



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 46/10

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
8. August 2011

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 306 65 582

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 19. Mai 2011 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Hacker und der Richterinnen Winter und Hartlieb

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Widersprechenden wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 44 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 23. Februar 2010 aufgehoben, soweit der Widerspruch aus der Marke 2 022 406 für die von der angegriffenen Marke 306 65 582 umfassten Dienstleistungen „veterinärmedizinische Dienstleistungen; Gesundheits- und Schönheitspflege für Menschen und Tiere; Dienstleistungen einer Apotheke“ zurückgewiesen worden ist.

In dem genannten Umfang wird wegen des Widerspruchs aus der Marke 2 022 406 die Löschung der Marke 306 65 582 angeordnet.

2. Der vorgenannte Beschluss der Markenstelle ist wirkungslos, soweit der Widerspruch hinsichtlich der von der angegriffenen Marke 306 65 582 erfassten Dienstleistung „medizinische Dienstleistungen“ zurückgewiesen worden ist.

Gründe

I.

Die am 27. Oktober 2006 angemeldete Wortmarke

femicare

ist seit dem 24. April 2007 unter der Nummer 306 65 582 nach Teillöschung noch für folgende Dienstleistungen im Markenregister eingetragen:

„medizinische und veterinärmedizinische Dienstleistungen; Gesundheits- und Schönheitspflege für Menschen und Tiere; Dienstleistungen einer Apotheke“.

Die Veröffentlichung erfolgte am 25. Mai 2007.

Widerspruch erhoben ist aus der am 27. August 1992 angemeldeten und am 16. Oktober 1992 unter der Nummer 2 022 406 eingetragenen Wortmarke

FEMICUR,

die für folgende Waren Schutz genießt:

„Pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke“.

Die Markenstelle für Klasse 44 des Deutschen Patent- und Markenamts hat durch Beschluss vom 23. Februar 2010 den Widerspruch wegen fehlender Verwechslungsgefahr zurückgewiesen. Bei durchschnittlicher Kennzeichnungskraft und

selbst bei engster Ähnlichkeit der von den Vergleichsmarken erfassten Waren und Dienstleistungen sei der erforderliche erhöhte Markenabstand eingehalten. Der gemeinsame Bestandteil „Femi“ sei kennzeichnungsschwach, er diene als sachbezogener Hinweis auf Produkte, die speziell für Frauen bestimmt seien bzw. von diesen verwendet würden. Die Kennzeichnungsschwäche führe dazu, dass der Verkehr die nachfolgenden Bestandteile stärker beachte. Die weiteren Bestandteile „care“(kär) und „cur“(kur) wiesen hinreichende Unterschiede auf, so dass auch die Gesamtmarken nicht verwechselbar ähnlich seien. Zudem sei im vorliegenden Waren- und Dienstleistungsbereich von einer erhöhten Aufmerksamkeit des Verkehrs auszugehen. Schriftbildlich bestehe ebenfalls keine Verwechslungsgefahr. Auch für eine begriffliche Verwechslungsgefahr gebe es keinen Anhalt, die Bestandteile „care“ und „cur“ würden nicht synonym verwendet.

Die Widersprechende hat Beschwerde eingelegt und im Beschwerdeverfahren erklärt, der Widerspruch werde in Bezug auf „medizinische Dienstleistungen“ zurückgenommen. Im Übrigen führt die Widersprechende zur Begründung der Beschwerde aus, die angegriffenen Dienstleistungen lägen im engeren Ähnlichkeitsbereich zu den Widerspruchswaren, der übereinstimmende Bestandteil „Femi“ sei als Bestandteil mit lediglich beschreibendem Anklang für den Gesamteindruck der Vergleichsmarken von wesentlicher Bedeutung, insbesondere am prägnanten Wortanfang. Klanglich stünden sich „Femikär“ und „Femikur“ gegenüber, wobei sechs von sieben Buchstaben klanglich identisch seien. Die Markenstelle habe zu Unrecht mehr auf die einzige Abweichung der Markenwörter abgestellt. Auch schriftbildlich bestehe Verwechslungsgefahr, da der visuelle Eindruck durch den prägnanten Wortanfang geprägt werde. Begrifflich bestünde ebenfalls Verwechslungsgefahr, da beide Bestandteile „cur“ und „care“ dem Verkehr als Hinweise auf eine pflegende, schützende oder vorbeugende Wirkung der so gekennzeichneten Produkte bekannt seien.

Die Widersprechende beantragt sinngemäß,

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts vom 23. Februar 2010 im angegriffenen Umfang aufzuheben, soweit der Widerspruch zurückgewiesen wurde, und insoweit die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen.

