



BUNDESPATENTGERICHT

24 W (pat) 264/03

(AktENZEICHEN)

An Verkündungs Statt
zugestellt am

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke 396 22 683

hat der 24. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 21. Dezember 2004 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Ströbele sowie der Richter Prof. Dr. Hacker und Guth

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Wortmarke

Bioflore

ist als Kennzeichnung für die Waren

"Parfüms, Toilettenseifen, Flüssigseifen, Zahn- und Mundpflegemittel, Schaumbäder, Kräuterbäder, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, insbesondere Reinigungsmilch, Reinigungscremes, Reinigungs-lotionen, Gesichtswässer, Haut-Tonic-Wässer, Cremes für kosmetische Zwecke, Masken, Peelings, Gesichtssöle, Augenpflegecremes, Creme-Make-up, Fett-Feucht-Balancer und dekorative Kosmetik für Lippen, Nägel und Au-

gen; Arzneimittel, insbesondere Mittel für medizinische Bäder; Produkte für medizinische und hygienische Zwecke, nämlich Deodorants, Intimsprays und Desinfektionsmittel"

unter der Nummer 396 22 683 im Markenregister eingetragen worden. Die Eintragung ist am 30.01.1997 veröffentlicht worden.

Dagegen hat die Inhaberin der prioritätsälteren Wortmarke

SYMBIOFLOR,

die für die Waren

"pharmazeutische Erzeugnisse und medizinische Präparate sowie biologische Erzeugnisse für Heilzwecke und Gesundheitspflege, veterinärmedizinische Erzeugnisse und Präparate, diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke einschließlich Säuglings- und Kleinkindernahrung, diätetische Lebensmittel und diätetische Getränke; Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Haar- und Mundwässer, Zahnpflegemittel, Pflanzenschutz- und Bodenverbesserungsmittel"

unter der Nummer 1 111 639 im Markenregister am 18.09.1987 eingetragen worden ist, Widerspruch erhoben. Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat die Benutzung der Widerspruchsmarke bestritten.

Die Markenstelle für Klasse 3 des Deutschen Patent- und Markenamts hat den Widerspruch mit zwei Beschlüssen zurückgewiesen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist. Die Widersprechende habe die zulässigerweise bestrittene Benutzung der Widerspruchsmarke nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Im übrigen sei eine Verwechslungsgefahr nicht gegeben. Es sei ein normaler

Schutzumfang der Widerspruchsmarke zu unterstellen, weil eine Stärkung der Kennzeichnungskraft nicht liquide sei. Selbst wenn man davon ausgehe, daß die Zeichen sich auf identischen Waren begegnen könnten, seien bei der generell etwas größeren Aufmerksamkeit der Abnehmer auf dem Arzneimittelgebiet Verwechslungen nicht zu erwarten. Auch bei einer Aussprache der angegriffenen Marke wie "Bioflor", seien die Unterschiede zwischen den Marken so groß, daß Verwechslungen ausgeschlossen seien. Klanglich unterschieden sich die Marken vor allem durch die zusätzliche Anfangsilbe der Widerspruchsmarke, die nicht vernachlässigt werde, weil es sich um keine beschreibende Angabe handele und die Silben "SYM" und "BIO", die für sich gesehen kennzeichnungsschwach seien, wegen ihres begrifflichen Anklangs zu dem Wort "Symbiose" miteinander verschmelzen würden. Wegen der zusätzlichen Buchstaben am Wortanfang sei eine schriftbildliche Verwechslungsgefahr ebenfalls ausgeschlossen. Eine Verwechslungsgefahr aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten sei nicht ersichtlich.

Hiergegen wendet sich die Beschwerde der Widersprechenden, die Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Benutzung der Widerspruchsmarke für "pharmazeutische Produkte und medizinische Präparate, nämlich biologische Erzeugnisse für Heilzwecke und Gesundheitspflege, zu Aktivierung und Regulierung der körpereigenen Abwehrkräfte, zu Behandlung von Infektionen, insbesondere der oberen Luftwege, Entzündungen im Mund-, Nasen- und Rachenraum und im Mittelohr, zur Behandlung von Erkältungskrankheiten und bei Störungen der Magen-Darmfunktion, sowie zur Behandlung von Allergien" vorlegt. Außerdem ist nach Abschluß der mündlichen Verhandlung, in der die Zustellung einer Entscheidung an Verkündung Statt beschlossen wurde, eine diesen Waren entsprechende Einschränkung des Warenverzeichnisses der Widerspruchsmarke im Wege des Teilverzichts erklärt worden. Die Widersprechende ist der Ansicht, die eingereichten Unterlagen zeigten eine umfangreiche Benutzung der Widerspruchsmarke, die zu einer Stärkung der Kennzeichnungskraft geführt habe. Die Widerspruchsmarke sei seit dem Jahr 1954 kontinuierlich benutzt worden. Die jährlichen Umsätze hätten in den Jahren 1992 bis 2001 bei ... bis knapp ... Packungen und zwi-

