



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 162/03

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 399 65 832

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 22. September 2005 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterin Sredl und des Richters Merzbach

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

VitaMustin

ist am 19. April 2000 für die Waren „Nahrungsergänzungsmittel für medizinische Zwecke“ unter der Nummer 399 65 832 in das Markenregister eingetragen worden. Die Eintragung wurde am 18. Mai 2000 veröffentlicht.

Hiergegen hat die Inhaberin der für die Waren „Arzneimittel, chemische Erzeugnisse für Heilzwecke und Gesundheitspflege, pharmazeutische Drogen, Pflaster, Verbandstoffe, Tier- und Pflanzenvertilgungsmittel, Entkeimungs- und Entweusungsmittel (Desinfektionsmittel), Mittel zum Frischhalten und Haltbarmachen von Lebensmitteln, diätetische Nähr- und Futtermittel, Schokoladen- und Zuckerwaren, Spirituosen“ seit dem 19. Dezember 1951 eingetragenen älteren Marke 615 040

„=Mulsin“

und der für die Waren „Arzneimittel“ seit dem 11. April 2002 eingetragenen älteren Marke 301 48 510

A-MULSIN

Widerspruch erhoben.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat zunächst mit Beschluß des Erstprüfers vom 12. September 2001 die Widersprüche wegen fehlender Verwechslungsgefahr zurückgewiesen. Auszugehen sei von einer teilweisen Warenidentität und im übrigen bestehender Warenähnlichkeit sowie von normaler Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken. Nach ihrem Gesamteindruck unterschieden sich die Vergleichsmarken in klanglicher, schriftbildlicher und begrifflicher Hinsicht ausreichend deutlich voneinander, wobei eine Vernachlässigung des Bestandteils „Vita“ der angegriffenen Marke nicht anzunehmen sei. Gegen eine mittelbare Verwechslungsgefahr spreche, daß die Bestandteile „Mustin“ der angegriffenen Marke bzw „-Mulsin“ der Widerspruchsmarke nicht wesensgleich im Sinne der Rechtsprechung seien, auch wenn die Widersprechende mehrere Marken mit dem Bestandteil „Mulsin“ besitze. Wegen der vorhandenen Unterschiede bestehe auch keine Übereinstimmung unter dem Aspekt einer assoziative Verwechslungsgefahr.

Die von der Widersprechenden eingelegte Erinnerung blieb ohne Erfolg. Im Beschluß vom 3. April 2003 führt die Erinnerungsprüferin zusätzlich aus, daß im Vergleich der angegriffenen Marke zum Bestandteil der Widerspruchsmarken „Mulsin“ der deutliche Unterschied in der Zeichenlänge auffalle, woraus ein abweichender Betonungs- und Sprechrhythmus folge. Der Bestandteil „Vita“ in der angegriffenen Marke werde nicht vernachlässigt werden, zumal der Wortanfang ohnehin stärker beachtet werde und aus Sicherheitsgründen bei pharmazeutischen Produkten kein Bestandteil weggelassen werde. Abgesehen davon, daß auch kennzeichnungsschwache Elemente nicht grundsätzlich außer acht gelassen wer-

den würden, bestünden auch in den weiteren Bestandteilen klangliche und nicht zu überhörende Unterschiede in Form des Sprenglauts „t“ gegenüber dem Fließlaut „l“ der Widerspruchsmarken, die zur Verneinung der Verwechslungsgefahr in klanglicher Hinsicht, wegen der Unterschiede in den Konturen aber auch in schriftbildlicher Hinsicht führten.

Gegenüber der Widerspruchsmarke „A-MULSIN“ bestünden dieselben abweichenden Merkmale. Außerdem sei keine Sprechsilbe identisch, die Wortlänge sei ebenfalls unterschiedlich. Andere Arten der Verwechslungsgefahr seien nicht ersichtlich.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden mit dem Antrag (sinngemäß),

die Beschlüsse der Markenstelle vom 12. September 2001 und vom 3. April 2003 aufzuheben und die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen.

Zutreffend sei die Erinnerungsprüferin davon ausgegangen, daß sich die Marken auf identischen Waren begegnen könnten und daß ein breites Laienpublikum angesprochen sei. Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken sei jedoch mehr als durchschnittlich, so daß der Abstand der Marken zu gering bemessen worden sei. Wegen der undeutlichen Erinnerung von Laien könne auch nicht angenommen werden, daß der Verkehr bestimmte Elemente nicht vernachlässigen werde. „Vita“ für „Leben“ sei dem Publikum als beschreibende Angabe bekannt, die in zahlreichen Kennzeichnungen auf dem vorliegenden Warengbiet verwendet werde. Der Verkehr werde sich gerade nicht daran, sondern an den weiteren Elementen orientieren. Dort sei die Verwechslungsgefahr trotz der Unterschiede in den Konsonanten „t“ bzw „l“ zu bejahen. Dies führe auch zur Annahme eine mittelbaren Verwechslungsgefahr, da die Elemente wegen der allzu geringfügigen Abweichungen wesensgleich seien, zumal sich das Element „Mulsin“ für Arzneimittel, nämlich für Vitaminpräparate für die Widersprechende durchgesetzt habe.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat sich nicht zur Sache geäußert und auch keine Anträge gestellt.

