



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 160/06

(Aktenzeichen)

Verkündet am
10. November 2008

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 303 02 185

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 10. November 2008 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Vogel von Falckenstein, des Richters Paetzold und der Richterin Hartlieb

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Markeninhaberin wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 vom 31. August 2006 aufgehoben. Der Widerspruch aus der Marke 350 038 gegen die Marke 303 02 185 wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Eingetragen seit dem 26. Februar 2003 unter der Nummer 303 02 185 - veröffentlicht am 28. März 2003 - nach teilweiser Beschränkung im Widerspruchsverfahren - u. a. für die Waren

pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost, Pflaster, Verbandmaterial; Desinfektionsmittel; Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren, Fungizide, Herbizide

ist die Wortmarke

Cleo.

Widerspruch wurde - beschränkt auf die Waren der Klasse 5 - erhoben u. a. aus der unter der Nummer 350 038 am 31. März 1926 für

Seifen, Parfümerien, kosmetische Mittel, pharmazeutische Präparate

eingetragenen Wortmarke

Leo,

deren Benutzung bereits im Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt bestritten wurde.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamtes hat die angegriffene Marke hinsichtlich der oben genannten Waren wegen Verwechslungsgefahr teilweise gelöscht und im Übrigen den Widerspruch zurückgewiesen. Aufgrund der vorgelegten Unterlagen hat die Markenstelle die Warengruppen „Antithrombotika, Vitamin D3-Derivate, Hautantibiotika und Ophtalmika“ als benutzt zugrunde gelegt, die zu den angegriffenen Waren teils identisch teils im mittleren bis engeren Bereich ähnlich seien. Die Markenstelle hat eine Glaubhaftmachung der Benutzung angenommen, da die Benutzungsform der Widerspruchsmarke „Leo“ in Verbindung mit einem Bildelement, der Darstellung eines Löwen, und neben den speziellen Produktbezeichnungen den kennzeichnenden Charakter der Widerspruchsmarke nicht verändere. Die Widerspruchsmarke verfüge über eine im oberen Bereich liegende durchschnittliche Kennzeichnungskraft, so dass ein deutlicher Markenabstand einzuhalten sei, was in klanglicher Hinsicht nicht mehr gegeben sei. Auch wenn es sich um recht kurze Wortelemente handle und trotz

stärkerer Beachtung der Wortanfänge sei entscheidungserheblich, dass die Widerspruchsmarke „Leo“ vollständig in der angegriffenen Marke enthalten sei. Die konsonantischen Anlaute der angegriffenen Marke seien so miteinander verschmolzen, dass der Kontrast zum Anfangskonsonanten „L“ der Widerspruchsmarke eher gering ausfalle.

Hiergegen hat die Inhaberin der angegriffenen Marke Beschwerde eingelegt. Sie hält die Einrede der Nichtbenutzung aufrecht, da die für den Zeitraum von 1998 bis 2002 vorgelegten Unterlagen nicht ausreichend seien. Die zusammen mit der Widerspruchsmarke verwendete Löwenabbildung sei nicht nur eine bloße bildliche Zutat, sondern stelle sowohl großemäßig als auch aufgrund ihrer Stellung den Blickfang des Kombinationszeichens dar, hinter dem das Wortelement „Leo“ zurücktrete, so dass der kennzeichnende Charakter der Widerspruchsmarke verändert sei. Allein aus den Umsatzzahlen könne nicht auf eine gesteigerte Kennzeichnungskraft geschlossen werden. Im Pharmabereich werde erhöhte Aufmerksamkeit angewendet, so dass der Unterschied in den ausgesprochenen Kurzwörtern bemerkt werde. In klanglicher Hinsicht trete der als „K“ gesprochene Anfangslaut „C“ der angegriffenen Marke - da es sich um einen gutturalen und harten Klang handle - deutlich hervor und verschmelze gerade nicht mit dem nachfolgenden weichen und klangschwachen Buchstaben „L“, der hinter dem bestimmenden „C“ zurücktrete“. Die unterschiedlichen Sinngelhalte der Vergleichsmarken - „Leo“ lateinisch für „Löwe“ und „Cleo“ als weiblicher Vorname - ließen eine Verwechslungsgefahr ausscheiden. Selbst bei Warenidentität sei damit keine Verwechslungsgefahr gegeben. Hinsichtlich der Waren „Babykost, Pflaster, Verbandmaterial; Desinfektionsmittel; Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren, Fungizide, Herbizide“ bestehe keine Warennähe.

