



# BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 53/09

---

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt  
zugestellt am  
28. September 2009

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die angegriffene Marke 304 44 950.4**

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 27. August 2009 unter Mitwirkung der Richterin Bayer als Vorsitzende sowie des Richters Merzbach und des Richters k. A. Metternich

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Widersprechenden wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 7. Mai 2008 aufgehoben. Wegen des Widerspruchs aus der Marke 1 091 531 wird die Löschung der Marke 304 44 950.4 hinsichtlich folgender Waren angeordnet:

„Seifen; Zahnputzmittel; pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse; Sanitärprodukte für medizinische Zwecke; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost; diätetische Lebensmittel oder Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Eiweißen, Fetten, Fettsäuren, unter Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 29 enthalten; diätetische Lebensmittel oder Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Kohlehydraten, Ballaststoffen, unter Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 30 enthalten.“

## **Gründe**

### **I.**

Die am 4. August 2004 angemeldete Marke

### **Allergokit**

ist am 13. September 2004 für die Waren

„Klasse 3

Wasch- und Bleichmittel; Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel; Seifen; Parfümeriewaren, ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Haarwässer; Zahnputzmittel;

Klasse 5

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

Klasse 29

diätetische Lebensmittel oder Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Eiweißen, Fetten, Fettsäuren, unter Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 29 enthalten;

Klasse 30

diätetische Lebensmittel oder Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Kohlehydraten, Ballaststoffen, unter Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 30 enthalten“

unter der Nummer 304 44 950.4 in das Markenregister eingetragen und am 15. Oktober 2004 veröffentlicht worden.

Die Inhaberin der prioritätsälteren, für die Waren

„Klasse 5

Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege, Pflaster, Verbandmaterial“

eingetragenen Marke 1 091 531

### **Allergovit**

hat am 8. Januar 2005 dagegen Widerspruch erhoben.

Am gleichen Tag hat die Inhaberin der Widerspruchsmarke auch aus den Marken 303 11 706 und 1 135 386 gegen die angegriffene Marke Widerspruch erhoben.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat die Benutzung der Widerspruchsmarke **Allergovit** bestritten. Zur Glaubhaftmachung der Benutzung der Widerspruchsmarke **Allergovit** legte die Widersprechende eine eidesstattliche Versicherung vor, die der Leiter ihres Marketing- und Vertriebsbereichs Allergenprodukte am 13. Dezember 2005 abgegeben hatte. Die eidesstattliche Versicherung nennt u. a. Umsatzzahlen, die für das Produkt **Allergovit** in den Jahren 1998 - 2004 erzielt

worden seien. Ferner legte die Widersprechende einen Auszug aus der „Roten Liste“, Fotos von Verpackungen, Beipackzettel, Prospekte und Rechnungskopien vor.

Die Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts hat auf den Widerspruch aus der Marke **Allergovit** durch einen Beamten des gehobenen Dienstes mit Beschluss vom 20. März 2007 die teilweise Löschung der angegriffenen Marke angeordnet, und zwar für die Waren „Seifen; Zahnputzmittel; pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse; Sanitärprodukte für medizinische Zwecke; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost; diätetische Lebensmittel oder Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Eiweißen, Fetten, Fettsäuren, unter Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 29 enthalten; diätetische Lebensmittel oder Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Kohlehydraten, Ballaststoffen, unter Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 30 enthalten.“

Aus Sicht des Erstprüfers habe die Widersprechende eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke für „pharmazeutische Erzeugnisse, nämlich Allergika“ glaubhaft gemacht. Die Marken könnten für identische und im engeren Sinn ähnliche Waren (Arzneimittel, nämlich Allergika einerseits und Nahrungsergänzungsmittel andererseits) bestimmt sein. Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke wurde noch als normal eingestuft. Vor diesem Hintergrund könne die Gefahr unmittelbarer klanglicher Verwechslungen im Bereich der genannten Waren nicht verneint werden. Mit Ausnahme ihres jeweils drittletzten Buchstabens stimmten die Marken vollständig überein.

