



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 159/04

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die angegriffene Marke 300 44 791

hat der 30. Senat (Markenbeschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 3. März 2008 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Vogel von Falckenstein sowie der Richterin Hartlieb und des Richters Paetzold

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Gegen die für die Waren der Klassen 03, 05, 29 und 30

„Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, diätetische Nahrungsmittel auf Pflanzen-Eiweiß-Basis für medizinische und/oder nichtmedizinische Zwecke; Tee“

am 7. September 2000 registrierten Wortmarke 300 44 791

ALMASAN

ist Widerspruch eingelegt worden unter anderem aus der Wortmarke 1 106 411

Almisan,

die seit dem 19. Mai 1987 eingetragen ist für

„Seifen (ausgenommen medizinische), Parfümerien, Mittel zur Körperpflege, Wasch- und Spülmittel zur Verwendung im Haushalt“,

sowie aus der Wortmarke 396 45 503

Almsana,

die seit dem 26. November 1996 eingetragen ist für

„Milch und Milcherzeugnisse, Joghurt und Joghurtprodukte, Sahne und Milch-Dessertartikel, Käse und Käsezubereitungen, Butter und Butterzubereitungen“

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Marke durch Erstbeschluss vom 17. September 2001 überwiegend, nämlich bis auf die Ware „Tee“, gelöscht, und zwar aufgrund des Widerspruchs aus der Marke 1 106 411 „Almisan“. Zur Begründung ist ausgeführt, dass die beiderseitigen Waren teilweise im Identitätsbereich und ansonsten im Ähnlichkeitsbereich lägen, dass angesichts der großen Markenübereinstimmungen eine Verwechslungsgefahr gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG angenommen werden müsse; nur hinsichtlich der Ware „Tee“ reiche der Abstand aus, dass insoweit nicht mehr mit relevanten Verwechslungen zu rechnen sei. Den Widerspruch aus der Marke 396 45 503 „ALMSANA“ hat der Erstprüfer wegen fehlender Verwechslungsgefahr zurückgewiesen.

Gegen diesen Beschluss eines Beamten des gehobenen Dienstes haben der Markeninhaber und die Widersprechende aus der Marke 396 45 503 „ALMSANA“ jeweils Erinnerung eingelegt; der Markeninhaber hat hinsichtlich der Widerspruchsmarke 1 106 411 „Almisan“ die Einrede der Nichtbenutzung erhoben. Im daraufhin ergangenen Erinnerungsbeschluss vom 21. April 2004 hat die Markenstelle im Tenor beide Erinnerungen zurückgewiesen, wobei in den Gründen die Benutzung der Widerspruchsmarke 1 196 411 als glaubhaft gemacht anerkannt worden ist.

Dagegen richtet sich die Beschwerde des Markeninhabers; eine Begründung, die in der Beschwerdeschrift vom 24. Mai 2004 angekündigt worden war, ist nicht zu den Akten gelangt, obwohl den Beteiligten mit Schreiben vom 10. Juli 2007 noch einmal Gelegenheit zu Stellungnahme gegeben worden war.

Der Markeninhaber beantragt,

die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Marke 300 44 791 „ALMASAN“ aufrechtzuerhalten.

Die Widersprechende hat keinen Antrag gestellt, aber weitere Glaubhaftmachungsunterlagen für die Zeit von 2002 bis 2006 vorgelegt.

Wegen der sonstigen Einzelheiten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

II.

Die Beschwerde des Markeninhabers ist zulässig, aber nicht begründet. Denn die Markenstelle hat die Erinnerung des Markeninhabers im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen, auch wenn die Beschlussgründe insofern Mängel aufweisen.

Zwischen der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke 1 106 411 „Almisan“ besteht eine relevante Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG.

Da der Markeninhaber trotz Hinweis des Senates vom 10. Juli 2007 keine weitere Stellungnahme zu seinem Beschwerdeschriftsatz vom 24. Mai 2004, in welchem er eine Begründung angekündigt hatte, eingereicht hat, ist nicht zu erkennen, wogegen er sich im Einzelnen wendet.

Die Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG ist unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der zueinander in Wechselbeziehung stehenden Faktoren der Ähnlichkeit 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. WRP 2004, 1281 - Mustang; WRP 2004, 907 - Kleiner Feigling; WRP 2004, 1043 - NEURO-VIBOLEX/NEURO-FIBRAFLEX).

Gegen die Anerkennung der Benutzung der Widerspruchsmarke bestehen keine Bedenken. Auch der Inhaber der angegriffenen Marke hat die im patentamtlichen Verfahren eingereichten Unterlagen nicht mehr angegriffen. Nachdem die Widersprechende im Beschwerdeverfahren weitere Unterlagen, insbesondere eine eidesstattliche Versicherung vom 31. Juli 2007 mit Umsatzzahlen von 2002 bis 2006, eingereicht hat, ist auch der Benutzungszeitraum nach § 43 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG abgedeckt, so dass die Nichtbenutzungseinrede insgesamt nicht durchgreift.

Damit ist hinsichtlich der beiderseitigen Waren von der Registerlage auszugehen. Insoweit stehen den Waren der angegriffenen Marke, wie die Markenstelle zu Recht festgestellt hat, teils identische, teils ähnliche Waren gegenüber. Zu der an-

gegriffenen Ware „Tee“ besteht keine Ähnlichkeit mit den Widerspruchswaren (vgl. Richter/Stoppel, Warenähnlichkeit 13. Aufl. 2005, S. 301 f. - Stichwort „Tee“).

