



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 128/04

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am:

29. Dezember 2006

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke 302 51 168

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 9. November 2006 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen

Gründe

I.

Die Marke



ist am 13. März 2003 unter der Nummer 302 51 168 u. a für die Waren

„pharmazeutische Erzeugnisse, Präparate für die Gesundheitspflege, diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke“

in das Markenregister eingetragen worden.

Dagegen hat die Inhaberin der seit dem 17. September 2001 unter der Nummer 301 45 121 u. a. für die Waren

„Arzneimittel, pharmazeutische Erzeugnisse und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege, diätetische Erzeugnisse und Nahrungsergänzungsmittel für medizinische und nicht medizinische Zwecke“

eingetragenen Marke

OMEGA

Widerspruch erhoben, wobei sich der Widerspruch nur gegen die obengenannten Waren der Klasse 05 der angegriffenen Marke richtet.

Die Markenstelle für Klasse 05 des Deutschen Patent- und Markenamtes hat den Widerspruch mit Beschluss vom 24. März 2004 zurückgewiesen.

Ausgehend von einer eher unterdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke, da diese in Bezug auf die beanspruchten Waren der Klasse 5 einen Hinweis auf Omega-3- Fettsäuren enthalte, seien dennoch wegen der möglichen Warenidentität strenge Anforderungen an den Markenabstand zu stellen, den die angegriffene Marke jedoch einhalte.

Eine Verwechslungsgefahr zwischen beiden Marken könne aufgrund der deutlichen Unterschiede zwischen beiden Marken nur dann angenommen werden, wenn das übereinstimmende Element „Omega“ im Gesamteindruck der angegriffenen Marke eine prägende Bedeutung habe. Dieses sei vorliegend zu verneinen, da der Bildbestandteil, vor allem die Zahl „3“, wegen der Größe sowie der Anordnung über dem Wort gleichgewichtig an der Kennzeichnungswirkung teilnähmen.

Die jüngere Marke stelle sich als Wort- /Bildkombination mit zumindest gleichgewichtigen Elementen dar. Die isolierte Gegenüberstellung des Bestandteils „Omega“ der angegriffenen Marke mit der Widerspruchsmarke komme aus diesem Grunde nicht in Betracht.

Eine mittelbare Verwechslungsgefahr im Sinne eines Stammbestandteils bzw. einer Serienmarke sei ebenfalls zu verneinen, da „Omega“ keinerlei Hinweiskarakter auf den Inhaber der älteren Marke zukomme. Allein die Möglichkeit, dass eine gedankliche Verbindung hergestellt werden könne, reiche nicht aus.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden mit dem Antrag,

den Beschluss der Markenstelle des Deutschen Patent- und Markenamts vom 24. März 2004 aufzuheben.

Auszugehen sei entgegen der Auffassung der Markenstelle von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke, da diese in Bezug auf die Waren der Widerspruchsmarke eine reine Phantasiebezeichnung darstelle, so dass bei Berücksichtigung einer zumindest engen Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Waren strenge Anforderungen an den Markenabstand zu stellen seien. Diese halte die angegriffene Marke jedoch nicht ein, selbst wenn man mit der Markenstelle von einer eher unterdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ausgehe. Denn dem mit der Widerspruchsmarke identischen Wortbestandteil „Omega“ komme innerhalb der angegriffenen Marke eine prägende Bedeutung zu. Der Verkehr werde die übrigen Bestandteile lediglich als Bildbestandteil wahrnehmen, wobei er die in der Herzgrafik blau ausgestaltete „3“ erst bei genauem Hinsehen erkennen werde. Ausgehend von dem Erfahrungssatz, dass der Verkehr sich zumindest bei klanglicher Wiedergabe einer Wort-/Bildmarke an dem Wortbestandteil orientiere, werde der Verkehr die angegriffene Marke mit „Omega“ benennen, nicht jedoch mit „Herz Omega/Omega Herz“ oder - angesichts der kaum erkennbaren grafischen Ausgestaltung der Ziffer „3“ - mit

„Omega 3“. Zumindest in klanglicher Hinsicht liege daher eine die Gefahr von Verwechslungen begründende Markenähnlichkeit vor.

Der Inhaber der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Ausgehend von einer eher unterdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke halte die angegriffene Marke den erforderlichen Abstand ein. Die angegriffene Marke stelle sich als Wort-/Bildmarke mit zumindest gleichgewichtigen Bildelementen dar, so dass dem Wortbestandteil „Omega“ keine kollisionsbegründende prägende Wirkung zuerkannt werden könne.