Der Markeninhaber hat sich im Beschwerdeverfahren nicht zur Sache geäußert.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Widersprechenden hat in der Sache Erfolg. Nachdem der Widerspruch teilweise zurückgenommen worden ist, sind nur noch die in Ziffer 1 des Tenors aufgeführten Dienstleistungen Gegenstand des Beschwerdeverfahrens. Insoweit kann die Zurückweisung des Widerspruchs durch den angefochtenen Beschluss keinen Bestand haben, da die Gefahr von Verwechslungen im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG besteht. Der angefochtene Beschluss war deshalb in diesem Umfang aufzuheben und die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen (§ 43 Abs. 2 Satz 1 MarkenG). Im Übrigen war die Wirkungslosigkeit des angefochtenen Beschlusses festzustellen.

Die Frage der Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen (EuGH GRUR 2006, 237, 238 - PICASSO; GRUR 1998, 387, 389 f. - Sabél/Puma). Ihre Beurteilung bemisst sich im Wesentlichen nach der Identität oder Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen, der Identität oder Ähnlichkeit der Marken und dem Schutzzumfang der Widerspruchsmarke. Diese wesentlichen Faktoren sind zwar für sich gesehen vonein-

ander unabhängig, bestimmen aber in ihrer Wechselwirkung den Rechtsbegriff der Verwechslungsgefahr (vgl. BGH GRUR 2004, 783, 784 - NEURO-VIBOLEX/NEURO-FIBRAFLEX; GRUR 2008, 258 - INTERCONNECT/T InterConnect; GRUR 2008, 906 - Pantohexal; MarkenR 2009, 399 - Augsburg Puppenkiste; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 9 Rdn. 32). Das bedeutet, dass bei starker Ähnlichkeit der Marken und einer normalen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke die Gefahr von Verwechslungen schon bei einem geringeren Ähnlichkeitsgrad der Waren oder Dienstleistungen angenommen werden kann.

Nach diesen Grundsätzen ist die Gefahr von Verwechslungen im vorliegenden Fall zu bejahen.

Auszugehen ist von einer noch durchschnittlichen Kennzeichnungskraft und damit von einem noch normalen Schutzzumfang der Widerspruchsmarke in ihrer Gesamtheit. Zwar lassen sich beschreibende Bezüge der Einzelbestandteile der älteren Marke erkennen - „femi“ stimmt mit dem Wortanfang des lateinischen Wortes „femina (= Frau)“ überein, worin ein gewisser Hinweis auf die Zielgruppe und das Anwendungsgebiet der Widerspruchswaren gesehen werden kann, „cur“ als Verkürzung des lateinischen Wortes „cura (= Sorge, Pflege)“ gibt einen Hinweis auf die pflegende Wirkung der beanspruchten Waren. Im Arzneimittelbereich sind jedoch häufig mehr oder weniger deutliche Sachhinweise in den Zeichen enthalten, die aber regelmäßig nicht zu einer Kennzeichnungsschwäche der Gesamtmarke führen, wenn diese insgesamt eine ausreichend eigenständige Abwandlung einer beschreibenden Angabe darstellt (vgl. BGH GRUR 1998, 815 - Nitrangin). Das ist vorliegend der Fall, da die Widerspruchsmarke „femicur“ in ihrer Kombination der teils stark verkürzten Einzelbestandteile zu einem neuen Phantasiewort eine ausreichende schutzbegründende Eigenprägung aufweist, so dass hier jedenfalls keine ursprüngliche Kennzeichnungsschwäche der Gesamtmarke angenommen werden kann (vgl. hierzu BPatG 25 W (pat) 172/97 FEMICARE/FEMICUR auf der Internetseite des Gerichts).

Die Ähnlichkeit von Wortzeichen ist anhand ihres klanglichen und schriftbildlichen Eindrucks sowie ihres Sinngehalts zu ermitteln. Dabei kommt es grundsätzlich auf den durch die Gesamtheit der Marken vermittelten Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Zeichen an. Dies entspricht dem Erfahrungssatz, dass der Verkehr Marken regelmäßig in der Form aufnimmt, in der sie ihm entgegentreten und sie nicht einer analysierenden, zergliedernden, möglichen Bestandteilen und deren Bedeutung nachgehenden Betrachtung unterzieht. Dabei bleibt auch ein beschreibender Bestandteil bei der Feststellung des Gesamteindrucks nicht außer Betracht, sondern ist mit zu berücksichtigen. Zudem ist bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr grundsätzlich mehr auf die gegebenen Übereinstimmungen der zu vergleichenden Zeichen als auf die Unterschiede abzustellen (vgl. BGH GRUR 2004, 783, 784 - NEURO-VIBOLEX/NEURO-FIBRAFLEX).

