



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 122/06

Verkündet am
13. März 2008

(AktENZEICHEN)

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 302 22 174.3

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. März 2008 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterin Bayer und des Richters Merzbach

BPatG 154

08.05

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Widersprechenden wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 3. August 2006 aufgehoben.

Die Marke 302 22 174 ist aufgrund des Widerspruchs aus der Marke IR 431 445 für die Waren „Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse; Sanitärprodukte für medizinische Zwecke; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke“ zu löschen.

Gründe

I.

Die am 2. Mai 2002 angemeldete Marke

Felonex

ist am 29. August 2002 u. a. für die Waren

„Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse; Sanitärprodukte für medizinische Zwecke; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke“

unter der Nummer 302 22 174 in das Markenregister eingetragen worden.

Die Inhaberin der am 29. Juni 1977 für die Waren

„Produits pharmaceutiques, produits chimiques pour la médecine et l'hygiène, drogues pharmaceutiques, médicaments. *Pharmaceutical products, chemical products for medical and sanitary use, pharmaceutical drugs, medicines.*“

international registrierten Marke 431 445 IR

LEPONEX

hat dagegen Widerspruch erhoben, welcher sich gezielt gegen die oben aufgeführten Waren richtet.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 3. August 2006 durch einen Prüfer des höheren Dienstes den Widerspruch wegen fehlender Verwechslungsgefahr (§§ 9 Abs. 1 Nr. 2, 42 Abs. 2 Nr. 1, 107 MarkenG) zurückgewiesen.

Die sich gegenüberstehenden Waren seien identisch bzw. lägen im engsten Ähnlichkeitsbereich. Da nach Registerlage die Waren keiner Rezeptpflicht unterlägen, seien allgemeine Verkehrskreise zu berücksichtigen, die gegenüber Waren, die den Gesundheitssektor betreffen, eine gesteigerte Aufmerksamkeit aufbrächten. Es könne im überschneidenden Warenbereich nur von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft und einem normalen Schutzzumfang der Widerspruchsmarke ausgegangen werden. Eine gesteigerte Kennzeichnungskraft sei nicht belegt. Zum Ausschluss betrieblicher Herkunftsverwechslungen müsse noch ein deutlicher Markenabstand eingehalten werden, dem das angegriffene Zeichen in jeder Hinsicht gerecht würde. Der Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Zeichen ließe noch hinreichende Differenzierungen zu, selbst wenn es sich um einen Grenzfall handeln möge. In schriftbildlicher Hinsicht könnten die Unterschiede in

den abweichenden Buchstaben „F“ / „L“ bzw. „L“ / „P“ weder bei Normalschrift noch bei Versalschrift übersehen werden. Auch im Rahmen der klanglichen Ähnlichkeitsprüfung sei der gebotene Markenabstand gewahrt. Die Markenwörter stimmten zwar in Silben- und Lautzahl, Silbengliederung, Sprechrhythmus, Betonung sowie in der Vokalfolge „E-O-E“ und der Endung „-nex“ überein. Gleichwohl überlagerten die klanglichen Unterschiede die vorhandene Gemeinsamkeit noch derart, dass auch bei einer Markenbegegnung auf identischen Waren mit Verwechslungen in entscheidungsrelevantem Umfang nicht zu rechnen sei. Zwei der drei Silben wichen erkennbar voneinander ab, wobei Wortanfänge stärker beachtet würden als nachfolgende Wortteile. Die jeweiligen konsonantischen Anlaute der ersten und zweiten Silben bewirkten einen wahrnehmbaren Kontrast im phonetischen Eindruck. Insbesondere durch den Sprenglaut „P“ in „LEPONEX“ weise die Widerspruchsmarke einen etwas härteren Eindruck auf als die angegriffene Marke „Felonex“. Trotz ihres Beitrags zum Gesamteindruck handle es sich bei der aus markanten Lauten zusammengesetzten Endung „-nex“ um eine im Arzneimittelsektor häufig verwendete und damit als verbraucht anzusehende Endung. Schließlich wirke der Begriffsanklang des Bestandteils „Felo“ an den INN „Felodipin“, wie er in zahlreichen Drittzeichen branchenüblich Verwendung finde, der Gefahr betrieblicher Herkunftsverwechslungen eher entgegen.

