



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 59/08

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
25. November 2009

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke 304 33 701

hat der 25. Senat (Marken Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 24. September 2009 unter Mitwirkung der Richterin Bayer als Vorsitzende, des Richters Merzbach sowie des Richters k. A. Metternich

beschlossen:

Die Beschwerde des Inhabers der angegriffenen Marke und die Anschlussbeschwerde der Widersprechenden werden zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Marke

preveo

ist am 28. April 2005 für die Waren und Dienstleistungen

"Klasse 05:

Präparate für Babykost; Pflaster

Klasse 10:

chirurgische, ärztliche und zahnärztliche Instrumente und Apparate, orthopädische Artikel

Klasse 14:

Uhren und Zeitmessinstrumente

Klasse 25:

Bekleidungsstücke, Schuhwaren, Kopfbedeckungen

Klasse 35:

organisatorisch-betriebswirtschaftliche Beratung betreffend die Strukturierung, Organisation und Umsetzung von gesundheitlich, im Arbeitsschutz sowie im betrieblichen Umweltschutz relevanten Maßnahmen für Unternehmen, private und öffentliche Einrichtungen, Verbände und Institutionen; organisatorisch-betriebswirtschaftliche Beratung von Unternehmen, privaten und öffentlichen Einrichtungen, Verbänden, Institutionen, Krankenhäusern in allen medizinisch-hygienischen Fragestellungen, insbesondere nach den geltenden gesetzlichen Bestimmungen

Klasse 41:

Betrieb von Gesundheitsstudios und Gesundheitszentren für Fitnesszwecke, Training zur Stärkung des Band- und Bewegungsapparats; Durchführung von Gesundheitscoachings, Aus-, Fort- und Weiterbildungskurse, Seminare; betriebliche Gesundheitsförderung und betriebliches Gesundheitsmanagement durch Kurse zur Stärkung der Rückenmuskulatur, Stressbewältigung, Suchtprävention

Klasse 42:

Messen von und Erstellen von technischen Gutachten über physisch und psychisch wirkende Umgebungseinflüsse am Arbeitsplatz, wie Strahlenbelastungen, Belastungen durch Geräusche, insbesondere nach den geltenden gesetzlichen Bestimmungen; Forschung und Erstellung von technischen Gutachten auf dem Gebiet des Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutzes sowie auf medizinischem Gebiet ferner zur psychologischen Fragestellung

Klasse 44:

Vorsorgediagnostik; medizinische Begleitung bei Gesundungsprozessen; medizinische Dienstleistungen in den Bereichen Verkehrsmedizin, Sport- und Leistungsmedizin, Umweltmedizin, Arbeits- und Betriebsmedizin, Reisemedizin; medizinische Dienstleistung als Impfprohylaxe; medizinische und psychologische Untersuchung und Begutachtung von Kraftfahrzeugführern, Wiederbewerbern um einen Führerschein, von fliegendem Personal, insbesondere Piloten sowie Personen mit Tätigkeiten im Schienenverkehr und in der Binnenschifffahrt, insbesondere nach den geltenden gesetzlichen Bestimmungen; betriebliche und individuelle reisemedizinische Beratung sowie reisemedizinische Untersuchungen und Impfungen; individuelle Untersuchungen und Beratungen auf dem Gebiet der Gesundheitsvorsorge; ärztliche Beratung und Betreuung betreffend den betrieblichen Arbeits-, Gesundheits- und Umweltschutz, insbesondere nach den geltenden gesetzlichen Bestimmungen; Gesundheitsberatung zu allen Gesundheitsthemen; medizinische und/oder psychotherapeutische Beratung, insbesondere zu den Schwerpunkten Ernährung, Diabetes, Hochdruck, Asthma, Herz-Kreislaufkrankungen, Stressbewältigung, Suchtbewältigung, Rücken, Bewegung; ärztliche Bera-

tung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern unter betriebs- und organisations-psychologischen Gesichtspunkten"

in das Markenregister unter der Nummer 304 33 701 eingetragen worden.

Dagegen hat die Inhaberin der älteren, seit dem 20. November 2003 für

"9

Auf Datenträgern aufgezeichnete Computerprogramme, -programmsysteme, einschließlich Software-Tools, Computerprogrammbibliotheken, Daten sowie Datenbanken; Aufzeichnungsträger (soweit in Klasse 9 enthalten), mit und ohne Aufzeichnung.