Bei Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich, dass die sich gegenüberstehenden Marken in ihrem klanglichen Gesamteindruck in erheblichen Maße ähnlich sind. Die beiden Marken stimmen in ihrer Silbenanzahl, der Silbengliederung und ihrer Betonung überein. Hinsichtlich der Buchstabenfolge besteht Übereinstimmung hinsichtlich der Konsonantenabfolge sowie in den ersten beiden Vokalen „e-i“. Bei Annahme, dass der Endbestandteil „-care“ der angegriffenen Marke in jedenfalls entscheidungserheblichem Umfang englischsprachig wie „kär“ gesprochen wird, ist der zusätzliche Endvokal in der angegriffenen Marke „femicare“ stimmlos. Die damit einzige klangliche Abweichung im jeweils dritten Vokal „a“ (gesprochen „ä“) gegenüber „u“ tritt demgegenüber nicht ausreichend deutlich hervor. Die überwiegenden Übereinstimmungen liegen in den ersten beiden Silben am stärker beachteten Wortanfang, die einzige Abweichung dagegen liegt am weniger beachteten Wortende. Entgegen der Ansicht der Markenstelle tritt der Wortanfang „femi“ nicht als kennzeichnungsschwach in den Hintergrund. Der Bestandteil „femi“ stellt keine gängige Abkürzung für „feminin“ oder „Frau“ dar. Es handelt sich zwar nicht um einen reinen Phantasiebestandteil, da sich einige Arzneimittel mit dem Bestandteil „femi“ in der Bedeutung „für Frauen“ feststellen lassen und auch in anderen Bereichen „Femi“ teils für „Feminismus, Feministin“ bzw. als Hinweis im Sinne

von „Frauen betreffend“ verwendet wird, so dass ein beschreibender Anklang für den interessierten Verkehr erkennbar ist. Andererseits handelt es sich bei dem Bestandteil „Femi“ nicht um einen derart kennzeichnungsschwachen Bestandteil, dass der Verkehr im vorliegenden Fall nur noch die Endungen der Vergleichsmarken beachtet. Anders als deutlich beschreibende Bestandteile im Arzneimittelbereich wie z. B. „medi, Grippe, Rheuma, Denta, Cor“ - hat der Bestandteil „Femi“ lediglich einen beschreibenden Anklang, so dass „Femi“ mit den nachfolgenden Bestandteilen jeweils zu einem neuen Phantasiewort verschmilzt. Im Übrigen ist grundsätzlich selbst ein übereinstimmender beschreibender Bestandteil, der trotz seines beschreibenden Charakters zum Gesamteindruck sich gegenüberstehender Wortzeichen beiträgt, bei der Bestimmung der Ähnlichkeit der Zeichen zu berücksichtigen (vgl. BGH GRUR 2004, 783, 784 - NEURO-VIBOLEX/NEURO-FIBRAFLEX). Dies gilt im vorliegenden Fall um so mehr, als die nachfolgenden Markenbestandteile „care“ und „cur“ einen noch deutlicheren beschreibenden Gehalt aufweisen und der Anfangsbestandteil „Femi“ damit um so mehr hervortritt. Es besteht damit für die angesprochenen Verkehrskreise keine Veranlassung, abweichend vom Grundsatz, dass der Wortanfang stärker beachtet wird, sein besonderes Augenmerk unter Vernachlässigung von „Femi“ nur auf die nachfolgenden Bestandteile zu richten.

Die einzige hörbare Abweichung im jeweils dritten Vokal wirkt sich auf den klanglichen Gesamteindruck nicht wesentlich aus. Dabei ist der Erfahrungssatz zu berücksichtigen, dass die angesprochenen Verkehrskreise regelmäßig den einander gegenüberstehenden Zeichen nicht gleichzeitig begegnen, sondern ihre Auffassung nur aufgrund einer undeutlichen Erinnerung an eine der beiden Marken gewinnen (vgl. EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736 (Nr. 26) - Lloyd; BGH GRUR 1993, 972, 974 f. - Sana/Schosana; Ströbele/Hacker a. a. O. § 9 Rdn. 179 m. w. N.), wobei die übereinstimmenden Merkmale stärker ins Gewicht fallen als die Unterschiede (vgl. BGH GRUR 1999, 587, 569 - Cefallone; GRUR 1999, 855 - MONOFLAM/POLYFLAM; Ströbele/Hacker a. a. O. § 9 Rdn. 178 m. w. N.). Ent-

gegen der Auffassung der Markenstelle besteht wegen des hohen Maßes an Übereinstimmungen eine ausgeprägte klangliche Zeichenähnlichkeit.