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

II.

Die zulässige Beschwerde hat keinen Erfolg. Der nach § 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG erhobene und auf die Waren der Klasse 05 der angegriffenen Marke beschränkte Widerspruch ist von der Markenstelle zu Recht gemäß § 43 Abs. 2 Satz 2 MarkenG zurückgewiesen worden. Es besteht auch nach Auffassung des Senats keine Verwechslungsgefahr im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

Ausgehend davon, dass sich die Marken nach der hier maßgeblichen Registerlage überwiegend auf identischen Waren der Klasse 05 begegnen können, kommt auch bei Anlegung strenger Anforderungen an den Markenabstand aufgrund der in ihrer Gesamtheit durch die grafische Ausgestaltung der angegriffenen Marke deutlich unterschiedlichen Marken eine Verwechslungsgefahr nur dann in Betracht, wenn bei der Frage einer verwechslungsbegründenden Markenähnlichkeit

allein auf die Übereinstimmung in dem Bestandteil „OMEGA“ abgestellt werden könnte.

Dies wäre zum einen dann der Fall, wenn dem Bestandteil „OMEGA“ innerhalb des angegriffenen Kennzeichens neben den weiteren Bestandteilen eine selbstständig kennzeichnende Stellung beigemessen werden könnte (vgl. BGH WRP 2006, 1227 - Malteserkreuz im Anschluss an EuGH GRUR 2005, 1042- Thomson Life), wobei es insoweit nicht darauf ankommt, ob dieser Bestandteil das Zeichen prägt, sondern ob der Verkehr darin ein selbständiges Kennzeichen z. B. im Sinne von Erst- und Zweitmarke erkennt. Davon kann jedoch bei der angegriffenen Marke nicht ausgegangen werden. Aufgrund der einheitlichen und in sich geschlossenen Ausgestaltung der angegriffenen Marke, bei der der Wortbestandteil in die äußere blaue Umrahmung der Marke eingebunden ist, wird der Verkehr in „OMEGA“ unabhängig von seiner Kennzeichnungskraft keinen selbstständig kennzeichnenden Teil der Kombinationsmarke erkennen. Die Bild- und Wortbestandteile stehen nicht unverbunden nebeneinander, sondern sind untrennbare Bestandteile einer einheitlich gestalteten Wort-/Bildmarke.

Daneben könnte „Omega“ innerhalb der angegriffenen Marke dann noch selbstständig kollisionsbegründend wirken, wenn diesem Bestandteil eine den Gesamteindruck der angegriffenen Marke prägende Kennzeichnungskraft zukäme und die übrigen Markenteile für die angesprochenen Verkehrskreise in einer Weise zurückträten, dass sie für den Gesamteindruck vernachlässigt werden könnten (sog. Prägetheorie, ständige Rspr. des BGH, zuletzt GRUR 2005, 326, 327 - il Padrone/ Il Portone).

Davon kann jedoch auch unter Beachtung des Erfahrungssatzes, dass der Verkehr sich bei aus Wort- und Bildbestandteilen zusammengesetzten Marken zumindest bei mündlicher Benennung in aller Regel an den Wortbestandteilen orientiert (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 9 Rdnr. 296), nicht ausgegangen werden. Denn der Begriff „Omega“ enthält sowohl für die von der ange-

griffenen Marke beanspruchten Waren wie auch für die bei der Widerspruchsmarke eingetragenen Waren „Arzneimittel, pharmazeutische Erzeugnisse und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege, diätetische Erzeugnisse und Nahrungsergänzungsmittel für medizinische und nicht medizinische Zwecke“ einen für Fachleute und Endverbraucher gleichermaßen deutlichen und ohne weiteres erkennbaren Hinweis auf „Omegafettsäuren“ enthaltende Produkte und Erzeugnisse.