35

Werbung; Unternehmensberatung; Geschäftsführung, einschließlich Organisationsberatung, betriebswirtschaftliche Beratung, insbesondere auf dem Gebiet der Informationstechnologie und anderer computerwandter Technologien; Büroarbeiten; Datenerfassung sowie Verarbeitung von maschinell erfassten Daten für andere; Erfassung und Verarbeitung von Nachrichten, Bildern, Texten, Sprache, Signalen und Daten, soweit in Klasse 35 enthalten; Datenspeicherung und Datenverarbeitung für Dritte.

41

Erziehung; Ausbildung, Weiterbildung, Veranstaltung von Kursen und Seminaren, insbesondere auf dem Gebiet der Informationstechnologie und anderer computerverwandter Technologien; Veröffentlichung und Herausgabe von Zeitschriften, Büchern, Informationsbroschüren und anderen Druckerzeugnissen sowie entsprechenden elektronischen Medien, Produktion von Filmen und Videos sowie anderen Ton- und Bildprogrammen bildender, unter-

richtender und unterhaltender Art, auch für Kinder und Jugendliche, einschließlich Animationsprogrammen, insbesondere auf dem Gebiet der Informationstechnologie und anderer computerverwandter Technologien; Unterhaltung; Veranstaltung von sportlichen und kulturellen Aktivitäten.

42

Forschungs- und Entwicklungsarbeiten, insbesondere auf dem Gebiet der Informationstechnologie und anderer computerverwandter Technologien; Entwicklung, Erstellung, Weiterentwicklung und Wartung (Verbesserung und Aktualisierung) von Computerprogrammen, -programmsystemen, einschließlich Software-Tools, Computerprogrammbibliotheken und Datenbanken, sowie deren Vermietung oder Überlassung in Form von besonderen Vertragsverhältnissen (lizenzweise Überlassung); Erstellen von EDV-Systemanalysen sowie Prüfung von EDV-Systemen; technische Beratung, gutachterliche Tätigkeit sowie Dienstleistungen eines Ingenieurs und eines Programmierers, Vermietung von EDV-Anlagen; Anwendungsunterstützung und Einsatzplanung von Computerlösungen; Aufnahme, Erfassung, Speicherung, Verarbeitung und/oder Wiedergabe von Informationen, Bildern, Texten, Sprache, Signalen und Daten, soweit in Klasse 42 enthalten; Dienstleistungen einer Datenbank; Vermittlung und Vermietung von Zugriffszeiten auf Datenbanken; Beratung bei der Gestaltung von Homepages und Internetseiten; digitale Bildbearbeitung; Erstellung von Computeranimationen"

eingetragenen Gemeinschaftsmarke GM 2 651 644

prevero

Widerspruch erhoben.

Die Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 30. Juni 2008 teilweise eine Verwechslungsgefahr zwischen beiden Marken bejaht, nämlich im Hinblick auf die beanspruchten Dienstleistungen der Klassen 35, 41 und 42, und die angegriffene Marke dementsprechend für die Dienstleistungen

Klasse 35:

organisatorisch-betriebswirtschaftliche Beratung betreffend die Strukturierung, Organisation und Umsetzung von gesundheitlich, im Arbeitsschutz sowie im betrieblichen Umweltschutz relevanten Maßnahmen für Unternehmen, private und öffentliche Einrichtungen, Verbände und Institutionen; organisatorisch-betriebswirtschaftliche Beratung von Unternehmen, privaten und öffentlichen Einrichtungen, Verbänden, Institutionen, Krankenhäusern in allen medizinisch-hygienischen Fragestellungen, insbesondere nach den geltenden gesetzlichen Bestimmungen

Klasse 41:

Betrieb von Gesundheitsstudios und Gesundheitszentren für Fitnesszwecke, Training zur Stärkung des Band- und Bewegungsapparats; Durchführung von Gesundheitscoachings, Aus-, Fort- und Weiterbildungskurse, Seminare; betriebliche Gesundheitsförderung und betriebliches Gesundheitsmanagement durch Kurse zur Stärkung der Rückenmuskulatur, Stressbewältigung, Suchtprävention

Klasse 42:

Messen von und Erstellen von technischen Gutachten über physisch und psychisch wirkende Umgebungseinflüsse am Arbeitsplatz, wie Strahlenbelastungen, Belastungen durch Geräusche, insbesondere nach den geltenden gesetzlichen Bestimmungen; Forschung und Erstellung von technischen Gutachten auf dem Gebiet des Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutzes sowie auf medizinischem Gebiet ferner zur psychologischen Fragestellung

gelöscht; der weitergehende Widerspruch wurde zurückgewiesen.

Ausgehend von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sowie einer hochgradigen Ähnlichkeit beider Markenwörter sei ein erheblicher Waren- und Dienstleistungsabstand notwendig, um die Gefahr von Verwechslungen auszuschließen.

