



# BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 245/03

---

(AktENZEICHEN)

Verkündet am  
27. März 2006

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die angegriffene Marke IR 661 240**

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 27. März 2006 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

Auf die Beschwerde der IR-Markeninhaberin wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 IR des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 27. Mai 2003 aufgehoben, soweit darin der Schutz versagt wurde.

Der Widerspruch aus der Marke 945 596 wird auch insoweit zurückgewiesen.

**Gründe**

**I.**

Die unter IR 661 240 am 29. November 1995 – veröffentlicht am 19. Dezember 1996 - für Waren und Dienstleistungen der Klassen 1, 3, 5, 10, 16, 31, 42 international registrierte Marke



sucht um Schutz nach für die Bundesrepublik Deutschland - nach Beschränkung im Beschwerdeverfahren - bezüglich der Klasse 5 noch für folgende Waren:

Pharmaceutical and veterinary preparations, excluding medical herbal teas and Korean ginseng active tonic; chemical preparations for medical purposes; dietetic substances adapted for medical use, food for babies plasters, materials for dressings, material for stopping teeth, dental wax, disinfectants, preparations for destroying vermin, fungicides, herbicides, additives to fodder for medical purposes.

Widerspruch erhoben hat die unter 945 596 für die Waren

Veterinärmedizinische Präparate

eingetragene Marke

ALMAPHARM

deren Benutzung bereits im Verfahren vor der Markenstelle bestritten worden war. Die Widersprechende hat Unterlagen vorgelegt über die Benutzung der Widerspruchsmarke für Vitaminkonzentrate und futtermischbare Arzneimittel für den Zeitraum 1989 bis 1999.

Die Markenstelle für Klasse 5 IR hat der IR Marke wegen des Widerspruchs aus 945 596 teilweise den Schutz versagt für Waren der Klasse 5.

Die Benutzung der Widerspruchsmarke sei glaubhaft nachgewiesen. Bei durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke bestehe Verwechslungsgefahr, da Lautfolge, Vokalfolge, Wortanfang und -ende identisch seien.

Hiergegen hat die IR-Markeninhaberin Beschwerde eingelegt und im wesentlichen ausgeführt, der Widerspruchsmarke komme keine durchschnittliche Kennzeichnungskraft mehr zu, „PHARM“ im Sinn von „Heilmittel“ sei beschreibend und verbraucht, „ALMA“ werde von den betroffenen Fachkreisen im Sinne von „ernährender, aufbauender, unterstützender“ Veterinärmedizin verstanden. Es gebe zudem zahlreiche Drittmarken mit diesem Bestandteil. Es seien vorrangig Fachverkehrskreise betroffen, die besondere Aufmerksamkeit walten ließen. Es bestehe keine Warenähnlichkeit zu Produkten der Humanmedizin. Sie rügt weiter die Benutzung.

Die Inhaberin der angegriffenen IR-Marke beantragt,

(auf der Grundlage des eingeschränkten Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses) den angefochtenen Beschluss der Markenstelle vom 27. Mai 2003 aufzuheben und den Widerspruch zurückzuweisen.

Die Inhaberin der Widerspruchsmarke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie legt neue Benutzungsunterlagen vor und führt aus, angesichts teils identischer teils ähnlicher Waren sei der Markenabstand nicht eingehalten, der graphische Bestandteil in der jüngeren Marke trete aufgrund seiner Größe und der einfachen Ausgestaltung zurück. Da gleiche Buchstaben lediglich leicht unterschiedlich angeordnet seien, bestehe Verwechslungsgefahr in klanglicher und schriftbildlicher Hinsicht, mittelbare Verwechslungsgefahr bestehe, da die Anmeldemarke in der Widerspruchsmarke vollständig enthalten sei.

Ergänzend wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen IR-Marke hat in der Sache Erfolg.

Die angegriffene Marke ist nicht nach § 9 Abs. 1 Nr. 2, § 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zu löschen, weil sie der Widerspruchsmarke nicht so ähnlich ist, dass die Gefahr von Verwechslungen besteht.

1. Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat die Einrede mangelnder Benutzung der Widerspruchsmarke nach § 43 Abs. 1 MarkenG bereits im Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt zulässig erhoben.