Sie beantragt,

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 31. August 2006 insoweit aufzuheben als darin die Löschung der

Marke 303 02 185 angeordnet ist und den Widerspruch aus der Marke 350 038 vollumfänglich zurückzuweisen.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie führt aus, bei der Benutzung der Widerspruchsmarke werde der Bildbestandteil der Löwendarstellung nur zusätzlich verwendet und verändere den kennzeichnenden Charakter der Widerspruchsmarke nicht. Die Widerspruchsmarke verfüge aufgrund langjähriger umfangreicher Benutzung über eine gesteigerte Kennzeichnungskraft, die hiermit erzielten hohen Umsatzzahlen seien jedenfalls ein Indiz hierfür. Es bestehe klangliche Verwechslungsgefahr, da die Widerspruchsmarke vollständig in der angegriffenen Marke enthalten sei. Begriffliche Unterschiede könnten dem nicht entgegenwirken, da es sich um nahe beieinander liegende Vornamen handle.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke hat auch in der Sache Erfolg.

Zwischen der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke 350 038 besteht nicht die Gefahr von Verwechslungen im Sinne von § 9 Absatz 1 Nr. 2 MarkenG, so dass der Widerspruch zurückzuweisen war.

Die Frage der Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der zueinander in Wechselbeziehung stehenden Faktoren der Ähn-

lichkeit der Marken, der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren sowie der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke zu beurteilen, wobei insbesondere ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Marken durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Waren ausgeglichen werden kann und umgekehrt (BGH in st. Rspr. vgl. GRUR 2005, 513 - MEY/Ella May; GRUR 2004, 865, 866 – Mustang; GRUR 2004, 598, 599 - Kleiner Feigling; GRUR 2004, 783, 784 - NEURO-VIBO-LEX/NEURO-FIBRAFLEX).

Nach diesen Grundsätzen ist hier die Gefahr von Verwechslungen zu verneinen.

1.) Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat die Einrede mangelnder Benutzung der Widerspruchsmarke nach § 43 Abs. 1 MarkenG bereits im Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt zulässig erhoben.

Bei der Entscheidung über den Widerspruch können damit nur die Waren berücksichtigt werden, für die von der Widersprechenden eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke für beide Benutzungszeiträume des § 43 Abs. 1 MarkenG glaubhaft gemacht worden ist (§ 43 Abs. 1 Satz 3 MarkenG). Die Widersprechende hatte demnach die Benutzung der Marke nach § 43 Abs. 1 S. 1 für den Zeitraum innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Veröffentlichung der Eintragung der Marke, gegen die sich der Widerspruch richtet, glaubhaft zu machen, nämlich für die Jahre ab März 1998 bis März 2003 sowie nach § 43 Absatz 1 Satz 2 MarkenG für die Zeit innerhalb der letzten fünf Jahre vor der vorliegenden Beschwerdeentscheidung, nämlich von November 2003 bis November 2008 (vgl. Ströbele/Hacker MarkenG 8. Aufl. § 43 Rdn. 4, 7 ff.). Glaubhaft zu machen ist dabei die Verwendung der Marke für die maßgeblichen Waren nach Art, Zeit, Ort und Umfang. Aus den vorgelegten Unterlagen muss sich eindeutig ergeben, in welcher Form, in welchem Zeitraum, in welchem Gebiet und in welchem Umfang die Benutzung erfolgt ist. (vgl. Ströbele/Hacker a. a. O. § 43 Rdn. 30, 43 m. w. N.).

