

BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 256/99

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die angegriffene Marke 395 36 475

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 9. November 2000 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richter Knoll und Brandt

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

SMATRIX

ist unter der Nummer 395 36 475 als Marke für "pharmazeutische Erzeugnisse" in das Markenregister eingetragen worden. Nach der Veröffentlichung der Eintragung am 30. Mai 1996 ist Widerspruch erhoben worden von der Inhaberin der älteren, seit dem 13. Januar 1978 für die Ware "Rheuma-Präparat" eingetragenen Marke 966 658

Arthrex.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat bereits im Verfahren vor der Markenstelle eine Nichtbenutzungseinrede erhoben. Nach der Vorlage von Benutzungunterlagen hat sich die Inhaberin der angegriffenen Marke zu Benutzungsfragen nicht mehr geäußert, und zwar auch nicht im Beschwerdeverfahren.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Verwechslungsgefahr zwischen den Marken verneint und den Widerspruch zu-

rückgewiesen. Die Nichtbenutzungseinrede der Inhaberin der angegriffenen Marke führe zum Erfolg, weil die Widerspruchsmarke nicht durch die Zeicheninhaberin selbst benutzt worden sei und die Benutzung der Widerspruchsmarke durch einen Dritten mit Zustimmung der Zeicheninhaberin nicht glaubhaft gemacht worden sei.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden, die beantragt,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben, die Verwechslungsgefahr zwischen den Marken zu bejahen und dem Widerspruch stattzugeben.

Die Widerspruchsmarke sei rechtserhaltend benutzt worden, was im einzelnen ausgeführt wird. Zur Frage der Verwechslungsgefahr hat die Widersprechende im Beschwerdeverfahren nichts vorgetragen. Vor der Markenstelle hatte sie ausgeführt, daß Verwechslungsgefahr bestehe. Aufgrund der möglichen Warenidentität sei ein größerer Markenabstand einzuhalten, zumal die Widerspruchsmarke zumindest seit 1935 kontinuierlich und mit hohen Umsatzzahlen zur Kennzeichnung eines Rheumapräparats verwendet worden sei. Diesen Anforderungen werde die angegriffene Marke in klanglicher Hinsicht nicht gerecht.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat im Verfahren keinen Antrag gestellt und auch in der Sache nichts vorgetragen. Vor der Markenstelle hatte sie ausgeführt, daß sich die Markenwörter klanglich deutlich unterscheiden würden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Beschluß der Markenstelle sowie auf die Schriftsätze der Beteiligten Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde der Widersprechenden ist zulässig, insbesondere statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt, § 66 Abs 1 Satz 1, Abs 2 MarkenG.

In der Sache hat die Beschwerde jedoch keinen Erfolg. Der nach § 42 Abs 2 Nr 1 MarkenG erhobene Widerspruch ist von der Markenstelle zu Recht gemäß § 43 Abs 2 Satz 2 MarkenG zurückgewiesen worden. Es besteht auch nach Auffassung des Senats keine Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG.

Benutzungsfragen können dahinstehen, da schon nach der Registerlage keine Verwechslungsgefahr besteht. Danach können die Marken sich auf gleichen Waren begegnen, da die im Warenverzeichnis der Widerspruchsmarke aufgeführten spezielleren Waren vom weiten Warenbegriff "pharmazeutische Erzeugnisse" im Warenverzeichnis der angegriffenen Marke umfaßt werden.

Verwechslungsfördernd kommt hinzu, daß es sich dabei um Waren handeln kann, die von den allgemeinen Verkehrskreisen im Wege der Selbstmedikation und nicht selten auch ohne fachkundige Beratung erworben werden. Andererseits ist auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher abzustellen, dessen Aufmerksamkeit allerdings je nach Art der Ware unterschiedlich hoch sein kann (vgl. EuGH WRP 1999, 806, 809 Tz 26 - Lloyd/Loint's; BGH MarkenR 2000, 140, 144 ATTACHÉ/TISSERAND), wobei der Verkehr erfahrungsgemäß gerade bei Waren, die - wie vorliegend - den Gesundheitssektor betreffen, eine gesteigerte Aufmerksamkeit aufzubringen pflegt (vgl. dazu BGH GRUR 1995, 50, 53 - Indorektal/Indohexal).