Bei einer insolierten Verwendung von „OMEGA“ fehlt zwar der erläuternde Zusatz „Fettsäure“ sowie die Benennung der Gruppe (Omega-3-, Omega-6- oder Omega-9-Fettsäure). Zu beachten ist aber, dass die gesundheitsfördernde und -erhaltende Wirkung von Omegafettsäuren in vielen gesundheitsbezogenen Publikationen herausgestellt und beworben wird. Dies trifft insbesondere auf die „Omega-3-Fettsäure“ zu, die in einer Vielzahl dem Schutz von Herz und Kreislauf dienenden Produkten und Erzeugnissen wie z. B. sog. Lipidsenkern enthalten ist. Angesichts dieses hohen Bekanntheitsgrades von Omegafettsäuren liegt es dann aber für den Verkehr nahe, auch den Begriff „Omega“ in Alleinstellung als beschreibenden Hinweis bzw. als Kurzwort für Omegafettsäuren zu verstehen, zumal eine andere Bedeutung und Verwendung von „Omega“ in Zusammenhang mit pharmazeutischen und/oder diätetischen Erzeugnissen und Produkten weder seitens der Widersprechenden dargetan noch dem Senat bekannt ist. Dementsprechend bedient sich - wie in der mündlichen Verhandlung erörtert - auch der geschäftliche Verkehr und vor allem die Werbung zur Bezeichnung von „Omegafettsäuren“ zunehmend der Verwendung des Begriffs „Omega“ mit einer die jeweilige Gruppe kennzeichnenden Ziffer und ohne den erläuternden Zusatz „Fettsäure“. So spricht man gemeinhin von „Omega 3 Kapseln“ oder „Omega 3 Präparaten“. Ergänzend weist der Senat dazu noch darauf hin, dass auch außerhalb des medizinisch-pharmazeutischen Bereichs der Begriff „Omega“ als Hinweis auf Omega-Fettsäuren verwendet wird. So wird z. B. ein Brot, welches Omega-3-Fettsäuren enthält, als „Omegabrot“ bezeichnet (vgl. http://www.stiftung-warentest.de/online/essen_trinken/meldung/1252570/1252570.html).

Angesichts dieser Umstände werden dann aber nicht nur für Fachleute, sondern auch erhebliche Teile des allgemeinen Verkehrs – wobei nach dem Verbraucherleitbild des EuGH auf den normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen (EuGH GRUR 2004, 943 - SAT.2), dessen Aufmerksamkeit je nach Art der betreffenden Waren oder Dienstleistungen unterschiedlich hoch sein kann (EuGH MarkenR 2006, 567 - Picasso), der jedoch allem, was mit der Gesundheit zu tun hat, aufmerksamer begegnet als bei vielen anderen Produkten des täglichen Lebens (vgl. BGH GRUR 1995, 50 – INDOREKTAL / INDOHEXAL), – den Begriff „Omega“ in Zusammenhang mit den hier maßgeblichen Waren als allgemeinen Ober- bzw. Sammelbegriff für sämtliche Omegafettsäuren verstehen vergleichbar dem Begriff „Vitamin“, welcher ebenfalls ohne weiteren konkretisierenden Zusatz wie z. B. „A“, „B“ usw. kein bestimmtes Vitamin bezeichnet, jedoch vom Verkehr als beschreibender Begriff für sämtliche Vitamine verstanden wird.

Soweit der 28. Senat des BPatG in einer Entscheidung vom 3. Juli 2002 festgestellt hat, dass „Omega“ nicht mit „Omega-3-Fettsäure“ gleichgesetzt werden könne (vgl. PAVIS PROMA 28 W (pat) 145/01 - OMEGA/OMEGA), ist zu beachten, dass es dort um verschiedene für die Widerspruchsmarke eingetragene Lebensmittel ging. Bei diesen mag ein beschreibender Anklang nicht so ausgeprägt sein wie es bei den hier maßgeblichen pharmazeutischen und diätetischen Erzeugnissen der Fall ist, bei denen die fach- und umgangssprachliche Entwicklung - wie bereits dargelegt - zu einem rein sachbezogenen Verständnis des Begriffs „Omega“ als Abkürzung bzw. Kurzwort für Omegafettsäuren geführt hat.

Ob angesichts dieses für den Verkehr ohne weiteres erkennbaren beschreibenden Bedeutungsgehalts von „OMEGA“ von einer Schutzunfähigkeit dieses Begriffs ausgegangen werden muss mit der Folge, dass ihr Schutzzumfang auf einen durch die Eintragung begründeten Identitätsschutz beschränkt wäre (vgl. BGH MarkenR 2003, 388 - AntiVir/AntiVirus) - was das BPatG in einer für vergleichbare Waren und Dienstleistungen eingetragenen Omega-Wortmarke für den hier allerdings

nicht maßgeblichen Zeitpunkt der Eintragung dieser Marke im Jahre 2001 abgelehnt hat (vgl. PAVIS PROMA 30 W (pat) 318/03 v. 20.02.2006), wobei es hingegen in einer aktuellen Entscheidung der vergleichbar als Abkürzung bzw. Kurzwort für „Aminosäuren“ angemeldeten Bezeichnung „Amino“ die erforderliche Unterscheidungskraft abgesprochen hat (vgl. PAVIS PROMA 30 W (pat) 308/03 - AMINO) -, kann indes offen bleiben.

