

BUNDESPATENTGERICHT

24 W (pat) 237/01

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 399 26 106

hat der 24. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 13. August 2002 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Ströbele sowie des Richters Guth und der Richterin Kirschneck

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die am 5. Mai 1999 angemeldete Wortmarke 399 26 106

ratioLax

ist für folgende Waren in das Register eingetragen worden:

Wasch- und Bleichmittel; Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel; Seifen; Parfümerien, ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Haarwässer; Zahnputzmittel; Arzneimittel, Vitaminpräparate, pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost; Pflaster, Verbandmaterial; Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke; Desinfektionsmittel; Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren; Fungizide, Herbizide.

Dagegen ist aus der für die Waren

"Arzneimittel"

eingetragenen prioritätsälteren Wortmarke 459 483

Agiolax

Widerspruch erhoben worden.

Mit Beschluß vom 28. September 2001 hat die Markenstelle für Klasse 3 des Deutschen Patent- und Markenamtes, besetzt mit einer Beamtin des höheren Dienstes, den Widerspruch wegen fehlender Verwechslungsgefahr gemäß §§ 9 Abs 1 Nr 2, 43 Abs 2 S 2 MarkenG zurückgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt, daß der Entscheidung normale Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke zugrundegelegt werde, da Tatsachen, die eine andere Einschätzung rechtfertigen würden, weder ersichtlich noch vorgetragen seien. Selbst im Hinblick auf die nach der Registerlage zum Teil identischen Waren unterschieden sich die Marken im Gesamteindruck in jeder Hinsicht noch hinreichend deutlich, so daß die Gefahr einer unmittelbaren Verwechslung nicht zu besorgen sei. In klanglicher Hinsicht wiesen die Marken zwar eine Reihe von Übereinstimmungen, insbesondere in der Wortlänge, Silbenzahl, der Vokalfolge und der gemeinsamen Endung "lax" auf. Dem stünden aber erhebliche Unterschiede in den ersten Silben der Marken am betonten und regelmäßig mehr beachteten Wortanfang gegenüber. Diese seien insbesondere deshalb von Bedeutung, da der Verkehr die gleichlautende Endung "lax" lediglich als üblichen Hinweis auf das Warengbiet der Laxantia auffassen und sich zur Unterscheidung der Marken daher an den beiden ersten Silben orientieren werde. Auch im Schriftbild unterschieden sich die Marken in den ersten beiden Silben hinreichend stark voneinander. Es gebe keine Anhaltspunkte für die Gefahr, daß die beiden Marken gedanklich miteinander in Verbindung gebracht würden.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden.

Sie trägt vor, die angegriffene Entscheidung setze sich über den allgemein bekannten Gesamtsachverhalt, über Denkgesetze, über wissenschaftliche Erkenntnisse und über die Lebenserfahrung hinweg und komme so zu dem nicht annehmbaren Tenor. Die widersprechende Marke repräsentiere eines der wichtigsten und bekanntesten Erzeugnisse der Widersprechenden mit ungebrochenem Markterfolg und hoher Kennzeichnungskraft.

In dem Beschluß sei die Identität bzw Nähe der Waren verkannt und nicht berücksichtigt worden. Die Marken wiesen in Wortlänge, Silbenzahl, Vokalfolge sowie der Endung "iolax" einen hohen Grad an Übereinstimmung auf, dem im akustischen Wirkungszusammenhang eine den Lauteindruck prägende Funktion zukomme. Demgegenüber schieße die Gewichtung der wenigen Abweichungen in dem angefochtenen Beschluß weit über das Ziel hinaus und sei in hohem Maße rechtsfehlerhaft. Von einer vermeintlich hinreichenden deutlichen Unterscheidung der beiden Marken, die zur Besorgnis von Verwechslungen keinen Anlaß gebe, könne nicht die Rede sein. Der angesprochene Verkehr besitze nicht die erforderliche wissenschaftliche Vorbildung, um in der Endsilbe das Merkmal einer Warengruppe (Laxantia) zu identifizieren. Die Annahme einer gruppierungsfähigen Ware dieser Bezeichnung ergebe gerade in der angegriffenen Marke schon deshalb keinen Sinn, weil ersichtlich der Firmenname der Inhaberin (R...) für die der widersprechenden Marke nachempfundene Bezeichnung Pate gestanden habe und daher kein anderer als der unternehmensbezogene deskriptive Charakter unterstellt werden könne.

