



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 165/02

Verkündet am
1. Juli 2004

(AktENZEICHEN)

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 396 24 025.9

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der mündlichen Verhandlung vom 01. Juli 2004 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterinnen Sredl und Bayer

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 17. April 2002 aufgehoben, soweit die Löschung der Marke 396 24 025 angeordnet worden ist.

Der Widerspruch aus der Marke 1 156 685 wird zurückgewiesen.

G r ü n d e

I.

Die am 29. Mai 1996 angemeldete Wortmarke 396 24 025

ANICUR

ist am 23. Juli 1996 in das Markenregister eingetragen worden. Die Eintragung der Marke, die nunmehr noch für die Waren

"Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege, nämlich ein pflanzliches Arnika-Präparat in der Humanmedizin; vorgenannte Waren alle zur topischen Anwendung im dermatologischen Bereich"

geschützt ist, wurde am 30. Oktober 1996 veröffentlicht.

Die Inhaberin der seit 28. März 1990 für die Waren

"Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege (unter Ausschluß von Atemwegpräparaten und Herz- und Kreislaufmitteln), sämtliche vorste-

henden Waren als Naturheilmittel, hergestellt aus Bienenprodukten und ggf. unter Zusatz von Kürbiskern-Extrakten"

eingetragenen Marke 1156685

ALSICUR

hat dagegen Widerspruch erhoben.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat im Beschwerdeverfahren die Einrede der Nichtbenutzung erhoben und hat nach Einreichung von Benutzungsunterlagen in der mündlichen Verhandlung klar gestellt, dass die Benutzung der Widerspruchsmarke für "Urologika" nicht mehr bestritten wird, die Nichtbenutzungseinrede für andere Waren aber bestehen bleibt.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 17. April 2002 durch eine Prüferin des höheren Dienstes die angegriffene Marke wegen des Widerspruchs gelöscht.

Nach der maßgeblichen Registerlage befänden sich die Waren der Vergleichsmarken zweifelsfrei im Ähnlichkeitsbereich, selbst wenn man von unterschiedlichen Indikationen auszugehen habe. Auch wenn Bezeichnungen von Arzneimitteln vom Verkehr im Allgemeinen etwas sorgfältiger wahrgenommen würden, so müssten die Vergleichszeichen bei ähnlichen Waren und bei nur normaler Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke deutliche Abweichungen aufweisen, um die Gefahr von Verwechslungen auszuschließen. Dies sei vorliegend nicht der Fall, da sich die Marken im klanglichen Gesamteindruck sehr nahe kämen. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass der Hörer einander ähnliche Marken fast nie nebeneinander wahrnehme. Die Marken stimmten in der Silbenzahl, dem Sprech- und Betonungsrhythmus sowie am Wortende "CUR" überein. Durch die klangliche Übereinstimmung in den Lauten "A--ICUR" könnten die abweichenden klangschwachen Konsonanten den Marken kein unterschiedliches Klanggepräge verleihen. Es fehle den Marken somit an einem deutlichen Klanggegensatz, der auch aus der Erinnerung heraus für eine sichere Unterscheidung der Markenwörter Sorge könne.

Hiergegen hat die Inhaberin der angegriffenen Marke Beschwerde eingelegt und beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle des Deutschen Patentamts vom 17. April 2002 aufzuheben und den Widerspruch aus der Marke 1156685 zurückzuweisen.