Denn auch wenn man dem Bestandteil „OMEGA“ eine eng zu bemessende Kennzeichnungskraft zubilligt, wird der Verkehr in solchen zumindest kennzeichnungsschwachen und auch von Mitbewerbern verwendeten beschreibenden Begriffen kein den Gesamteindruck der Marke prägendes Element erkennen, sondern insoweit auch den übrigen Wort- und/oder Bildbestandteilen - insbesondere der stilisierten Herz-Darstellung - eine den Gesamteindruck der Marke zumindest mitprägende Funktion beimessen (vgl. BPatG, GRUR 2002, 68, 69 - COMFORT HOTEL; OLG München, MarkenR 2005, 149, 153). In diesen Fällen kann der Grundsatz „Wort vor Bild“ daher keine Geltung beanspruchen (vgl. Ströbele/Hacker, Marken-gesetz, 8. Aufl., § 9 Rdnr. 299). Dies setzt nicht notwendigerweise voraus, dass sich diese übrigen Bestandteile eines komplexen Zeichens in einer Benennung der Marke wiederfinden. Denn selbst wenn in einem solchen Fall nur eine Benennung mit dem beschreibenden Wortbestandteil erfolgt, etwa weil die sonstige Ausgestaltung des Zeichens zu komplex ist und sich für eine kurze und treffende Benennung nicht anbietet - wovon auch bei der angegriffenen Marke jedenfalls in Bezug auf die stilisierte Herz-Darstellung auszugehen sein dürfte -, begründet dies aus rechtlichen Gründen keine Verwechslungsgefahr, weil damit keine den kennzeichnenden Charakter der Marke erfassende und treffende Wiedergabe verbunden ist.

Soweit der 28. Senat des BPatG in der bereits erwähnten Entscheidung vom 3. Juli 2002 von einer kollisionsbegründenden Wirkung der übereinstimmenden Wortbestandteile „Omega“ ausgegangen ist, beruhte dies - wie bereits dargelegt - maßgeblich auf der Feststellung eines nicht eng zu bemessenden Schutzzumfangs

der Widerspruchsmarke „OMEGA“ für die dort in Rede stehenden Waren, wovon vorliegend aber aus den genannten Gründen nicht ausgegangen werden kann.

Unabhängig davon erscheint dem Senat zudem zweifelhaft, ob die angegriffene Marke in ihrer klanglichen Wiedergabe überhaupt nur mit „Omega“ benannt wird. Denn die Ziffer „3“ tritt gegenüber der Herz-Darstellung nicht nur aufgrund der farblichen Ausgestaltung hervor, sondern auch dadurch, dass der obere Teil der „3“ nicht Bestandteil des Herzsymbols ist. Es handelt sich daher um eine kombinierte Grafik aus der Darstellung eines Herzens und der Ziffer „3“. Durch diese Kombination tritt die „3“ zwar innerhalb der Gesamtausgestaltung der Wort-/Bildmarke nicht so deutlich hervor wie der nicht in die Grafik eingearbeitete Bestandteil „Omega“. Dies führt aber entgegen der Auffassung der Widersprechenden nicht unbedingt dazu, dass die „3“ gegenüber diesem Wortbestandteil „untergeht“. Denn zu beachten ist, dass in Zusammenhang mit Arzneimittel und medizinische Produkte gerade „Omega 3“ eine – wie bereits dargelegt - gebräuchliche Kurzform für „Omega-3-Fettsäuren“ ist. Dies wirkt sich dann aber auch auf die Wahrnehmung der angegriffenen Marke insoweit aus, als dass der Verkehr dann aber umso eher die „3“ wahrnimmt und diese Ziffer mit dem Bestandteil „Omega“ zu dem Gesamtbegriff „Omega 3“ verbindet, wobei sich die umgekehrte Anordnung im Schriftbild, wo die „3“ dem Begriff „Omega“ übergeordnet ist, nicht auswirkt.

Eine Verwechslungsgefahr aus anderen Gründen ist ebenfalls nicht ersichtlich.

Die Beschwerde hat daher keinen Erfolg.

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

gez.

Unterschriften