Die Widersprechende beantragt,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben und ihrem Widerspruch stattzugeben.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke erachtet die Beschwerde für unbegründet. Nach einer von ihr durchgeführten Recherche seien beim Deutschen Patent- und

Markenamt in der Warenklasse 5 weitere 189 Marken eingetragen, die den Bestandteil "lax", zumeist als Endung, enthielten und damit Produkte umschrieben die sich auf das Warengbiet der Laxantia bezögen. Angesichts der Vielzahl dieser Marken würden die Verkehrskreise den Markenzeichen besondere Aufmerksamkeit widmen und die deutlichen Unterschiede der beiden Zeichen zweifelsfrei erkennen. Dies um so mehr, als der Dach- und Firmenname "r..." Verkehrsgeltung erlangt habe, so daß naheliegend die Marke "ratioLax" der Firma "r..." zugeordnet werde.

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

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Es besteht auch nach Auffassung des Senats keine Verwechslungsgefahr (§ 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG). Der Widerspruch aus der Marke 459 483 ist deshalb von der Markenstelle zu Recht gemäß § 43 Abs 2 Satz 2 MarkenG zurückgewiesen worden.

Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr im Sinn des § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht zu ziehenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der Ähnlichkeit der mit ihnen gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen sowie der Kennzeichnungskraft der älteren Marke, so daß ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken ausgeglichen werden kann und umgekehrt (st Rspr; vgl ua EuGH GRUR 1998, 387, 389 – Sabèl/Puma, GRUR 1998, 922, 923 – CANON, BGH GRUR 2000, 506, 508 – ATTACHÉ/TISSERAND).

Hinsichtlich der beiderseitigen Waren ist die Markenstelle in dem angefochtenen Beschluß zutreffend davon ausgegangen, daß die für die angegriffene Marke re-

gistrierten Waren der Klasse 5, insbesondere "Arzneimittel, Vitaminpräparate, pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse, Präparate für die Gesundheitspflege sowie diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke" teilweise mit den für die Widerspruchsmarke registrierten "Arzneimitteln" identisch, teilweise auch hochgradig ähnlich sein können. Die übrigen Waren der angegriffenen Marke weisen zu den Arzneimitteln der Widerspruchsmarke allerdings nur eine durchschnittliche bis allenfalls entferntere Ähnlichkeit auf.

Die Widerspruchsmarke besitzt von Haus aus als insgesamt phantasievolle Wortbildung normale Kennzeichnungskraft. Die von der Widersprechenden im Beschwerdeverfahren geltend gemachte erhöhte Kennzeichnungskraft wurde zwar von der Inhaberin der angegriffenen Marke nicht bestritten. Die Annahme einer erhöhten Kennzeichnungskraft stellt jedoch eine rechtliche Wertung dar, die als solche weder einem Behaupten noch einem Bestreiten zugänglich ist. Daher kann nicht schon deshalb von ihr ausgegangen werden, weil sie, wie vorliegend, von der Inhaberin des älteren Rechts unwidersprochen behauptet worden ist. Vielmehr sind die diese Rechtsbehauptung stützenden Tatsachen vorzutragen, soweit sie nicht ausnahmsweise amtsbekannt sind (vgl. Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Aufl., § 9 Rdn 139, BPatG GRUR 1997, 840, 842 f Lindora/Linola). Amtsbekannt sind vorliegend derartige Tatsachen nicht. Soweit die Widersprechende vorträgt, daß die Widerspruchsmarke eines ihrer wichtigsten und bekanntesten Erzeugnisse mit ungebrochenem Markterfolg repräsentiere, sind diese tatsächlichen Aussagen zu vage und pauschal, um darauf, ohne nähere Angaben etwa über die Dauer und den Umfang der Benutzung der Marke oder über ihre Marktpositionierung im Vergleich zu den Konkurrenzprodukten, die Wertung einer erhöhten Kennzeichnungskraft stützen zu können.

Doch selbst wenn man zugunsten der Widersprechenden eine gut benutzte Marke mit erheblicher Kennzeichnungskraft unterstellt und im Hinblick auf die teilweise gegebene Warenidentität bzw -nähe bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr strenge Maßstäbe anlegt, hält die angegriffene Marke den danach zum Ausschluß

einer markenrechtlich relevanten Verwechslungsgefahr erforderlichen deutlichen Abstand von der älteren Marke auch nach Auffassung des Senats in jeder Hinsicht noch ein.

