



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 12/03

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 300 03 403

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundspatentgerichts in der Sitzung vom 4. November 2004 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterin Sredl und des Richters Merzbach

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe:

I.

Die Bezeichnung

FELISAN

ist am 25. Mai 2000 neben zahlreichen Waren der Klassen 1, 3, 29, 30 und 32 ua für

„Diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke; Vitamine, Salze und Spurenelemente in Pulverform und als Tabletten, auch als Brausetabletten; Kräutertee für medizinische Zwecke, Auszüge aus Heilpflanzen; Babykost; Pflaster, Verbandmaterial; Desinfektionsmittel“

unter der Nummer 300 03 403 in das Markenregister eingetragen worden.

Hiergegen hat die Inhaberin der am 10. April 1996 für

„Pharmazeutische Erzeugnisse, nämlich Psychopharmaka“

eingetragenen älteren Marke 395 09 669

Felis

Widerspruch erhoben. Das Widerspruchsverfahren für diese Marke wurde am 26. Februar 1998 abgeschlossen.

Nachdem die Inhaberin der angegriffenen Marke im Beschwerdeverfahren (erneut) die Benutzung der älteren Marke nach § 43 Abs 1 Satz 2 MarkenG bestritten und die Widersprechende daraufhin Benutzungsunterlagen für die Jahre 1995 bis 2002 vorgelegt hatte, hat die Inhaberin der angegriffenen Marke die Benutzung der Widerspruchsmarke für ein „Psychopharmakon auf der Basis von Johanniskraut-Trockenextrakt“ anerkannt.

Mit Beschluß der Markenstelle vom 23. Oktober 2002 wurde der Widerspruch wegen fehlender Verwechslungsgefahr zurückgewiesen. Die sich gegenüberstehenden Waren bewegten sich eher am Rand der Ähnlichkeit und richteten sich sowohl an Fachkreise wie Apotheker und Ärzte als auch an allgemeine Abnehmerkreise. Zu berücksichtigen sei insoweit ein durchschnittlich informierter, verständiger Verbraucher. Bei normaler Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke seien im Bereich nur entfernt ähnlicher Waren nur unterdurchschnittliche Anforderungen an den Markenabstand zu stellen. Danach sei die Ähnlichkeit der Marken in keiner Richtung verwechslungsbegründend ausgeprägt. Weder klanglich noch schriftbildlich bestünde wegen der unterschiedlichen Wortlänge und der daraus folgenden abweichenden Sprechweise und Silbentrennung die Gefahr von Verwechslungen. Auch assoziative oder mittelbare Verwechslungsgefahr bestehe nicht. Im übrigen könne der Widerspruch wegen der Unähnlichkeit der Waren der Kl 29, 30 und 32 und den Spezialwaren der Widerspruchsmarke keinen Erfolg haben.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden vom 13. November 2002 mit dem Antrag,

den angefochtenen Beschluß der Markenstelle für Klasse 5 aufzuheben, soweit die Verwechslungsgefahr bezüglich der Waren „diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke; Vitamine, Salze und Spurenelemente in Pulverform und als Tabletten, auch als Brausetabletten; Kräutertee für medizinische Zwecke, Auszüge aus Heilpflanzen; Babykost; Pflaster, Verbandmaterial,; Desinfektionsmittel“ verneint worden ist, und hierfür die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen.

