ist. Der angesprochene Verkehr erkennt die Bezugnahme nicht unmittelbar, sondern nur mit – zwei – gedanklichen Zwischenschritten.

4. Den bei dieser Ausgangslage strengen Anforderungen an den Markenabstand wird die jüngere Marke noch gerecht. Es liegt nur eine weit unterdurchschnittliche Zeichenähnlichkeit vor.

Maßgeblich für die Beurteilung der Zeichenähnlichkeit ist der Gesamteindruck der Vergleichsmarken unter Berücksichtigung der unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente (EuGH GRUR 2013, 922 Rn. 35 - Specsavers/Asda; BGH GRUR 2013, 833 Rn. 30 – Culinaria/Villa Culinaria), wobei von dem allgemeinen Erfahrungsgrundsatz auszugehen ist, dass der Verkehr eine Marke so aufnimmt, wie sie ihm entgegentritt, ohne sie einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (vgl. u. a. EuGH GRUR 2004, 428, Rn. 53 – Henkel; BGH GRUR 2001, 1151, 1152 – marktfrisch). Die Frage der Ähnlichkeit sich gegenüberstehender Zeichen ist nach deren Ähnlichkeit in Klang, (Schrift-)Bild und Sinngehalt zu beurteilen, weil Marken auf die mit ihnen angesprochenen Verkehrskreise in klanglicher, bildlicher und begrifflicher Hinsicht wirken (vgl. EuGH GRUR 2006, 413 Rn. 19 – ZIRH/SIR; BGH GRUR 2010, 235 Rn. 15 – AIDA/AIDU; NJW-RR 2009, 757 Rn. 32 METROBUS). Dabei genügt für die Annahme einer Verwechslungsgefahr regelmäßig bereits die hinreichende Übereinstimmung in einer Richtung (BGH a. a. O. Rn. 18 – AIDA/AIDU; GRUR 2008, 724 Rn. 37 – idw).

a) Eine hinreichende klangliche Zeichenähnlichkeit zwischen den Vergleichszeichen "Pentotussin" und "Sedotussin" scheidet aus. In klanglicher Hinsicht sticht die unterschiedliche Konsonantenfolge trotz sonstiger Übereinstimmungen hervor. Der klangliche Unterschied wird durch die Anzahl der Konsonanten maßgeblich beeinflusst und durch die unterschiedliche Artikulationsart der beiden Zeichenanfänge verstärkt. Die angegriffene Marke verfügt über zwei Explosivlaute, während dies bei der Widerspruchsmarke nur beim Buchstaben "d" der Fall ist. Vorliegend unterscheiden sich die zu vergleichenden Zeichen "Pentotussin" und "Sedotussin" somit deutlich am Wortanfang, dem für den Gesamteindruck eines Wortzeichens ein größeres Gewicht zukommt als den nachfolgen-

den Wortbestandteilen. Der Verkehr schenkt dem Beginn eines Wortzeichens im Allgemeinen größere Aufmerksamkeit (BGH WRP 2015, 1219 Rn. 36 – IPS/ISP).

Dies gilt vorliegend umso mehr, als die beiden zweiten Zeichenbestandteile der zu vergleichenden Zeichen (tussin) sich an eine beschreibende Angabe anlehnen. Sie werden vom Verkehr als sprachliche Abwandlung des Begriffs „tussis“ (lat. für „Husten“) und damit als bloßer Indikationshinweis verstanden. Dies gilt sowohl für den Fachverkehr, der ohne Weiteres in der Lage ist, diesen Zusammenhang zu erkennen, als auch für den Endverbraucher, d.h. die Patienten, die derartige Mittel einnehmen bzw. denen solche verschrieben werden, da Patienten in Bezug auf alles, was mit der Wahrung der Gesundheit und mit der Verhinderung, Linderung oder Heilung von Krankheiten zu tun hat, eine erhöhte Aufmerksamkeit beimessen (BPatG GRUR 2014, 803 - PANTOPREM/PANTOPAN).

Richtet der Verkehr seine Aufmerksamkeit auf den Zeichenanfang, überwiegen die Unterschiede bei den Vergleichsmarken, so dass bei einer Gesamtabwägung aller vorgenannten Umstände eine Verwechslungsgefahr unter dem Aspekt klanglicher Markenähnlichkeit zu verneinen ist.

b) Gleiches gilt in Bezug auf den Markenvergleich in schriftbildlicher Hinsicht. Auch insoweit unterscheiden sich die Vergleichsmarken in allen üblichen Schreibweisen durch die unterschiedliche Buchstabenfolge „Pento“ gegenüber „Sedo“ am Wortanfang noch hinreichend deutlich, zumal die angegriffene Marke einen Buchstaben mehr aufweist, was auch zu einem Unterschied in der Wortlänge führt.

5. Auch andere Gründe für die Annahme einer Verwechslungsgefahr zwischen den Vergleichsmarken sind nicht ersichtlich.

III.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss steht den am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich einzulegen.

Hacker

Meiser

von Hartz

prä