Hiergegen hat die Widersprechende Beschwerde eingelegt und beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle vom 3. August 2006 aufzuheben, soweit der Widerspruch hinsichtlich der Waren „Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse; Sanitärprodukte für medizinische Zwecke; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke“ zurückgewiesen worden ist und die Marke 302 22 174 insoweit zu löschen.

Die Marken seien sowohl in klanglicher als auch schriftbildlicher Hinsicht ähnlich. Von den sieben Buchstaben der Marken seien fünf in Art und Anordnung identisch und ein sechster Buchstabe „L“ sei an versetzter Stelle enthalten, so dass eine Abweichung nur in einem Buchstaben gegeben sei. Die Abweichungen in den Anfangsbuchstaben „L“ und „F“ seien leicht übersehbar, da beide Buchstaben durch den langen Buchstabenrücken geprägt würden und zudem einen horizontalen, an der rechten Seite angebrachten Strich aufwiesen. Bezüglich der klanglichen Verwechslungsgefahr seien die beiden konsonantischen Abweichungen im Hinblick auf denselben Sprechrhythmus und die identischen Vokale nicht ausreichend. Beide Zeichen seien ferner durch die identische Endung „-nex“, der besonderes Gewicht beizumessen sei, da diese klanglich betont würde, und insbesondere durch den markanten Buchstaben „x“ geprägt. Die gemeinsame Endung „-nex“ sei nicht verbraucht, denn Eintragungen im Markenregister bedeuteten noch keine tatsächliche Verwendung im Verkehr. Außerdem lasse sich selbst aus den Eintragungen in Klasse 5 noch nicht entnehmen, dass derselbe Warenbereich betroffen sei.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat weder einen Antrag gestellt, noch zur Beschwerde der Widersprechenden in der Sache Stellung genommen.

Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten, einschließlich des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 13. März 2008 Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde der Widersprechenden gegen den von einem Prüfer des höheren Dienstes erlassenen Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 des DPMA ist gemäß § 66 Abs. 1 und 2 MarkenG zulässig.

In der Sache hat die Beschwerde der Widersprechenden in dem streitgegenständlichen Umfang Erfolg, da hinsichtlich der Waren „Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse; Sanitärprodukte für medizinische Zwecke; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke“ der Klasse 5 der angegriffenen Marke eine Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs. 1 Nr. 2, § 107 MarkenG besteht.

Das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls umfassend zu prüfen (EuGH GRUR 2006, 237, 238 - PICASSO; GRUR 1998, 387, 389 f -Sabèl/Puma). Ihre Beurteilung bemisst sich nach der Identität oder Ähnlichkeit der Waren, der Identität oder Ähnlichkeit der Marken und dem Schutzzumfang der Widerspruchsmarke. Diese Faktoren sind zwar für sich gesehen voneinander unabhängig, bestimmen aber in ihrer Wechselwirkung den Rechtsbegriff der Verwechslungsgefahr, wobei ein geringerer Grad eines Faktors durch einen höheren Grad eines anderen ausgeglichen werden kann (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 9 Rdn. 26).

Nachdem Benutzungsfragen nicht angesprochen sind, ist von den jeweils eingetragenen Warenbegriffen auszugehen.

Bei der Beurteilung der Ähnlichkeit von Waren sind alle erheblichen Faktoren zu berücksichtigen, die das Verhältnis zwischen den Waren kennzeichnen; hierzu gehören insbesondere ihre Beschaffenheit, ihre regelmäßige betriebliche Herkunft, ihre regelmäßige Vertriebsart, ihr Verwendungszweck und ihre Nutzung, ihre wirtschaftliche Bedeutung und ihre Eigenart als miteinander konkurrierende oder sich ergänzende Produkte (zur Definition der Ähnlichkeit von Waren/Dienstleistungen vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl. § 9 Rdn. 44). Insbesondere kommt es darauf an, ob der Verkehr (bei gleicher Kennzeichnung) erwartet, dass die beiderseitigen Waren unter der Kontrolle desselben Unternehmens hergestellt oder vertrieben werden, welches für ihre Qualität verantwortlich ist.