schen ... und ... DM gelegen. Entsprechende Umsätze seien auch in den späteren Jahren erzielt worden. Die Präparate seien in jeder Apotheke vorrätig.

Bei den Waren, die unter der Widerspruchsmarke vertrieben würden, handele es sich um teils gleiche, teils sehr ähnliche Produkte wie die Waren der angegriffenen Marke. Der danach erforderliche große Abstand der Marken sei nicht eingehalten. Die angegriffene Marke sei in der Widerspruchsmarke vollständig enthalten. Die zusätzliche Vorsilbe der Widerspruchsmarke sei klanglich schwach und trete hinter der folgenden, durch einen klangstarken Vokal sehr prägnanten, Silbe "BIO" im Gesamteindruck zurück. Der Laut "e" am Ende der jüngeren Marke klinge oft nur kurz an oder werde weggelassen, wenn der Verkehr das Wort - wie viele auf dem betreffenden Warengbiet gebräuchliche Namen und Zeichen – französisch, dh. ohne "e" am Wortende ausspreche. Auch eine schriftbildliche Ähnlichkeit bestehe, weil die Zeichen weitgehend gleich seien. Etwaige Anklänge der Widerspruchsmarke an dem Begriff "Symbiose" würden nicht erkannt.

Die Widersprechende beantragt sinngemäß,

die angefochtenen Beschlüsse aufzuheben und die Löschung der angegriffenen Marke für die Waren "Arzneimittel, insbesondere Mittel für medizinische Bader" anzuordnen.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, aufgrund der unterschiedlichen Anfangsilben und Wortendungen der Zeichen sei eine Verwechslungsgefahr nicht gegeben. Es sei fernliegend anzunehmen, der Gesamteindruck der Widerspruchsmarke werde durch "BIOFLOR" bestimmt. Der Zeichenbestandteil "SYMBIO" stelle eine Einheit dar und leite sich von dem Begriff "Symbiose" ab, der auch in Verbindung mit einer

Therapie zur Stärkung des Immunsystems und der Darmflora eine Rolle spiele. Dieser ausgeprägte Begriffsinhalt der Widerspruchsmarke fördere außerdem die Unterscheidbarkeit der Marken, deren Silbengliederung und Wortlänge deutlich unterschiedlich seien.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde der Widersprechenden ist zulässig, hat in der Sache jedoch keinen Erfolg. Wie die Markenstelle zu Recht angenommen hat, besteht zwischen der prioritätsjüngeren Marke "Bioflore" und der Widerspruchsmarke "SYMBIOFLOR" keine Verwechslungsgefahr gemäß § 42 Abs. 2 Nr. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zu Art. 4 Abs 1 Buchst. b der Markenrechtsrichtlinie, die für die Auslegung der in Umsetzung dieser Richtlinienbestimmung erlassenen Vorschrift des § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG von maßgeblicher Bedeutung ist, ist die Frage der Verwechslungsgefahr unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen. Zu den dabei maßgebenden Umständen gehören insbesondere die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sowie der Grad der Ähnlichkeit der Marken und der damit gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen. Bei der umfassenden Beurteilung ist hinsichtlich der Ähnlichkeit der Marken auf den Gesamteindruck abzustellen, den diese jeweils hervorrufen. Hierbei kommt es entscheidend darauf an, wie die Marke auf den Durchschnittsverbraucher der jeweils in Frage stehenden Waren und Dienstleistungen wirkt (vgl. EuGH GRUR 1998, 387, 389 f "Sabèl/Puma"; GRUR Int. 1999, 734, 736 "Lloyd"; BGH GRUR 2004, 783, 784 "NEURO-FIBOLEX/NEURO-FIBRALEX"; GRUR 2004, 235, 234 "Davidoff II"). Die Bewertung der Verwechslungsgefahr impliziert auch eine gewisse Wechselbezie-

hung zwischen den in Betracht kommenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der damit gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen. So kann ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken ausgeglichen werden und umgekehrt (EuGH GRUR Int. 1998, 875, 876 f. "Canon"; GRUR Int. 2000, 899, 901 "Marca/Adidas"; BGH GRUR 2003, 332, 334 "Abschlußstück"). Nach diesen Grundsätzen ist vorliegend die Gefahr von Verwechslungen nicht gegeben.

Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr sind der Teilverzicht und das Vorbringen der Widersprechenden nach Abschluß der mündlichen Verhandlung nicht zu berücksichtigen. Da auch an Verkündungs Statt zugestellte Beschlüsse aufgrund der mündlichen Verhandlung ergehen, ist den Beteiligten nachträglicher Sachvortrag grundsätzlich verwehrt (§ 82 Abs. 1 MarkenG iVm § 296a Satz 1 ZPO; vgl. dazu Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl., § 79 Rn 15; BPatG GRUR 2003, 530, 531 "Waldschlößchen"). Zwar sind verfahrensabschließende Erklärungen auch noch nach Abschluß der mündlichen Verhandlung und bis zur Rechtskraft der Entscheidung prozessual wirksam. Dies gilt jedoch nicht für Teilverzichte, die - wie im vorliegenden Fall - die Umformulierung des Verzeichnisses der Waren und Dienstleistungen zum Gegenstand haben, da dies rechtliche Fragen aufwerfen kann, die unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs der Erörterung mit den Beteiligten in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht bedürfen. Für derartige Erörterungen ist indessen nach Schluß der mündlichen Verhandlung kein Raum, da dann neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht mehr vorgebracht werden können (vgl. für den Fall der Einschränkung des Warenverzeichnisses der angegriffenen Marke BPatG GRUR 2003, 530, 531 "Waldschlößchen"). Die Frage der Berücksichtigung der nachträglichen Änderung des Warenverzeichnisses kann hier jedoch letztlich dahinstehen, denn eine über die begehrte Neufassung des Warenverzeichnisses hinausgehende Benutzung der ua. für "pharmazeutische Präparate und medizinische Präparate" eingetragenen Widerspruchsmarke ist auf die zulässige Nichtbenutzungseinrede hin nicht glaubhaft gemacht worden, so daß ohnehin nur vom Bereich der von der Benutzung betrof-

fenen Waren auszugehen ist (§ 43 Abs. 1 Satz 3 MarkenG). Demnach ist zu berücksichtigen, daß die Marken sich teilweise auf identischen Waren begegnen können, was insoweit Verwechslungen begünstigt.

Ebenso kann zugunsten der Widersprechenden unterstellt werden, daß die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke durch intensive Benutzung gestärkt worden ist. Denn selbst wenn man einen sehr großen Abstand der angegriffenen Marke von der Widerspruchsmarke fordert, wird dieser im vorliegenden Fall trotz der Übereinstimmung der Wörter in den Buchstaben bzw. Lauten "-bioflor-" eingehalten.

Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist grundsätzlich vom Gesamteindruck auszugehen. Bei einem zusammengesetzten Markenwort, das nicht (ausnahmsweise) auf Grund besonderer Umstände als mehrgliedrig empfunden wird, darf nicht ohne weiteres auf die Übereinstimmung in unselbständigen Zeichenbestandteilen abgestellt werden (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl., § 9 Rn 339, 369, 370). Im vorliegenden Fall sind keine nachvollziehbaren Gründe ersichtlich, die das Publikum veranlassen könnten, bei dem relativ kurzen Wort "**SYMBIOFLOR**" aus Gründen der Bequemlichkeit oder Vereinfachung die Anfangssilbe zu vernachlässigen. Die Silbe "SYM-" hat als solche keinen eigenständigen Aussagegehalt, sondern bildet zusammen mit weiteren Wortelementen in vielen Begriffen wie "Symbol, Sympathie, Symptom" eine geschlossene Gesamtbezeichnung. Bei der Widerspruchsmarke verschmilzt diese Silbe mit "-BIO-" zu einem eigenständigen Wortteil, der stark an den geläufigen und in Hinblick auf die entscheidungsrelevanten Waren der Widerspruchsmarke naheliegenden Begriff "Symbiose" (= Zusammenleben artverschiedener Organismen zu gegenseitigem Nutzen; zB Mensch-Darmflora; vgl. Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 257. Aufl., Stichwort "Symbiose") anklingt.