Dieser Abstand werde in Bezug auf die von der angegriffenen Marke beanspruchten Dienstleistungen der Klassen 35, 41 und 42 nicht eingehalten.

So bestehe zwischen den Dienstleistungen der Klasse 35, die die angegriffene Marke beanspruche, und den Dienstleistungen "Unternehmensberatung, Geschäftsführung, einschließlich Organisationsberatung; betriebswirtschaftliche Beratung" der Widerspruchsmarke ihren jeweiligen Oberbegriffen nach Identität bzw. hochgradige Ähnlichkeit. Ebenso verhalte es sich bei den Dienstleistungen der Klasse 41 der angegriffenen Marke und den Dienstleistungen "Erziehung, Ausbildung, Weiterbildung, Veranstaltung von Kursen und Seminaren; Veranstaltung von sportlichen und kulturellen Aktivitäten" der Widerspruchsmarke. Die von der angegriffenen Marke beanspruchten Dienstleistungen der Klasse 42 fielen ebenfalls unter die Oberbegriffe "Forschungs- und Entwicklungsarbeiten; gutachterliche Tätigkeit sowie Dienstleistungen eines Ingenieurs" der Widerspruchsmarke.

Zu den übrigen von der angegriffenen Marke beanspruchten Dienstleistungen bestehe hingegen ein ausreichender Abstand. Aus Sicht des Verkehrs stammten die medizinischen Waren und gesundheitsorientierten Dienstleistungen der Klassen 05, 10 und 44 der angegriffenen Marke aus gänzlich anderen Bereichen als die für die Widerspruchsmarke registrierten Waren und Dienstleistungen der Klassen 09, 35, 41 und 42.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke mit dem Antrag,

unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses der Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 30. Juni 2008 den Widerspruch aus der GM 2 651 244 zurückzuweisen.

In schriftbildlicher Hinsicht bestehe zwischen beiden Marken bereits aufgrund der Ausgestaltung der angegriffenen Marke als Wort-/Bildmarke ein deutlicher und die Gefahr von Verwechslungen ausschließender Abstand, welche zudem Ähnlichkeiten im Klangbild deutlich überwiege. Eine hochgradige klangliche Ähnlichkeit liege ebenfalls nicht vor. Dafür sei von Bedeutung, dass die Widerspruchsmarke über keine gesteigerte Kennzeichnungskraft verfüge, da sie als Ableitung aus dem lateinischen/spanischen Begriff "Prever" (= Verhütung, Vorbeugung; vorhersehen, bewahren) in keiner Weise geeignet sei, die Waren/Dienstleistungen zu beschreiben, welche unter der Marke angeboten würden. Es handele sich vielmehr um eine Fantasiebezeichnung. In Anbetracht dessen reiche der Unterschied durch den zusätzlichen Konsonanten "r" in der Widerspruchsmarke aus, um eine Verwechslungsgefahr auch klanglich auszuschließen.

Vor allem fehle es aber jedoch in Bezug auf die gelöschten Dienstleistungen der Klassen 35, 41 und 44 der angegriffenen Marke an jeglicher Ähnlichkeit zu den Waren/Dienstleistungen der Widerspruchsmarke. Gegenstand der Tätigkeit der In-

haberin der Widerspruchsmarke sei die Entwicklung und der Vertrieb von Software-Lösungen für Wirtschaftsunternehmen, vornehmlich für Unternehmen der Energiewirtschaft. Zugleich biete die Widersprechende Beratungsdienstleistungen in Zusammenhang mit der Installation und der Anwendung der von ihr vertriebenen Software an. Ihre Dienstleistungen erstreckten sich daher ausschließlich auf den EDV-Bereich. Hingegen werde die angegriffene Marke ausschließlich für medizinische Dienstleistungen verwendet. Unter Beachtung des jeweiligen konkreten Gegenstands der Dienstleistungen fehle es damit aber an jeglichen Überschneidungen in Bezug auf Verwendungszweck, Vertriebsweg etc.. Der Verkehr werde dementsprechend die jeweiligen Dienstleistungen nicht einem gemeinsamen betrieblichen Verantwortungsbereich zuordnen. Selbst bei Annahme einer Ähnlichkeit der Marken (in klanglicher Hinsicht) sei daher eine Verwechslungsgefahr aufgrund der fehlenden Ähnlichkeit der Waren/Dienstleistungen ausgeschlossen.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Ferner beantragt sie im Wege der Anschlussbeschwerde (sinngemäß),

unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses der Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 30. Juni 2008 dem Widerspruch in vollem Umfang stattzugeben und die angegriffene Marke zu löschen.

