



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 213/02

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 2 901 249

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 29. Juli 2004 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterinnen Sredl und Bayer

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 25. September 1997 und 30. April 2002 aufgehoben.

Der Widerspruch aus der Marke 735 964 wird zurückgewiesen.

G r ü n d e

I.

Die am 13. September 1994 angemeldete Wortmarke 2 901 249

NOPAL

ist am 6. Februar 1995 für die Waren

"Nahrungsmittel für medizinische Zwecke, nämlich Nahrungsergänzungsmittel mit blutfett-, blutzucker- und gewichtsreduzierender sowie die Darmtätigkeit unterstützender Wirkung"

in das Markenregister eingetragen worden.

Die Inhaberin der seit 26. April 1960 ua für die Waren

"Arzneimittel, chemische Erzeugnisse für Heilzwecke und Gesundheitspflege, pharmazeutische Drogen; diätetische Nahrungsmittel"

eingetragenen Marke 735964

Togal

hat dagegen Widerspruch erhoben.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat mit Schriftsatz vom 19. November 1995 die Einrede der Nichtbenutzung, allerdings nur hinsichtlich der Waren "diätetische Nahrungsmittel", erhoben.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit zwei Beschlüssen vom 25. September 1997 und 30. April 2002, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, die angegriffene Marke wegen des Widerspruchs gelöscht.

Ausgehend von durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und großer Warenähnlichkeit, sieht die Markenstelle aufgrund der starken Ähnlichkeit der Marken in klanglicher Hinsicht eine Verwechslungsgefahr. Die Markennörter ließen bei gleicher Laut- und Silbenzahl sowie identischer Vokalfolge wesentliche Übereinstimmungen im Wortaufbau und damit im Sprech- und Betonungsrhythmus erkennen.

Hiergegen hat die Inhaberin der angegriffenen Marke Beschwerde eingelegt und beantragt sinngemäß,

die Beschlüsse der Markenstelle des Deutschen Patent- und Markenamts vom 25. September 1997 und 30. April 2002 aufzuheben und den Widerspruch aus der Marke 735964 zurückzuweisen.

Es bestehe keine Verwechslungsgefahr. Zwischen den Marken läge keine Identität, sondern allenfalls eine entferntere Warenähnlichkeit vor. Ferner hielten die sich gegenüberstehenden Zeichen den notwendigen Abstand voneinander ein. Die Endsilbe "al" bilde einen relativ kennzeichnungsschwachen Bestandteil der Marken, so dass diese durch den Wortanfang geprägt würden. Die Zeichen unterschieden sich ausreichend durch die unterschiedlichen Konsonanten am Wortan-

fang und in der Wortmitte. So würde der Anfangsbuchstabe der angegriffenen Marke als weiches "N" gesprochen, während der Anfangsbuchstabe der Widerspruchsmarke ein hart gesprochenes "T" sei. Auch die Mittelkonsonanten "P" und "G" würden hart bzw. weich ausgesprochen, so dass eine ausreichend klangliche Unterscheidung gegeben sei, um Verwechslungen zwischen den beiden Marken zu vermeiden.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Zwischen den sich gegenüberstehenden Waren bestünde eine enge, die Grenze zur Identität streifende Warennähe. Der klangliche Gesamteindruck sei geeignet, die Gefahr von Verwechslungen zu begründen. Es träfen zwei Markenwörter mit identischer Silbenzahl, identischen Vokalen und identischem Wortausgang aufeinander. Die Mittelkonsonanten "P" und "G" seien klangverwandte Sprenglaute und erzeugten in der Wortmitte keinen hörbaren Klangkontrast. Der abweichende Wortanfang sei nicht in der Lage, die Vielzahl der identischen Übereinstimmungen und klanglichen Überschneidungen zu kompensieren, und die Markenwörter jederzeit für das Publikum unterscheidbar zu machen.

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

II.

Die zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg, da eine Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG nicht besteht.

Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist der Widerspruchsmarke mangels anderer Anhaltspunkte eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft zugrunde zu legen. Die Widersprechende macht keine erhöhte Verkehrsgeltung geltend, und es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass sie die Beurteilung der Kennzeichnungskraft durch die Markenstelle, die von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft

ausgegangen ist, als unzutreffend ansieht. Eine erhöhte Verkehrsgeltung der Widerspruchsmarke generell ist auch nicht gerichtsbekannt. Im vorliegenden Fall ist dementsprechend auch die Inhaberin der angegriffenen Marke nicht von einer erhöhten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ausgegangen. Lediglich für Schmerzmittel billigt die Inhaberin der angegriffenen Marke der Widerspruchsmarke eine relative Bekanntheit zu, ohne jedoch daraus auf eine erhöhte Verkehrsgeltung der Widerspruchsmarke zu schließen.