Für die Waren „Antithrombotika, Vitamin D3-Derivate, Hautantibiotika, visköse Augentropfen“ hat die Widersprechende ausreichende Unterlagen für die maßgeblichen Benutzungszeiträume vorgelegt. Den von der Widersprechenden vorgelegten Glaubhaftmachungsunterlagen ist zu entnehmen, dass die obengenannten pharmazeutischen Präparate mit der Widerspruchsmarke „Leo“ seit 1998 kennzeichnendmäßig versehen sind. Dies ergibt sich für den Zeitraum gem. § 43 Abs. 1 S. 1 MarkenG aus der im Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt mit Schriftsatz vom 11. März 2004 vorgelegten eidesstattlichen Versicherung des Herrn L... vom 27. Februar 2004 über Umsatzzahlen von 1998 bis 2002 und den beigefügten Originalverpackungen sowie Rechnungskopien von 2001 bis 2002. Für den weiteren Zeitraum gemäß § 43 Absatz 1 Satz 2 MarkenG ergibt sich dies aus der im Beschwerdeverfahren mit Schriftsatz vom 20. Juni 2008 und in der mündlichen Verhandlung im Original vorgelegten eidesstattlichen Versicherung der Frau A... vom 14. März 2008 samt Umsatzzahlen für 2003 bis 2007 und den beigefügten Kopien von Verkaufskatalogen und Werbematerial. Die in den eidesstattlichen Versicherungen genannten Umsatzzahlen - jeweils mehrere ... Dänische Kronen bzw. Euro - belegen auch die Ernsthaftigkeit der Benutzung.

Die Benutzung der Widerspruchsmarke erfolgte auch im Rahmen der zulässigen Form (§ 26 Abs. 3 MarkenG). Dabei kam es auf die Frage, ob die Verwendung eines zusätzlichen Bildelements - hier der Darstellung eines Löwen - den kennzeichnenden Charakter der Widerspruchsmarke berührt hat, nicht an. Wie aus den der eidesstattlichen Versicherung beigefügten Originalverpackungen ersichtlich, ist die Widerspruchsmarke jedenfalls zusätzlich zu der verwendeten Wort-Bildkombination der Widerspruchsmarke auch in ihrer eingetragenen Form auf der Seite der Verpackungen angebracht. Es ist eine weit verbreitete und wirtschaftlich sinnvolle Praxis, mehrere Marken zur Kennzeichnung einer Ware zu verwenden, so dass von der markenmäßigen Benutzung von Marken einer Mehrfachkennzeichnung auszugehen ist, soweit sie insbesondere hinsichtlich ihrer Größe noch so herausgestellt sind, dass sie als selbständiger betrieblicher Herkunftshinweis verstanden

werden und nicht im Verhältnis zu den anderen Marken zurücktreten (vgl. Ströbele/Hacker a. a. O. § 26 Rdn. 81, 82). Dies ist hier der Fall, die Widerspruchsmarke ist zwar auf der Seite der Verpackungen angebracht, tritt aber größtmäßig ausreichend in Erscheinung, so dass sie vom Verkehr als Marke wahrgenommen wird.

Die mit der Marke „Leo“ benutzten Waren „Antithrombotika, Vitamin D3-Derivate, Hautantibiotika, visköse Augentropfen“ lassen sich unter den Begriff „pharmazeutische Präparate“ des Warenverzeichnisses subsumieren. Bei der Entscheidung sind „Antithrombotika, Vitamin D3-Derivate, Hautantibiotika, Ophthalmika“ generell zu berücksichtigen (§ 43 Abs. 1 Satz 3 MarkenG), da entsprechend der so genannten erweiterten Minimallösung die Widersprechende unabhängig von der tatsächlichen Verwendung nicht auf einen bestimmten Wirkstoff, eine bestimmte Darreichungsform oder eine bestehende Rezeptpflicht festgelegt werden kann (vgl. BPatG GRUR 2004, 954, 955 f. - CYNARETTEN/Circanetten; BPatG 25 W (pat) 251/03 - Loradin in PAVIS PROMA; Ströbele/Hacker, a. a. O. § 26 Rdn. 136 ff. m. w. N.), sondern eine Benutzung für einen weiteren Bereich anerkannt wird, der der jeweiligen Hauptgruppe in der Roten Liste entspricht.