Die Widersprüche aus den weiteren Widerspruchsmarken 303 11 706 und 1 135 386 hat der Erstprüfer zurückgewiesen.

Auf die Erinnerung der Inhaberin der angegriffenen Marke hat die Markenstelle durch eine Beamtin des höheren Dienstes mit Erinnerungsbeschluss vom 7. Mai 2008 den Beschluss der Markenstelle vom 20. März 2007 aufgehoben und den Widerspruch aus der Marke 1 091 531 zurückgewiesen. Soweit es um die Zurückweisung des Widerspruchs aus den Marken 303 11 706 und 1 135 386 geht, wurde keine Erinnerung eingelegt.

Nach Auffassung der Erinnerungsprüferin fehle es unabhängig von der Frage einer rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke bereits an der erforderlichen Markenähnlichkeit. Die sich gegenüberstehenden Marken seien teilweise zur Kennzeichnung identischer und nahe stehender Waren bestimmt. Der Widerspruchsmarke komme jedoch nur eine minimale Kennzeichnungskraft zu, so dass ihr nur ein sehr kleiner Schutzzumfang zugebilligt werden könne. Die Widerspruchsmarke sei erkennbar aus den beschreibenden Bestandteilen „Allergo“ und „vit“ zusammengesetzt. „Allergo“ weise, auch im Hinblick auf so bekannte Fremdwörter wie „Allergologie“, „Allergologe“, „allergologisch“ deutlich beschreibend auf den Begriff „Allergie“ hin. Das weitere Markenelement „vit“ enthalte einen Sachhinweis auf „Vitamin“ oder den Begriff „vital“. Eine Aufteilung in die unmittelbar beschreibenden Bestandteile „Allergo“ und „vit“ dränge sich geradezu auf, so dass ein Verständnis im Sinne von „fit gegen Allergien“ bzw. von „Vitamine gegen Allergien“ in Verbindung mit den entscheidungserheblichen Waren ohne weiteres naheliegend sei. Der aus Rechtsgründen eng zu bemessende Schutzzumfang der Widerspruchsmarke beschränke sich auf deren schutzbegründende Eigenprägung. Diese könne bei der Widerspruchsmarke nur darin liegen, dass die beschreibenden Bestandteile in einem Wort zusammengefasst seien. Die schriftbildlichen und klanglichen Abweichungen, die sich aus dem jeweils unterschiedlichen drittletzten Buchstaben in den Vergleichsmarken ergeben, seien ausreichend, um eine Verwechslungsgefahr aus Rechtsgründen zu verneinen. Auch eine mittelbare Verwechslungsgefahr aufgrund des gemeinsamen Markenbestandteils „Allergo“ komme nicht in Betracht, weil der Verkehr darin keinen Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen sehe.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden. Sie beantragt,

den Erinnerungsbeschluss der Markenstelle für Klasse 30 vom 7. Mai 2008 aufzuheben und die angegriffene Marke im Umfang der im Erstprüferbeschluss in Ziff. 1 des Tenors genannten Waren zu löschen.