Bei der Entscheidung über den Widerspruch können damit nur die Waren berücksichtigt werden, für die von der Widersprechenden eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke für beide Benutzungszeiträume des § 43 Abs. 1 MarkenG glaubhaft gemacht worden ist (§ 43 Abs. 1 Satz 3 MarkenG). Die Widersprechende hatte demnach die Benutzung der Marke nach § 43 Abs. 1 S. 1 für den Zeitraum innerhalb der letzten 5 Jahre vor der Veröffentlichung der Eintragung der Marke, gegen die sich der Widerspruch richtet, glaubhaft zu machen, nämlich für die Jahre 1991 bis 1996 sowie nach § 43 Absatz 1 Satz 2 MarkenG für die Zeit innerhalb der letzten fünf Jahre vor dieser Beschwerdeentscheidung, nämlich von März 2001 bis März 2006 (vgl. Ströbele/Hacker MarkenG, 7. Aufl., § 43 Rdn. 6, 32).

Die Widersprechende hat jedenfalls für den zweiten Benutzungszeitraum keine ausreichenden Unterlagen vorgelegt. Den von der Widersprechenden vorgelegten Glaubhaftmachungsunterlagen ist lediglich zu entnehmen, dass veterinärmedizinische Präparate mit der Widerspruchsmarke „ALMAPHARM“ seit vielen Jahren kennzeichenmäßig versehen sind. Dies ergibt sich aus der in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Kopie eines als eidesstattliche Erklärung der Frau A... bezeichneten – nicht unterschriebenen – Textes vom

11. November 2005 sowie den beigefügten Produktabbildungen und Preislisten. Die Erklärung enthält zudem eine Aufstellung von Umsätzen für veterinärmedizinische Präparate für die Zeiträume 2000 bis 2004. Da diese Umsatzzahlen nicht nach Einzelwaren aufgeschlüsselt sind, können sie nicht belegen, in welchem Umfang die fraglichen Waren benutzt werden und belegen daher auch nicht die Ernsthaftigkeit der Benutzung. Zudem ist die vorgelegte Kopie kein geeignetes Mittel zur Glaubhaftmachung der bestrittenen Benutzung der Widerspruchsmarke gemäß § 43 Abs. 1 MarkenG i. V. m. § 294 Abs. 1 ZPO, da die eidesstattliche Versicherung die persönliche Unterschrift sowie die Einreichung im Original erfordert (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl., § 43 Rdn. 88, 90).

Hierauf kam es aber letztlich nicht an, da sich auch bei unterstellter Benutzung keine Gefahr der Verwechslung besteht.

2. Die Frage der Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der zueinander in Wechselbeziehung stehenden Faktoren der Ähnlichkeit der Marken, der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren sowie der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke zu beurteilen, wobei insbesondere ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Marken durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Waren ausgeglichen werden kann und umgekehrt (BGH st. Rspr. vgl. GRUR 2005, 513 - MEY/Ella May; WRP 2004, 1281 - Mustang; WRP 2004, 1043 - NEUROVIBOLEX-/NEURO-FIBRAFLEX; WRP 2004, 907 - Kleiner Feigling).

Bei seiner Entscheidung geht der Senat von einer unterdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft und damit einem eingeschränkten Schutzzumfang der Widerspruchsmarke aus.

Die Widerspruchsmarke „ALMAPHARM“ ist in der zweiten Silbe aus der Abkürzung „PHARM“ gebildet, bei der es sich um einen allgemein verständlichen und häufig verwendeten, beschreibenden und nur wenig individualisierenden Hinweis auf Pharmazie, Pharmaunternehmen oder allgemein auf den Pharma-Bereich handelt. Auch dem zweiten Bestandteil des Markenwortes - „ALMA“ - (vom latei-

nischen „almus“ für „nährend, fruchtbar“) kann eine sinnvolle Bedeutung in Bezug auf die von der Widerspruchsmarke beanspruchten veterinärmedizinischen Präparate zugeordnet werden. Die Gesamtbezeichnung „ALMAPHARM“ kann daher entsprechend der bildungssprachlichen Bezeichnung „Alma mater“ für „Universität, Hochschule“ (vgl. Duden, Fremdwörterbuch) als Gesamtbegriff und Hinweis auf die „nährende Pharmazie, das fruchtbare Arzneimittel“ verstanden werden. Die Widerspruchsmarke hat deshalb in Bezug auf die beanspruchten Waren deutlich beschreibende Anklänge und damit einen deutlich eingeschränkten Schutzzumfang.