Danach sind für die Beurteilung der Warenähnlichkeit den von der angegriffenen Marke „Cleo“ beanspruchten Waren die Waren „Antithrombotika, Vitamin D3-Derivate, Hautantibiotika, Ophthalmika“ gegenüber zu stellen.

2.) Bei seiner Entscheidung hat der Senat mangels genügender anderer Anhaltspunkte eine normale Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke zugrunde gelegt. Für die Annahme der behaupteten gesteigerten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke fehlen die erforderlichen konkreten Angaben der Widersprechenden zu Umsatzzahlen, Marktanteilen und Werbeaufwendungen im Vergleich zu Mitbewerbern (vgl. EuGH MarkenR 1999, 236, 239 (Nr. 23, 24) - Lloyd; GRUR 2002, 804, 808 (Nr. 60 - 62) - Philips; BGH GRUR 2002, 1067,

1069 - DKV/OKV; GRUR 2003, 1040, 1044 - Kinder; Ströbele/Hacker, a. a. O. § 9 Rdn. 189 ff. m. w. N.).

3.) Ausgehend von den als benutzt anzusehenden Waren „Antithrombotika, Vitamin D3-Derivate, Hautantibiotika, Ophtalmika“ der Widerspruchsmarke besteht teils Identität, teils Ähnlichkeit im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zu einem Teil der Waren der angegriffenen Marke. So werden „Antithrombotika, Vitamin D3-Derivate, Hautantibiotika“ von dem weiten Warenoberbegriff „pharmazeutische Erzeugnisse“ der angegriffenen Marke mitumfasst, „diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke“ lassen sich im Rahmen einer Ernährungsumstellung bei Hauterkrankungen begleitend verwenden. Auf die Frage der Ähnlichkeit zu den weiteren Waren der angegriffenen Marke kam es vorliegend nicht an, da selbst bei identischen Waren der erforderliche Abstand zwischen den Vergleichsmarken eingehalten ist.

Zu berücksichtigen ist hierbei, dass für die vorliegenden „pharmazeutischen Erzeugnisse“ und für die „Antithrombotika, Vitamin D3-Derivate, Hautantibiotika, Ophtalmika“ ebenso wie für die übrigen Vergleichswaren keine Rezeptpflicht besteht, so dass allgemeine Verkehrskreise uneingeschränkt zu berücksichtigen sind. Dabei ist davon auszugehen, dass grundsätzlich nicht auf einen sich nur flüchtig mit der Ware befassenden, sondern auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen ist, dessen Aufmerksamkeit je nach Art der Ware unterschiedlich hoch sein kann (vgl. BGH GRUR 2000, 506 ATTACHÉ/TISSERAND) und der insbesondere allem, was mit der Gesundheit zusammenhängt, eine gesteigerte Aufmerksamkeit beizumessen pflegt (vgl. BGH GRUR 1995, 50 - Indorektal/Indohexal).

4.) Der unter diesen Umständen gebotene deutliche Markenabstand wird von der angegriffenen Marke eingehalten.

Die Ähnlichkeit von Wortzeichen ist anhand ihres klanglichen und schriftbildlichen Eindrucks sowie ihres Sinngehalts zu ermitteln. Dabei kommt es auf den jeweiligen Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Zeichen an. Dies entspricht dem Erfahrungssatz, dass der Verkehr Marken regelmäßig in der Form aufnimmt, in der sie ihm entgegentreten und sie nicht einer analysierenden, zergliedernden, möglichen Bestandteilen und deren Bedeutung nachgehenden Betrachtung unterzieht. Dabei bleibt auch ein beschreibender Bestandteil bei der Feststellung des Gesamteindrucks nicht außer Betracht, sondern ist mit zu berücksichtigen. Zudem ist bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr grundsätzlich mehr auf die gegebenen Übereinstimmungen der zu vergleichenden Zeichen als auf die Unterschiede abzustellen (vgl. BGH a. a. O. NEURO-VIBOLEX/NEURO-FIBRAFLEX).

