



BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 101/07

(Aktenzeichen)

Verkündet am
20. Februar 2008

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 302 23 935

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 20. Februar 2008 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Stoppel sowie der Richterin Werner und des Richters Schell

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde des Widersprechenden wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 10 des Deutschen Patent- und Markenamts, vom 7. November 2006, insoweit aufgehoben, als darin der Widerspruch aus der Marke 301 03 403 bezüglich der Waren

„chirurgische, ärztliche, zahnärztliche Instrumente und Apparate; Zähne; orthopädische Artikel; chirurgisches Nahtmaterial; Ernährungssonden; Katheter, Sonden, Überleitgeräte, Punktionssets, Infusionsgeräte und Drainagen für medizinische Zwecke“

zurückgewiesen worden ist. Die Löschung der angegriffenen Marke wird auch für diese Waren angeordnet.

2. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Wort-/Bildmarke

NUTRICARE[®]

ist am 3. April 2003 für verschiedene Waren und Dienstleistungen der Klassen 5, 10, 17, 42 und 44 in das Register eingetragen worden.

Gegen die Eintragung ist Widerspruch erhoben worden aus der prioritätsälteren Wortmarke 301 03 403

NUTRICARE

die für die nachfolgend aufgeführten Waren und Dienstleistungen der Klassen 5 und 42

„Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke; Babykost; Pflaster, Verbandmaterial; Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke; Desinfektionsmittel; Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren; Fungizide, Herbizide; Dienstleistungen auf dem Gebiet der Heimpflege kranker, alter und gebrechlicher Personen; Dienstleistungen auf dem Gebiet der parenteralen und enteralen Ernährung“

geschützt ist.

Im Laufe des Widerspruchsverfahrens hat der Markeninhaber auf die in den Klassen 42 und 44 beanspruchten Dienstleistungen verzichtet und die Eintragung nur noch für die Waren

„Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse; Sanitärprodukte für medizinische Zwecke; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost; Pflaster, Verbandsmaterial; Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke; Desinfektionsmittel; Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren; Fungizide, Herbizide; chirurgische, ärztliche, zahn- und tierärztliche Instrumente und Apparate, künstliche Gliedmaßen, Augen und Zähne; orthopädische Artikel; chirurgisches Nahtmaterial;

Thoraxkatheter; Ernährungs sonden; Katheter, Sonden, Überleitgeräte, Punktionssets, Infusionsgeräte und Drainagen für medizinische Zwecke; Schläuche, Rohre, Stangen und Profile aus Kunststoffen, Metallen, Nichteisenmetallen, Silikonen, als Bestandteil von chirurgischen, ärztlichen, zahn- und tierärztlichen Instrumenten und Apparaten; Kautschuk, Guttapercha, Gummi, Asbest, Glimmer und Waren daraus, soweit in Klasse 17 enthalten; Waren aus Kunststoffen (Halbfabrikate); Dichtungs-, Packungs- und Isoliermaterial; Peitschen, Pferdegeschirre und Sattlerwaren; Kunststofffolie und Viskosefolie, außer für Verpackungszwecke“

aufrecht erhalten.

Die Markenstelle für Klasse 10 hat die angegriffene Marke auf den Widerspruch hin mit Beschluss vom 7. November 2006 teilweise gelöscht, nämlich für die Waren

„Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse; Sanitärprodukte für medizinische Zwecke; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost; Pflaster, Verbandsmaterial; Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke; Desinfektionsmittel; Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren; Fungizide, Herbizide“

und den Widerspruch im Übrigen zurückgewiesen. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass im Hinblick auf die klangliche Identität hohe Anforderungen an den notwendigen Abstand der gegenseitigen Waren und Dienstleistungen zu stellen seien. Diese würden jedoch hinsichtlich der Waren der Klasse 5 nicht eingehalten, da sich die Marken insoweit auf identischen Produkten begegnen könnten. Im Hinblick auf die weiteren Vergleichswaren und -dienstleistungen sei dagegen keine Ähnlichkeit gegeben.

Hiergegen wendet sich der Widersprechende mit seiner Beschwerde. Auch im Hinblick auf diejenigen Waren und Dienstleistungen des angegriffenen Zeichens, für die eine Ähnlichkeit verneint worden sei, lägen relevante Berührungspunkte zu den Waren und Dienstleistungen der Widerspruchsmarke vor, so dass auch insoweit eine Verwechslungsgefahr zwischen den Vergleichsmarken zu bejahen sei. Dies gelte insbesondere für die Waren der Klasse 10 des jüngeren Zeichens, die zumindest in einen durchschnittlichen Ähnlichkeitsbereich zu den Produkten der Klasse 5 der älteren Marke eingeordnet werden könnten.

Der Widersprechende beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 10 vom 7. November 2006 insoweit aufzuheben, als der Widerspruch darin zurückgewiesen wurde und die vollständige Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen.