Sie ist der Auffassung, dass es sich bei der Widerspruchsmarke nicht um eine glatt beschreibende Angabe handele, da „**Allergovit**“ eine phantasievolle Kombinationsmarke sei. Es könne zumindest von einer normalen Kennzeichnungskraft ausgegangen werden. Bei dem Antiallergiepräparat der Widersprechenden werde der Verkehr den Bestandteil „-vit“ in der Widerspruchsmarke nicht als einen Hinweis auf ein vitaminhaltiges Produkt verstehen. Vitamine seien in dem Wirkstoff nicht enthalten. Es bestünden eine Vielzahl an Bedeutungsmöglichkeiten des Bestandteils „-vit“, von denen im Zusammenhang mit dem Präfix „Allergo“ keine als rein beschreibend angesehen werden könne. Zusätzlich sei zu beachten, dass die von Hause aus mitgebrachte Kennzeichnungskraft zudem noch durch die stetige Benutzung gesteigert sei. Die Zeichen unterschieden sich nur in einem von zehn Buchstaben, der auch nicht am Wortanfang liege. Die Waren seien teils identisch, teils ähnlich. Zu den betroffenen Verkehrskreisen zählten auch Patienten, die die Marke nicht in Einzelteile zu zerlegen und diese zu analysieren pflegten. Selbst wenn man von einer Kennzeichnungsschwäche ausginge, bestünde eine Verwechslungsgefahr. Außerdem ergänzt die Widersprechende mit Eingabe vom 5. März 2009 noch ihre Benutzungsunterlagen.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, es sei weder die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke glaubhaft gemacht worden, noch bestehe Verwechslungsgefahr. Es sei nicht ersichtlich, dass die eingereichten Rechnungen repräsentativ seien. Die eidesstattliche Versicherung des Leiters des Marketingsbereichs der Widersprechenden reichten zur Glaubhaftmachung nicht aus, da reine Erklärungen der Parteien nicht geeignet seien, die rechtserhaltende Benutzung ausreichend glaubhaft zu machen. Die Unterlagen wiesen überwiegend keine Orts- und Datumsangaben auf. Bei der Widerspruchsmarke könne lediglich von einer sehr geringen Kennzeichnungskraft ausgegangen werden, da sie sich aus den beschreibenden Bestandteilen „Allergo“ und „vit“ zusammensetze. Der Bestandteil „Allergo“ weise darauf hin, dass es sich um Waren zur Behandlung von Allergien handle und „vit“ sei ein Sachhinweis auf „Vitamine“ oder „vital“. Der Verbraucher werde davon ausgehen, dass das Produkt entweder unter Verwendung von Vitaminen hergestellt werde oder ihn vital mache. Dass der Bestandteil „vit“ unterschiedliche Bedeutungen haben könne, schließe eine Kennzeichnungsschwäche nicht aus. Der Schutzbereich der Widerspruchsmarke erstreckte sich lediglich auf den Identitätsbereich. Insbesondere gebe der Verschlusslaut „K“ der jüngeren Marke dem klanglichen Gesamteindruck der jüngeren Marke ein völlig anderes Gepräge als der Lippenzahnlaut „V“ der Widerspruchsmarke. Hinzu komme dass der erkennbare Sinngehalt des Bestandteils „vit“ zusätzlich die Möglichkeit etwaiger Verwechslungen reduziere.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die verfahrensgegenständlichen Beschlüsse der Markenstelle sowie auf die Schriftsätze der Beteiligten und den weiteren Akteninhalt Bezug genommen.



## II.

Die Beschwerde ist zulässig und begründet. Zwischen der Widerspruchsmarke und der angegriffenen Marke besteht hinsichtlich der im Tenor genannten Waren Verwechslungsgefahr (§§ 9 Abs. 1 Nr. 2, 42 MarkenG).

1. Da mit Beschluss der Markenstelle für Klasse 30 des DPMA vom 20. März 2007 durch den Erstprüfer die teilweise Löschung der angegriffenen Marke angeordnet wurde, die Widersprechende jedoch keine Erinnerung eingelegt hatte, ist dieser Beschluss bestandskräftig, soweit der Widerspruch zurückgewiesen worden war. Beschwerdegegenständlich sind mithin ausschließlich die Waren, hinsichtlich derer die Markenstelle durch den Erstprüfer die Löschung angeordnet hatte.

2. Die Widersprechende konnte auf die von der Markeninhaberin zulässig erhobene Einrede der Nichtbenutzung glaubhaft machen, dass sie die Marke **Allergovit** für Antiallergika der Hauptgruppe 7 der „Roten Liste“ gemäß § 26 MarkenG rechtserhaltend benutzt hat, und zwar sowohl im Zeitraum nach § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG, als auch in demjenigen des § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG.

a) An Benutzungsunterlagen für den Zeitraum vom 15. Oktober 1999 bis zum 15. Oktober 2004 hat die Widersprechende eine eidesstattliche Versicherung vom 13. Dezember 2005 hinsichtlich der Umsätze für die Jahre 1998 bis 2004 in Bezug auf Präparate zur spezifischen Immuntherapie bei allergischen Erkrankungen, Verpackungskopien, einen Auszug aus der Roten Liste, Hauptgruppe 7, Beipackzettel, Prospektmaterial und Rechnungen vorgelegt. Diese Unterlagen sind in ihrer Gesamtheit im Zusammenhang zu betrachten (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 43, Rdnr. 54 m. w. N.).