II.

Die zulässige Beschwerde der Widersprechenden hat keinen Erfolg. Auch nach Auffassung des Senat besteht zwischen den Marken nicht die Gefahr von Verwechslungen im Sinne des § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG.

Nachdem Benutzungsfragen gegenüber der älteren Marke 615 040 nicht aufgeworfen worden sind – die Erhebung der Nichtbenutzungseinrede nach § 43 Abs 1 MarkenG gegenüber der Widerspruchsmarke 301 48 510 wäre unzulässig -, ist von den jeweils für die Marken registrierten Waren auszugehen. Danach kann im Verhältnis zur Widerspruchsmarke 615 040 eine Warenidentität mit den Waren der angegriffenen Marke in Frage kommen, während gegenüber den Waren der älteren Marke 301 48 510 engere Warenähnlichkeit zu berücksichtigen ist.

Den Widerspruchsmarken kommt eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft zu. Zwar hat die Widersprechende, die für ihre Marken einen erhöhten Schutzzumfang beansprucht, mit Schriftsatz vom 7. Februar 2002 im Erinnerungs-Verfahren vor der Markenstelle vorgetragen, daß mit Arzneimittelspezialitäten unter der Bezeichnung „A-MULSIN“, „D-MULSIN“, „E-MULSIN“, „AE-MULSIN“ und „MULTI-MULSIN“ in den Jahren zwischen 1995 und 2001 insgesamt mindestens 300.000 € Umsatz erzielt worden sei. Abgesehen davon, daß diese Umsatzzahlen zu gering erscheinen und daher keine Rückschlüsse auf eine gesteigerte Kennzeichnungskraft erlauben, sind die Voraussetzungen für die Anerkennung eines erhöhten Schutzzumfangs nicht gegeben. Denn diese Voraussetzungen müssen nicht nur bereits vor dem Anmeldetag der angegriffenen jüngeren Marke vorgelegen haben, was hier der Fall wäre, sondern zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Widerspruch fortbestehen (vgl Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 99,

Rdnr 40). Da hierzu keine weiteren Angaben vorliegen, bleibt es bei der Annahme der durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken.

Im Hinblick auf die jeweilige Fassung der Warenverzeichnisse sind die allgemeinen Verbraucherkreise uneingeschränkt in die Beurteilung der Verwechslungsgefahr einzubeziehen. Dabei legt der Senat das vom EuGH entwickelte Verbraucherleitbild zugrunde, das auf den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher abstellt, der allem, was mit der Gesundheit zu tun hat, mit größerer Aufmerksamkeit begegnet als vielen anderen Produkten des täglichen Lebens (vgl zum veränderten Verbraucherleitbild BGH MarkenR 2002, 124 – Warsteiner III; EuGH MarkenR 2002, 231 – Philips/Remington; zur Aufmerksamkeit im Gesundheitsbereich BGH GRUR 1995, 50 – INDOREKTAL / INDOHEXAL; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 9, Rdnr 156 mwN).

Insgesamt sind danach an den Abstand der Marken keine zu geringen Anforderungen zu stellen, denen die angegriffene Marken jedoch gerecht wird, da trotz der insgesamt eher kollisionsfördernden Ausgangslage die Ähnlichkeit der Marken in keiner Richtung derart ausgeprägt ist, daß mit der Gefahr entscheidungsrelevanter Verwechslungen für das Publikum zu rechnen ist.

Unmittelbare Verwechslungen sind wegen der unterschiedlichen Wortlänge nicht zu befürchten. In ihrem Gesamteindruck setzen sich die Marken zweifelsfrei ausreichend voneinander ab. Gerade durch den am Wortanfang der angegriffenen Marke vorhandenen zusätzlichen, im Klangbild markanten Markenbestandteil „Vita“ verändert sich der Gesamteindruck der Vergleichsmarken so erheblich, daß Verwechslungen auch unter Berücksichtigung der hier teilweise gegebenen Warenidentität mit hinreichender Sicherheit auszuschließen sind.