Der Markeninhaber beantragt sinngemäß,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er trägt vor, hinsichtlich der beschwerdegegenständlichen Waren und Dienstleistungen habe die Markenstelle zu Recht eine Ähnlichkeit verneint und eine Verwechslungsgefahr deshalb ausgeschlossen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen. An der mündlichen Verhandlung haben beide Verfahrensbeteiligte nicht teilgenommen.

II.

Die zulässige Beschwerde hat in dem im Tenor genannten Umfang Erfolg.

Die markenrechtliche Verwechslungsgefahr ist nach ständiger Rechtsprechung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke, der Ähnlichkeit der Vergleichsmarken sowie der Waren- bzw. Dienstleistungsähnlichkeit zu beurteilen (vgl. BGH GRUR 2004, 594 - Ferrari-Pferd). Die genannten Faktoren stehen dabei in einer Art von Wechselwirkung, so dass ein geringerer Grad des einen Faktors durch einen höheren Grad eines anderen Faktors ausgeglichen werden kann (vgl. BGH GRUR 2005, 419, 423 - Räucherkatze, m. w. N.).

Die Widerspruchsmarke weist zwar erkennbare Anklänge an die englischsprachigen Sachbegriffe „Nutrition, Nutriment“ bzw. „Care“ auf. Dennoch kann ihr in ihrer konkreten Abwandlung ein durchschnittlicher Schutzzumfang nicht abgesprochen werden, da aus der Kennzeichnungsschwäche einzelner Bestandteile nicht ohne weiteres auf eine verminderte Kennzeichnungskraft der Gesamtbezeichnung zu schließen ist. Konkrete Anhaltspunkte, die dies im vorliegenden Fall nahelegen könnten, sind aber weder vorgetragen noch ersichtlich.

Die Vergleichsmarken sind klanglich identisch. Eine Verwechslungsgefahr ist bei dieser Sachlage somit nur dann auszuschließen, wenn die beiderseitigen Waren und Dienstleistungen einander unähnlich sind. Ist dagegen auch nur eine entfernte Ähnlichkeit festzustellen, reicht dies im vorliegenden Fall aus, um für die angesprochenen Verkehrskreise die Gefahr von Verwechslungen zu begründen.

Für die Beurteilung der Ähnlichkeit von Waren oder Dienstleistungen sind alle relevanten Faktoren zu berücksichtigen, die ihr Verhältnis zueinander bestimmen. Dies sind insbesondere die Art der Waren oder Dienstleistungen, ihre Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Produkte bzw. Leistungen, ihre regelmäßige betriebliche Herkunft, ihre wirtschaftliche Bedeutung, ihre stoffliche Beschaffenheit sowie ihr Verwendungszweck. Eine Ähnlichkeit der beiderseitigen Produkte und Leistungen ist dabei dann anzunehmen, wenn sie so enge Berührungspunkte aufweisen, dass die beteiligten Verkehrskreise - bei ver-

meintlich gleicher Kennzeichnung - der Meinung sein könnten, sie stammten aus demselben bzw. aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen (vgl. Hacker in Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Auflage, § 9 Rdn. 44).

Benutzungsfragen sind nicht aufgeworfen, so dass bei der Prüfung der Ähnlichkeit der sich gegenüber stehenden Waren und Dienstleistungen von der Registerlage auszugehen ist.

Die beiderseitigen Warenoberbegriffe „chirurgische, ärztliche, Instrumente und Apparate“ bzw. „Pharmazeutische Erzeugnisse“ werden nach gefestigter Entscheidungspraxis als ähnlich angesehen (vgl. etwa EuG, T-0425/03 - AMS Advanced Medical Services/AMS; BPatG 28 W (pat) 31/04, BIOCYTE/Biosite; HABM, R0682/05-1 - Protos/PROTOS, alle Entscheidungen veröffentlicht auf PAVIS CD-ROM; sowie Richter/Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen, 13. Auflage, 2005, S. 16, Stichwort „Ärztliche Apparate“, m. w. N.). Die genannten Warengruppen beziehen sich auf denselben Verwendungszweck im medizinischen Bereich, richten sich weitgehend an dieselben Abnehmerkreise und weisen auch in ihren Vertriebswegen Berührungspunkte auf (vgl. hierzu nochmals EuG, a. a. O - AMS Advanced Medical Services/AMS). Im vorliegenden Fall sind zudem die besonderen Branchenverhältnisse auf dem hier maßgeblichen Gebiet der enteralen (über den Magen-Darm-Trakt) bzw. parenteralen Ernährung (über venöse Zugänge) zu beachten. Die hier tätigen Hersteller - wie beispielsweise die Firmen Abbott, BBraun, Fresenius Kabi oder Pfrimmer Nutria - bieten neben dem einschlägigen Produktspektrum, also insbesondere Trink- und Sondennahrung, Überleitgeräte, Punktionssets, Sonden, Katheter, Applikationszubehör, Infusionsgeräte und Drainagen, auch fachspezifische Dienstleistungen an. Diese Dienstleistungen reichen vom Überleitungsmanagement bei Entlassung der Patienten aus der Klinik und dem medizinischen Ernährungsmanagement bei der weiteren Pflege zu Hause oder in einem Heim, bis hin zur individuellen Beratung vor Ort und der Schulung von Patienten, Angehörigen und Pflegepersonal. Zwischen den Waren „Ernährungs sonden; Katheter, Sonden, Überleitgeräte, Punktionssets,

