



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 45/03

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 399 23 089

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 8. Juli 2004 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterinnen Sredl und Bayer

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

G r ü n d e

I.

Die Bezeichnung

Aumed

ist am 28. Juli 1999 unter der Nummer 399 23 089 in das Markenregister eingetragen worden und nunmehr noch für die Waren "Arzneimittel, nämlich Ophthalmika" geschützt.

Dagegen hat die Inhaberin der für die Waren "Pharmazeutische Präparate, diätetische Nahrungsmittel, Arzneimittel, Malz und Malzextrakte" geschützten Marke Nr 300776

Eu-Med

Widerspruch erhoben.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 20. November 2002 den Widerspruch zurückgewiesen.

Ausgehend von einer normalen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und möglicher Identität der sich gegenüber stehenden Waren seien strenge Anforderungen an den Markenabstand zu stellen, wiewohl verwechslungsmindernd zu berücksichtigen sei, dass der angesprochene Verbraucher auf diesem Gebiet aufmerksamer sei als in anderen Warenbereichen. Die Marken würden in klanglicher Hinsicht durch die Abweichungen in den Vokalen des Wortanfangs trotz der Übereinstimmungen im Übrigen noch mit hinreichender Deutlichkeit unterschieden. Im Bereich pharmazeutischer Kennzeichnungen komme dem den Zeichen gemeinsamen Endbestandteil "med" nur eine deutlich eingeschränkte Bedeutung zu. Die Aufmerksamkeit des Verkehrs werde sich daher noch stärker, als dies erfahrungsgemäß ohnehin der Fall ist, auf die Wortanfänge richten. Unter diesen Umständen sei der erforderliche klangliche Markenabstand durch die erste Silbe der angegriffenen Marke, die im Vergleich zur ersten Silbe der Widerspruchsmarke deutlich dunkler klinge, gewahrt. Eine schriftbildliche Verwechslungsgefahr sei durch die Unterschiede in den Umrissstrukturen der Anfangsvokale und durch den Bindestrich im Markenwort der Widerspruchsmarke ausgeschlossen.

Die Widersprechende hat Beschwerde erhoben und beantragt nunmehr (sinngemäß),

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts vom
20. November 2002 aufzuheben und die Löschung der Marke
399 23 089 anzuordnen.

Sie macht eine hochgradige klangliche und schriftbildliche Verwechslungsgefahr geltend. Wegen der weitgehenden Übereinstimmung der beiden Kennzeichen, die sich allein im Anfangsbuchstaben unterschieden, sei ein ausreichender Markenabstand selbst unter Berücksichtigung erhöhter Aufmerksamkeit nicht gegeben. Ausgehend von normaler Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und möglicher Identität der sich gegenüber stehenden Waren sei von strengen Anforderungen an den Markenabstand auszugehen. Bei gleicher Silbenzahl, gleicher

Buchstabenanzahl und identischer zweiten Silbe könne unter Berücksichtigung dieser strengen Anforderungen der bloße Austausch des einleitenden Vokals unter keinen Umständen ausreichen, die Gefahr von Verwechslungen sicher auszuschließen. Dem stehe nicht entgegen, dass es sich bei dem gemeinsamen Bestandteil "med" um ein gebräuchliches Element im Bereich pharmazeutischer Kennzeichnungen handle, denn die Verwechslungsgefahr sei anhand des Gesamteindrucks zu beurteilen. Die Klangfarbe der Doppelvokale "EU" einerseits und "AU" andererseits sei keinesfalls so gravierend, dass sie unter allen Umständen mit Sicherheit auseinander gehalten werden könnten. Zur schriftbildlichen Verwechslungsgefahr sei anzumerken, dass hinsichtlich der Widerspruchsmarke keine Gewähr dafür gegeben sei, dass diese stets mit Bindestrich wiedergegeben werde. Der Bindestrich habe daher auch bei der schriftbildlichen Verwechslungsgefahr außer Betracht zu bleiben. Bei handschriftlicher Darstellung, gleichgültig ob in Groß- oder Kleinbuchstaben, seien die Vokale "A" und "E" nicht immer leicht auseinander zu halten, so dass an einer schriftbildlichen Verwechslungsgefahr kein Zweifel bestehen könne.

Der Inhaber der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die angegriffene Marke sei auf "Ophthalmika" beschränkt worden. Die Marke der Beschwerdeführerin werde für "Schmerzmittel" benutzt; für andere Waren werde die Benutzung bestritten. Es bestehe keine Verwechslungsgefahr. Die Vokale "A" und "E" seien schriftbildlich ausreichend unterscheidungskräftig und gerade durch den jeweils zweiten Buchstaben "U" zusätzlich im Klang unterschiedlich. Handschriftliche Rezepte seien heute zutage die Ausnahme. Verwechslungsmindernd sei, dass der Verbraucher bei diesen Waren aufmerksamer sei als in anderen Bereichen. Im Übrigen schließt sich die Beschwerdegegnerin dem Beschluss der Erstprüferin an.

Die Widersprechende hat sich zu der teilweise erhobenen Benutzungseinrede der Beschwerdegegnerin, die ihr am 22. Mai 2003 zugestellt worden war, bis jetzt nicht geäußert und auch keine Benutzungsunterlagen eingereicht.

