



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 172/02

(AktENZEICHEN)

Verkündet am
9. September 2004

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 398 08 905

hat der 25. Senat (Markenbeschwerde-Senat) des Bundespatentgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 9. September 2004 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterinnen Sredl und Bayer

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe:

I.

Die Bezeichnung

Gastrowell

ist am 14. September 1998 für „Arzneimittel; Diagnostika für medizinische Zwecke; Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke; Nahrungsergänzungsmittel, diätetische Erzeugnisse und Nahrungsmittelzusätze für nichtmedizinische Zwecke (soweit in Klasse 30 enthalten)“ unter der Nummer 398 08 905 in das Markenregister eingetragen worden.

Die Inhaberin der älteren Marke 430 036

Gastrosil

die seit dem 4. März 1931 für „Chemisch-pharmazeutische Präparate“ geschützt ist, hat hiergegen Widerspruch erhoben.

Die Markestelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat in zwei Beschlüssen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, die Verwechslungsgefahr verneint und den Widerspruch zurückgewiesen.

Nach Auffassung der Erstprüferin sei vom Gesamteindruck der Marken auszugehen, wobei wegen einer möglichen Warenidentität strenge Maßstäbe anzulegen seien. Gleichwohl hielten die Marken einen hinreichend großen Abstand ein. Der

übereinstimmende Bestandteil „Gastro-“ weise für die von beiden Marken erfassten Waren einen stark beschreibenden Anklang auf, so dass der Verkehr genötigt werde, auf weitere Unterschiede zu achten. Trotz des ebenfalls übereinstimmenden Endbuchstabens „l“ beeinflussten die abweichenden Laute „-wel-“, bzw. „-si-“, den Gesamteindruck der Marken noch so nachhaltig, dass auch bei handschriftlicher Wiedergabe keine VG bestehe. Dies gelte auch für das hierdurch hervorge-rufene unterschiedliche Klangbild.

Die hiergegen von der Widersprechenden eingelegte Erinnerung blieb aus denselben Gründen erfolglos. Die Erinnerungsprüferin führte ergänzend aus, daß sowohl Fachkreise als auch Endverbraucher von den möglicherweise gleichen Produkten angesprochen seien. Selbst wenn daher bei normaler Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke strenge Anforderungen an den Abstand zu stellen seien, bestehe keine Verwechslungsgefahr. Trotz des übereinstimmenden Wortteils „Gastro-“, der auf das Indikationsgebiet „Magen, Darm“ hinweise und in zahlreichen Drittmarken vorkomme, so dass er nur geringe Kennzeichnungskraft und Bedeutung für die Prägung des Gesamtzeichens habe, reichten die Abweichungen in der jeweils dritten Silbe aus, um durch deutlich verschiedene Gesamtklangbilder Verwechslungen entgegen zu wirken. Auch unter dem Gesichtspunkt begrifflicher Übereinstimmungen bestehe keine Verwechslungsgefahr; der gemeinsame Wortanfang reiche hierfür nicht aus. Es sei auch kein Anhaltspunkt für eine assoziative Verwechslungsgefahr gegeben, zumal „Gastro“- als Stammbestandteil nicht in Frage komme.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden. Die Markenstelle sei bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr von falschen Voraussetzungen ausgegangen. Zum einen liege Warenidentität vor, der von der Widerspruchsmarke erfasste Warenbereich umfasse auch die im Warenverzeichnis der angegriffenen Marke enthaltenen Waren der Kl 5, insbesondere „Arzneimittel“. Auf den Aspekt, dass ein geringerer Ähnlichkeitsgrad der Marken durch einen höheren Ähnlichkeitsgrad der Waren auszugleichen sei, sei die Markenstelle nicht eingegangen. Es könne auch nicht angenommen werden, dass die Verbraucher ein gesteigerte Aufmerksamkeit walten ließen, da es sich hier um rezeptfreie Präparate handele, wie es auch der Registerlage entspreche. Auf eine tatsächliche Rezeptpflicht nach der Roten Liste oder eine tatsächliche Benutzung komme es hier nicht