Bei Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich, dass die sich gegenüberstehenden Marken in ihrem klanglichen Gesamteindruck ausreichende Unterschiede aufweisen.

So ist zwar die angegriffene Marke vollständig in der Widerspruchsmarke enthalten und die Marken stimmen damit in drei von vier Buchstaben überein. Sie unterscheiden sich jedoch im Wortanfang besonders deutlich. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass Wortanfänge im Allgemeinen stärker beachtet werden als die übrigen Markenteile, zumal die Betonung vorliegend in beiden Vergleichsmarken auf dem Wortanfang liegt. Die angegriffene Marke verfügt mit dem zusätzlichen Anfangsbuchstaben „C“ - vorliegend als „K“ gesprochen - über einen besonders prägnanten und hart klingenden Wortanfang gegenüber der kürzeren mit dem weichen Konsonanten „L“ beginnenden Widerspruchsmarke, so dass ein unterschiedlicher klanglicher Eindruck entsteht. Es handelt sich um sehr kurze Markennörter, bei denen Abweichungen insbesondere am Wortanfang besonders hervortreten und die weder übersehen noch überhört werden können. Der zusätzliche Anfangskonsonant „C“ in der angegriffenen Marke und der nachfolgende Konsonant „L“ verschmelzen derart miteinander, dass ein neuer Begriff „Cleo“ gebildet ist, in dem die Lautfolge der Widerspruchsmarke „Leo“ nicht mehr eigenständig hervortritt.

Wesentliche Bedeutung für eine Unterscheidbarkeit der beiden Vergleichsmarken hat auch der unterschiedliche Begriffsgehalt, der für den Verkehr unschwer erkennbar ist. Wie auch die zusätzliche Verwendung des Bildbestandteils in Form einer Löwendarstellung zur Verdeutlichung der Wortmarke „Leo“ deutlich macht, will die Widersprechende ihre Marke in der Bedeutung von „Löwe“ verstanden wissen. Obwohl es sich dabei um eine lateinische Bezeichnung handelt, ist ihre Bedeutung auch für den Durchschnittsverbraucher allgemein verständlich und daher schnell erfassbar (vgl. 32 W (pat) 133/97 - LECO/LEO; 24 W (pat) 252/95 - LEO/LEMO), nicht zuletzt weil es sich dabei auch um eine für Löwen allgemein verwendete Namensbezeichnung - wie z. B. für Spielzeuglöwen - handelt. Die angegriffene Marke wird dagegen als weiblicher Vorname - abgeleitet von „Cleopatra“ - verstanden werden. Der in beiden Marken ohne weiteres erfassbare Sinngehalt mindert daher die Verwechslungsgefahr deutlich.

In schriftbildlicher Hinsicht halten die Vergleichsmarken in allen üblichen Wiedergabeformen ebenfalls einen noch ausreichenden Abstand ein. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Marken im Schriftbild erfahrungsgemäß mit etwas größerer Sorgfalt wahrgenommen werden als im eher flüchtigen Klangbild, das häufig bei mündlicher Benennung entsteht (vgl. BPatG GRUR 2004, 950, 954 - ACELAT /Acesal). Zudem steht beim schriftlichen Markenvergleich der Fachverkehr, der aufgrund seiner beruflichen Praxis und Erfahrung im Umgang mit Arzneimittelmarken über ein erhöhtes Unterscheidungsvermögen verfügt, im Vordergrund (vgl. BGH a. a. O. Indorektal/Indohexal). Unter diesen Voraussetzungen reichen auch bei einer schriftlichen Wiedergabe die Abweichungen durch den zusätzlichen Anfangsbuchstaben „C“ der angegriffenen Marken aus, um eine Unterscheidbarkeit der Marken zu gewährleisten.

Anhaltspunkte dafür, dass aus sonstigen Gründen die Gefahr von Verwechslungen bestehen könnte, sind nicht dargelegt und auch nicht ersichtlich.

Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bietet der Streitfall keinen Anlass (§ 71 Abs. 1 MarkenG).

Dr. Vogel von Falckenstein

Paetzold

Hartlieb

Cl