



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 97/01

(AktENZEICHEN)

Verkündet am
26. Februar 2003

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 396 44 426.1

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 26. Februar 2003 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Albert sowie der Richter Kraft und Reker

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I

Gegen die Eintragung der Marke 396 44 426

Mobiflex

für die Ware

"Betten, insbesondere Pflegebetten"

ist Widerspruch erhoben worden aus der für die Waren

"Hilfsmittel für Alte, kranke und/oder Behinderte, nämlich rollende und nicht rollende Gehilfen, Multifunktionsrollstühle, Sitzhilfsmittel und Sitzeinheiten, nämlich Duschstühle, Duschschemel, nachrüstbare Armlehnen für Duschstühle, Duschschemel, faltbare Duschstühle, Badewannensitze, Badebretter, höhenverstellbare Bade-

lifte, Badehelfer, drehbare Badehelfer, Badewannen-Einstiegshilfen, Nackenstützen, Rückenpolster, Sicherheitsgurte mit Schloß, Sitzkissen, Sicherheitsstangen, Rückenpolster, Armlehnenpolster, Fußstützen, Unterarmauflagen, Rückenstützen, Dusch-Toiletten-Rollstühle für die häusliche Krankenpflege, Duschsitze, Badewannen-Verkürzer, Stützgriff-Sitz-Kombinationen, Aufrichthilfen, Strickleiter-Kombinationen, Badewannen-Schwenkgriffe, Sicherheits-Stützgriffe, Waschbecken-Stützgriffe, Schwenkstützgriffe, Umsetzhilfen für Rollstuhlfahrer (alle Waren soweit in Klasse 10 enthalten);

Hilfsmittel für Alte, Kranke und/oder Behinderte, nämlich Rollstühle, Pflegerollstühle, Multifunktionsrollstühle, Rollstühle mit variabler Sitzgeometrie; Hilfsmittel für Alte, kranke und/der Behinderte, nämlich Toilettenhilfen, nämlich Toilettensitz-Erhöhrungen, Toilettenhilfen bei Hüftgelenkversteifungen (auch zerlegbar), Toiletten-Armstützen mit Sitzring und Deckel, Toilettensitzerhöhungen mit Armstützen, Toilettensitzerhöhungen mit Armlehnen, Toilettensitzpolster, Toilettenaufsätze für Kinder bis 6 Jahre, Toilettenaufsätze für Kinder bis 12 Jahre, Toilettenaufsätze für größere Kinder, Toilettenstützgestelle, Haltegriffe, Winkelhaltegriffe, Universal-Toilettenhilfen, Toilettenlifte, Syphon-Schutzbögen, Sicherheitsgriffe, Toiletten-Stützgestelle, Toilettenpapier-Halter, Dusch-Toilettenrollstühle, Dusch-Toilettenhocker (alle Waren soweit in Klasse 11 enthalten)."

eingetragenen Marke 395 28 800

MOBIFLEX .

Die Markenstelle für Klasse 20 des Deutschen Patent- und Markenamts hat wegen des Widerspruchs die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet. Zur

Begründung hat sie ausgeführt, zwischen den beiderseitigen Marken bestehe Verwechslungsgefahr, weil die Markenwörter hochgradig ähnlich seien und auch die mit der angegriffenen Marke beanspruchte Ware eine erhebliche Ähnlichkeit mit den Hilfsmitteln der Widerspruchsmarke aufweise. Sowohl diese Hilfsmittel als auch Pflegebetten würden über den Sanitätsfachhandel vertrieben. Beide kämen zudem nebeneinander zum Einsatz und stammten auch zum Teil von denselben Herstellern.