Danach sind die sich gegenüberstehenden Waren hochgradig ähnlich und können teilweise sogar identische sein. So ist die angegriffene Marke für „Pharmazeutische Erzeugnisse“ und „Sanitärprodukte für medizinische Zwecke“ geschützt, die mit den Waren „Produits pharmaceutiques“ und „produits chimiques pour la médecine et l'hygiène“ identisch sein können. Die angegriffenen „veterinärmedizinische Erzeugnisse“ weisen eine hohe Ähnlichkeit zu den Waren „Produits pharmaceutiques“ und „médicaments“ auf, da Humanarzneimittel und Tierarzneimittel die gleichen Inhaltsstoffe, Abgabeformen und Indikationsgebiete haben und von denselben Herstellern stammen können. Auch hinsichtlich der „diätetischen Erzeugnisse für medizinische Zwecke“ besteht eine hohe Warenähnlichkeit zu „Produits pharmaceutiques“ und „médicaments“, da diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke sich unter Umständen lediglich in der Dosierung des darin enthaltenen Wirkstoffes von Arzneimitteln unterscheiden und die Waren sich bei gleichen Krankheiten begegnen können, wenn nämlich ein Patient aus medizinischen Gründen diätetische Erzeugnisse zu sich nehmen muss.

Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke in der Gesamtheit ist durchschnittlich. Es gibt insoweit weder für eine Stärkung noch für eine Schwächung der Kennzeichnungskraft Anhaltspunkte.

Ausgehend von durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und von einer zumindest großen Warenähnlichkeit bei den sich gegenüberstehenden Produkten reichen die vorhandenen Unterschiede jedenfalls in klanglicher Hinsicht nicht aus, um eine rechtserhebliche Verwechslungsgefahr zu verhindern.

Da für keine der Waren im Warenverzeichnis eine Rezeptpflicht angegeben ist, sind Endverbraucher ohne Einschränkung zu berücksichtigen. Hinsichtlich der in Rede stehenden pharmazeutischen Erzeugnisse kann zwar eine erhöhte Aufmerksamkeit der Verkehrskreise angenommen werden, jedoch nimmt der Verkehr die Zeichen regelmäßig nicht gleichzeitig wahr, sondern ist auf ein Erinnerungsbild angewiesen. Da zumindest Laien den INN Felodipin nicht kennen, steht diesen

keine begriffliche Merkhilfe zur Verfügung, sondern sie fassen die angegriffene Marke als reines Fantasiewort auf. Die Zeichen stimmen in Silbenzahl, Vokalfolge sowie den Lauten „-e-onex“ identisch überein. Der Konsonant „l“ ist in beiden Zeichen vorhanden. Er steht zwar an unterschiedlicher Wortstelle, was nicht immer sicher erinnert werden kann. Die Anfangslaute „F“ und „L“ sind zwar bei isoliertem Vergleich deutlich verschieden, doch eher klangschwach, so dass dieser Unterschied bei den dreisilbigen Zeichen auch am Zeichenanfang nicht so stark ins Gewicht fällt. Der klangstarke Sprenglaut „p“ in der zweiten Silbe der Widerspruchsmarke unterscheidet sich zwar sehr deutlich von dem an dieser Stelle stehenden Laut „l“ der angegriffenen Marke. Da jedoch die Mittelsilben oft unbetont sind, kommt dieser unterschiedliche Klangcharakter im Gesamteindruck nicht so deutlich zum Vorschein, dass eine Verwechslungsgefahr ausgeschlossen werden kann, wenn sich die Marken auf gleichen Waren bei Laien begegnen und diese auf ein ungenaues Erinnerungsbild angewiesen sind. Allein die Eintragung von weiteren Marken mit der Endung „-nex“ oder „-onex“ genügt nicht, um diese Endung als kennzeichnungsschwach einzustufen, da über die Benutzungslage dieser Zeichen nichts bekannt ist. Nicht entscheidungserheblich ist daher der Vortrag der Inhaberin der angegriffenen Marke, dass es eine Vielzahl von Marken mit der gleichen Endung „nex“ oder „-onex“ gebe, so dass stärker auf die Unterschiede am Zeichenanfang abzustellen sei.

Auch wenn nicht auf eine flüchtige Wahrnehmung, sondern auf den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der jeweiligen Waren abzustellen ist (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl, § 9 Rdn. 113), kommen sich die Marken wegen der weitgehenden Übereinstimmungen im Klangbild zu nahe. Da mit mündlichen Bestellungen und Empfehlungen zu rechnen ist, führen bereits die klanglichen Ähnlichkeiten zu einer relevanten Verwechslungsgefahr, so dass es auf die Frage, ob die Zeichen sich auch im Schriftbild zu ähnlich sind, nicht mehr ankommt.

Die Beschwerde der Widersprechenden hat daher Erfolg.

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

Kliems

Merzbach

Bayer

Na