Die von der Widersprechenden eingereichten Abbildungen von Verpackungen einschließlich der im Prospektmaterial enthaltenen Abbildungen sowie der eben-

falls beigefügte Beipackzettel sind geeignet, die funktionsgemäße Verwendung der Marke **Allergovit** in ihrer eingetragenen Form zu belegen, zumal auch Wiedergabearten wie Prospekte oder Fotos insoweit ein Mittel zur Glaubhaftmachung darstellen können (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 43, Rdnr. 64). Soweit das von der Widersprechenden eingereichte Prospektmaterial auch andere Produkte der Widersprechenden enthält, ändert dies nichts daran, dass die markenmäßige Verwendung von **Allergovit** jedenfalls nachvollziehbar ist. In Verbindung mit der eidesstattlichen Versicherung des Dr. L... vom 13. Dezember 2005 ist auch die Verwendung als Kennzeichnung von Präparaten zur spezifischen Immuntherapie ersichtlich.

Diese eidesstattliche Versicherung ist ferner geeignet, Umsätze in Millionenhöhe für die Jahre 1998 bis 2004 in Bezug auf **Allergovit** glaubhaft zu machen. Dass die eidesstattliche Versicherung von dem Leiter des Marketingbereichs der Widersprechenden abgegeben worden ist, ist entgegen der Auffassung der Markeninhaberin unschädlich. Eine eidesstattliche Versicherung muss von einer natürlichen Person abgegeben werden, die aufgrund ihrer besonderen Stellung mit den erklärten Benutzungsverhältnissen vertraut ist. Unter diesen Personenkreis fallen in erster Linie verantwortliche Angehörige des Unternehmens des Widersprechenden (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 43, Rdnr. 59). Hierzu ist auch der Leiter des Marketingbereichs der Widersprechenden zu zählen.

Die Rechnungen, auf die in der eidesstattlichen Versicherung Bezug genommen wird, lassen ferner erkennen, dass das Mittel **Allergovit** in ganz Deutschland vertrieben wurde. Im Zusammenhang betrachtet, ermöglichen die eidesstattliche Versicherung, die Rechnungen aus den Jahren 1998 bis 2003 und das Prospektmaterial, das u. a. auf eine Studie zu **Allergovit** aus den Jahren 2002 und 2003 verweist eine zeitliche Zuordnung der Verwendung von **Allergovit** als markenmäßige Kennzeichnung zu dem nach § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG relevanten Zeitraum.

Aufgrund der Gesamtbetrachtung der vorgelegten Unterlagen ist die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke im Zeitraum Oktober 1999 bis Oktober 2004 somit zumindest als überwiegend wahrscheinlich zu erachten. Dies genügt für eine Glaubhaftmachung; ein Strengbeweis ist nicht erforderlich (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 43, Rdnr. 39 m. w. N.).