an. Infolgedessen müssten denkbar strenge Anforderungen an den Abstand gestellt werden. „Gastrosil“ sei eine Phantasiebezeichnung ohne beschränkten Schutzzumfang. Daß „Gastro“- beschreibend sei, sei wegen des zu beurteilenden Gesamteindrucks unerheblich. Die Gemeinsamkeiten der Markennörter seien größer als von der Markenstelle dargestellt. So wiesen die Vokale „i“ und „e“ ebenso klangliche Gemeinsamkeiten auf wie die Konsonanten „s“ bzw „w“, so dass der Gesamteindruck eher von Übereinstimmungen und nicht von Abweichungen geprägt sei. Verwechslungsgefahr bestehe im übrigen auch in schriftbildlicher Hinsicht, da eine markante Abweichung fehle.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 5 vom 7. April 2000 und vom 4. Februar 2002 aufzuheben und wegen des Widerspruchs aus der Marke 430 036 die Löschung der angegriffenen Marke 398 08 905 anzuordnen.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie hat die Benutzung der älteren Marke mit Ausnahme von „Magen-Darm-Mitteln“ bestritten. Wie die Markenstelle zutreffend ausgeführt habe, bestehe nach dem maßgeblichen Gesamteindruck keine Verwechslungsgefahr. Dem Bestandteil „Gastro-“ komme wegen der Anlehnung an den beschreibenden Hinweis auf Magen-Darm-Präparate nur ein enger Schutzzumfang zu. Zudem handele es sich um einen verbrauchten Bestandteil, der in mehr als 50 Marken-Eintragungen vorkomme. Auch die Endung „-sil“ der Widerspruchsmarke sei eine an eine beschreibende Angabe angelehnte Abkürzung, weil sich hieraus ein Hinweis auf „Silentium“ und damit auf eine bestimmte beruhigende Wirkung ergebe. Demgegenüber handele es sich bei der entsprechenden Endung „-well“ um einen Serienbestandteil der Inhaberin der jüngeren Marke. Unter Hinweis auf die „AntiVir/AntiVirus“-Entscheidung des BGH sei die Gefahr von Verwechslungen daher bereits aus

Rechtsgründen zu verneinen. Außerdem werde die Benutzung der Widerspruchsmarke für andere Waren als „Magen-Darm-Mittel“ bestritten.

In der mündlichen Verhandlung hat die Widersprechende erklärt, daß sie eine weitergehende Benutzung ihrer Marke nicht geltend macht.

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

II.

Die zulässige Beschwerde hat keinen Erfolg. Der Senat ist mit der Markenstelle der Auffassung, daß zwischen den Marken keine Verwechslungsgefahr im Sinne des § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG besteht, auch wenn es sich schon fast um einen Grenzfall handeln mag.

1. Der Senat geht bei seiner Entscheidung von einer (noch) durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der älteren Marke aus, auch wenn der Wortanfang „Gastro-“ auf das Indikationsgebiet des Magen-Darm-Bereichs hinweist und sich damit als sprechendes Element darstellt. So finden sich zB in der Roten Liste wie auch im Markenregister etliche Bezeichnungen der Hauptgruppe 60 bzw auf dem Gebiet der Klasse 5, die mit dem fraglichen Bestandteil anfangen. Die daraus folgende Kennzeichnungsschwäche wirkt sich allerdings nicht ausschlaggebend auf die allein maßgebliche Kennzeichnungskraft der Gesamtbezeichnung aus, zumal es bei pharmazeutischen Erzeugnissen üblicher Praxis entspricht, Marken in der Weise zu bilden, daß diese als sogenannte sprechende Zeichen durch eine phantasievolle Kombination jedenfalls für den Fachmann erkennbarer Wirkstoff- und/oder Anwendungsangaben die stoffliche Beschaffenheit oder das Indikationsgebiet kenntlich machen (vgl BGH GRUR 1998, 815 – Nitrangin).

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat der Widerspruchsmarke gegenüber die Einrede der Nichtbenutzung für andere Waren als „Magen-Darm-Mittel“ erhoben. Die Widersprechende hat eine weitergehende Benutzung ihrer Marke nicht geltend gemacht, so daß bei der Beurteilung der Ähnlichkeit der Waren auf Seiten der älteren Marke von den genannten Waren ausgegangen werden kann. Danach

ist Warenidentität möglich und wegen des Bestandteils „Gastro-“ der angegriffenen Marke auch tatsächlich wahrscheinlich, soweit die jüngere Marke Schutz auch für Arzneimittel beansprucht. Im übrigen stehen sich die Waren im Bereich einer engeren bis mittleren Ähnlichkeit gegenüber.

Da die Waren beider Marken, soweit es sich um pharmazeutische Präparate handelt, nicht rezeptpflichtig sind, sind auch Laien uneingeschränkt zu berücksichtigen (vgl BGH MarkenR 2002, 49 – ASTRA / ESTRA-PUREN), die sich allerdings nicht nur flüchtig mit der Ware befassen. Vielmehr ist auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher abzustellen, dessen Aufmerksamkeit je nach Art der Ware oder Dienstleistung unterschiedlich hoch sein kann (vgl hierzu BGH MarkenR 2002, 124 – Warsteiner III mwH; EuGH MarkenR 2002, 231 – Philips / Remington) und der insbesondere allem, was mit der Gesundheit zusammenhängt, eine gesteigerte Aufmerksamkeit beizumessen pflegt (vgl BGH GRUR 1995, 50 – Indorektal/Indohexal).