Hiergegen wendet sich die Markeninhaberin mit der Beschwerde. Sie hat die Einrede der Nichtbenutzung erhoben, diese jedoch nach Vorlage von Glaubhaftmachungunterlagen für "Rollstühle" nicht aufrechterhalten. Die Markeninhaberin ist der Ansicht, es bestehe keine Verwechslungsgefahr, weil Pflegebetten und Rollstühle nicht ähnlich seien. Die Hersteller dieser beiden Waren seien nicht identisch. Abnehmer der Waren seien in rechtserheblichem Umfang nur bei Sanitätsfachgeschäften und Krankenkassen tätige Fachleute. Diesen sei der Umstand, dass die Waren von unterschiedlichen Herstellern stammten, bekannt. Sie würden deshalb auch bei einer Verwendung identischer Marken nicht davon ausgehen, dass die Waren von demselben Unternehmen hergestellt worden seien. Die gesetzlich versicherten Benutzer von Rollstühlen und Pflegebetten könnten sich die Waren nicht selbst aussuchen und beschaffen, sondern bekämen diese durch die Kranken- und Pflegekassen gestellt. Ein Direktverkauf der Waren an Endabnehmer finde in einem rechtserheblichen Umfang nicht statt. Es sei eine Sachlage gegeben, die mit derjenigen beim Verkauf rezeptpflichtiger Arzneimittel vergleichbar sei. Deshalb sei die diesbezüglich ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu beachten. Sie beantragt, die angefochtenen Beschlüsse aufzuheben sowie den Widerspruch zurückzuweisen und regt ferner die Zulassung der Rechtsbeschwerde an.

Die Widersprechende, die Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Benutzung der Widerspruchsmarke für die Ware "Multifunktionsrollstühle" vorgelegt hat, vertritt unter Bezugnahme auf die Beschlüsse der Markenstelle die Ansicht, es bestehe

auch die erforderliche Ähnlichkeit der Waren, weil Pflegebetten und Rollstühle nebeneinander im Fachhandel angeboten und auch in rechtserheblichem Umfang von den Benutzern selbst ausgesucht würden. Sie beantragt die Zurückweisung der Beschwerde.

II

Die zulässige Beschwerde der Markeninhaberin ist unbegründet. Zwischen den Marken besteht wegen der klanglichen Identität bzw der großen schriftbildlichen Ähnlichkeit der Marken sowie der Ähnlichkeit der Waren "Pflegebetten" und "Rollstühle" Verwechslungsgefahr i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG.

Für die Prüfung der Verwechslungsgefahr ist auf Seiten der Widerspruchsmarke allein von der Ware "Rollstühle" auszugehen, nachdem die Markeninhaberin ihre gemäß § 43 Abs. 1 S. 2 MarkenG zulässige Nichtbenutzungseinrede in Bezug auf diese Ware nicht aufrechterhalten hat und die Widersprechende keine Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Benutzung der Widerspruchsmarke für andere Waren vorgelegt hat.

Die Frage der Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (EuGH GRUR 1998, 387, 389 – Sabèl/Puma). Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht kommenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren sowie der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke. Ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Marken kann durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Waren ausgeglichen werden und umgekehrt (EuGH GRUR 1998, 922, 923 – Canon).

Da zwischen den beiderseitigen Marken in klanglicher Hinsicht Identität besteht und die Widerspruchsmarke von Haus aus normal kennzeichnungskräftig ist, be-

dürfte es für eine Verneinung der Verwechslungsgefahr der Feststellung, dass die hier maßgeblichen Waren "Pflegebetten" bzw "Rollstühle" keinerlei markenrechtliche Ähnlichkeit aufweisen. Diese Feststellung kann jedoch nicht getroffen werden, weil diese Waren entgegen der Ansicht der Markeninhaberin eine nicht unerhebliche Anzahl von Berührungspunkten aufweisen, die für ihre Abnehmer jedenfalls bei der Verwendung identischer Kennzeichnungen die Annahme einer gleichen betrieblichen Herkunft nahe legen.

Bei der Beurteilung der Ähnlichkeit von Waren ist entscheidend, ob die beiderseitigen Waren unter Berücksichtigung aller erheblichen Faktoren, die ihr Verhältnis zueinander kennzeichnen, insbesondere ihrer Beschaffenheit, ihrer betrieblichen Herkunft, ihrer regelmäßigen Vertriebsstätten, ihres Verwendungszwecks, ihrer Nutzung und ihrer Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Produkte, so enge Berührungspunkte aufweisen, dass die beteiligten Verkehrskreise der Meinung sein können, sie stammten aus demselben Unternehmen oder ggf miteinander verbundenen Unternehmen, sofern sie mit identischen Marken gekennzeichnet sind (EuGH GRUR 1998, 922, 924 – CANON). Als beteiligte Verkehrskreise sind insoweit die Abnehmer der beiderseitigen Waren anzusehen, wobei zur Bejahung der Warenähnlichkeit eine gleiche betriebliche Zuordnung durch einen beachtlichen Teil der Abnehmer genügt (Althammer/Ströbele/Klaka, Markengesetz, 6. Auflage, § 9 Rdn 50).

