



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 32/04

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 301 21 897

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 28. Juni 2006 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Marke

FEMSEPT

ist am 10. Juli 2001 für

„Pharmazeutische Erzeugnisse, insbesondere Humanarzneimittel“

unter der Nummer 301 21 897 in das Markenregister eingetragen worden. Die Eintragung wurde am 9. August 2001 veröffentlicht.

Hiergegen hat die Inhaberin der älteren Marke 395 33 450

Fem 7

die seit dem 27. Oktober 1995 für

„Pharmazeutische Erzeugnisse, auch in Form von transdermalen Systemen“

geschützt ist, Widerspruch erhoben.

Die Markenstelle für Klasse 5 hat mit Beschluss eines Regierungs-Angestellten des gehobenen Dienstes vom 14. April 2003 die Gefahr von Verwechslungen verneint und den Widerspruch zurückgewiesen.

Zwar sei Warenidentität möglich. Aber auch bei strengen Anforderungen halte die angegriffene Marke nach dem Gesamteindruck einen ausreichenden Abstand zur normal kennzeichnungskräftigen Widerspruchsmarke ein. Weder in der Gesamtheit noch unter dem Gesichtspunkt prägender Bestandteile seien die Marken verwechselbar, denn dem Bestandteil „Fem-“ der angegriffenen Marke komme insoweit keine den Gesamteindruck allein prägende Wirkung zu. Trotz der Übereinstimmung in dem stärker beachteten Wortanfang und ungeachtet des gewissen Begriffsanklangs an „feminin“ reiche die abweichende Silbenzahl von „Femsept“ gegenüber „Fem sieben“ in Verbindung mit dem deutlich verschiedenen Sprechrhythmus und der abweichenden Vokalfolge zur Verneinung einer Verwechslungsgefahr aus. Die Begriffsanklänge von „-sept“ im Sinne von „Septum“ (= Scheidewand) oder „septisch“ (= nicht keimfrei) wirkten der Verwechslungsgefahr zusätzlich entgegen. Auch im Schriftbild ergäbe sich kein Anhaltspunkt für Verwechslungen, ebenso wenig für Verwechslungen in assoziativer Hinsicht.

Die hiergegen eingelegte Erinnerung der Widersprechenden wurde mit Beschluss vom 15. Dezember 2003 wegen fehlender Verwechslungsgefahr zurückgewiesen.

Auch unter Berücksichtigung möglicher Warenidentität und allgemeiner Verkehrskreise, die allerdings eine gewisse Sorgfalt walten ließen, reiche der Abstand der angegriffenen Marke zur Widerspruchsmarke aus. Neben den von der Markenstelle bereits gewürdigten Umständen bestehe kein Anlass, dass der Verkehr den Be-

standteil „-sept“ der jüngeren Marke als an sich bekanntes französisches Zahlwort für „sieben“ ansehe, da eine solche Interpretation im Inland nicht nahe liege. Soweit der Bestandteil „Fem-“ als Hinweis auf das französische Wort „femme“ für „Frau“ angesehen werde, habe dies eine ähnlich Bedeutung wie „feminin“. Ebenso wenig bestehe Anlass, einen Marken-Bestandteil außer acht zu lassen, da die Marken ihrem Gesamteindruck nach zu beurteilen seien, zumal „Fem-“ als Hinweis auf „feminin“ eher kennzeichnungsschwach sei und zudem kein Bestandteil die Marken mehr präge als der andere. Gegen eine klangliche Verwechslungsgefahr spreche, dass die angegriffene Marke am Wortende über zwei klangstarke Konsonanten „-pt“ verfüge, die der Widerspruchsmarke fehlten. Im Zusammenhang mit den begrifflichen Anklängen, die auch dem Durchschnittsabnehmer bekannt seien, bestehe weder unmittelbare noch mittelbare Verwechslungsgefahr, zumal das beschreibende Element „Fem-“ sich nicht als Serienzeichenbestandteil eigne und im Übrigen auch von anderen Markeninhabern benutzt werde.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden mit dem Antrag (sinngemäß),

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 14. April 2003 und vom 15. Dezember 2004 aufzuheben, dem Widerspruch stattzugeben und die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen.