Vor dem Hintergrund einer von Haus aus durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke, welche sich zudem durch längere und intensive Benutzung - wie sie durch die seitens der Widersprechenden selbst als Anlange zum Schriftsatz vom 9. Februar 2009 beigefügten Anlagen K 2 und K 3 belegt werde - im oberen Grenzbereich durchschnittlicher Kennzeichnungskraft bewege, sowie einer hochgradigen schriftbildlichen und klanglichen Ähnlichkeit beider Marken könne eine Verwechslungsgefahr nur bei einem deutlichen Abstand der sich gegenüberstehenden Waren/Dienstleistungen ausgeschlossen werden.

Bei der Feststellung der Waren-/Dienstleistungsähnlichkeit sei dabei im Widerspruchsverfahren von den im Register eingetragenen Waren/Dienstleistungen auszugehen. Auf den Gegenstand der Tätigkeit der derzeitigen jeweiligen Markeninhaber komme es entgegen der Auffassung des Inhabers der angegriffenen Marke gerade nicht an, da eine Marke auch unabhängig vom Geschäftsbetrieb des Inhabers übertragen werden könne.

Ausgehend davon fehle es aber nicht nur in Bezug auf die gelöschten Dienstleistungen der Klassen 35, 41 und 42 der angegriffenen Marke, sondern - im Hinblick auf die Anschlussbeschwerde - auch in Bezug auf die von der angegriffenen Marke beanspruchten Dienstleistungen der Klasse 44 an einem hinreichenden Abstand. Denn die Widerspruchsmarke sei umfassend geschützt für die Waren und Dienstleistungen "Computerprogramme, Erstellen von Computerprogrammen, Werbung, Unternehmensberatung, Geschäftsführung, Erziehung, Ausbildung, Weiterbildung, Veranstaltung von Kursen und Seminaren, Forschungs- und Entwicklungsarbeiten, etc.", ohne hierbei gesundheitsorientierte und medizinische Themen und Dienstleistungen, wie sie von der angegriffenen Marke in Klasse 44 beansprucht würden, auszuschließen. Unter dem Gesichtspunkt sich ergänzender Waren/Dienstleistungen bestehe daher auch zwischen diesen Waren/Dienstleistungen eine zumindest mittlere Ähnlichkeit.

Der Inhaber der angegriffenen Marke beantragt, die Anschlussbeschwerde zurückzuweisen, da es auch in Bezug auf die Dienstleistungen der Klasse 44 der angegriffenen Marke an einer Ähnlichkeit zu den Waren/Dienstleistungen der Widerspruchsmarke fehle.

Der Inhaber der angegriffenen Marke hat in der mündlichen Verhandlung vom 24. September 2009 die Benutzung der Widerspruchsmarke für die Dienstleistungen, die die Inhaberin der angegriffenen Marke in den Klassen 35, 41 und 42 aufgeführt hat, bestritten.

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

II.

- A. Die zulässige Beschwerde der Widersprechenden hat in der Sache keinen Erfolg, da der Senat mit der Markenstelle ebenfalls davon ausgeht, dass zwischen beiden Marken in Bezug auf die von der angegriffenen Marke beanspruchten Dienstleistungen der Klassen 35, 41 und 42 die Gefahr von Verwechslungen im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG besteht.

Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr bemisst sich nach der Identität oder Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen, 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 Rdn. 32).

1. Der Senat geht bei seiner Entscheidung dabei zunächst von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke aus.

Ein möglicherweise beabsichtigter Anklang an den spanischen Begriff "prever" - ein entsprechender lateinischer Begriff/Wortstamm lässt sich nicht nachweisen - ist für den inländischen Verkehr mangels Bekanntheit und Benutzung dieses Begriffs im Inland sowie aufgrund des Endungsvokals "o" und der dadurch gegenüber dem Begriff "Prever" veränderten Silbengliederung kaum erkennbar, jedenfalls nicht so naheliegend, als sich daraus eine entscheidungserhebliche Kennzeichnungsschwäche der Widerspruchsmarke herleiten ließe. Der Verkehr wird die Widerspruchsmarke in Zusammenhang mit den hier maßgeblichen Dienstleistungen vielmehr als Fantasiebezeichnung auffassen, was aber entgegen der Auffassung des Inhabers der angegriffenen Marke deren Kennzeichnungskraft gerade nicht schwächt.