Es bestehe keine Verwechslungsgefahr. Die sich gegenüber stehenden Waren seien nicht identisch, selbst wenn es jeweils Arnikaprodukte sein könnten, da das Verzeichnis der angegriffenen Marke "Urologika" nicht zulasse. Bei Indikationsverschiedenheit genügten geringere Abweichungen zur Vermeidung einer Verwechslungsgefahr. Ein Blasenstärkungsmittel könne mit entscheidungserheblicher Sicherheit von einem örtlich anzuwendenden Medikament zur Behandlung der Haut unterschieden werden. Die Vergleichswaren wiesen unterschiedliche Indikationsgebiete und Zielrichtungen auf. Es sei ein deutlicher Abstand zwischen den Waren gegeben, zumal diese meist nach Einschaltung von Fachleuten verabreicht würden, die regelmäßig eine gesteigerte Aufmerksamkeit im Umgang mit Arzneimittel hätten. Die Vergleichsmarken unterschieden sich deutlich in ihrem Klang und Schriftbild. Die gemeinsame Endsilbe "CUR" sei im Arzneimittelbereich wenig unterscheidungskräftig. Es gäbe 253 Marken in der Klasse 5, die auf –cur endeten. Die Aufmerksamkeit zentriere sich verstärkt auf den Wortanfang. Den Konsonanten "l" und "s" der Widerspruchsmarke stünde der Konsonant "n" gegenüber, der die Aussprache der angemeldeten Marke weicher und breiter mache. Die Aussprache der Widerspruchsmarke werde durch den starken Konsonanten "s" geprägt, welche kürzer, schärfer und zackiger klinge. Auch im Schriftbild unterschieden sich die Marken deutlich voneinander. Die Widerspruchsmarke sei länger und enthalte durch das "l" eine Oberlänge sowie den geschwungenen markanten Buchstaben "s". Auch der Sinngehalt des Wortanfangs "Ani", welcher auf den Inhaltsstoff "Arnika" hinweise, unterscheide die Zeichen, da "Alsi" eine Fantasieform sei, die einen Zusammenhang nicht nahe lege.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Widersprechende hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass sie über die Waren "Urologika" hinaus keine Benutzung der Widerspruchsmarke geltend mache. Die Waren seien jedoch sehr ähnlich und könnten ohne Rezeptpflicht über das Internet bestellt werden bzw in Apotheken und Reformhäusern erworben werden. Die Vertriebswege seien identisch. Bei ihnen seien die wesentlichen und produktbestimmenden Produktbestandteile pflanzliche Extrakte mit heilender Wirkung. Sie könnten problemlos von den gleichen Unternehmen hergestellt werden. Neben einem Blasenstärkungsmittel stelle die Widersprechende ebenfalls ein pflanzliches Arnikapräparat zur dermatologischen Anwendung her. Andererseits stelle auch die Inhaberin der angegriffenen Marke Urologika her, die sie unter der Marke "Prostaforton" vertreibe. Der Verwendungszweck stimme überein, denn der Laie könne zwischen den verschiedenen Indikationen nicht genau unterscheiden. Die klangliche Übereinstimmung in der Buchstabenfolge "a--icur" präge den Gesamteindruck der Marken, wohingegen die einzige Abweichung in der Zeichenmitte kaum ins Gewicht falle. Auch der visuelle Eindruck sei wegen der Identität des Anfangsbuchstabens und der letzten vier Buchstaben sehr ähnlich. Es bestehe eine Verwechslungsgefahr und darüber hinaus die Gefahr, dass die jüngere Marke für ein weiteres Zeichen der Widersprechenden gehalten werde.

Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg, da eine Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG nicht besteht.

Bei der Widerspruchsmarke ist mangels anderer Anhaltspunkte von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft auszugehen.

Zwischen den im Beschwerdeverfahren gegenüber zu stellenden Waren besteht allenfalls eine mittlere Ähnlichkeit. Nachdem in der Beschwerde die Inhaberin die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke für andere Waren als "Urologika" bestritten hat, die Widersprechende eine darüber hinaus gehende Benutzung ihrer Marke auch nicht geltend macht, stehen bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr den Waren der angegriffenen Marke auf Seiten der Widerspruchsmarke "Urologika als Naturheilmittel, hergestellt aus Bienenprodukten und ggf. unter Zusatz von Kürbiskern-Extrakten" gegenüber. Es handelt sich dabei zwar jeweils um Arzneimittel, die unzweifelhaft ähnlich sind, da bei unterstellter identischer Kennzeichnung der Verkehr annehmen würde, sie stammten von dem selben Unternehmen. Tatsächlich stellen sogar beide Unternehmen sowohl Dermatika als auch Urologika her, worauf die Widersprechende in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat. Jedoch gehören die Waren unterschiedlichen Hauptgruppen der Roten Liste an, nämlich "Dermatika" einerseits und "Urologika" andererseits, deren Indikationsgebiet deutlich verschieden ist, was bei der Beurteilung des Grades der Warenähnlichkeit zu berücksichtigen ist (vgl. BGH, GRUR 2000, 603 – Ketof/ETOP). Die Ansicht der Widersprechenden, dass für Laien unterschiedliche Indikationen in der Regel keine Bedeutung hätten, entspricht nicht den tatsächlichen Gegebenheiten, da der Patient idR darauf achtet, welche Mittel für welche Beschwerden bestimmt sind. Hinzu kommt, dass die Waren sich auch in der Abgabeform erheblich unterscheiden. Während die Waren der angegriffenen Marke zur topischen Anwendung bestimmt sind und es sich regelmäßig um eine Creme oder ein Gel handelt, sind die Waren der Widerspruchsmarke meist zur innerlichen Anwendung bestimmt, zB in Form von Kapseln. Zu den "Urologika" können zwar vereinzelt auch Emulsionen zur kutanen Anwendung gehören, jedoch handelt es sich dabei um Randgebiete, die für das Erscheinungsbild der "Urologika" nicht typisch sind, und daher eine Nähe der Waren der Widerspruchsmarke zu "Dermatika" nicht begründen können.