Zwischen den im Beschwerdeverfahren gegenüber zu stellenden Waren kann allerdings eine erhebliche Ähnlichkeit bestehen. Nachdem die Inhaberin der angegriffenen Marke die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke lediglich für "diätetische Nahrungsmittel" bestritten hat, stehen bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr den Waren der angegriffenen Marke auf Seiten der Widerspruchsmarke immer noch diesen nahestehende Waren gegenüber, denn es kann sich bei den "Arzneimitteln" der Widerspruchsmarke und den "Nahrungsmitteln für medizinische Zwecke" der angegriffenen Marke um Waren handeln, die sich voneinander unter Umständen lediglich durch die Konzentration bestimmter Inhaltsstoffe unterscheiden. Unberücksichtigt muss insoweit bleiben, ob die Waren der angegriffenen Marke Extrakte des Feigenkaktus oder Nopal-Kaktus enthalten, denn wenn auch die Bezeichnung dies nahe legt, ist das Warenverzeichnis der angegriffenen Marke darauf nicht beschränkt.

Bei Zugrundelegung einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und einer erheblichen Warennähe reichen entgegen der Auffassung der Markenstelle die vorhandenen Unterschiede jedoch aus, um eine Verwechslungsgefahr zu verhindern.

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

Auch wenn die Zeichen in Vokalfolge und Silbenzahl sowie dem Konsonanten am Wortende übereinstimmen, ist zu berücksichtigen, dass die deutlichen Unter-

schiede in den Anlauten der einzelnen Silben bei den lediglich zweisilbigen Zeichen das Gesamtklangbild insgesamt stark unterschiedlich beeinflussen. Während der Laut "N" am Wortanfang der angegriffenen Marke weich und eher unauffällig klingt, ist der an entsprechender Stelle der Widerspruchsmarke sich befindliche Konsonant "T" hart und klangstark und kann nicht überhört werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Verkehr regelmäßig ohnehin stärker auf die Zeichenanfänge achtet als auf bloße Endungen, zumal wenn diese nicht markant in Erscheinung treten (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 9 Rdn 183) wie hier die Endung "-al". Außerdem misst der maßgebliche durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher (vgl zum Verbraucherleitbild EuGH MarkenR 1999, 236,239 – Lloyd/Loints; BGH MarkenR 2002, 124,127 – Warsteiner III; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl § 9 Rdn 155) allem, was mit der Gesundheit zusammenhängt, eine gesteigerte Aufmerksamkeit bei (vgl BGH GRUR 1995, 50,53 –Indorektal/Indohexal; BPatG GRUR 2001, 61,62 – ATLAVIT C/Addivit). Der Übereinstimmung im letzten Konsonanten, der zudem klangschwach ist, kommt daher kein entscheidendes Gewicht mehr zu. Neben dem sehr auffällig unterschiedlichen Anfangslaut der Zeichen bestehen auch noch gewichtige Unterschiede im Zeicheninnern, da "P" hart und klangstark ist, "g" dagegen weich und eher klangschwach. Wenngleich es sich jeweils um Sprenglaute handelt, ist das Klangbild dieser beiden Laute doch so erheblich verschieden, dass die relativ kurzen Zeichen insgesamt so deutliche und erkennbare Unterschiede aufweisen, dass sie selbst aus der ungenauen Erinnerung heraus nicht füreinander gehalten werden können.

Soweit die Widersprechende darauf hinweist, dass das Bundespatentgericht eine Verwechslungsgefahr zwischen den Zeichen "Jodal" und "Togal" angenommen habe (BPatG, 30W(pat)120/98), sind die Fälle nicht vergleichbar, da in der genannten Entscheidung die Widersprechende eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke geltend gemacht hatte, die Inhaberin der angegriffenen Marke diese anerkannt und das Gericht eine solche der Beurteilung der Verwechslungsgefahr zu Grunde gelegt hatte. Von diesen Voraussetzungen kann hier nicht ausgegangen werden.

In schriftbildlicher Hinsicht besteht ebenfalls keine Verwechslungsgefahr, da insbesondere die Anfangsbuchstaben "N" und "T" sich figürlich in keiner Wiedergabeform nahe kommen. Da die Zeichen jeweils lediglich fünf Buchstaben aufweisen, ist der Unterschied am Zeichenanfang auch im Gesamtbild der Zeichen nicht zu übersehen. Hinzu kommt, dass auch die Buchstaben "P" und "g" in der Zeichenmitte sich schriftbildlich stark unterscheiden und allenfalls bei einer Wiedergabe in Kleinbuchstaben wegen der dann vorhandenen Unterlänge die figürlichen Unterschiede in diesen beiden Buchstaben geringer sind. Wegen des deutlich unterschiedlichen Zeichenanfangs kommt es aber darauf nicht mehr entscheidend an.

Die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke hat daher Erfolg.

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

Kliems

Sredl

Bayer

Na