Soweit die Widersprechende sich auf eine durch Benutzung gestärkte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke beruft, fehlt es dafür an hinreichenden Belegen. Die Widersprechende selbst bezieht sich insoweit nur auf die von dem Inhaber der angegriffenen Marke als Anlage zur Beschwerdebegründung vorgelegten Anlagen K 2 und K 3, welche aber - unbeschadet der Frage, ob in der aus den vorgenannten Anlagen ersichtlichen Verwendungsform überhaupt noch eine den kennzeichnenden Charakter nicht verändernde und damit rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke i. S. von § 26 Abs. 3 MarkenG gesehen werden kann - ohne nähere und seitens der Widersprechenden unterbliebenen Darstellung des Umsatzes bzw. des Marktanteils im Bereich der hier maßgeblichen Produkte keine Feststellungen zur Marktpositionierung der Widerspruchsmarke im Vergleich zu Konkurrenzprodukten und damit zum Bekanntheitsgrad und einer daraus sich ergebenden gesteigerten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sowohl für den Anmeldezeitraum der angegriffenen Marke als auch für den aktuellen Zeitpunkt erlauben.

2. Maßgebend für die Beurteilung der Markenähnlichkeit ist der Gesamteindruck der Vergleichsmarken, wobei von dem allgemeinen Erfahrungssatz auszugehen ist, dass der Verkehr eine Marke so aufnimmt, wie sie ihm entgegentritt, ohne sie einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterwerfen (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 9 Rdnr. 170). Der Grad der Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Zeichen ist dabei im Klang, im (Schrift-)Bild und im Bedeutungs-(Sinn-)Gehalt zu ermitteln.

Ausgehend davon ist mit der Markenstelle von einer hochgradigen Ähnlichkeit der miteinander zu vergleichenden Markenwörter "preveo" und "prevero" auszugehen. Sie unterscheiden sich nur durch den zusätzlichen Konsonanten "r" in der Endsilbe der Widerspruchsmarke. Dieser alleinige Unterschied am ohnehin weniger beachteten Wortende vermag aber angesichts der ansonsten gegebenen Übereinstimmung bereits in klanglicher Hinsicht nicht durchgreifend und zuverlässig für eine hinreichend sichere Unterscheidung zu sorgen, zumal der Verkehr die Marken in aller Regel nicht zeitgleich oder in unmittelbarer zeitlicher Abfolge wahrnimmt und seine Auffassung daher erfahrungsgemäß von einem eher undeutlichen Erinnerungsbild bestimmt wird (vgl. EuGH, MarkenR 1999, 236, 239 - Lloyd/Loints). Auch schriftbildlich unterscheiden sich beide Marken in Anbetracht der sich letztlich nur in einer drucktechnischen Hervorhebung erschöpfenden und damit zu vernachlässigenden grafischen Ausgestaltung der Widerspruchsmarke letztlich nur in dem zusätzlichen Konsonanten "r" in der Endsilbe dieser Marke, was aber angesichts der sonstigen Übereinstimmung beider Marken auch im Schriftbild nicht für einen hinreichenden Abstand ausreichen dürfte. Dies kann letztlich aber offen bleiben, da für die Annahme einer Verwechslungsgefahr bereits die hinreichende Übereinstimmung in klanglicher Hinsicht ausreicht (BGHZ 139, 340, 347 - Lions; BGH MarkenR 2008, 393, 395 Tz. 21 - HEITEC).

3. Mit der Markenstelle ist daher davon auszugehen, dass eine (unmittelbare) Verwechslungsgefahr daher nur in Bezug auf solche Dienstleistungen ausgeschlossen werden kann, die einen deutlichen Abstand, d. h. eine unterdurchschnittliche Ähnlichkeit zu denjenigen der Widerspruchsmarke aufweisen. Einen solchen Abstand weisen jedoch die von der angegriffenen Marke beanspruchten Dienstleistungen der Klassen 35, 41 und 42 nicht auf.