Zur Begründung führt sie aus, die Widerspruchsmarke werde für ein Antidepressivum von einer Tochterfirma der Widersprechenden umfangreich im Verkehr benutzt. Die angegriffene Marke könne für identische, zumindest aber für hochgradig ähnliche Waren benutzt werden, so zB für „Kräutertee für medizinische Zwecke; Auszüge aus Heilpflanzen“, die Auszüge zB von Johanniskraut, dem Wirkstoff der Waren der Widerspruchsmarke, betreffen könnten. Hieraus folge eine Ähnlichkeit auch gegenüber „Pflastern“ der angegriffenen Marke, da es möglich sei, auch Psychopharmaka als Wirkstoffpflaster anzubieten. Die Wörter stimmten zudem in der Lautfolge „Felis-“ überein, wobei die 3. Silbe „-san“ verbraucht sei. Das Gewicht liege daher auf dem übereinstimmenden Wortanfang. Zudem stünden sich Phantasiebegriffe gegenüber, die keinen Sinngehalt aufwiesen und daher die Verwechslungsgefahr nicht vermindern könnten. Da 5 von 7 Buchstaben übereinstimmten, sei auch von schriftbildlicher Verwechslungsgefahr auszugehen. Schließlich bestehe auch die Möglichkeit, daß der Verkehr beide Marken einer Produktlinie oder –serie zuordne.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Auf die nach § 43 Abs 1 Satz 2 MarkenG bestrittene Benutzung der Widerspruchsmarke komme es wegen nicht bestehender Verwechslungsgefahr tatsäch-

lich nicht an. Wegen der zusätzlichen Mehrsilbe der angegriffenen Marke liege das Gewicht auf der Endung „-san“ mit einem weichen Konsonanten, wodurch sich der Gesamteindruck stark verändere. Die Widerspruchsmarke werde dagegen auf der 1. Silbe betont und ende mit einem scharfen Reiblaut. Eine Warenidentität der Widerspruchswaren und „Auszügen aus Heilpflanzen“ bestehe nicht. Es sei allenfalls von einer sehr geringen Ähnlichkeit auszugehen. Hinsichtlich der übrigen Waren der angegriffenen Marke, ausgenommen „Kräutertee für medizinische Zwecke“, bestehe keine hochgradige Ähnlichkeit. Für „diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke“ sei nicht einmal Ähnlichkeit erkennbar. Dies gelte auch für „Vitamine, Salze, Spurenelemente in Pulverform ...“ und „Babykost, Pflaster, ...“. Daß die Darreichungsform ähnlich sein könne, begründe noch keine Warenähnlichkeit. Es sei auch nicht ersichtlich, warum der Verbraucher für diese Warenbereiche von einer gemeinsamen betrieblichen Verantwortlichkeit ausgehe. Die Ausdehnung auf „Pharmazeutische Präparate“ allgemein und die Berufung auf die entsprechenden Fundstellen bei Richter/Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen, 12. Aufl., sei unzulässig.

II.

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

Der Senat hält die Marken ebenso wie die Markenstelle für nicht verwechselbar im Sinne des § 9 Abs 2 Nr 1 MarkenG.

Nachdem auf die Nichtbenutzungseinrede der Inhaberin der angegriffenen Marke die Widersprechende Benutzungsunterlagen vorgelegt hat und daraufhin die Benutzung der älteren Marke für ein „Psychopharmakon auf der Basis von Johanniskraut-Trockenextrakt“ anerkannt worden ist, ist entsprechend der sog. erweiterten Minimallösung von der Benutzung der Widerspruchsmarke für „Psychopharmaka“ generell gemäß der Hauptgruppe 71 der Roten Liste auszugehen. Nach diesem in

der Rechtsprechung des Bundespatentgerichts bei der Beurteilung der Benutzungslage im Rahmen der Integrationsfrage angewendeten Grundsatz (vgl hierzu Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl., § 26, Rdnr 203, 212) können weder die Ausdehnung auf den im Warenverzeichnis der Widerspruchsmarke enthaltenen Oberbegriff „Pharmazeutische Erzeugnisse ...“ noch die auf einen bestimmten Wirkstoff beschränkte Anerkennung der Benutzung durch die Inhaberin der angegriffenen Marke berücksichtigt werden (vgl BPatGE 41, 267 – Taxanil/ Taxilan; BPatG GRUR 2001, 513 – CEFABRAUSE / CEFASEL; BPatG MarkenR 2004 , 361 – CYNARETTEN / Circanetten New).

