



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 86/06

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die angegriffene Marke 301 53 944

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 21. Juli 2008 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Vogel von Falckenstein sowie der Richter Schell und Paetzold

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Gegen die für die Waren und Dienstleistungen der Klassen 05, 29, 30, 32 und 42

„Präparate für die Gesundheitspflege, nämlich Vitaminpräparate; alkoholfreie diätetische Getränke für medizinische Zwecke; Nahrungsergänzungsmittel für medizinische Zwecke auf der Basis von Vitaminen, Mineralstoffen und Spurenelementen; Milchgetränke, insbesondere diätetische Milchgetränke; Nahrungsergänzungsmittel auf der Basis von Proteinen, Nahrungsergänzungsmittel auf der Basis von Getreide und/oder Kohlenhydraten und/oder Meeresalgen und/oder Hefe und/oder Bioflavonoiden; alkoholfreie Getränke; Dienstleistungen auf dem Gebiet der Ernährungsberatung“

eingetragene und am 21. März 2003 veröffentlichte Wortmarke 301 53 944

„OCS“

ist am 23. Mai 2003 Widerspruch aus der am 5. Januar 1999 eingetragenen Wortmarke 398 68 082

„OXX“

eingelegt worden, die geschützt ist für

„Biere; Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken; alkoholische Getränke (ausgenommen Biere); Unterhaltung; sportliche und kulturelle Aktivitäten; Dienstleistungen bezüglich Freizeitgestaltung“.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat den Widerspruch zurückgewiesen, und zwar zunächst durch Beschluss der Erstprüferin vom 3. Juni 2005 wegen nicht ausreichender Glaubhaftmachung der bestrittenen Benutzung der Widerspruchsmarke und sodann im Erinnerungsbeschluss vom 6. April 2006 mit der Begründung, selbst im Bereich enger Warenähnlichkeit sei der erforderliche Abstand zur Widerspruchsmarke gewahrt. Sowohl im klanglichen als auch im bildlichen Vergleich fielen die Unterschiede der sehr kurzen Zeichen hinreichend auf. Eine Aussprache der angegriffenen Marke „Okks“ habe außer Betracht zu bleiben, da sie dem Verkehr nicht nahegelegt sei; vielmehr werde dieser sie als Abkürzung in Einzelbuchstaben wiedergeben. Die Benutzungslage der Widerspruchsmarke könne somit dahingestellt bleiben.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden, die Benutzung ihrer Marke entgegen der Auffassung im Erstbeschluss auch im Inland für hinreichend glaubhaft gemacht hält, wozu sie weitere Unterlagen einreicht, und zur Verwechslungsgefahr meint, dass der Widerspruchsmarke die angegriffene Marke gleichermaßen als Wort gegenübergestellt werden müsse, da es als sol-

ches zwanglos aussprechbar sei. Angesichts der daraus resultierenden Klangidentität seien Verwechslungen nicht mehr zu vermeiden, nachdem die sich gegenüberstehende Waren zumindest ähnlich seien.

Die Widersprechende beantragt sinngemäß,

die Beschlüsse der Markenstelle vom 3. Juni 2005 und 6. April 2006 aufzuheben und die Marke 301 53 944 zu löschen.

Die Markeninhaberin hat sich zur Sache nicht geäußert, sondern einen Beschluss des Amtsgerichts Konstanz vom 12.12.2005 vorgelegt, in welchem die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen mangels Masse abgelehnt worden ist.

Die Widersprechende hat ihren ursprünglichen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit Schriftsatz vom 10. Juli 2008 zurückgenommen.

Ergänzend wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Widerspruchsverfahren ist nicht wegen eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Markeninhaberin gemäß § 240 ZPO unterbrochen, da dessen Eröffnung durch den Beschluss des Amtsgerichts Konstanz vom 12.12.2005 abgewiesen worden ist.

2. Die Markenstelle hat nach Auffassung des Senats die Gefahr von Verwechslungen zwischen den Marken zutreffend verneint und den Widerspruch zu Recht zurückgewiesen.

Die Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG ist unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der zueinander in Wechselbeziehung stehenden Faktoren der Ähnlichkeit der Marken, der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren sowie der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke zu beurteilen, wobei insbesondere ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Marken durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Waren ausgeglichen werden kann und umgekehrt (BGH in st. Rspr., vgl. GRUR 2007, 1071 - Kinder Kram; WRP 2004, 1281 - Mustang; WRP 2004, 907 - Kleiner Feigling; WRP 2004, 1043 - NEURO-VIBOLEX/NEURO-FIBRAFLEX).

Hinsichtlich der Benutzungslage der Widerspruchsmarke ist festzustellen, dass die entsprechende Einrede der Markeninhaberin vom 12.2.2004 nicht gegen „Bier, alkoholische Getränke (ausgenommen Bier)“ und die Dienstleistungen der Widerspruchsmarke gerichtet war, sondern nur gegen die verbleibenden alkoholfreien Getränke, hinsichtlich derer die Widersprechende allerdings keinerlei Benutzungunterlagen eingereicht hat.