4. Maßgebend für die Beurteilung der Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit ist die Registerlage, so dass das eingetragene Waren- und Dienstleistungsverzeichnis in vollem Umfang zu berücksichtigen ist.
 - a) Soweit der Inhaber der angegriffenen Marke im Beschwerdeverfahren im Rahmen seiner Ausführungen zur Ähnlichkeit der Waren/Dienstleistungen unter Bezug auf eine Internetseite der Widersprechenden zu Gegenstand und Umfang eines von der Widersprechenden betriebenen Unternehmens vorträgt, ist darin kein Bestreiten der Benutzung der Widerspruchsmarke insgesamt oder zumindest für einzelne Waren und/oder Dienstleistungen nach §§ 43 Abs. 1, 125 b Nr. 4 MarkenG, 15 GMV zu sehen. Der Wille, die Benutzung der Widerspruchsmarke i. S. v. § 43 Abs. 1 MarkenG für alle oder zumindest einzelne Waren/Dienstleistungen zu bestreiten, muss eindeutig erklärt werden. Allgemeine Ausführungen zur Benutzung der Widerspruchsmarke in anderem Zusammenhang wie z. B. der Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Waren/Dienstleistungen oder auch zu Umfang/Gegenstand eines von dem Inhaber einer Widerspruchsmarke betriebenen Unternehmens können daher nicht als Nichtbenutzungseinrede gewertet werden (vgl. dazu auch BPatGE 25, 53; Ströbele/Hacker, Marken-gesetz, 9. Aufl., § 43 Rdnr. 23). Dies gilt um so mehr, als allein die Präsentation eines von der Widersprechenden betriebenen Unter-

nehmens im Internet keine Rückschlüsse auf die Benutzungslage der Marke erlaubt, zumal Marken mit Zustimmung des Inhabers auch durch Dritte genutzt werden können (vgl. § 26 Abs. 2 MarkenG). Hinzu kommt, dass den allgemeinen und unbestimmten Ausführungen des Inhabers der angegriffenen Marke zum Gegenstand des von der Widersprechenden betriebenen Unternehmens nicht entnommen werden kann, für welche konkreten Waren/Dienstleistungen in welchem Umfang die Benutzung zugestanden und für welche sie bestritten werden soll.

- b) Die in der mündlichen Verhandlung am 24. September 2009 erhobene Nichtbenutzungseinrede begegnet zwar insoweit keinen Bedenken, als sie nach Ablauf der Benutzungsschonfrist der Widerspruchsmarke am 28. November 2008 erhoben worden ist. Sie ist jedoch gemäß den §§ 43 Abs. 1, 125 b Nr. 4 MarkenG, 15 GMV von vornherein nur insoweit zulässig, als sie sich auf den Benutzungszeitraum von fünf Jahren vor der (jeweils letzten) Entscheidung über den Widerspruch nach § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG erstreckt, nicht hingegen in Bezug auf den nach § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG maßgeblichen Benutzungszeitraum, da die Widerspruchsmarke zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Eintragung der angegriffenen Marke noch nicht mehr als 5 Jahre eingetragen war.

Bedenken gegen die Bestimmtheit der Einrede könnten sich jedoch daraus ergeben, als der Formulierung, die Benutzung der Widerspruchsmarke werde für die Dienstleistungen, die die Inhaberin der angegriffenen Marke in den Klassen 35, 41 und 42 aufgeführt hat, bestritten, nicht eindeutig entnommen werden kann, für welche konkreten Waren/Dienstleistungen der Widerspruchs-

marke die Benutzung letztendlich betritten werden soll, worauf der Senat in der mündlichen Verhandlung auch hingewiesen hat.

Dies bedarf jedoch keiner weitergehenden Erörterung. Denn selbst wenn man zugunsten des Inhabers der angegriffenen Marke ohne weitere Sachprüfung davon ausgeht, dass die Voraussetzungen für eine wirksame Nichtbenutzungseinrede vorliegen, so ist sie jedoch als verspätet zurückzuweisen. Nach ständiger Rechtsprechung kann eine Nichtbenutzungseinrede unter den dafür in der Zivilprozeßordnung vorgesehenen Voraussetzungen der §§ 282 Abs. 2, 296 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen werden (vgl. BGH GRUR 1998, 938, 939 "DRAGON"; BPatG GRUR 2005, 58, 59 - BRELAN / Rilan; Ströbele/Hacker, Markenrecht, 9. Aufl., § 43 Rdnr. 30). Nach § 282 Abs. 2 ZPO sind Angriffs- und Verteidigungsmittel, auf die der Gegner voraussichtlich ohne vorhergehende Erkundigung keine Erklärung abgeben kann, vor der mündlichen Verhandlung durch vorbereitenden Schriftsatz so zeitig mitzuteilen, dass der Gegner die erforderliche Erkundigung noch einzuziehen vermag. Ist diesen Anforderungen nicht genügt, so kann das Gericht die betreffenden Angriffs- und Verteidigungsmittel zurückweisen, wenn ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde und die Verspätung auf grober Nachlässigkeit beruht (§ 296 Abs. 2 ZPO). Dies trifft auf die in der mündlichen Verhandlung vom 24. September 2009 erhobene Nichtbenutzungseinrede zu.

