



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 37/07

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke 304 22 450

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 24. November 2008 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterin Bayer und des Richters Merzbach

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Wortmarke

Omnifit

ist am 1. Juni 2004 für die Waren und Dienstleistungen

„pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege, jeweils mit Ausnahme von Präparaten für die Behandlung von Herz- und Kreislauferkrankungen, Kompressen für medizinische Zwecke, soweit in Klasse 05 enthalten“

unter der Nummer 304 22 450 in das Markenregister eingetragen worden.

Die Inhaberin der seit 18. Mai 1978 unter der Nummer 976 527 für die Waren

„Verbandstoffe, Pflaster, Binden und Bänder für gesundheitliche Zwecke, soweit in Klasse 5 enthalten“

eingetragenen Marke

Omnifix

hat dagegen Widerspruch erhoben.

Die Markenstelle für Klasse 05 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 16. März 2007 eine Verwechslungsgefahr zwischen beiden Marken bejaht und die angegriffene Marke gelöscht.

Ausgehend von der Registerlage bestehe Identität zwischen den „Kompressen für medizinische Zwecke, soweit in Klasse 05 enthalten“ der angegriffenen Marke und den „Verbandstoffen“ der Widerspruchsmarke. Die weiteren von der angegriffenen Marke beanspruchten Waren „Pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege, jeweils mit Ausnahme von Präparaten für die Behandlung von Herz- und Kreislauferkrankungen“ lägen in einem mittleren Ähnlichkeitsbereich zu den für die Widerspruchsmarke eingetragenen Waren „Pflaster“, da diese beispielsweise mit solchen pharmazeutischen Wirkstoffen oder Gesundheitspflegemitteln versehen sein könnten, die über die Haut an den Körper abgegeben würden oder die Haut direkt pflegten. Der Verkehr vermute daher insoweit dieselbe betriebliche Herkunft der Waren oder zumindest einen gemeinsamen Verantwortungsbereich.

Unter Zugrundelegung einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke reiche dann aber der Abstand zwischen beiden Marken selbst bei

Berücksichtigung eines erhöhten Aufmerksamkeitsgrades der vorliegend maßgeblich zu berücksichtigenden allgemeinen Verkehrskreise nicht aus, um eine Verwechslungsgefahr zu vermeiden.

Denn angesichts der weitgehenden Übereinstimmungen beider Marken in sechs von sieben Buchstaben sowie in Silbenzahl, Betonung und Sprechrhythmus gewährleiste allein die klangliche Abweichung in den konsonantischen Auslauten „t“ und „x“ am ohnehin weniger beachteten Wortende keine hinreichend sichere Unterscheidung beider Marken, zumal der Verkehr die beiden Marken in der Regel nicht gleichzeitig nebeneinander wahrnehme, seine Auffassung vielmehr in aller Regel nur aufgrund einer meist undeutlichen Erinnerung an eine der Marken gewinne.

Auch eine von der Inhaberin der angegriffenen Marke geltend gemachte Kennzeichnungsschwäche des Bestandteiles „Omni“ - falls sie auf dem in Frage stehenden Warenggebiet überhaupt als solche wahrgenommen werde - stehe einer Verwechslungsgefahr nicht entgegen. Aus kennzeichnungsschwachen Bestandteilen könnten für sich gesehen zwar keine Rechte hergeleitet werden, für den Gesamteindruck seien sie jedoch nicht zu vernachlässigen. Zudem sei der Bestandteil „fit“ auf dem vorliegenden Warenggebiet mindestens ebenso kennzeichnungsschwach, so dass der Verkehr keine Veranlassung habe, sich auf das Wortende zu konzentrieren. Ebenso weise „fix“ für das Warenggebiet eine Bedeutung i. S. von „fest“ bzw. „fixieren“ auf. Letzten Endes könne dies aber dahinstehen, da die Möglichkeit des Verhörens bei den Marken insgesamt sehr groß sei.

Auch schriftbildlich sei die Ähnlichkeit so ausgeprägt, dass eine Verwechslungsgefahr bestehe.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke mit dem sinngemäßen Antrag,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 05 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 16. März 2007 aufzuheben und den Widerspruch zurückzuweisen.

Wenn überhaupt, könne eine Ähnlichkeit nur zwischen den Waren der Widerspruchsmarke und den von der angegriffenen Marke beanspruchten „Kompressen für medizinische Zwecke, soweit in Klasse 05 enthalten“ angenommen werden. Hingegen bestehe zu den weiterhin von der angegriffenen Marke beanspruchten Waren „Pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege, jeweils mit Ausnahme von Präparaten für die Behandlung von Herz- und Kreislaufkrankungen“ ein deutlicher, die Ähnlichkeit in Frage stellender Abstand, zumal nicht ersichtlich sei, dass die Waren der Widerspruchsmarke medizinische Wirkstoffe enthielten.