Formal betrachtet weisen die Markenwörter "ratioLax" und "Agiolax" zwar zahlreiche Übereinstimmungen hinsichtlich der Silbenzahl, der Vokalfolge "a-io-a" sowie der Endsilbe "lax" auf. Gleichwohl bewirken die Abweichungen in den zwei vorderen Silben der Wörter, der Mehrbuchstabe "r" am Anfang der angegriffenen Marke und die unterschiedlichen Konsonanten "t" und "g" zu Beginn der zweiten Silbe eine deutlich wahrnehmbare Veränderung sowohl des klanglichen wie auch des schriftbildlichen Gesamteindrucks der Vergleichswörter.

So ist das Klangbild der Widerspruchsmarke aufgrund des vokalisch volltönenden Anfangsvokals "A" und des stimmhaft weichen, klangschwachen Gaumenlautes "g" zu Beginn der Zweitsilbe - bis auf den Sprengzischlaut "x" (= ks) am Wortende - durchgehend weich und fließend. Demgegenüber verleiht der kehlig rollende Rachenlaut "r" am Wortanfang und das vor den Vokalen "io" als markanter klangstarker Sprengzischlaut "ts" gesprochene "t" (vgl. zB die Aussprache der Begriffe "Ratio", "rational" u "rationell") zu Beginn der Zweitsilbe der angegriffenen Marke einen prägnanten, im Vergleich zur Widerspruchsmarke wesentlich härteren, stark konsonantisch geprägten Klangcharakter.

Im Schriftbild heben sich die Markenwörter, abgesehen von dem besonderen optischen Eindruck, welchen die angegriffene Marke durch die Kleinschreibung des Wortbestandteils "ratio" und die Versalie "L" am Eingang der Endsilbe "Lax" aufweist, zudem durch die die Oberlänge des "t" in "ratioLax" und die Unterlänge des "g" in Agiolax sowie die unterschiedlich figurierten Anfangssilben "A-" gegenüber "ra-/Ra-" in gut wahrnehmbarer Weise voneinander ab. Auch bei durchgängiger Großschreibung "AGIOLAX / RATIOLAX" tritt die unterschiedliche Gestaltung der Wortanfänge "AG-" gegenüber "RAT-" im optischen Gesamteindruck der Markenwörter noch auffällig hervor.

Hinzu kommt, daß der Wortbestandteil "ratio" in der angegriffenen Marke einen Begriffsgehalt besitzt, der zumindest in gewissem Umfang die Unterscheidung der

Marken dadurch erleichtert, daß aufgrund eines erkannten Sinngehalts die klanglichen und bildlichen Unterschiede vom Hörer oder Leser schneller und besser erfaßt werden. Das aus dem Lateinischen stammende Wort "Ratio" gehört in seiner Bedeutung "Vernunft, Vernunftsgrund" zum allgemeinen deutschen Sprachschatz (vgl Bertelsmann, Die neue deutsche Rechtschreibung, Ausg 1996, S 775; s dort auch "ultima ratio" sowie das Adjektiv "rational" = auf Vernunft beruhend, vernunftmäßig) und ist daher den angesprochenen Verkehrskreisen in seiner Begrifflichkeit ohne weiteres und sofort faßbar (vgl ua BGH GRUR 1992, 130, 132 – Bally/BALL; GRUR 1999, 240, 241 STEPHANSKRONE I). Zudem ist, wie die Widersprechende selbst ausführt, "ratio" Bestandteil des Firmennamens "r... GmbH" der Inhaberin der angegriffenen Marke, was, soweit dies dem Verkehr bekannt ist, ebenfalls mit zur Unterscheidung von der Widerspruchsmarke beiträgt.

Entgegen der Auffassung der Widersprechenden hat die Markenstelle den Abweichungen in den vorderen Wortbereichen zu Recht ein stärkeres Gewicht beigemessen als der Übereinstimmung in der Endsilbe "lax". Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, daß der Verkehr erfahrungsgemäß gerade den Wortanfängen regelmäßig größere Beachtung schenkt als Endsilben (vgl BGH GRUR 1998, 924, 925 salvent/Salventerol; GRUR 1999, 735, 736 MONOFLAM/POLYFLAM).

