



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 67/06

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die angegriffene Marke 303 07 093

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 2. Juli 2007 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Eingetragen am 23. Juli 2003 unter der Nummer 303 07 093 für die Waren

„Kontaktlinsenpflegemittel, insbesondere Reinigungs-, Abspül-, Desinfektions- und Aufbewahrungslösungen“

ist die Wort/Bildmarke

FOCUsept.

Widerspruch erhoben wurde aus der unter der Nummer 394 07 564 seit dem 23. Mai 1996 für Waren verschiedener Klassen, - nach teilweiser Löschung - für u. a. folgende Waren der Klassen 3 und 5

„...Seifen; Parfümerien, ätherische Öle, Schminken, Kosmetika, Haarwässer, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Rasierwässer und -cremes, Deodorants; Toilettenartikel, nämlich Toiletten-

papier, Reinigungsmittel und Zahncreme; Zahnputzmittel; pharmazeutische Erzeugnisse sowie Erzeugnisse für die Gesundheitspflege, diätetische Erzeugnisse, auf der Basis von Vitaminen, von Eiweiß und/oder auf der Basis von Kohlehydraten als Nahrungsmittel für die Aufbau- oder nährstoffreduzierte, kalorienkontrollierte Ernährung, als sportliche Aufbaumittel, Vitamin- und Mineral- sowie spurenelementhaltige auch stimulierende Aufbaupräparate o. ä.; ...“

eingetragenen Wortmarke

FOCUS.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamtes hat den Widerspruch wegen fehlender Verwechslungsgefahr zurückgewiesen. Es sei von durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke auszugehen, da die Bereiche, für die eine gesteigerte Kennzeichnungskraft geltend gemacht werden könne, für die hier vorzunehmende Beurteilung keine Bedeutung hätten. Ähnlichkeit bestehe zwischen den Waren „Kontaktlinsenreinigungsmittel“ und „pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege“. Wegen der jeweils unterschiedlichen Wortlängen unterschieden sich die Marken ausreichend in klanglicher und schriftbildlicher Hinsicht. Der Bestandteil „sept“ sei trotz des Hinweises auf „septisch“ kein glatt beschreibender Bestandteil, so dass beide Bestandteile die angegriffene Marke gleich prägten. Assoziative Verwechslungsgefahr bestehe nicht, da die Widerspruchsmarke „Focus“ in der angegriffenen Marke nicht wesensgleich enthalten sei.

Hiergegen hat die Widersprechende Beschwerde eingelegt und im Wesentlichen ausgeführt, es sei für die Warenklasse 5 zumindest durchschnittliche Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke anzunehmen. Es bestehe überdurchschnittliche Warenähnlichkeit zu den Waren „pharmazeutische Erzeugnisse“ und „Reini-

gungsmittel“ der angegriffenen Marke. Die angegriffene Marke „FOCUsept“ werde durch den hochgradig ähnlichen Bestandteil „FOCU“ geprägt, da der Bestandteil „sept“ einen beschreibenden Hinweis darauf gebe, dass die Waren desinfizierende Wirkung hätten. Auch wegen der Vielzahl der mit dem Bestandteil „-sept“ gebildeten Marken der Markeninhaberin trete dieser Bestandteil in den Hintergrund. Die prägende Wirkung resultiere auch aus der überragenden Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke. Jedenfalls komme dem Bestandteil „FOCU“ in der angegriffenen Marke eine selbständig kennzeichnende Bedeutung zu. Es bestehe assoziative Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt des Serienzeichens.