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

Einerseits ist der in der Bezeichnung "Arthrex" erkennbare Bedeutungsanklang in Richtung "Arthrose" hinreichend phantasievoll verfremdet, so daß noch keine ursprüngliche Kennzeichnungsschwäche der Markenbildung angenommen werden kann. Andererseits kann auch keine gesteigerte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke angenommen werden. Hier müßten sämtliche tatsächlichen Um-

stände, aus denen sich eine erhöhte Verkehrsbekanntheit ergibt, liquide sein (vgl BPatG GRUR 1997, 840, 842 reSp 2. Absatz "Lindora/Linola"). Dies ist nicht der Fall. Allein aus der langjährigen Benutzung und den in der eidesstattlichen Versicherung vom 16. Juli 1997 genannten jährlichen Umsatzzahlen zwischen ... und ... DM in den Jahren 1992 bis 1996 kann ein solcher Schluß nicht gezogen werden. Umsatzzahlen für sich genommen stellen nämlich regelmäßig keine ausreichende Grundlage für eine Beurteilung der Kennzeichnungskraft einer Marke dar. Insbesondere Angaben zum Bekanntheitsgrad in konkreten Prozentzahlen - bezogen auf die angesprochenen Verkehrsbeteiligten und konkreten Produkte - geben Aufschluß zur maßgeblichen Verkehrsgeltung. Auch Angaben zu Werbeaufwendungen und Art der Werbung erlauben unter Umständen eher Rückschlüsse auf die Kennzeichnungskraft einer Marke als die bloßen Umsatzzahlen (vgl hierzu Althammer/Ströbele MarkenG, 6. Aufl, § 9 Rdn 136 mit weitergehenden Rechtsprechungsnachweisen). Solche aufschlußreicheren Angaben hat die Widersprechende nicht gemacht. Im übrigen ist die gesteigerte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke auch nicht gerichtsbekannt. Im Hinblick auf eine langjährige Benutzung mit doch ganz erheblichen Umsatzzahlen kann der Widerspruchsmarke gleichwohl ein gewisser Bonus eingeräumt werden, der ihr innerhalb der Bandbreite normaler Kennzeichnungskraft eine gute Position verschafft und der sie von nur eingetragenen und darüber hinaus unbenutzten Marken abhebt.

Die Ähnlichkeit der Marken ist nach Auffassung des Senats in keiner Richtung derart ausgeprägt, daß unter Berücksichtigung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke, der Warenlage und der sonstigen maßgeblichen Faktoren die Gefahr von Verwechslungen im Sinne des § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG zu bejahen wäre. Den zu stellenden strengen Anforderungen an den Markenabstand wird die jüngere Marke gerecht.

Schriftbildlich heben sich die Markenwörter aufgrund der unterschiedlichen Anfangsbuchstaben zweifellos unverwechselbar voneinander ab. Eine entsprechen-

de Verwechslungsgefahr hatte die Widersprechende auch selbst nicht geltend gemacht.

Klanglich sind die Annäherungen zwischen den Marken zwar etwas stärker ausgeprägt als im Schriftbild. Aber auch insoweit kommen sie sich noch nicht verwechselbar nahe. Die relativ kurzen und leicht erfaßbaren Vergleichsbezeichnungen stimmen zwar bei gleicher Silbenzahl, ähnlichem Sprechrhythmus und ähnlicher Vokalfolge in den konsonantischen Lauten der Schlußsilbe "TR" bzw "thr" und "x" überein. Demgegenüber unterscheiden sie sich entgegen der Auffassung der Widersprechenden aber in den Wortanfängen doch recht deutlich, was um so mehr ins Gewicht fällt, weil der Verkehr Wortanfänge erfahrungsgemäß stärker zu beachten pflegt als nachfolgende Wortteile (so ständige Rechtsprechung, vgl hierzu zB BGH GRUR 1995, 50 ff, 53 - Indorektal/Indohexal) und deshalb hier sogar weniger klare Abweichungen eher wahrnimmt als im Wortinnern. Die angegriffene Marke beginnt mit den konsonantischen Lauten "Sm", die in der Widerspruchsmarke keine Entsprechung finden. Dieser Unterschied wird auch durch die Übereinstimmung im Vokallaut "A" nicht in einer die Verwechslungsgefahr begründenden Weise überlagert. Darüber hinaus unterscheiden sich die Vergleichsbezeichnungen im Vokallaut der Schlußsilbe zumindest geringfügig, was auch zur Folge hat, daß die Markenwörter in keiner der beiden Sprechsilben identisch übereinstimmen. Die aufgezeigten Unterschiede mögen jeweils für sich genommen nicht sehr markant sein, in der Summe führen sie - nicht zuletzt auch im Hinblick auf die Kürze der Markenwörter - aber zu einem noch ausreichend unterschiedlichen Gesamteindruck, und zwar selbst dann, wenn berücksichtigt wird, daß die Übereinstimmung im klangstarken Schlußkonsonanten nicht wenig Gewicht hat.

Nach alledem konnten die Beschwerde der Widersprechenden keinen Erfolg haben.

Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bot der Streitfall keinen Anlaß,
§ 71 Abs 1 MarkenG.

Kliems

Brandt

Knoll

Pü