Die Erhebung der Nichtbenutzungseinrede erst in der mündlichen Verhandlung beruhte auf grober Nachlässigkeit des Inhabers der angegriffenen Marke, da er diese mit Ablauf der Benutzungsschonfrist der Widerspruchsmarke am 28. November 2008 innerhalb einer angemessenen Frist hätte erheben können. Gründe, die

einer Erhebung der Einrede vor der mündlichen Verhandlung entgegengestanden hätten, sind weder erkennbar noch seitens des Inhabers der angegriffenen Marke vorgetragen.

Die Zulassung der unbeschränkten Nichtbenutzungseinrede hätte auch zu einer Verzögerung der Erledigung des Beschwerdeverfahrens geführt, da die Widersprechende eine Benutzung der Widerspruchsmarke geltend gemacht hat und ihr daher Gelegenheit gegeben hätte werden müssen, diese glaubhaft zu machen. Dies hätte nur durch eine Vertagung oder durch einen Übergang in das schriftliche Verfahren erfolgen können. Beides hätte - was keiner Darlegung bedarf - zu einer Verzögerung des im übrigen entscheidungsreifen Verfahrens geführt. Einer Verzögerung kann dabei auch nicht durch einen Schriftsatznachlass nach § 283 ZPO begegnet werden, weil § 283 ZPO nur die Nachreichung von Erklärungen gegenüber einem neuen Vorbringen der Gegenseite ermöglicht, nicht aber eine Beweisführung selbst in der abgeschwächten Form der Glaubhaftmachung zulässt (vgl. BPatG, GRUR 1999, 350, 352 - Ruoc/ROC; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 43 Rdnr. 33).

- c) Für die Beurteilung der Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit ist somit von der Registerlage, d. h. von den für die beiden Marken eingetragenen Dienstleistungs(ober-)begriffen, auszugehen, wobei eine objektive und generalisierende Betrachtungsweise angezeigt ist (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 9 Rdnr. 63). Dabei sind alle erheblichen Faktoren zu berücksichtigen, die das Verhältnis zwischen den Waren und Dienstleistungen kennzeichnen; hierzu gehören insbesondere die Art der Waren und Dienstleistungen, ihr Verwendungszweck, ihre Nutzung sowie die Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Wa-

ren oder Dienstleistungen. In die Beurteilung einzubeziehen ist, ob die Waren oder Dienstleistungen regelmäßig von denselben Unternehmen oder unter ihrer Kontrolle hergestellt oder erbracht werden oder ob sie beim Vertrieb Berührungspunkte aufweisen (BGH, GRUR 2004, 241, 243 - GeDIOS; GRUR 2007, 321 Tz. 20 - COHIBA; GRUR 2008, 714, 717 Tz. 32 - idw). Keine Bedeutung hat hingegen, auf welchen tatsächlichen Geschäftsfeldern die Inhaber der Marken tätig sind oder für welche konkreten Dienstleistungen die Zeichen benutzt werden bzw. werden sollen (vgl. BGH GRUR 1999, 245, 247 - LIBERO; Ströbele/Hacker, Marken-gesetz, 9. Aufl., § 9 Rdnr. 81).

- aa) Identität besteht danach bei den sich in Klasse 35 gegenüberstehenden Dienstleistungen, da die vom Inhaber der angegriffenen Marke konkret beanspruchten organisatorisch- betriebswirtschaftlichen Beratungsdienstleistungen im Bereich Arbeitsschutz, Gesundheit und Medizin von den für die Widerspruchsmarke registrierten Oberbegriffen "Unternehmensberatung; ... betriebswirtschaftliche Beratung, insbesondere .." umfasst werden. Von diesen weitgefassten Dienstleistungsoverbegriffen ist auf Seiten der Widerspruchsmarke auch auszugehen, da die mit "insbesondere" eingeleitete Spezifizierung entgegen der Auffassung des Inhabers der angegriffenen Marke keine Einschränkung bzw. Beschränkung auf die genannten Dienstleistungen enthält, sondern lediglich eine beispielhafte Auflistung einzelner unter den beanspruchten Oberbegriff fallender Dienstleistungen enthält.