Im vorliegenden Fall sind als Abnehmer der Waren "Rollstühle" und "Pflegebetten" nicht nur die in Sanitätsfachgeschäften und bei Kranken- und Pflegekassen tätigen Fachkräfte, sondern in einem rechtlich beachtlichen Umfang auch sonstige potentielle Käufer dieser Waren anzusehen. Es trifft zwar zu, dass dem gesetzlich kranken- bzw. pflegeversicherten Personenkreis Rollstühle und Pflegebetten i.d.R. direkt von den Kassen zur Verfügung gestellt werden, wobei das Auswahlrecht den Kassen und nicht dem Patienten zusteht. Neben diesem Personenkreis gibt es jedoch eine weitere, nicht geringe und daher rechtlich beachtliche Anzahl von Personen, die - wie z.B. Beamte, Richter, Soldaten, Selbständige und abhängig Be-

schäftigte, die ein Einkommen oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze beziehen – nicht bei den gesetzlichen Kassen versichert sind und sich als Privatpatienten selbst um die Beschaffung von Heil- und Hilfsmitteln kümmern können und ggf auch müssen. Insoweit unterscheidet sich die Sachlage im vorliegenden Fall auch von dem Bezug rezeptpflichtiger Arzneimittel, weil diese auch für nicht gesetzlich versicherte Personen stets nur vom Arzt ausgesucht und verordnet werden können. Eine Heranziehung der zur Ähnlichkeit rezeptpflichtiger Arzneimittel ergangenen Rechtsgrundsätze scheidet schon aus diesem Grunde aus.

Dem zahlenmäßig nicht geringen Personenkreis der Privatversicherten, Beihilfeberechtigten oder sonstigen Selbstzahler, dem die Herstellungsprogramme der Produzenten von Sanitätsartikeln regelmäßig nicht bekannt sind und der deshalb auch nicht weiß, dass Rollstühle und Pflegebetten im Normalfall von unterschiedlichen Unternehmen hergestellt werden, begegnen diese Waren in Sanitätsfachgeschäften bzw in deren Angeboten im Internet in unmittelbarer räumlicher Nähe zueinander. Da beide Waren zudem den gleichen Verwendungszweck der Mobilisierung Pflegebedürftiger aufweisen und es sich insoweit um einander ergänzende Produkte handelt, als Pflegebetten die stationäre und Rollstühle die örtlich darüber hinausgehende Verbesserung der Beweglichkeit von Pflegebedürftigen oder körperlich Behinderten bezwecken, liegt für den fachlich nicht vorgebildeten Personenkreis bei einer Verwendung gleicher Kennzeichnungen der Schluss nahe, es handele sich bei Pflegebetten und Rollstühlen um Waren desselben Unternehmens bzw miteinander verbundener Unternehmen.

Angesichts der vorstehend dargelegten Umstände ist eine Ähnlichkeit der Waren "Rollstühle" und "Pflegebetten" und damit auch die Verwechslungsgefahr zwischen den beiderseitigen Marken gegeben, so dass die Beschwerde der Markeninhaberin erfolglos bleiben musste.

Für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde gemäß § 83 Abs. 2 MarkenG war kein Raum. Die Frage der Ähnlichkeit der konkreten Waren stellt keine grundsätzliche

Rechtsfrage, sondern eine anhand der einschlägigen Rechtsprechung (EuGH aaO – CANON) zu entscheidende Tatfrage dar. Es ist auch nicht erkennbar, inwieweit die Zulassung der Rechtsbeschwerde im vorliegenden Fall der Rechtsfortbildung oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dienen könnte.

Gründe für eine Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen (§ 71 Abs. 1 S. 1 MarkenG) liegen nicht vor.

Albert

Kraft

Reker

Bb