Die Widersprechende beantragt,

den angefochtenen Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 16. Februar 2006 aufzuheben und die Löschung der Marke 303 07 093 anzuordnen.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat im Wesentlichen auf die Ausführungen der Markenstelle Bezug genommen. Darüber hinaus ist sie der Ansicht, zwischen den „Reinigungsmitteln“ der Widerspruchsmarke und den Waren der angegriffenen Marke bestehe wegen der unterschiedlichen Inhaltsstoffe und Anwendungsbereiche keine Ähnlichkeit. Hinsichtlich der „pharmazeutischen Erzeugnisse“ der Widerspruchsmarke bestehe allenfalls durchschnittliche Warenähnlichkeit. In der angegriffenen Marke „FOCUsept“ seien die beiden Bestandteile, die gleichgewichtig nebeneinander stünden, zu einem Phantasiegebilde verschmolzen. Für das Vorliegen einer mittelbaren Verwechslungsgefahr fehle es an einem wesensgleichen Bestandteil in beiden Marken, die Serienmarken der Widersprechenden seien durchwegs abweichend gebildet.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird ergänzend auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

Zwischen der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke Nr. 394 07 564 besteht nicht die Gefahr von Verwechslungen im Sinne von § 9 Absatz 1 Nr. 2 MarkenG, so dass die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen war.

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 in st. Rspr. vgl. GRUR 2005, 513 - MEY/Ella May; WRP 2004, 1281 – Mustang; WRP 2004, 907 – Kleiner Feigling; WRP 2004, 1043 – NEURO-VIBOLEX/NEURO-FIBRAFLEX).

Nach diesen Grundsätzen ist hier die Gefahr von Verwechslungen zu verneinen.

1. Der Senat geht bei seiner Entscheidung in Bezug auf die hier in Rede stehenden Waren von einer geschwächten Kennzeichnungskraft und damit von einem eingeschränkten Schutzzumfang der Widerspruchsmarke aus.

Neben der optisch-physikalischen Bedeutung von „Fokus“ im Sinne von „Brennpunkt einer Linse“, wird „Fokus“ auch als medizinischer Fachbegriff für einen „streuenden Krankheitsherd im Körper“ verstanden (vgl. Duden – Deutsches Uni-

versalwörterbuch, 6. Aufl. Mannheim 2006 CD-ROM). Jedenfalls die hier auch angesprochenen medizinisch gebildeten Fachkreise, denen „Focus/Fokus“ als medizinischer Fachbegriff ohne weiteres geläufig ist, wird in „FOCUS“ einen Hinweis auf das Anwendungsgebiet eines Teils der Widerspruchswaren – soweit sie das Auge betreffende pharmazeutische Produkte bzw. Kontaktlinsenpflegeprodukte umfassen - sehen.

Demgegenüber kann die Widerspruchsmarke entgegen der Ansicht der Widersprechenden keinen erweiterten Schutzzumfang aufgrund gesteigerter Verkehrsbe-
kanntheit für alle eingetragenen Waren für sich in Anspruch nehmen. Der erweiterte Schutzzumfang einer Marke beschränkt sich auf die (eingetragenen) Waren und Dienstleistungen, für die durch eine entsprechende Benutzung eine gesteigerte Verkehrsgeltung anzuerkennen ist. Diese erhöhte Kennzeichnungskraft kann zwar noch auf eng verwandte Waren und Dienstleistungen ausstrahlen, keinesfalls umfasst die Ausstrahlungswirkung aber den gesamten Bereich einer Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen (vgl. BGH GRUR 2004, 779, 781 Zwilling/Zweibrüder; BIPMZ 1978, 326, 327). Vorliegend sind keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass eine erhöhte Kennzeichnungskraft, die die Marke aus der Bekanntheit der Marke für die Zeitschrift „FOCUS“ und damit in Zusammenhang stehende Waren beansprucht, auf die hier zu beurteilenden Waren der Klassen 3 oder 5 ausstrahlen könnte (vgl. BPatG 25 W (pat) 211/01 - FOCUSVITAL/FOCUS in PAVIS PROMA, Kliems; 33 W (pat) 186/03 - FOCCUS/FOCUS in PAVIS PROMA, Kliems).

2. Nachdem die Benutzung der Widerspruchsmarke nicht bestritten worden ist, ist bei der Beurteilung der Warenähnlichkeit von der Registerlage auszugehen.