b) Gleiches gilt auch für den Benutzungszeitraum nach § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG (September 2004 bis September 2009). Insoweit stellt die eidesstattliche Versicherung des Dr. L... vom 24. Februar 2009 ein für die Glaubhaftmachung geeignetes Mittel dar. Ergänzend zu den bereits erfolgten Ausführungen ist darauf hinzuweisen, dass es für die eidesstattliche Versicherung unschädlich ist, wenn dort neben der Unterschrift noch der Firmenstempel angebracht ist. Es ist erkennbar, dass die eidesstattliche Versicherung von dem Unterzeichner abgegeben wird und nicht von der Firma (vgl. auch Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 43, Rdnr. 56). Die eidesstattliche Versicherung nennt für die Jahre 2004 bis 2008 wiederum Umsatzzahlen zu **Allergovit** in Millionenhöhe. Die vorgelegten Rechnungen, in deren Originale der Senat und die Vertreterin der Markeninhaberin in der mündlichen Verhandlung am 27. August 2009 Einsicht nehmen konnten, lassen den Schluss auf den deutschlandweiten Vertrieb von **Allergovit** in diesem Zeitraum zu. Die Widersprechende hat ferner ein Muster einer Verpackung vorgelegt, aus dem sich die Kennzeichnung mit der Marke **Allergovit** ergibt. Das weitere Prospektmaterial enthält wiederum Abbildungen der Verpackung, die dem vorgelegten Muster entsprechen. Aus diesem Material, das u. a. auf eine bis 2007 reichende Studie verweist, und den weiteren vorgelegten Unterlagen lässt sich bei einer Gesamtbetrachtung auch auf die Verwendung von **Allergovit** als herkunftsbezeichnende Kennzeichnung für Präparate zur spezifischen Immuntherapie in dem benutzungsrelevanten Zeitraum schließen.

3. Das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen (EuGH GRUR 2006, 237, 238 - PI-CASSO; GRUR 1998, 387, 389 f. - Sabèl/Puma). Ihre Beurteilung bemisst

sich nach der Identität oder Ähnlichkeit der Waren, der Identität oder Ähnlichkeit der Marken und dem Schutzzumfang der Widerspruchsmarke. Diese Faktoren sind zwar für sich gesehen voneinander unabhängig, bestimmen aber in ihrer Wechselwirkung den Rechtsbegriff der Verwechslungsgefahr (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 9, Rdnr. 32).

a) Die Widerspruchsmarke ist als - noch - durchschnittlich kennzeichnungskräftig zu erachten. Sie weist zwar in ihrem Anfangsbestandteil „Allergo“ darauf hin, dass ein Bezug zu Allergien gegeben ist. Der Bestandteil „Allergo“ wird auch zur Bezeichnung von Arzneimitteln, die zur Bekämpfung von Allergien oder zur Linderung allergischer Beschwerden eingesetzt werden, verwendet (z. B. allergo-loges; Allergo effekt; ALLERGO-COMOD). Jedoch ist die Bezeichnung **Allergovit**, die als Ganzes zu betrachten ist, in Bezug auf pharmazeutische Erzeugnisse, auch soweit es sich um Antiallergika handelt, nicht als beschreibend anzusehen. Zum einen ist, wie auch im Erstprüferbeschluss vom 20. März 2007 zutreffend ausgeführt, es bei der Bildung von Marken für pharmazeutische Erzeugnisse üblich, dass zumindest der Fachverkehr aus verwendeten Wortbestandteilen Rückschlüsse auf die Indikation oder die Applikation ziehen kann. Zum anderen wirkt der Bestandteil „vit“ nach der Auffassung des Senats nicht selbständig beschreibend, sondern bildet die Schlussilbe der Widerspruchsmarke. Auch wenn man einen Anklang an „vital“ oder „Vitamin“ unterstellt, so wird der Verkehr die Bezeichnung **Allergovit** nicht analysierend zergliedern, sondern als Einheit auffassen, die aus sich heraus keine beschreibende Wirkung entfaltet. Insbesondere drängt sich nach Auffassung des Senats ein Verständnis der Widerspruchsmarke im Sinne von „fit gegen Allergien“ oder „Vitamine gegen Allergien“ auch in Verbindung mit den registrierten Waren nicht auf. Anders liegt dies bei Bezeichnungen wie der von der Markeninhaberin genannten Marke „Comfort Hotel“, die wegen des beschreibenden Inhalts der Marke als ganzes als jedenfalls äußerst kennzeichnungsschwach für Dienstleistungen eines Hotels oder Motels zu erachten ist (BPatG, PAVIS PROMA, 25 W (pat) 100/01). Einen vergleichbar beschreibenden Inhalt weist der Gesamtbegriff **Allergovit** hingegen nicht auf.