Entgegen der Ansicht der Widersprechenden bestehen ferner für die von ihr befürchtete "Abspaltung" des Wortes „Vita“ keine ausreichenden Anhaltspunkte, auch wenn diesem Markenbestandteil als Synonym für den Begriff „Leben“ im Zu-

sammenhang mit Arzneimitteln oder Präparaten für die Gesundheitspflege ein beschreibender Anklang beigemessen werden könnte. Denn diese Art der Verwechslungsgefahr, bei deren Anwendung grundsätzlich große Zurückhaltung geboten ist (vgl Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 9 Rdn 449), wird von der Rechtsprechung auf dem hier einschlägigen Arzneimittelgebiet auf solche - wenigen - Fälle beschränkt, in denen einer phantasievollen Bezeichnung lediglich ein verkehrsüblicher beschreibender Zusatz wie zB "extra", „forte“, „liquid“ oder „oral" angefügt wird, der vom Verkehr deshalb als eine für den betrieblichen Herkunftshinweis unbeachtliche Angabe gedanklich abgespalten wird (vgl BPatG GRUR 1993, 829 – Innovaaktiv ; GRUR 1994, 122 – Bionaplus). Einen derartigen verkehrsüblichen beschreibenden Zusatz von Kennzeichen des vorliegenden Warenbereichs stellt das Wort „Vita“ jedoch nicht dar. Zudem bietet sich eine Abtrennung des Bestandteils „Vita" nicht zwingend an, da dieser mit dem weiteren Bestandteil „Mustin“ eine Einheit bildet, was sich trotz der Binnengroßschreibung des Buchstabens „M“ aus dem Umstand ergibt, daß beide Markenelemente ohne Zwischenraum zusammengeschrieben sind.

Es besteht auch keine Gefahr, daß die Marken iSv § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden. Diese Art der Verwechslungsgefahr, unter der nicht jegliche, wie auch immer geartete gedankliche Assoziationen zu verstehen sind (vgl Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 9, Rdnr 459; BGH GRUR 1996, 200 – Innovadiclophlont), umfaßt insbesondere die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur - hier allein in Betracht kommenden - mittelbaren Verwechslungsgefahr, wobei kein Anlaß besteht, geringere Maßstäbe an die Verwechslungsgefahr unter diesem Aspekt anzulegen (vgl Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 9, Rdnr 459, 461 mwN).

Zwar hat die Widersprechende vorgetragen, daß sie den Verkehr an eine Markenserie mit dem Stammbestandteil „Mulsin" gewöhnt habe, weshalb hier besonders strenge Anforderungen an die Annahme einer insbesondere assoziativen Verwechslungsgefahr zu stellen seien.

Eine der Voraussetzungen, unter denen eine mittelbare Verwechslungsgefahr unter dem Aspekt der Serienmarke angenommen werden könnte, ist die Wesensgleichheit des Serienzeichenbestandteils der Widerspruchsmarken mit einem entsprechenden Bestandteil der angegriffenen jüngeren Marke. Eine solche Wesensgleichheit besteht zwischen dem Bestandteil „MULSIN“ der Widerspruchsmarken und dem Bestandteil „Mustin“ der angegriffenen Marke nach Auffassung des Senats jedoch nicht. Für eine solche Annahme genügt die bloße Verwechslungsgefahr der fraglichen Markenbestandteile nicht (vgl. BGH GRUR 1996, 200 – Innovadichlont; BPatGE 19, 220 – Minu / Milupa). Da die Vorstellung von Serienmarken eine sorgfältige Prüfung beider Marken verlangt und Abnehmer voraussetzt, die den fachlich orientierten oder zumindest interessierten Verkehrskreisen angehören, erfordert die unter dem Gesichtspunkt der Serienmarke vorgenommene Zuordnung unterschiedlicher Marken zu einem Unternehmen nämlich detaillierte Überlegungen und eine beachtliche Branchenkenntnis (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl., § 9, Rdnr. 480). Hinzu kommt, daß die klanglichen und schriftbildlichen Abweichungen nicht derart untergeordnet sind, daß sie entweder nicht bemerkt oder für einen Hör- oder Schreibfehler angesehen werden könnten. Die unterschiedlichen Konsonanten „st“ der angegriffenen Marke bzw. „ls“ des Serienmarkenbestandteils führen zu einem ausreichend deutlichen Abstand in jeder Hinsicht, zumal die Trennung der jeweils aus zwei Silben bestehenden Markenelemente die Abweichungen gerade verdeutlichen und zudem im Fall der angegriffenen Marke zu einem härteren, im Fall der älteren Marken zu einem weicherem Klangbild führen. Ebenso bestehen wegen der abweichenden Wortlänge deutliche Unterschiede im Schriftbild der Marken.

Ist damit auch die Gefahr auszuschließen, daß die jüngere Marke allein anhand ihres Bestandteils „Mustin“ von beachtlichen Verkehrsbeteiligten mit den Widerspruchsmarken gedanklich in Verbindung gebracht wird, ist eine markenrechtlich beachtliche Verwechslungsgefahr nach alledem zu verneinen und die Beschwerde zurückzuweisen.

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

Kliems

Merzbach

Sredl

Na