3. Eine Ähnlichkeit der beiderseitigen Waren ist anzunehmen, wenn diese unter Berücksichtigung aller erheblichen Faktoren, die ihr Verhältnis zueinander kennzeichnen - insbesondere ihrer Beschaffenheit, ihrer regelmäßigen betrieblichen Herkunft, ihrer regelmäßigen Vertriebs- oder Erbringungsart, ihrem Verwendungszweck und ihrer Nutzung, ihrer wirtschaftlichen Bedeutung, ihrer Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Produkte und Leistungen oder anderer für die Frage der Verwechslungsgefahr wesentlicher Gründe - so enge Berührungspunkte aufweisen, dass die beteiligten Verkehrskreise der Meinung sein können, sie stammten aus demselben oder gegebenenfalls wirtschaftlich verbundenen Unternehmen, sofern sie mit identischen Marken gekennzeichnet sind (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 9 Rdn. 57). Dabei reicht der Umstand, dass sich die Waren in irgendeiner Hinsicht ergänzen können, zur Feststellung der Ähnlichkeit noch nicht aus. Vielmehr ist eine gegenseitige Ergänzung in dem Sinne notwendig, dass dadurch die Annahme gemeinsamer oder doch miteinander verbundener Ursprungsstätten nahe gelegt wird und damit auch der Kontrolle und Qualitätsverantwortung desselben Unternehmens (vgl. Ströbele/Hacker a. a. O. § 9 Rdn. 105). Daher liegt eine Warenähnlichkeit dann vor, wenn das Publikum glauben könnte, dass die betroffenen Waren aus demselben Unternehmen oder ggf., aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen. Dabei ist für die Ähnlichkeit der Waren nicht die Feststellung gleicher Herkunftsstätten entscheidend, sondern die Erwartung des Verkehrs von

einer Verantwortlichkeit desselben Unternehmens für die Qualität der Waren (vgl. BGH, GRUR 1999, 731 Canon II).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze sind die sich gegenüberstehenden Waren teilweise als ähnlich anzusehen. So ist zwischen veterinärmedizinischen Erzeugnissen und Arzneimitteln für Humanmedizin engere Ähnlichkeit anzunehmen (vgl. 25 W (pat) 150/95 unter PAVIS PROMA).

4. Den bei reduzierter Kennzeichnungskraft und ähnlichen Vergleichswaren zu fordernden mittleren Markenabstand hält die angegriffene Marke in jeder Hinsicht ein.

Die Ähnlichkeit von Wortzeichen ist anhand ihres klanglichen und schriftbildlichen Eindrucks sowie ihres Sinngehalts zu ermitteln. Für die Annahme einer Verwechslungsgefahr reicht in aller Regel bereits die hinreichende Übereinstimmung in einer Hinsicht aus. Dabei kommt es auf den jeweiligen Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Zeichen an. Dies entspricht dem Erfahrungssatz, dass der Verkehr Marken regelmäßig in der Form aufnimmt, in der sie ihm entgegentreten und sie nicht einer analysierenden, zergliedernden, möglichen Bestandteilen und deren Bedeutung nachgehenden Betrachtung unterzieht. Dabei bleibt auch ein beschreibender Bestandteil bei der Feststellung des Gesamteindrucks nicht außer Betracht, sondern ist mit zu berücksichtigen (vgl. BGH a. a. O. NEUROVIBO-LEX/NEURO-FIBRAFLEX).

Bei Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich, dass sich die gegenüberstehenden Marken in ihrem Gesamteindruck ausreichend unterscheiden.

So verfügt die angegriffene Marke noch zusätzlich über eine nicht ganz unauffällige graphische Gestaltung.

Eine klangliche Ähnlichkeit ist zu verneinen. Zwar stimmen die beiden Marken in einem Großteil der Buchstaben überein, die in der Widerspruchsmarke zusätzliche Silbe „-MA“ nach der identischen ersten Silbe „AL-“ sowie das knappe „-PHARM“



durch Weglassen des letzten Vokals „A“ verleihen der Widerspruchsmarke ein gegenüber der angegriffenen Marke abweichendes Klangbild.

Dies wird noch verstärkt durch den in der Widerspruchsmarke deutlich erkennbaren Begriffsgehalt. Der in beiden Vergleichsmarken übereinstimmende Wortbestandteil „PHARM“ ist kein kennzeichnungsstarker Bestandteil, sondern hat die oben erläuterten beschreibenden Anklänge an die Begriffe Pharmazie, Pharmabereich und fällt daher weniger ins Gewicht als dies bei einem reinen Phantasiebestandteil der Fall wäre. Somit wird die Aufmerksamkeit noch stärker als dies ohnehin der Fall ist auf die Wortanfänge verlagert und Unterschiede noch deutlicher wahrgenommen.