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

II.

Die Beschwerde ist zulässig, hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.

Zwischen der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke Nr 300776 besteht nicht die Gefahr von Verwechslungen im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG, so dass die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen war (§ 43 Abs. 2 Satz 2 MarkenG).

Der Senat geht wie bereits die Markensstelle von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke in ihrer Gesamtheit aus.

Die Beschwerdegegnerin hat für alle Waren außer für Schmerzmittel die rechtserhaltende Benutzung bestritten. Die Einrede ist gemäß § 43 Abs 1 Satz 1 und Satz 2 MarkenG zulässig. Da die Widersprechende keine Benutzungsunterlagen eingereicht hat, sind bei der Widerspruchsmarke lediglich die Waren "Arzneimittel, nämlich Analgetika/Antirheumatika" zu berücksichtigen. Diese liegen gegenüber den Waren "Ophthalmika" der angegriffenen Marke, die eine andere Hauptgruppe der Roten Liste bilden, wegen deutlich unterschiedlicher Indikation lediglich in einem mittleren Ähnlichkeitsbereich.

Unter Berücksichtigung einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und mittlerem Warenabstand sind keine zu strengen Anforderungen an den Markenabstand zu stellen, um eine Verwechslungsgefahr zu verhindern.

Der erforderliche Markenabstand wird von der Inhaberin der angegriffenen Marke eingehalten.

Der Gesamteindruck der Zeichen, auf den es maßgeblich ankommt (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 9 Rdn 152), ist so verschieden, dass nicht mit rechtserheblichen Verwechslungen zu rechnen ist.

Mangels Rezeptpflicht der sich gegenüber stehenden Waren sind Laien uneingeschränkt zu berücksichtigen. Insoweit ist auf den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen, dessen Aufmerksamkeit je nach Art der Waren unterschiedlich hoch sein kann und allem, was mit Gesundheit zusammenhängt, eine gesteigerte Aufmerksamkeit beizumessen pflegt (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 9 Rdn 168).

In klanglicher Hinsicht reichen die Unterschiede am Wortanfang aus, um eine Verwechslungsgefahr zu verhindern. Auch wenn die Anfangssilbe "Eu" regelmäßig wie "OI" und nicht wie "E-U-MED" ausgesprochen wird, ist das Klangbild am Zeichenanfang deutlich unterschiedlich, da keiner der anklingenden Vokale bei der Silbe "EU" mit dem Klangbild von "AU" Gemeinsamkeiten aufweist. Der Verkehr achtet im vorliegenden Fall auf die Unterschiede am Zeichenanfang besonders stark, da der weitere Bestandteil "Med" verbraucht und in Verbindung mit den vorliegenden Waren auch für Laien ohne weiteres erkennbar als Hinweis auf "Medizin" beschreibende Bedeutung hat. Hinzu kommt, dass es sich um relativ kurze zweisilbige Wörter handelt, so dass die unterschiedliche Anfangssilbe im klanglichen Gesamteindruck nicht untergeht.

Schriftbildlich sind die Marken ebenfalls nicht verwechselbar. Bei der Widerspruchsmarke ist dabei der Bindestrich zu berücksichtigen (vgl auch EuG, MarkenR 2003, 200, E46, - NU-TRIDE), der das Schriftbild deutlich verändert, indem er die beiden Wortbestandteile "Eu" und "Med" voneinander trennt. Verstärkt wird dieser Eindruck noch durch die Großschreibung des Wortbestandteils "Med".

Selbst wenn man im Rahmen der Frage, ob eine rechtserhaltende Benutzung vorliegt, dem Bindestrich keine entscheidende Bedeutung zumessen würde, so kann trotzdem bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr nur die eingetragene Form (mit dem Bindestrich) der angegriffenen Marke gegenübergestellt werden, nicht aber jede Form, die man möglicherweise noch als rechtserhaltend benutzt ansehen würde, da dies den Schutzbereich einer Marke über die Eintragung hinaus erweitern würde. Es kann daher nicht darauf ankommen, ob die Gefahr besteht, dass die Widerspruchsmarke auch ohne Bindestrich wiedergegeben würde. Außerdem wird der Verkehr auch in schriftbildlicher Hinsicht wegen des rein beschreibenden Gehalts des Bestandteils "Med" stärker auf den Zeichenanfang achten, der jedenfalls bei Großschreibung der Anfangsbuchstaben "E" und "A" selbst bei handschriftlicher Wiedergabe deutlich unterschiedlich ist. Soweit man bei den Zeichen auch mit einer noch verkehrsüblichen Wiedergabe in Kleinbuchstaben rechnen muss, kann es sich dabei nur um Ausnahmefälle handeln, da in der Regel die Zeichen zumindest mit großem Anfangsbuchstaben geschrieben werden. Doch selbst bei einer Wiedergabe nur in Kleinbuchstaben, bei der sich die Anfangsbuchstaben "e" und "a" näher kommen als bei großem Anfangsbuchstaben, verhindert der Bindestrich der Widerspruchsmarke bei den relativ kurzen Zeichen, dass die Marken in schriftbildlicher Hinsicht füreinander gehalten werden.

Nach alledem war die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen.

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

Kliems

Sredl

Bayer

Na