Zwischen den Marken bestehe die Gefahr von Verwechslungen, die sich aus Klang, Bild und Sinn der Marken ergeben könne. Im Gegensatz zum Erinnerungsbeschluss, der darauf nicht eingegangen sei, stimmten die Marken ihrem Sinn nach überein, da der Bestandteil „sept“ der angegriffenen Marke mit der französischen Zahl „sieben“ gleichzusetzen sei. Hinzu komme, dass für die Widersprechende auch die Marken „Fem Seven“ und „Femsieben“ registriert seien. In diese Markenfamilie reihe sich die angegriffene Marke ein.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen,

Die Markenstelle habe die Gefahr von Verwechslungen zutreffend verneint; dies gelte auch für die begriffliche Verwechslungsgefahr. Hinzuweisen sei neben den von der Markenstelle aufgeführten Argumenten zusätzlich darauf, dass der Verkehr nicht zu einer analysierenden Betrachtung der Marken neige. Insoweit werde er die angegriffene Marke auch nicht in die einzelnen Bestandteile trennen und sie auf begriffliche Anklänge hin untersuchen. Vielmehr werde die jüngere Marke als Phantasiewort aufgefasst. Ob die Widersprechende weitere Marken mit den Bestandteilen „Fem“ und „Seven“ oder „-sieben“ besitze, sei irrelevant, weil der Verkehr diese lediglich registrierten, aber nicht benutzten Marken nicht kenne. Insgesamt reichten die Unterschiede der Marken aus, um Verwechslungen auszuschließen.

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg, denn auch nach Auffassung des Senats besteht zwischen den Marken keine Verwechslungsgefahr im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG.

Bei deren Beurteilung sind die Identität oder Ähnlichkeit der Waren, die Identität oder Ähnlichkeit der Marken sowie die Kennzeichnungskraft und damit der Schutzzumfang der älteren Marke zu berücksichtigen.

Nachdem die Benutzung der Widerspruchsmarke nicht bestritten worden ist, ist bei der Beurteilung der Warenähnlichkeit von der Registerlage auszugehen. Nach den für die jeweilige Marke geschützten Waren können sich identische pharmazeutische Erzeugnisse gegenüberstehen. Da die Warenverzeichnisse eine Rezeptpflicht der

Produkte nicht vorgeben, sind die allgemeinen Verbraucherkreise in die Beurteilung der Verwechslungsgefahr mit einzubeziehen. Dabei ist auf den normal verständigen und informierten Durchschnittsverbraucher abzustellen, dessen Aufmerksamkeit je nach Ware oder Dienstleistung unterschiedlich hoch ausfällt, der jedoch allem, was mit der Gesundheit zusammenhängt, eine größere Aufmerksamkeit widmet als vielen anderen Dingen des täglichen Lebens (vgl. allgemein EuGH MarkenR 2002, 231 - Philips / Remington; zur Aufmerksamkeit im Gesundheitswesen BGH GRUR 1995, 50 - INDOREKTAL / INDOHEXAL).

Die Kennzeichnungskraft der älteren Marke in ihrer Gesamtheit ist als durchschnittlich einzustufen. Anhaltspunkte, die in eine andere Richtung deuten, sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

Nach alledem sind an den Abstand, den die jüngere Marke gegenüber der Widerspruchsmarke einzuhalten hat, um Verwechslungen zu verhindern, eher strenge Anforderungen zu stellen. Diesen wird die angegriffene Marke jedoch gerecht.

Maßgebend für die Beurteilung der Markenähnlichkeit ist der Gesamteindruck der Vergleichsmarken, wobei von dem allgemeinen Erfahrungssatz auszugehen ist, dass der Verkehr eine Marke so aufnimmt, wie sie ihm begegnet, ohne sie einer analysierenden Betrachtung zu unterziehen (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 9 Rdnr. 111 m. w. H. zur Rspr.; BGH GRUR 2004, 783 - NEURO-VIBOLEX / NEURRO-FIBRAFLEX).

Danach unterscheiden sich die Marken deutlich voneinander. Der Senat geht davon aus, dass die Widerspruchsmarke wie „Fem sieben“ ausgesprochen wird. Aus der Übereinstimmung im Wortanfang „FEM-“ ließe sich die markenrechtliche Übereinstimmung allenfalls dann ableiten, wenn auch die weiteren Markenelemente verwechslungsfördernde Übereinstimmungen aufwiesen. Dies ist jedoch nach Ansicht des Senats nicht der Fall.