Damit stehen den Waren der angegriffenen Marke zumindest ähnliche Waren gegenüber, wobei der Ähnlichkeitsgrad bei den Nahrungsergänzungsmitteln/Vitaminpräparaten eher stärker (vgl. Richter/Stoppel, Warenähnlichkeit, 14. Aufl. 2008, S. 41, Stichwort „Bier“; S. 5 Stichwort „alkoholische Getränke“ unter Hinweis auf EuG Mitt. 2005, 458: „Energydrinks ähnlich bis zur Identität“, ebenso S. 41 unter Hinweis auf OLGR Frankfurt: „Bier ähnlich mit Energydrinks bis zur Identität“), bei den Milchgetränken eher weniger stark ausgeprägt ist, auch wenn diese als alkoholische Mischgetränke auf dem Markt sind; hingegen sieht der Senat keine Ähnlichkeit zwischen den verbleibenden Waren und Dienstleistungen der Vergleichsmarken, so dass der Widerspruch insoweit schon deshalb erfolglos bleiben musste: „Unterhaltung; sportliche und kulturelle Aktivitäten; Dienstleistungen bezüglich Freizeitgestaltung“ haben weder mit den „Dienstleistungen auf dem Gebiet der Ernährungsberatung“ noch mit den Waren der angegriffenen Marke hinreichende Berührungspunkte.

Auch wenn bei enger Warenähnlichkeit die Anforderungen an den Markenabstand eher erhöht sind, wird er von der angegriffenen Marke eingehalten. Bei der Beurteilung der Markenähnlichkeit steht zwischen den Beteiligten im Grunde außer Streit, dass die Marken in ihren Buchstaben neben dem identischen „O“ im Übrigen deutliche Unterschiede aufweisen, wobei der Doppelkonsonant besonders optisch auffällig ist, was auch bei einem flüchtigen Verhalten nicht übersehen werden kann.

Selbst wenn man auf die besondere Bedeutung übereinstimmender Wortanfänge abstellt, wogegen Endungen schnell untergehen können, so greift dies im vorliegenden Fall nicht durch, da die Vergleichsmarken so kurz sind, dass schon gravierende Ähnlichkeiten im Schrift- oder Klangbild vorliegen müssten, um eine Verwechslungsgefahr anzunehmen. Hier sind die Unterschiede deutlich wahrzunehmen, wobei der Klangeindruck der angegriffenen Marke durch die zwei weiteren Buchstaben mitbestimmt wird, so dass ein Verschlucken oder Überhören äußerst unwahrscheinlich ist. Selbst wenn man von einer Aussprache der Widerspruchsmarke in ihren Einzelbuchstaben ausgehen würde, bleiben die Unterschiede der letzten beiden Buchstaben doch unverkennbar.

Eine die Verwechslungsgefahr begründende Markenähnlichkeit wäre nur denkbar, wenn man die angegriffene Marke als Wort wie „Ochs“ aussprechen würde. Für eine solche Lautvariante müssten jedoch handfeste Indizien vorliegen, weil nicht jede nur denkbare Aussprache berücksichtigt werden kann. Vielmehr muss die Verwechslungsgefahr auf die naheliegenden und typischen Lautwiedergaben beschränkt werden, weil sich auch nur darauf der Schutzzumfang der Widerspruchsmarke beziehen kann (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 9 Rdn. 137 f. m. w. N.). Eine Aussprache wie „Ochs“ ist hier aber nicht nahegelegt. Zwar fehlt hierfür nur der Buchstabe „h“, der aber nicht einfach hinzugedacht werden kann. Vielmehr präsentiert sich die angegriffene Marke dem einheimischen Verbraucher aufgrund ihrer im Deutschen völlig unüblichen Buchstabenfolge als bloße Abkürzung, zumal der Sinngehalt von „Ochse“ völlig fernliegt. Ungeachtet dessen kann

selbst eine osteuropäisch eingefärbte Wiedergabe, etwa „Otsch“ oder „Osch“, mangels näherer Hinweise aus der Marke oder ihrer Inhaberin nicht angenommen werden; aber auch dann müsste eine Verwechslungsgefahr der Lautfolgen, bei denen Unterschiede wegen ihrer Kürze stärker ins Gewicht fallen, abgelehnt werden.

Da auch im Übrigen keine Gründe für eine Verwechslungsgefahr vorgetragen oder sonst wie ersichtlich sind, war die angefochtene Entscheidung der Markenstelle im vollen Umfang zu bestätigen und die Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen.

3. Bei der Kostenentscheidung war eine einseitige Auferlegung der Kosten unter Billigkeitsgesichtspunkten nach § 71 Abs 1 MarkenG nicht veranlasst.

Dr. Vogel von Falckenstein

Schell

Paetzold

CI