In ihrer Gesamtheit sind die Marken weder klanglich noch schriftbildlich oder begrifflich ähnlich. Auch bei undeutlicher Aussprache, wenn das End-"e" bei der jüngeren Marke "verschluckt" wird, oder unter ungünstigen Übermittlungsbedingun-

gen ist die unterschiedliche Silbengliederung und Betonung deutlich erkennbar. Während die jüngere Marke wie "Bio-flo-re" bzw. "Bio-flor" ausgesprochen wird, gliedert sich die Widerspruchsmarke klanglich in "Sym-bio-flor". Insgesamt ergibt sich daher bei der jüngeren Marke ein deutlich helleres, kürzeres, weniger fließendes Gesamtklangbild als beim älteren Zeichen.

Schriftbildlich unterscheiden sich die Zeichen auffällig in der Wortlänge. Auch begrifflich gibt es keine hinreichenden Gemeinsamkeiten.

In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, daß der Übereinstimmung in der Silbe "FLOR(E)" aus rechtlichen Gründen für die Verwechslungsgefahr nur geringere Bedeutung zukommt, denn hierbei handelt es sich um einen leicht erkennbaren Hinweis auf die Wirkungsweise der Waren der Vergleichszeichen betreffend die "Flora", nämlich die bakterielle Besiedelung von Magen, Darm, Mund-, Nasen- und Rachenraum etc., der außerdem in zahlreichen Drittkennzeichnungen auf dem betreffenden Warenggebiet enthalten ist (vgl. dazu BPatG 25 W (pat) 252/99 "BIOFLOR / SYMBIOFLOR", Zusammenfassung veröffentlicht auf PROMA PAVIS CD-ROM). Kennzeichnungsschwache Zeichenteile dürfen bei der Beurteilung des Gesamteindrucks zwar nicht unberücksichtigt bleiben. Jedoch kommt den abweichenden anderen (kennzeichnungsstärkeren) Markenteilen sowohl nach der subjektiven Aufmerksamkeit des Verkehrs als auch bei objektiver Bewertung der Kennzeichnungskraft eine stärkere Bedeutung zu. Wenn sich die Gemeinsamkeiten wie hier im wesentlichen auf schutzunfähige oder kennzeichnungsschwache Elemente der älteren Marke beschränken, ist eine Verwechslungsgefahr darum in der Regel zu verneinen (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl., § 9 Rn 331).

Eine Gefahr, daß die Zeichen gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden, liegt ebenfalls nicht vor.

Das bloße Vorhandensein eines übereinstimmenden Wortteils allein kann noch nicht die Annahme einer derartigen Verwechslungsgefahr begründen, zumal hierfür nicht jegliche, wie auch immer geartete gedankliche Assoziationen ausreichen

(st. Rspr.; vgl. z.B. BGH GRUR 1999, 735, 736 "MONOFLAM/POLYFLAM"; BGH GRUR 2004, 598, 599 "Kleiner Feigling"). Für die Annahme, daß der Verkehr wegen der beiden Marken gemeinsamen Buchstabenfolge "BIOFLOR" auf die Ursprungsidentität der betroffenen Waren (vgl. EuGH GRUR 1998, 922, "Canon"; GRUR 2001, 1148, 1149 "Bravo") oder auf sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Verbindungen deren Hersteller bzw. Anbieter (vgl. EuGH GRUR Int 1999, 734, 736 "Lloyd"; BGH GRUR 2004, 886, 887 "Mustang") schließen könnte, gibt es keine hinreichenden Anhaltspunkte, zumal diese Buchstabenfolge in der Widerspruchsmarke "SYMBIOFLOR" nicht als eigenständiger Stammbestandteil hervortritt.

Die Beschwerde war deshalb zurückzuweisen.

Es besteht kein Anlaß, einer der Verfahrensbeteiligten die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen (§ 71 Abs 1 MarkenG).

Dr. Ströbele

Prof. Dr. Hacker ist wegen
Urlaubs an der Unter-
zeichnung gehindert.
Dr. Ströbele

Guth

Bb