Wie die Markenstelle bereits angeführt hatte, deutet der gemeinsame Wortanfang „Fem-“ als Abkürzung auf das Adjektiv „feminin“ für „weiblich“ hin und kann zumindest keine durchschnittliche Kennzeichnungskraft mehr beanspruchen (vgl. Markensen, Deutsches Wörterbuch, Südwest Verlag München; Duden, Rechtschreibung; s. auch PAVIS ROMA Kliems 25 W (pat) 172/97 - FEMICARE = FEMICUR). Hierzu wird ergänzend auf die Rote Liste 2006 (Verlag Rote Liste Service-GmbH) verwiesen, in der in den einschlägigen Hauptgruppen 46 (Gynäkologika) und 76 (Sexualhormone und ihre Hemmstoffe) neben der Widerspruchsmarke 12 weitere Kennzeichnungen anderer Hersteller aufgeführt sind, die denselben Wortanfang aufweisen wie die hier zu beurteilenden Vergleichsmarken. Auch wenn solchen Markenelementen eine eher unter dem Durchschnitt liegende Kennzeichnungskraft zukommt, können sie für die Beurteilung des Gesamteindrucks der Marken von Bedeutung sein, wenn auch die weiteren Markenbestandteile Übereinstimmungen aufweisen (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 9 Rdnr. 214 m. w. H. zur Rspr.). Insoweit kommt den weiteren Bestandteilen „-SEPT“ bzw. der ausgesprochenen Zahl „sieben“ eine größere Bedeutung für den Gesamteindruck der Marken zu. Allerdings bestehen sowohl in klanglicher wie auch in schriftbildlicher Hinsicht deutliche Unterschiede in den Vergleichsmarken, denn sowohl die Silbenzahl als auch die Wortlänge weichen voneinander ab. Zwar mag bei ungezwungener Sprechweise die Betonung der Zeichen auf der jeweils zweiten Silbe liegen; dadurch tritt allerdings der Unterschied hinsichtlich der Vokale „e“ bzw. „i“ stärker hervor. Ebenso fällt beim schriftbildlichen Vergleich der Unterschied des Bestandteils „-SEPT“ gegenüber der Zahl „7“ der älteren Marke auf, so dass Verwechslungen in unmittelbarer Hinsicht nicht zu befürchten sind.

Dies gilt auch unter dem Gesichtspunkt, dass ein Markenelement den Gesamteindruck einer Marke prägen kann. Dass einem der Elemente der jüngeren Marke eine den Gesamteindruck prägende, selbständig kennzeichnende Bedeutung zukäme, ist allerdings nicht erkennbar. Beide Silben der jüngeren Marke fügen sich zu einem Wort zusammen, ohne dass ein Element z. B. durch eine besondere graphische oder farbliche Gestaltung eine herausgehobene Stellung inne hätte. Unter diesem

Aspekt ist auch nicht damit zu rechnen, dass die Marken auf einen Bestandteil verkürzt werden, denn aus Gründen der Sicherheit ist bei Arzneimittelbezeichnungen mit einer solchen verkürzten Wiedergabe nicht zu rechnen, zumal wenn sich die einzelnen Elemente zu einem einzigen Wort verbinden und auch dadurch kein Anlass zu einer verkürzten Benennung besteht.