Ferner ist in dem angefochtenen Beschluß zutreffend davon ausgegangen worden, daß es sich bei der gemeinsamen Endsilbe "lax" um einen kennzeichnungsschwachen Bestandteil handelt, der zwar bei der Beurteilung des Gesamteindrucks der Marken mitzuberücksichtigen ist, der jedoch zusätzlich die Aufmerksamkeit des Verkehrs auf die übrigen, hier die abweichenden vorderen Markenbestandteile lenkt (vgl Althammer/Ströbele, aaO, § 9 Rdn 152).

Um in der Buchstabenfolge "lax" in Zusammenhang mit den hier vor allem kollisionsrelevanten, im Identitäts- bzw engeren Ähnlichkeitsbereich liegenden Arzneimitteln, pharmazeutischen Erzeugnissen und Präparaten für die Gesundheitspflege einen Gattungshinweis auf die Produktgruppe der Laxantia (pl v Laxans = Abführmittel, vgl Duden, Das Fremdwörterbuch, 6. Aufl, Bd 5, S 468) zu erkennen, bedarf es keiner wissenschaftlichen Vorbildung der angesprochenen Verkehrs-

kreise. Bei Abführmitteln bzw Laxantia handelt es sich um Mittel gegen häufig vorkommende, alltägliche Beschwerden, die von breiten Bevölkerungskreisen zu meist rezeptfrei im Wege der Selbstmedikation erworben und die daher auch entsprechend in allgemein zugänglichen Medien (einschlägigen Zeitschriften, Fernsehen, Radio, Internet etc) beworben werden. Es kann daher davon ausgegangen werden, daß dem interessierten "Durchschnittsverbraucher" auch der lateinische Fachbegriff "Laxans, Laxantia" für Abführmittel, sei es aus der Werbung, sei es aus Produktbeschreibungen auf der Verpackung oder Beipackzettel überwiegend geläufig ist.

Ferner muß eine gewisse Verbrauchtheit des Bestandteils "lax" durch seine häufige Verwendung in einschlägigen Drittzeichen in Rechnung gestellt werden. Wie sich aus der von der Inhaberin der angegriffenen Marke eingereichten Recherche-Liste ergibt, ist der Bestandteil "lax" in einer Vielzahl (189) von weiteren Marken enthalten, die für Waren der Klasse 5 beim Deutschen Patent- und Markenamt registriert sind. Dies stellt bereits ein Indiz für einen von Haus aus bestehenden Originalitätsmangel dieses Markenteils dar (vgl Althammer/Ströbele, aaO, § 9 Rdn 145). Ferner finden sich in der Roten Liste 2002, dem Arzneimittelverzeichnis für Deutschland, unter der Rubrik "Laxantia" (S 56 001 –56 082) insgesamt 30 Präparatebezeichnungen mit dem Bestandteil "lax", davon 13, die "lax" wie die Vergleichsmarken als Endsilbe aufweisen. Mithin wird eine größere Zahl einschlägiger Marken auch benutzt, so daß der Verkehr auf dem betroffenen Produktbereich an das Nebeneinander mehrerer "lax"-Marken gewöhnt ist und deshalb sorgfältiger auf etwaige Unterschiede in den Marken achten wird (vgl BGH GRUR 1967, 246, 248 Vitapur).

Im Hinblick darauf, daß mithin sowohl nach der subjektiven Auffassung des Verkehrs als auch nach der objektiven Bewertung die Kennzeichnungskraft der Marken schwerpunktmäßig durch ihre jeweils vorderen Bestandteile "ratio-" und "Agio-" geprägt wird, reichen die hier vorhandenen Unterschiede, auch wenn sie rein mengenmäßig hinter den Übereinstimmungen zurücktreten, aus, um eine markenrechtlich beachtliche unmittelbare Verwechslungsgefahr zwischen den Marken ausschließen zu können.

Anhaltspunkte für die Gefahr, daß die Marken gedanklich, etwa unter dem Gesichtspunkt einer Serienzeichenbildung miteinander in Verbindung gebracht werden, sind nicht ersichtlich und von der Widersprechenden auch nicht vorgetragen. Wegen der oben aufgezeigten Kennzeichnungsschwäche des gemeinsamen Bestandteiles "lax" kommt dieser als Stammbestandteil einer Zeichenserie mit besonderem Hinweischarakter gerade auf das Unternehmen der Widersprechenden von vornherein nicht in Betracht.

Es besteht kein Anlaß, einer der Verfahrensbeteiligten die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen (§ 71 Abs 1 MarkenG).

Dr. Ströbele

Guth

Kirschneck

Bb