2. Auch wenn unter Berücksichtigung dieser Umstände strenge Anforderungen an den von der angegriffenen Marke einzuhaltenden Markenabstand zu stellen sind, um Verwechslungen im Sinne des § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG zu vermeiden, so ist dieser Abstand zur Widerspruchsmarke dennoch in jeder Hinsicht eingehalten.

In klanglicher Hinsicht unterscheiden sich die jeweils aus drei Silben bestehenden Markenwörter in ihrem Gesamteindruck noch hinreichend deutlich voneinander, auch wenn sie den identischen Wortanfang „Gastro-“ aufweisen. Denn die klanglich gut erfassbaren und nicht langen Markenwörter enthalten unterschiedliche Endsilben, deren Einzellaute zwar in klanglicher Hinsicht nicht besonders markant hervortreten, die sich in ihrer Lautfolge „-well“ bzw „-sil“ insgesamt jedoch auf den Gesamteindruck der Marken auswirken. Hierzu tragen die jeweils abweichenden Silbenanfangslaute „w“ gegenüber „s“ ebenso bei wie die unterschiedlich lang gesprochenen Vokale „e“ bzw „i“, die bei ungezwungener Sprechweise häufig betont wiedergegeben werden und die bei der angegriffenen Marke wegen des doppelten „l“-Lauts eher kurz, bei der Widerspruchsmarke eher gedehnt gesprochen werden. Hinzu kommt, daß die Verbraucher wegen der Vielzahl von „Gastro“-Marken und der reduzierten kennzeichnenden Bedeutung des übereinstimmenden Elements sich stärker an den weiteren, hier abweichenden Bestandteilen orientieren werden. Aber selbst wenn der Verkehr die beschreibende Bedeutung von „Gastro-“ nicht erkennen sollte, kann einem kennzeichnungsschwachen oder gar schutzunfähigen Markenbestandteil nicht ohne weiteres ein entscheidendes kennzeichnen-

des Gewicht für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr zukommen, auch wenn der Gesamteindruck durch kennzeichnungsschwache oder sogar schutzunfähige Elemente mitbestimmt werden oder unter besonderen Umständen eine andere Betrachtungsweise geboten sein kann (vgl Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl., § 9, Rdnr 331; BGH MarkenR 2000, 20 – RAUSCH / ELFI RAUCH). So hat auch der BGH in seiner Entscheidung „AntiVir/AntiVirus“ (MarkenR 2003, 388) dargelegt, daß bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr nicht entscheidend auf Übereinstimmungen allein mit einer beschreibenden Angabe selbst abzustellen sei, sondern daß maßgebend vielmehr der Eindruck der Marke in der den Schutz dieses Zeichens begründenden Eigenprägung und Unterscheidungskraft sei. Die kollisionsbegründende Eigenart des übereinstimmenden Bestandteils „Gastro-“ ist daher bereits aus Rechtsgründen eingeschränkt. Die abweichenden weiteren Bestandteile reichen daher auch bei Annahme einer Warenidentität und entsprechend strengen Maßstäben aus, um eine hinreichende Differenzierung der Marken zu gewährleisten und der Verwechslungsgefahr entgegen zu wirken. Hierzu trägt bei, daß die Silbe „-well“ der angegriffenen Marke an den mittlerweile häufig verwendeten Begriff „Wellness“ erinnert, während sich bei der entsprechenden Silbe „-sil“ der Widerspruchsmarke kein erkennbarer Sinnzusammenhang aufdrängt. Insbesondere die Bedeutung als Abkürzung des lateinischen Wortes „silentium“ für „Ruhe“ dürfte den meisten Verbrauchern unbekannt sein.

Auch in schriftbildlicher Hinsicht sind keine Verwechslungen zu besorgen. Weder bei handschriftlicher Wiedergabe noch in gedruckter Form ergeben sich wegen der abweichenden Konturen solche Übereinstimmungen, daß Verwechslungsgefahr anzunehmen wäre. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, daß das Schriftbild eines Wortes erfahrungsgemäß sehr viel besser aufgenommen und erfasst werden kann als das gesprochene und schnell verklingende Wort.

Verwechslungen unter dem Aspekt, daß die Marken gedanklich in Verbindung gebracht werden, sind schließlich ebenfalls ausgeschlossen, da beschreibende Angaben wie der hier übereinstimmende Wortanfang „Gastro-“ keinen Irrtum über die betriebliche Herkunft der Waren hervorrufen können.

Die Beschwerde der Widersprechenden war danach zurückzuweisen.

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

Kliems

Bayer

Sredl

Na