Zwischen den mit der Beschwerde angegriffenen Waren der jüngeren Marke und Psychopharmaka besteht eine Ähnlichkeit, die im Vergleich zu „Kräutertees für medizinische Zwecke“ relativ eng sein kann, hinsichtlich der weiteren angegriffenen Waren der jüngeren Marke jedoch geringer ist oder teilweise sogar fehlen mag. Zu berücksichtigen ist zudem, daß die Waren der Widerspruchsmarke nicht rezeptpflichtig sind und daher ebenso wie die Waren der angegriffenen Marke die allgemeinen Verbraucherkreise ansprechen und diese in die Beurteilung der Verwechslungsgefahr einzubeziehen sind. Dabei legt der Senat das vom EuGH entwickelte Verbraucherleitbild zugrunde, das auf den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abstellt (vgl Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 9, Rdnr 156 mwH) und geht mangels anderweitiger Anhaltspunkte von einer normalen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke aus.

Unter diesen Voraussetzungen sind an den markenrechtlichen Abstand eher strengere Anforderungen zu stellen, soweit sich die Marken auf Waren begegnen können, die einander relativ ähnlich sind. Diesen Anforderungen wird die jüngere Marke jedoch gerecht.

Ausgangspunkt für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist nach ständiger Rechtsprechung der Gesamteindruck der Marken.

Zwar ist die Widerspruchsmarke „Felis“ vollständig in der jüngeren Marke „FELISAN“ enthalten. Im vorliegenden Fall führt die Hinzufügung der Lautfolge "-an" an das Markenwort jedoch zu einem unterschiedlichen Gesamteindruck und damit zu einem noch ausreichend großen Abstand zur älteren Marke. Dies beruht zunächst auf der unterschiedlichen Wortlänge. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, daß sich die den Klang beeinflussende Endung nicht nur auf die Lautverbindung "-an" beschränkt, sondern sich mit dem voranstehenden Laut „s“ zu einer eigenen Silbe verbindet. Hinzu kommt, daß das Klangbild der Markennamen durch die unterschiedlichen Endungen beeinflusst wird. Klingt die jüngere Marke durch die Endung „-san“ eher weich und fließend, bestimmt der Reiblaut „s“ den Klang der relativ kurzen Widerspruchsmarke, die einen knappen Eindruck vermittelt. Aus der Hinzufügung einer weiteren Silbe folgt zugleich ein wegen der unterschiedlichen Silbenzahl und Wortlänge anderer Sprechrhythmus und eine dementsprechend andere Betonung der Wörter, denn bei normaler ungezwungener Sprechweise liegt die Betonung der Widerspruchsmarke regelmäßig mehr auf der ersten Silbe mit dem Vokal „e“, wie sie der Aussprache zB des Namens „Felix“ zu entnehmen ist. Bei der angegriffenen Marke wird hingegen die Endung "-san" und damit die Abweichung betont. Auch die Silbentrennung erfährt eine Veränderung, weil der Schlußlaut "s" der älteren Marke zum Anlaut der dritten Silbe in der jüngeren Marke wird.

Diese Merkmale sprechen insgesamt gegen eine Verwechslungsgefahr sowohl in klanglicher wie auch in schriftbildlicher Hinsicht.

Auch in begrifflicher Hinsicht bestehen keine verwechslungsbegründenden Übereinstimmungen. Soweit eine Anlehnung an „felix“ (lat. für „glücklich“) beabsichtigt sein sollte, was bei einem Psychopharmakon nahe liegt, wäre ein solcher beschreibender Anklang für sich nicht kollisionsbegründend. Abgesehen davon gliedert sich die angegriffene Marke nicht in „Felis-an“, sondern in „Feli-san“.

Der Senat sieht auch nicht die Gefahr, daß die Marken gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden. Die Widersprechende verfügt weder über eine Markenserie mit dem Stammbestandteil "Felis -", noch handelt es sich bei "-san" um einen typischen Abwandlungsbestandteil, der die Annahme einer Markenserie nahelegen könnte (vgl auch BPatGE 22, 193, 199 – Rhinis at/Ysat). Vielmehr erscheint die angegriffene Marke als einheitliches Wort, das dem Verkehr für eine Analyse oder Zergliederung keinen Anhaltspunkt bietet.

Die Beschwerde der Widersprechenden konnte danach keinen Erfolg haben.

Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bestand kein Anlaß, § 71 Abs 1 MarkenG.

Kliems

Merzbach

Sredl

Na