Unter diesen Umständen bedarf es eines deutlichen Abstandes der erfassten Waren und Dienstleistungen, um die Gefahr von Verwechslungen mit hinreichender Sicherheit ausschließen zu können. Im Hinblick darauf reicht der Unterschied im Bereich der mit dem Widerspruch noch angegriffenen Dienstleistungen nicht aus, da bei Bejahung einer noch durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke jedenfalls ein mittlerer Grad der Ähnlichkeit den Schutzbereich der Widerspruchsmarke berührt.

Ausgehend von der Registerlage können die Vergleichsmarken zur Kennzeichnung ähnlicher Dienstleistungen und Waren verwendet werden.

Bei der Beurteilung der Ähnlichkeit von Dienstleistungen und Waren zueinander ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass trotz der grundlegenden Abweichung zwischen der Erbringung einer unkörperlichen Dienstleistung und der Herstellung bzw. dem Vertrieb einer körperlichen Ware grundsätzlich eine Ähnlichkeit in Betracht kommt (vgl. BGH GRUR 1999, 731, 733 - Canon II, GRUR 2004, 241, 243 - GeDIOS). Dabei genügt es allerdings nicht, dass der Verkehr von einer unselbstständigen Nebenleistung oder -ware ausgeht, vielmehr muss bei den beteiligten Verkehrskreisen der Eindruck aufkommen, dass Ware und Dienstleistung der Kontrolle desselben Unternehmens unterliegen, sei es, dass das Dienstleistungsunternehmen sich selbständig auch mit der Herstellung oder dem Vertrieb der Ware befasst, sei es, dass der Warenhersteller oder -vertreiber sich auch auf dem entsprechenden Dienstleistungsgebiet betätigt (vgl. BGH GRUR 1989, 347, 348 - MICROTRONIC). Nur wenn der Verkehr zu der Auffassung gelangt, die miteinander in Berührung kommenden Waren und Dienstleistungen könnten auf einer selbständigen gewerblichen Tätigkeit desselben oder eines wirtschaftlich verbundenen Unternehmens beruhen, kann er einer unzutreffenden Vorstellung über die betriebliche Zuordnung unterliegen (BGH a. a. O. Canon II).

Hiervon ausgehend können die Waren „Pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke“ der Widerspruchsmarke mit den noch angegriffenen „veterinärmedizinischen Dienstleistungen“ deutliche Berührungspunkte aufweisen und ähnlich sein. Im Gegensatz zu humanmedizinischen Dienstleistungen, wo lediglich in einzelnen Fällen Berührungspunkte zwischen diesen Bereichen bestehen können, insbesondere wenn Ärzte bei der Entwicklung und Erprobung von Arzneimitteln beteiligt sind oder wenn sie eigene Präparate entwickeln und in der Praxis oder Klinik anwenden und wo Waren und Dienstleistungen wegen der besonderen Anforderungen an die Herstellung von Arzneimitteln relativ weit voneinander entfernt sind, besteht im Bereich der veterinärmedizinischen Dienstleistungen eine andere Ausgangslage. So ist der Teil der Tierärzte, die eigene Präparate entwickeln oder selbst zusammenstellen, schon wegen der unterschiedlichen Anforderungen deutlich höher, so dass die angesprochenen Verkehrskreise hier eher der Auffassung sein können, dass die Bereiche „veterinärmedizinische Dienstleistungen“ einerseits und „Pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke“ einem gemeinsamen Verantwortungsbereich zuzuordnen sind.

Hinsichtlich der Widerspruchswaren „Präparate für die Gesundheitspflege“ ist mittlere bis engere Ähnlichkeit zu den angegriffenen Dienstleistungen „Gesundheits- und Schönheitspflege für Menschen und Tiere“ festzustellen, da es sich hierbei um Waren handelt, die bei der Dienstleistung typischerweise verwendet und vertrieben werden.

Gleiches gilt im Verhältnis der Widerspruchswaren zu den angegriffenen „Dienstleistungen einer Apotheke“, da die Herstellung von pharmazeutischen Erzeugnissen und Mitteln zur Gesundheits- und Schönheitspflege zum Aufgabengebiet eines Apothekers gehört.

Die Beschwerde hat daher Erfolg; die angegriffene Marke ist im Umfang des Widerspruchs zu löschen.

Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bietet der Streitfall keinen Anlass (§ 71 Abs. 1 MarkenG).

Hacker

Winter

Hartlieb

CI