Zwischen den pharmazeutischen Erzeugnissen und Erzeugnissen für die Gesundheitspflege der Widerspruchsmarke einerseits und den Kontaktlinsenpflegemitteln der angegriffenen Marke andererseits besteht Warenähnlichkeit, da Kontaktlinsenpflegemittel regelmäßig aus pharmazeutischen Unternehmen stammen und zu-

dem beim Vertrieb in der Apotheke zusammentreffen können, auch wenn der Vertrieb vorwiegend über den Optiker stattfindet (vgl. Richter/Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen, 13. Aufl., S. 162 re. Sp.).

Zu berücksichtigen ist hierbei, dass bei den vorliegenden pharmazeutischen Erzeugnissen eine Rezeptpflicht in den Warenverzeichnissen nicht festgeschrieben ist, so dass hierfür wie für die übrigen Waren allgemeine Verkehrskreise uneingeschränkt zu berücksichtigen sind. Dabei ist aber davon auszugehen, dass grundsätzlich nicht auf einen sich nur flüchtig mit der Ware befassenden, sondern auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen ist, dessen Aufmerksamkeit je nach Art der Ware unterschiedlich hoch sein kann (vgl. BGH GRUR 2000, 506 - ATTACHÉ/TISSERAND) und der insbesondere allem, was mit der Gesundheit zusammenhängt, eine gesteigerte Aufmerksamkeit beizumessen pflegt (vgl. BGH GRUR 1995, 50 – Indorektal/Indohexal).

3. Den bei geschwächter Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und ähnlichen Waren zu fordernden 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. 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. Zudem ist bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr grundsätzlich mehr auf die gegebenen Übereinstimmungen der zu vergleichenden Zeichen als auf die Unterschiede abzustellen (vgl. BGH a. a. O. – NEURO-VIBOLEX/NEURO-FIBRAFLEX).

Ausgehend von der registrierten Form der zu vergleichenden Marken unterscheiden diese sich in ihrem durch ihre Gesamtheit vermittelten Gesamteindruck in klanglicher, bildlicher und begrifflicher Hinsicht klar und unverwechselbar. So handelt es sich bei der angegriffenen Marke um eine dreisilbige Wort/Bildmarke als Einwortmarke aus zwei zusammengescriebenen und durch unterschiedliche Schreibweise hervorgehobenen Bestandteilen mit acht Buchstaben, bei der Widerspruchsmarke dagegen um eine zweisilbige Wortmarke bestehend aus fünf Buchstaben.

Auch wenn die Widerspruchsmarke - formal betrachtet – identisch in der angegriffenen Marke enthalten ist, führt dies nicht zu einer Bejahung der unmittelbaren Verwechslungsgefahr. Dies wäre, abweichend von dem Grundsatz, dass ein Elementenschutz dem Markenrecht fremd ist (vgl. BGH GRUR 1996, 198, 199 - Springende Raubkatze), nur dann möglich, wenn der Wortbestandteil „FOCU(s)“ die angegriffene Marke allein in kollisionsbegründender Weise prägen würde.

Zwar kommt bei mehrteiligen Marken eine Verwechslungsgefahr in Betracht, wenn Ähnlichkeiten in Einzelbestandteilen vorliegen, die die jeweilige Marke kollisionsbegründend prägen können. Dies ist der Fall, wenn der Bestandteil den Gesamteindruck der mehrgliedrigen Marke prägt, indem er eine selbständig kennzeichnende Funktion aufweist, und wenn die übrigen Markenteile für die angesprochenen Verkehrskreise in einer Weise zurücktreten, dass sie für den Gesamteindruck vernachlässigt werden können (vgl. BGH GRUR 2000, 233, 234 - RAUSCH/ELFI RAUCH; GRUR 2002, 167, 169 - Bit/Bud; GRUR 2003, 880, 881 - City Plus; a. a. O. - Mustang).