Bei Zugrundelegung einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke in ihrer Gesamtheit und einer allenfalls mittleren Warenähnlichkeit reichen die vorhandenen Unterschiede aus, um eine Verwechslungsgefahr zu verhindern.

Der Gesamteindruck der Zeichen, auf den es maßgeblich ankommt (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 9 Rdn 152), ist so verschieden, dass unter Berücksichtigung der durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und allenfalls mittleren Warenähnlichkeit nicht mit Verwechslungen zu rechnen ist. Auch wenn die Zeichen jeweils drei Sprechsilben aufweisen und in den Lauten "a-icur" übereinstimmen, sind die Unterschiede in den Anfangsilben sowie der mittleren Silben so deutlich, dass die Marken nicht in rechtserheblichem Umfang verwechselt werden. Während die Anfangsilbe der angegriffenen Marke aus dem bloßen Vokal "a" besteht, ist die Widerspruchsmarke in der Anfangsilbe aus der Kombination des Vokals "a" mit einem Fließlaut "l" zusammengesetzt. Die Mittelsilben weisen durch den unauffälligen Laut "n" der angegriffenen Marke gegenüber dem Zischlaut "s" der Widerspruchsmarke ebenfalls einen erheblichen Unterschied auf. Die letzte Silbe "cur" ist zwar in den Zeichen identisch, jedoch ist diese Silbe auf dem vorliegenden Warengbiet kennzeichnungsschwach, da sie beschreibende Bedeutung hat und bei Arzneimitteln häufiger als Endung verwendet wird. Es ist davon auszugehen, dass die angesprochenen Verkehrskreise, zu denen allerdings auch Laien gehören, die jedoch auf dem vorliegenden Warengbiet aufmerksamer und sorgfältiger sind, da es um die Gesundheit geht, noch stärker als dies regelmäßig ohnehin der Fall ist, auch auf die Anfangsbestandteile "ani-" und "alsi-" achten und im Gesamteindruck die Unterschiede zwischen "n" und "ls" nicht unbemerkt bleiben. Da durch die Konsonantenkombination "ls" die Widerspruchsmarke abgehackter klingt als die angegriffene Marke und auch der Zischlaut "s" den Klangcharakter verändert, sind die Unterschiede insgesamt so deutlich, dass auch aus der ungenauen Erinnerung heraus bei den sich hier noch gegenüber stehenden Waren nicht mit rechtserheblichen Verwechslungen zu rechnen ist.

In schriftbildlicher Hinsicht besteht ebenfalls keine Verwechslungsgefahr. Bei Großschreibung fallen die unterschiedliche Zeichenlänge und die figürlichen Unterschiede zwischen "N" und "LS" deutlich auf. Auch bei den übrigen zu berücksichtigenden verkehrsüblichen Wiedergabeformen der Zeichen (vgl Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. AUFL, § 9 Rdn 139) sind diese wegen der unter-

schiedlichen Zeichenlänge und insbesondere auch wegen der zusätzlichen Oberlänge durch den Buchstaben "l" ausreichend verschieden.

Es gibt auch keine Anhaltspunkte, dass die Zeichen begrifflich füreinander gehalten oder gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden könnten. Die Marken weisen keinen identischen oder ähnlichen Sinngehalt auf. Die Widersprechende hat auch nichts dazu vorgetragen, weshalb der Verkehr die angegriffene Marke für eine weitere Marke der Widersprechenden halten sollte. Es gibt hierfür auch keinerlei Hinweise. Die Marken weisen zwar beide die Endung "CUR" auf, jedoch ist diese häufige Endung nicht geeignet, im Verkehr die Auffassung zu begründen, die Marken seien deswegen dem selben Unternehmen zuzurechnen. Auch entspricht es nicht den Sprachgepflogenheiten, dass der Verkehr sich die Zeichen an der Lautfolge "a-icur" einprägt und wegen der Übereinstimmung in diesen Lauten bei der angegriffenen Marke auf eine weitere Marke der Widersprechenden schließen könnte, denn diese Zergliederung der Marken widerspricht deren Silbenaufbau.

Die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke hat daher Erfolg.

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

Kliems

Sredl

Bayer

Na