b) Die angegriffene Marke und die Widerspruchsmarke sind sowohl vom Schriftbild her als auch klanglich äußerst ähnlich. Die jeweils dreisilbigen Wörter mit identischer Vokalfolge unterscheiden sich lediglich im ersten Buchstaben der letzten Silbe. Schriftbildlich weisen „v“ und „k“ enge Ähnlichkeit auf, so dass insofern beide Marken nahezu identisch erscheinen. Hinsichtlich der klanglichen Ähnlichkeit ist davon auszugehen, dass, auch wenn es sich bei „k“ um einen harten Sprenglaut handelt, „v“ dagegen weich ausgesprochen wird, dieser Unterschied in den Gesamtzeichen insbesondere aus der Erinnerung heraus nicht mehr auffällt.

c) Um eine Verwechslungsgefahr ausschließen zu können, ist aufgrund der dargelegten engen Ähnlichkeit der angegriffenen Marke mit der Widerspruchsmarke für die jeweils einschlägigen Waren ein ausreichender Abstand zu fordern. Bei identischen Waren ist dies von vornherein nicht der Fall, so dass für „pharmazeutische Erzeugnisse“ Verwechslungsgefahr gegeben ist. Gleiches gilt auch für Waren, die, wenn auch nicht identisch, so doch eine sehr enge Ähnlichkeit aufweisen. Ausgehend von der vorliegenden und für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr maßgebenden Benutzungslage ist auch in Bezug auf Antiallergika eine sehr enge Warenähnlichkeit mit „veterinärmedizinischen Produkten“ zu bejahen. Die enge Ähnlichkeit der streitgegenständlichen Marken gebietet es aber, auch bei solchen Waren von einer Verwechslungsgefahr auszugehen, die in einem nur durchschnittlichen Ähnlichkeitsbereich liegen. Dies trifft auch im Verhältnis zu Antiallergika sowohl für „Sanitärprodukte für medizinische Zwecke“ als auch für „diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke“ zu, da sie insbesondere hinsichtlich der regelmäßigen betrieblichen Herkunft, ihrer regelmäßigen Vertriebsart und ihrem Verwendungszweck bzw. ihrer Nutzung so enge Berührungspunkte aufweisen, dass für den Verkehr bei - wie hier - stark ähnlichen Marken die Gefahr der Verwechslung besteht. Dies ist sowohl für „Babykost“ als auch in Bezug auf die „diätetischen Lebensmittel oder Nahrungsergänzungsmittel der Klasse 29 und 30“, für die die angegriffene Marke registriert ist, ebenfalls zu bejahen. Hierbei ist zudem zu berücksichtigen, dass Antiallergika auch in Form von Sirupen oder Säf-

ten vertrieben werden, so dass diese Waren auch in der Erscheinungsform Übereinstimmungen aufweisen. Letztlich weisen auch „Seifen“ und „Zahnputzmittel“, für die die angegriffene Marke ebenfalls registriert ist, eine die Verwechslungsgefahr begründende, hinreichende Warenähnlichkeit auf. Insoweit bestehen Überschneidungen, weil speziell für Allergiker geeignete und bestimmte Seifen und Zahnputzmittel in Betracht kommen, die zur Abwehr oder Linderung allergischer Beschwerden verwendet werden und in Bezug auf ihre gesundheitliche Zweckbestimmung, Vertriebsstätten und -formen enge Berührungspunkte aufweisen.

Der Beschluss der Markenstelle vom 7. Mai 2008 war nach alledem aufzuheben. Mithin war auch die Löschung der angegriffenen Marke in dem im Tenor genannten Umfang, der im Ergebnis demjenigen des Erstprüferbeschlusses vom 20. März 2007 entspricht, anzuordnen.

Für eine Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bestand kein Anlass (§ 71 Abs. 1 MarkenG).

Bayer

Merzbach

Metternich

CI