Infusionsgeräte und Drainagen für medizinische Zwecke“ des angegriffenen Zeichens und den Dienstleistungen „Dienstleistungen auf dem Gebiet der parenteralen und enteralen Ernährung“ der Widerspruchsmarke ist somit von einer engen Ähnlichkeit auszugehen.

Darüber hinaus sind relevante Berührungspunkte und Übereinstimmungen auch im Hinblick auf die Waren „zahnärztlichen Instrumente und Apparate, Zähne“ des jüngeren Zeichens und den „Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke“ der Widerspruchsmarke gegeben (vgl. hierzu Richter/Stoppel, a. a. O., S. 343, Stichworte „Zahnärztliche Instrumente und Geräte“ sowie „Zähne“), so dass insoweit eine Produktähnlichkeit ebenfalls zu bejahen ist. Dies gilt ebenso für die Produkte „orthopädische Artikel; chirurgisches Nahtmaterial“ der angegriffenen Marke und die Waren „Pflaster, Verbandmaterial“ des prioritätsälteren Zeichens (vgl. hierzu Richter/Stoppel, a. a. O., S. 222, Stichwort „Orthopädische Hilfsmittel“ sowie S. 230, Stichwort „Pflaster“).

In welchem konkreten Ähnlichkeitsbereich die vorgenannten Waren und Dienstleistungen dabei letztlich einzuordnen sind, kann dahingestellt bleiben, da angesichts der klanglichen Identität der Vergleichsmarken bereits eine entfernte Ähnlichkeit - die hier jedenfalls vorliegt - ausreichend ist, um die Gefahr von Verwechslungen zu begründen.

Eine andere Wertung ergibt sich dagegen im Hinblick auf die weiteren, nicht im Tenor genannten Waren der angegriffenen Marke. Zwischen den beiderseitigen Produkten und Dienstleistungen bestehen insoweit ausgeprägte Unterschiede, so dass bei praxisnaher Betrachtungsweise und unter Einbeziehung aller relevanten Umstände eine markenrechtlich relevante Ähnlichkeit zu verneinen ist. Zwar ist mit der Widersprechenden davon auszugehen, dass bei der Erbringung der von der älteren Marke umfassten Dienstleistungen etwa auch Packungs- und Isoliermaterialien verwendet werden, wie sie die angegriffene Kennzeichnung beansprucht. Hieraus ergibt sich aber noch keine Ähnlichkeit im Sinne des Mar-

kengesetzes. Die betreffenden Waren und Dienstleistungen kommen hier lediglich miteinander in Berührung, ohne dass dadurch bei den betreffenden Verbrauchern der Eindruck entstände, sie würden von demselben Unternehmen in eigenständiger wirtschaftlicher Betätigung hergestellt bzw. erbracht. Die offenkundigen Unterschiede zwischen den fraglichen Waren und Dienstleistungen lassen es vielmehr für die angesprochenen Verkehrskreise von vornherein ausgeschlossen erscheinen, dass die jeweiligen Produkte und Leistungen der Kontrolle desselben Unternehmens unterliegen. Bei dieser Ausgangslage ist auch die klangliche Identität der Vergleichsmarken ohne Bedeutung, da die Wechselwirkung von Waren- und Markenähnlichkeit notwendigerweise eine - zumindest geringe - Ähnlichkeit der Vergleichswaren bzw. -leistungen voraussetzt. Einen darüber hinausgehenden Einfluss der Markenähnlichkeit auf die Ähnlichkeit von Waren oder Dienstleistungen gibt es dagegen nicht (vgl. Hacker, a. a. O., § 9 Rdn. 52).

Nach alldem besteht zwischen den Vergleichsmarken in dem im Tenor angeführten Umfang bereits eine klangliche Verwechslungsgefahr. Auf die Beschwerde der Widersprechenden war daher die Löschung des angegriffenen Zeichens für die fraglichen Waren anzuordnen. Die weitergehende Beschwerde war dagegen zurückzuweisen. Für eine Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen (§ 1 Abs. 1 MarkenG) bestand kein Anlass.

Stoppel

Stoppel

Schell

Richterin Werner ist
urlaubsbedingt verhindert
selbst zu unterschreiben

Me