Diese Grundsätze lassen sich jedoch nicht ohne weiteres auf einheitlich zusammengescriebene Markennörter anwenden (vgl. BPatG GRUR 2002, 438, 440 - WISCHMAX/Max), wozu auch die angegriffene Marke zählt. Zwar sind als Kombinationsmarken im obengenannten Sinne nicht nur Marken zu verstehen, die mehrere getrennte Bestandteile aufweisen, sondern hierzu können auch zusam-

mengefügte Marken zählen, die aus sonstigen Gründen (etwa aufgrund ihrer besonderen graphischen Gestaltung) sich als mehrgliedrig darstellen. Davon kann aber bei zusammengescriebenen Wörtern in Normalschrift – auch mit groß geschriebenen Mittelbuchstaben - nicht ausgegangen werden, diese sind vielmehr nur in ihrer Gesamtheit zu würdigen (vgl. BGH GRUR 2003, 963 - AntiVir/AntiVirus).

Bei der angegriffenen Marke ergeben sich nämlich keine Anhaltspunkte dafür, sie - abweichend von dem allgemeinen Erfahrungssatz, dass der Verkehr Marken regelmäßig ohne analysierende Betrachtungsweise aufnimmt (vgl. BGH GRUR 1999, 735, 736 - MONOFLAM/POLYFLAM; GRUR 2001, 1161, 1163 - CompuNet/ComNet; a. a. O. - Zwilling/Zweibrüder) – als mehrteilige Marke zu würdigen. Die Bezeichnung „FOCUsept“ wirkt im Hinblick auf die Zusammenschreibung in einem Wort als geschlossene Gesamtbezeichnung; keines der beiden Zeichenelemente tritt besonders in den Vordergrund oder in den Hintergrund mit der Folge, dass eine gedankliche Zergliederung der angegriffenen Marke ausgeschlossen ist. Durch die Darstellung der Bestandteile in Groß- und Kleinschreibung wird dieser Eindruck der Geschlossenheit nicht beseitigt, da der Wechsel zwischen Groß- und Kleinschreibung innerhalb eines Markenwortes lediglich eine übliche werbemäßige Hervorhebung darstellt. Hierbei handelt es sich nicht um eine deutlich darüber hinausgehende graphische Gestaltung, die die jüngere Marke als aus getrennten Bestandteilen gebildet erscheinen lassen könnte. Allein durch die Kleinschreibung von „sept“ ergibt sich keine derart unübersehbare Absetzung, dass dieser Wortteil in den Hintergrund tritt, wie es etwa durch die Wiedergabe in Konturschrift der Fall sein kann (vgl. BPatGE 35, 188, 192 – BERGER/BERGERLAHR).

Entgegen der Ansicht der Widersprechenden besteht auch keine Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt, dass der Bestandteil „-sept“ der angegriffenen Marke als ein in dem hier maßgeblichen Warenbereich häufig verwendeter und damit verbrauchter Bestandteil für den Gesamteindruck völlig in den Hintergrund träte. Auch kennzeichnungsschwache oder sachbeschreibende Bestandteile blei-

ben bei der Feststellung des Gesamteindrucks eingliedriger Marken nicht außer Betracht, sondern tragen grundsätzlich zur Prägung des Gesamteindrucks bei (vgl. BGH GRUR 1996, 200, 2001 - Innovadiclophlont; a. a. O. - Zwilling/Zweibrüder; a. a. O. - NEURO-VIBOLEX/NEURO-FIBRAFLEX). Bei der Endsilbe „-sept“ der angegriffenen Marke handelt es sich insbesondere nicht um eine beschreibende Angabe zu Beschaffenheit, Wirkweise oder Darreichungsform des Arzneimittels wie z. B. „oral, forte, retard“, denen die beteiligten Verkehrskreise keinerlei die Betriebskennzeichnung auch nur mitbestimmende Bedeutung zumessen (vgl. BPatG GRUR, 122, 124 - BIONAPLUS; Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl. § 9 Rdn. 309 m. w. N.), weil der Endsilbe „-sept“ kein separat verstandener Hinweis dieser Art entnommen werden kann. Im Zusammenhang mit dem Bestandteil „FOCU“ kann der Nachsilbe „-sept“ als mögliche Verkürzung des Wortes „septisch“ (mit Keimen behaftet – vgl. Duden a. a. O.) und der angestrebten anti-septischen Wirkung lediglich ein sachbeschreibender Anklang dahingehend entnommen werden, dass die von der angegriffenen Marke beanspruchten Waren in einem Zusammenhang mit von Keimen behafteten Kontaktlinsen stehen, weshalb der Bestandteil „-sept“ sich nicht im Sinne der obengenannten Angaben als schutzunfähig erweist.