Soweit der Markeninhaber in der Begründung seiner Erinnerung geltend gemacht hat, dass zwischen den angegriffenen Waren „diätetische Nahrungsmittel auf Pflanzen-Eiweiß-Basis für medizinische und/oder nichtmedizinische Zwecke“ und den Waren der Widersprechenden aus der Marke 1 106 411 „Almisan“ keine Warenähnlichkeit bestehe, so ist dem entgegenzutreten. Denn wie der Erstprüfer unter Hinweis auf Fundstellen in der Entscheidungssammlung von Richter/Stoppel zu Recht ausgeführt hat, liegen insoweit genügend Berührungspunkte zu den Widerspruchswaren „Seifen (ausgenommen medizinische), Parfümerien, Mittel zur Körperpflege“ vor. So hat das Bundespatentgericht entschieden, dass „diätetische Lebensmittel“ durchaus noch - wenn auch zum Teil deutlich entfernte - Ähnlichkeit mit „Mitteln zu Körper- und Schönheitspflege“ aufweisen, weil solche Produktgruppen immer häufiger nebeneinander in Bioläden angeboten würden (vgl. Entsch. vom 16. Dezember 2004, Az. 25 W (pat) 4/03 - Livera). Mit einer ähnlichen Begründung ist die Ähnlichkeit von „ätherischen Ölen und Essenzen“ mit „diätetischen Nahrungsmitteln“ bejaht worden (vgl. Entsch. v. 25. März 1998, Az. 28 W (pat) 105/97 - Eden). Berücksichtigt man, dass diätetische Nahrungsmittel durchaus auch etwa zur Hautpflege dienen und zusätzlich in Abstimmung oder Kombination mit Körperpflegemitteln eingenommen werden können (z. B. bei Akne, Allergien), liegen auch Berührungspunkte im Verwendungszweck oder als sich ergänzende Produkte vor. Warenidentität liegt hingegen hinsichtlich der angegriffenen Waren „Mittel zur Körper- und Schönheitspflege“ vor.

Hinsichtlich der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ist mit der Markenstelle von einem durchschnittlichen Grad auszugehen, was der Markeninhaber bisher auch nicht beanstandet hat.

Vor diesem Hintergrund müssen an den Abstand, der von den Marken zur Verneinung der Verwechslungsgefahr einzuhalten ist, zumindest durchschnittliche Anfor-

derungen gestellt werden, selbst wenn man zugunsten des Markeninhabers davon ausgeht, dass die Waren teilweise deutlich entfernt sind; denn diese können sich im Niedrigpreissegment bewegen, in welchem das breite Publikum ohne besondere Prüfung und Überlegung einkauft, auch wenn man bei Gesundheitsartikeln eher mehr Sorgfalt des Verkehrs unterstellt (vgl. Hacker in: Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl. 2006, § 9 Rdn. 122 m. w. N.); allerdings sind hier keine reinen Arzneimittel betroffen, sondern Lebensmittel.

Vor diesem Hintergrund weisen die Vergleichsmarken zu viele Ähnlichkeiten auf, um die Gefahr von Verwechslungen noch ausschließen zu können. Sie sind in der Buchstabenfolge identisch bis auf die Vokalabweichung „a/i“ in der Wortmitte, die jedoch weder im Klang- noch im Schriftbild der Wortmarken hinreichend deutlich zur Geltung kommt.

Bei der klanglichen Verwechslungsgefahr kommt es vor allem auf die Silbengliederung und die Vokalfolge an, wobei Wortanfänge stärker beachtet werden, während unbetonte Zwischensilben oder wenig auffällige Abweichungen im Wortinnern insbesondere bei längeren Marken die Verwechslungsgefahr kaum mindern (vgl. Hacker, a. a. O. Rdn. 130, 131, 132, 136 m. w. N.). So liegt der Fall hier. Angesichts identischer Silbengliederung kann die Abweichung nur in einem Vokal keine ausschlaggebende Bedeutung erlangen, wenn dieser sich in der nach üblichen Sprachgewohnheiten einzigen unbetonten Mittelsilbe befindet. Daran ändert sich auch nichts, wenn man der gemeinsamen Endung „san“ wegen ihres beschreibenden Anklangs einen geringeren Stellenwert beimisst. Denn auch insoweit kommt es auf den Gesamteindruck an, der auch von kennzeichnungsschwachen oder schutzunfähigen Elementen mitbestimmt wird, wenn weitere Ähnlichkeiten der Marken vorliegen (vgl. BGH WRP 2004, 1043 - NEURO-VIBOLEX/NEURO-FIBRAFLEX).

Auch in schriftbildlicher Hinsicht halten die Vergleichsmarken keinen ausreichenden Abstand ein, da insoweit der Gesamteindruck meist von den Anfangs- und

Schlusselementen bestimmt wird (vgl. Hacker, a. a. O. Rdn. 143 m. w. N.), die hier gerade übereinstimmen.

Nach alledem war eine relevante Verwechslungsgefahr zwischen der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke 1 106 411 „Almisan“ festzustellen, so dass die Beschwerde erfolglos bleiben musste, auch wenn der angefochtene Beschluss an einem Begründungsmangel insofern leidet, als der Tenor teilweise nicht von den Entscheidungsgründen getragen wird, auch weil der Beschluss die Entscheidung des Erstprüfers nicht zutreffend zugrunde gelegt hat. Der Senat sieht jedoch von einer Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und der Zurückverweisung des Verfahrens an die Markenstelle ab und entscheidet zur Vermeidung von Verfahrensverzögerungen selbst, zumal in der Sache der Beschluss des Erstprüfers bestätigt wird.

Zu einer einseitig belastenden Kostenentscheidung besteht keine Veranlassung, § 71 MarkenG.

Dr. Vogel von Falckenstein

Hartlieb

Paetzold

Ko