Aber auch bei Annahme einer Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Waren bestehe keine Verwechslungsgefahr. Unter Beachtung eines gesteigerten Aufmerksamkeitsgrades gegenüber Arzneimittel- und Gesundheitsprodukten seien die Unterschiede in beiden Marken bei einem Zurücktreten des gemeinsamen Bestandteils „Omni“ in den dann allein maßgeblichen Begriffen „fit“ bzw. „fix“ hinreichend ausgeprägt, um Verwechslungen auszuschließen. Eine Markenserie mit dem Bestandteil „Omni“ könne die Widersprechende ebenfalls nicht beanspruchen.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Zwischen den Waren „Verbandstoffe“ der Widerspruchsmarke und den von der angegriffenen Marke beanspruchten „Kompressen“ bestehe Identität, da es sich bei letzteren ebenfalls um „Verbandstoffe“ handele. Ähnlichkeit bestehe auch zu den weiteren von der angegriffenen Marke beanspruchten „Pharmazeutische Er-

zeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege,“ unter dem Gesichtspunkt sich ergänzender Waren, da unter diese Oberbegriffe fallende Produkte wie z. B. Schmerzmittel, Wundheilsalben etc. neben den für die Widerspruchsmarke eingetragenen Waren wie z. B. „Pflaster, Verbandstoffe“ zum Einsatz kämen.

Allein die geringen, leicht zu überhörenden bzw. zu übersehenden Unterschiede in den beiden Endlauten der ansonsten übereinstimmenden Markenwörter reichten dann aber nicht aus, eine Verwechslungsgefahr auszuschließen, zumal der Endbestandteil „fit“ der angegriffenen Marke eine immanente Kennzeichnungsschwäche aufweise. Darüber hinaus bestehe auch eine mittelbare Verwechslungsgefahr.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss und die Schriftsätze der Beteiligten Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg, da der Senat mit der Markenstelle ebenfalls davon ausgeht, dass zwischen beiden Marken die Gefahr von Verwechslungen im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG besteht.

Soweit die Inhaberin der angegriffenen Marke in der Beschwerdebegründung in Zusammenhang mit der Frage der Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Waren geltend gemacht hat, es sei nicht ersichtlich, dass die Widersprechende medizinische Wirkstoffe in bzw. auf Pflaster aufbringe, ist darin keine Nichtbenutzungseinrede nach § 43 Abs. 1 Satz 1 und/oder Satz 2 MarkenG zu sehen. Denn der Wille, die Benutzung der Widerspruchsmarke i. S. v. § 43 Abs. 1 MarkenG zu bestreiten, muss eindeutig erklärt werden. Allgemeine Ausführungen zur Benutzung der Widerspruchsmarke in anderem Zusammenhang wie hier der Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Waren/Dienstleistungen können hingegen nicht als

Nichtbenutzungseinrede gewertet werden (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 43 Rdnr. 19)

Mangels Erhebung einer Benutzungseinrede ist somit bei der Beurteilung der Warenähnlichkeit von der Registerlage, d. h. von den für die beiden Marken eingetragenen Warenoberbegriffen auszugehen, wobei grundsätzlich eine objektive und generalisierende Betrachtungsweise angezeigt ist. Keine Bedeutung hat hingegen, auf welchen tatsächlichen Geschäftsfeldern die Inhaber der Marken tätig sind oder für welche konkreten Waren oder Dienstleistungen die beiden Zeichen benutzt werden bzw. werden sollen (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 9 Rdnr. 56).

Danach besteht eine enge Ähnlichkeit, wenn nicht sogar Identität zwischen den Waren „Pflaster, Verbandstoffe“ der Widerspruchsmarke und den von der angegriffenen Marke beanspruchten „Kompressen für medizinische Zwecke, soweit in Klasse 05 enthalten“, da diese ebenso wie Pflaster und Verbandstoffe zur Abdeckung von Wunden und Verletzungen dienen können. Entgegen der Auffassung der Inhaberin der angegriffenen Marke ist aber auch von einer Ähnlichkeit der vorgenannten Widerspruchswaren zu den von der angegriffenen Marke weiterhin beanspruchten Waren „Pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege, jeweils mit Ausnahme von Präparaten für die Behandlung von Herz- und Kreislauferkrankungen“ auszugehen, da sich insbesondere im Bereich der Hautpflege Überschneidungen bei der Anwendung der jeweiligen Produkte ergeben können, z. B. bei Präparaten mit dermatologischem Einschlag. „Pflaster“ und „Verbandstoffe“ können dazu dienen, auf die Haut aufgebrachte oder über die Haut abzugebende Wirkstoffe abzudecken bzw. zu fixieren, um den Heilungsprozess zu fördern, so dass sich die Waren dadurch ergänzen können. Außerdem besteht eine Entwicklung zu - von den Warenoberbegriffen der Widerspruchsmarke umfassten - Pflastern und Verbandmaterial mit darauf bzw. darin angebrachten Wirkstoffen, so dass sich die beiden Produktgruppen Arzneimittel einerseits und „Pflaster“ und „Verbandstoffe“ andererseits immer mehr verzahnen. Da-

her kann der Verkehr bei (vermeintlich) identischer Kennzeichnung leicht annehmen, dass die Produkte aus dem gleichen Betrieb stammen.

Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ist nach Auffassung des Senats noch als durchschnittlich einzustufen. Den einzelnen Begriffsbestandteilen „omni“ und „fix“ kann zwar ein beschreibender Anklang in Bezug auf die hier maßgeblichen Waren entnommen werden; in ihrer Kombination erscheint ein begrifflicher Aussagegehalt jedoch zu vage und unbestimmt, als dass er die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke nachhaltig einschränken könnte. Aber selbst wenn man zugunsten der Inhaberin der angegriffenen Marke von einem reduzierten Schutzzumfang der Widerspruchsmarke ausgeht, weisen beide Marken in Anbetracht der Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Waren keinen hinreichenden Abstand auf, um eine Verwechslungsgefahr in einem markenrechtlich relevantem Umfang auszuschließen.

Maßgebend für die Beurteilung der Markenähnlichkeit ist der Gesamteindruck der Vergleichsmarken, wobei von dem allgemeinen Erfahrungssatz auszugehen ist, dass der Verkehr eine Marke so aufnimmt, wie sie ihm entgegentritt, ohne sie einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterwerfen (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 9 Rdnr. 111). Der Grad der Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Zeichen ist dabei im Klang, im (Schrift-)Bild und im Bedeutungs-(Sinn-)Gehalt zu ermitteln. Für die Annahme einer Verwechslungsgefahr reicht dabei regelmäßig bereits die hinreichende Übereinstimmung in einer Hinsicht aus (BGHZ 139, 340, 347 - Lions; BGH MarkenR 2008, 393, 395 Tz. 21 - HEITEC).

Davon ausgehend sind nach Auffassung des Senats beide Marken bereits im klanglichen Gesamteindruck so stark angenähert, dass eine hinreichend sichere Unterscheidung selbst bei Unterstellung einer reduzierten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke nicht gewährleistet ist. Die Vergleichsmarken stimmen bei gleicher Silbenzahl, gleichem Sprechrhythmus und identischer Vokalfolge in sechs von sieben Buchstaben überein. Sie unterscheiden sich lediglich in den

konsonantischen Endlauten „t“ bzw. „x“. Entgegen der Auffassung der Widersprechenden tritt „Omni“ im Gesamteindruck beider Markenwörter auch nicht wegen eines beschreibenden Anklangs zurück, da dieser bei den aus Wörtern des allgemeinen Sprachgebrauchs gebildeten und glatt beschreibenden Endbestandteilen „fix“ und „fit“ wesentlich deutlicher und einprägsamer ausgestaltet ist. Für den Verkehr besteht daher kein Anlass, den Anfangsbestandteil „Omni“ gegenüber diesen glatt beschreibenden Wortenden zu vernachlässigen. Bei dem danach gebotenen Vergleich der Markenwörter in ihrer Gesamtheit vermag dann aber angesichts der weitgehenden Identität beider Zeichen allein der Unterschied in den Konsonanten am ohnehin weniger beachteten Wortende nicht durchgreifend und zuverlässig für eine sichere Unterscheidung zu sorgen. Angesichts dieses weitgehenden Gleichklangs beider Markenwörter wirkt daher auch der angesprochene unterschiedliche Sinngehalt der beiden Endbestandteile „fix“ und „fit“ einer Verwechslungsgefahr selbst bei Berücksichtigung eines erhöhten Aufmerksamkeitsgrads, den die vorliegend neben dem Fachverkehr uneingeschränkt zu berücksichtigenden allgemeinen Verbraucher allem, was mit der Gesundheit zu tun hat, entgegenbringen (vgl. BGH GRUR 1995, 50 – INDOREKTAL / INDOHEXAL), nicht hinreichend entgegen. Denn dieser Unterschied wird gerade im Falle eines angesichts der fast vollständigen Übereinstimmung beider Zeichen ohne weiteres möglichen Verhörens bei mündlicher Wiedergabe bzw. Übermittlung nicht erfasst.

Auch in schriftbildlicher Hinsicht sind die beiden Marken vor allem bei handschriftlicher und drucktechnischer Wiedergabe in Kleinbuchstaben aufgrund ihrer Übereinstimmungen in sechs von sieben Buchstaben so stark angenähert, dass allein der figürliche Unterschied zwischen den abweichenden Endkonsonanten „t“ und „x“ die Unterscheidbarkeit der Wörter kaum gewährleisten dürfte. Einer abschließenden Entscheidung bedarf es insoweit jedoch im Hinblick darauf, dass bereits die klangliche Verwechslungsgefahr zu bejahen ist, nicht.

Die Beschwerde hat daher keinen Erfolg.

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

Kliems

Bayer

Merzbach

Na