Mit Verwechslungen in begrifflicher Hinsicht ist ebenfalls nicht zu rechnen. Eine begriffliche Übereinstimmung könnte allenfalls dann angenommen werden, wenn der Bestandteil „-SEPT“ der jüngeren Marke vom Verkehr als französisches Zahlwort mit der Bedeutung „sieben“ erkannt würde, wie die Widersprechende befürchtet. Gegen eine solche Annahme spricht allerdings nicht nur, dass nur ein geringer Teil der allgemeinen Abnehmerkreise über französische Sprachkenntnisse verfügt und die Bedeutung von „sept“ verstehen könnte. Darüber hinaus müsste der Verkehr zudem eine Verbindung von dem zweiten Bestandteil des einheitlichen Wortes „FEMSEPT“ zur Zahl 7 der Widerspruchsmarke ziehen, um so Verwechslungen zu unterliegen. Der überwiegende Teil der Verbraucher wird die angegriffene Marke als Phantasiewort ohne fremdsprachliche Prägung auffassen und sie dementsprechend deutsch wie „Femsept“ aussprechen, so dass von vorneherein kein Bezug zum französischen Zahlwort hergestellt wird. Gestützt wird diese Annahme auch dadurch, dass der Verkehr ein Markenwort so aufnimmt, wie es ihm begegnet, und daher keine analytische Betrachtung vornimmt. Aus der Sicht der Verbraucher läge zudem eine Deutung von „-SEPT“ als Hinweis auf „septisch“ für „keimbehaftet“ näher, weil dieser Bestandteil in zahlreichen Kennzeichnungen der Klasse 5 enthalten und den Verbrauchern in dieser Bedeutung daher geläufiger ist. Hinzu kommt zudem, dass eine französische Aussprache auch deswegen nicht nahe gelegt ist, weil auf dem vorliegenden Warengbiet Französisch sich nicht als Fachsprache etabliert hat.

Mittelbare Verwechslungen im Sinne einer assoziativen Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG sind ebenfalls nicht zu befürchten. Zwar beruft sich die Widersprechende neben anderen auf zwei weitere Marken mit Bezug zum Zahlwort

„sieben“, nämlich die Marken 395 25 866 „Fem Seven“ und 396 18 893 „FemSieben“, so dass das angegriffene Zeichen als Marke einer Serie der Widersprechenden wirken könnte.

Ob sich die übereinstimmende Anfangssilbe „Fem-“ wegen des damit verbundenen Hinweises auf den femininen Abnehmerkreis als Stammbestandteil einer Markenserie eignete, kann offen bleiben. Festzustellen ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass nach den Eintragungen in das Markenregister diese Silbe Bestandteil von Kennzeichnungen auf dem hier in Frage stehenden Arzneimittelsektor ist, die nicht nur auf die Widersprechende, sondern auch auf andere Markeninhaber hinweist, so dass ihre Eignung als Stammbestandteil einer Markenserie in Frage gestellt ist.

Es ist - wie bereits ausgeführt - auch keineswegs zwingend oder auch nur nahe liegend, in der zweiten Silbe der angegriffenen Marke das französische Wort für „sieben“ zu sehen. Die Widersprechende hat zudem nicht dargelegt, dass sie die beteiligten Verkehrskreise durch tatsächliche Verwendung ihrer genannten Marken an eine Markenserie gewöhnt hätte, die sich aus dem Bestandteil „Fem“ und der Zahl 7 oder dem entsprechenden Zahlwort in verschiedenen Sprachen zusammensetzt (vgl. hierzu Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 9 Rdnr. 322 i. V. m. 201; 336). Dies wäre jedoch erforderlich, da eine solche Serienbildung nicht leicht zu erkennen ist und fast schon eine analysierende Betrachtung voraussetzt.

Dementsprechend kommt auch die Annahme einer Verwechslungsgefahr, die etwa auf der Verwendung der Zahl 7 als Zahlwort in unterschiedlichen Schreibweisen bzw Sprachen als dem jeweils kennzeichnenden Element einer Markenserie mit einem allenfalls begrifflich identischen Stammbestandteil beruhen könnte, nicht in Betracht. Soweit die Zahl 7 in der angegriffenen Marke in eine andere Sprache übersetzt worden ist, liegt der Gedanke an ein Serienzeichen zudem grundsätzlich fern (vgl. BGH WRP 1998, 1179 - STEPHANSKRONE II; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 9 Rdnr. 336).

Auch wenn die angegriffene Marke sich an die ältere Marke anzulehnen scheint, handelt es sich um einen Umstand, dem jedenfalls mit den Mitteln des markenrechtlichen Widerspruchsverfahrens nicht begegnet werden kann (vgl. hierzu auch Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 9 Rdnr. 250 ff.).

Die Beschwerde musste nach alledem erfolglos bleiben.

Für eine Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bot der Streitfall keinen Anlass, § 71 Abs. 1 MarkenG.

gez.

Unterschriften