Im Gegensatz zur Widerspruchsmarke, wo die beiden Begriffselemente „ALMA“ und „PHARM“ deutlich erkennbar werden, trifft dies für die angegriffene Marke „ALPHARMA“ nicht in gleicher Weise zu, da zumindest das erste Einzelelement nicht als solches deutlich wird und die angegriffene Marke in der Zusammensetzung wie ein neuer eigenständiger Phantasiebegriff wirkt. In der angegriffenen Marke lässt sich bei der dem gemeinsamen Bestandteil „PHARM“ vorangestellten Silbe „AL“ ein beschreibender Anklang nämlich nicht ohne weiteres erkennen. Durch den direkten Anschluss an die nachfolgenden Buchstaben bildet die Anfangssilbe „AL-“ vielmehr mit dem nachfolgenden Bestandteil „PHARM“ eine geschlossene Einheit und einen neuen eigenständigen Phantasiebegriff. Zwar kann in der Regel bei weitgehenden Übereinstimmungen im übrigen eine alleinige Abweichung am Wortanfang die Verwechslungsgefahr nicht ausschließen (vgl. Ströbele/Hacker a. a. O. § 9 Rdn. 184). Doch handelt es sich hier bei dem übereinstimmenden Teil „-PHARM“ wie oben erläutert um einen kennzeichnungsschwachen Bestandteil, der zudem von dem die Betonung tragenden Element „AL-“ überlagert oder zumindest aufgenommen wird, so dass der Gesamteindruck verändert ist. Zudem kann bei einteiligen Marken allenfalls unter ganz besonderen Umständen ein Bestandteil zu vernachlässigen sein (vgl. Ströbele/Hacker a. a. O. § 9 Rdn. 339).

Auch die Widerspruchsmarke bildet mit den beiden Bestandteilen „ALMA-“ und „-PHARM“ einen einheitlichen Begriff, wobei im Gegensatz zur angegriffenen Marke bei der Widerspruchsmarke der Sinngehalt der Einzelelemente im oben genannten Sinne deutlich erkennbar wird.

5. Anhaltspunkte für das Vorliegen anderer Fälle von Verwechslungsgefahr sind nicht ersichtlich.

So besteht insbesondere auch nicht die Gefahr, dass die Marken gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden können. Die Annahme einer mittelbaren Verwechslungsgefahr setzt nämlich voraus, dass die beteiligten Verkehrskreise zwar die Unterschiede zwischen den Vergleichsmarken erkennen und insoweit keinen unmittelbaren Verwechslungen unterliegen, gleichwohl einen in beiden Marken übereinstimmend enthaltenen Bestandteil als Stammzeichen des Inhabers der älteren Marke werten, diesem Stammbestandteil also für sich schon die maßgebliche Herkunftsfunktion beimessen und deshalb die übrigen abweichenden Markenteile nur noch als Kennzeichen für bestimmte Waren aus dem Geschäftsbetrieb des Inhabers der älteren Marke ansehen (vgl. Ströbele/Hacker a. a. O. § 9 Rdn. 466). Dabei sprechen die zu vergleichenden (abweichenden) Markenteile insbesondere dann gegen eine mittelbare Verwechslungsgefahr ebenso wie gegen eine unmittelbare Verwechslungsgefahr, wenn sie sich mit dem gemeinsamen Bestandteil zu eigenen, in sich geschlossenen Gesamtbegriffen verbinden, die von der Vorstellung wegführen, es handele sich um Serienmarken eines Unternehmens (vgl. Ströbele/Hacker a. a. O. § 9 Rdn. 493). Im vorliegenden Fall kann schon die gesamtbegriffliche Verbindung - wie oben ausgeführt - zu dem Phantasiebegriff „ALPHARMA“ von der Vorstellung wegführen, das Markenelement „-PHARM“ stelle den Stammbestandteil von Serienmarken dar. Jedenfalls ist „pharm“ wegen seiner beschreibenden Bedeutung und seiner häufigen Verwendung in Zeichen verschiedenster Firmen, nicht geeignet, den Eindruck zu erwecken, es sei Stammzeichen der Widersprechenden.

Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bot der Streitfall keinen Anlass (§ 71 Abs. 1 MarkenG).

gez.

Unterschriften