Die angegriffene Marke „FOCUsept“ erscheint vielmehr in ihrer Kombination als geschlossener, einheitlicher Phantasiebegriff. Die angesprochenen Verkehrskreise haben somit keinen Grund, den Bestandteil „FOCU(s)“ der angegriffenen Marke herauszugreifen und allein diesen der Widerspruchsmarke „FOCUS“ gegenüberzustellen. Die angegriffene Marke unterscheidet sich damit in ihrer Gesamtheit ausreichend von der Widerspruchsmarke.

4. Es besteht ebenfalls nicht die Gefahr, dass die Marken gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden können.

Die Annahme einer solchen mittelbaren Verwechslungsgefahr setzt voraus, dass die beteiligten Verkehrskreise zwar die Unterschiede zwischen den Vergleichs-

marken erkennen und insoweit keinen unmittelbaren Verwechslungen unterliegen. Sie werten gleichwohl einen in beiden Marken identisch oder zumindest wesensgleich enthaltenen Bestandteil als Stammzeichen des Inhabers der älteren Marke, messen diesem Stammbestandteil also für sich schon die maßgebliche Herkunftsfunktion bei und sehen deshalb die übrigen abweichenden Markenteile nur noch als Kennzeichen für bestimmte Waren aus dem Geschäftsbetrieb des Inhabers der älteren Marke an (vgl. BGH GRUR 2000, 886, 887 - Bayer/BeiChem; GRUR 2002, 542, 544 - BIG; GRUR 2002, 544, 547 - BANK 24).

In solchen Ausnahmefällen reichen bereits geringfügige Unterschiede aus, um den Gedanken an Serienmarken desselben Unternehmens nicht aufkommen zu lassen (vgl. BGH a. a. O. - Innovadichlont; BPatG Mitt 1983, 58, 59 - Rollinos/Rolo). Die zu vergleichenden (abweichenden) Markenteile sprechen auch dann gegen eine mittelbare 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. BGH GRUR 1998, 932, 934 - MEISTERBRAND; a. a. O. - POLYFLAM/MONOFLAM). Der für die Annahme einer mittelbaren Verwechslungsgefahr erforderliche Hinweischarakter des gemeinsamen Stammbestandteils ist schließlich kennzeichnungsschwachen Markenteilen abzusprechen, so dass beschreibende Angaben bzw. daran angelehnte Bezeichnungen nicht als Stammbestandteile von Serienmarken in Betracht kommen (vgl. BGH GRUR 2003, 1040 - Kinder).

Im vorliegenden Fall setzt sich die angegriffene Marke aus den Bestandteilen „FOCU-“ und „-sept“ zusammen. Dies wird zum einen äußerlich aus der graphischen Gestaltung, zum anderen bei klanglicher Wiedergabe durch die sich aus der natürlichen Sprechweise und der Silbengliederung ergebenden Zäsur zwischen diesen Bestandteilen erkennbar. Das bedeutet, dass der in der Wortmitte vorhandene Konsonant „-s“ nicht dem Wortanfang „FOCU-“ zugehört, sondern der Nachsilbe „-sept“. „FOCU-“ und die Widerspruchsmarke „FOCUS“ weichen somit nicht nur geringfügig voneinander ab, was im Verkehr nicht unbemerkt bleiben wird.

Deshalb fehlt es schon an einem identischen oder wesensgleichen Stammbestandteil für eine Zeichenserie.

Eine gesamtbegriffliche Verbindung führt aber - wie oben ausgeführt - zu dem Phantasiebegriff „FOCUsept“ und damit von der Vorstellung weg, das - im Übrigen - kennzeichnungsschwache Markenelement „FOCU(s)“ sei verwechselbarer Stammbestandteil einer Markenserie.

Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bietet der Streitfall keinen Anlass, § 71 Absatz 1 MarkenG.

gez.

Unterschriften