- bb) Ebenso handelt es sich bei den zu Klasse 41 beanspruchten Dienstleistungen "Training zur Stärkung des Band- und

Bewegungsapparats; Durchführung von Gesundheitscoachings, Aus-, Fort- und Weiterbildungskurse, Seminare; betriebliche Gesundheitsförderung und betriebliches Gesundheitsmanagement durch Kurse zur Stärkung der Rückenmuskulatur, Stressbewältigung, Suchtprävention" der angegriffenen Marke um spezielle Dienstleistungen, welche unter die weiten für die Widerspruchsmarke registrierten Dienstleistungsoberbegriffe "Ausbildung, Weiterbildung; Veranstaltung von Kursen und Seminaren, insbesondere...; Veranstaltung von sportlichen und kulturellen Aktivitäten" fallen, so dass auch insoweit eine Dienstleistungsidentität besteht. Zu den weiterhin zu dieser Klasse beanspruchten Dienstleistungen "Betrieb von Gesundheitsstudios und Gesundheitszentren für Fitnesszwecke, Training zur Stärkung des Band- und Bewegungsapparats" besteht zumindest eine nicht entfernte Ähnlichkeit, da z. B. solche die Gesundheit betreffende Aus- und Weiterbildungsveranstaltungen durchaus auch durch solche Einrichtungen betrieben werden können.

- cc) Bei den von der angegriffenen Marke zu Klasse 42 beanspruchten Dienstleistungen "Messen von und Erstellen von technischen Gutachten über physisch und psychisch wirkende Umgebungseinflüsse am Arbeitsplatz, wie Strahlenbelastungen, Belastungen durch Geräusche, insbesondere nach den geltenden gesetzlichen Bestimmungen; Forschung und Erstellung von technischen Gutachten auf dem Gebiet des Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutzes sowie auf medizinischem Gebiet ferner zur psychologischen Fragestellung" handelt es sich dem Gegenstand und Inhalt nach um "Forschungs- und Entwicklungsarbeiten", für die

die Widerspruchsmarke uneingeschränkt Schutz beanspruchten kann.

5. In Bezug auf diese von der angegriffenen Marke beanspruchten Dienstleistungen reicht der geringe Unterscheid beider Markenwörter somit nicht aus, um eine Verwechslungsgefahr zwischen beiden Marken auszuschließen. Die Markenstelle hat daher zu Recht die Löschung dieser Dienstleistungen angeordnet, so dass die Beschwerde des Inhaber der angegriffenen Marke keinen Erfolg hat.
- B. Die nach Ablauf der Rechtsmittelfrist am 27. April 2009 eingegangene Beschwerde der Widersprechenden gegen die Teilzurückweisung ihres Widerspruchs ist als (unselbständige) Anschlussbeschwerde i. S. v. § 567 Abs. 3 zulässig, in der Sache jedoch ebenfalls unbegründet.

Insoweit kommt eine Ähnlichkeit von vornherein nur zu den von der angegriffenen Marke beanspruchten Dienstleistungen der Klasse 44 in Betracht, da es zu den weiteren Waren der Klassen 05, 10, 14 und 25 - auf dies sich die Anschlussbeschwerde mangels entsprechender Einschränkung ebenfalls bezieht - ganz offensichtlich an entsprechenden Berührungspunkten und Überschneidungen fehlt.

Aber auch zwischen den von der angegriffenen Marke zu Klasse 44 beanspruchten Dienstleistungen und den für die Widerspruchsmarke eingetragenen Waren/Dienstleistungen besteht ein so deutlicher Abstand, dass aus Rechtsgründen die für sich genommen geringen Unterschiede in beiden Markenwörtern bei Berücksichtigung einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke einer Verwechslungsgefahr noch hinreichend entgegenwirken.

Zutreffend ist zwar, dass sich ein erheblicher Teil der für die Widerspruchsmarke eingetragenen Dienstleistungen ihrem Oberbegriff nach auch auf gesundheitsorientierte und medizinische Themen beziehen können. Dies allein reicht jedoch für eine die Gefahr von Verwechslungen begründende Dienstleistungsähnlichkeit nicht aus. So unterscheiden sich die von der angegriffenen Marke zu Klasse 44 beanspruchten medizinischen/gesundheitlichen Beratungsdienstleistungen sowie die Dienstleistung "Vorsorgediagnostik" von den den zu Klasse 35 eingetragenen Dienstleistungen der Widerspruchsmarke, insbesondere auch "Unternehmensberatung, Geschäftsführung einschließlich Organisationsberatung; betriebswirtschaftliche Beratung" trotz möglicher Berührungspunkte in der Organisationsstruktur ihrem Gegenstand und Bestimmungszweck insgesamt so deutlich, dass von einer für eine Verwechslungsgefahr ausreichenden Ähnlichkeit, die hier nicht nur entfernt sein darf, nicht ausgegangen werden kann. Auch die Dienstleistungen der Klasse 41 der Widerspruchsmarke wie vor allem "Erziehung, Ausbildung, Weiterbildung; Veranstaltung von Kursen und Seminaren" wie auch die "Forschungs- und Entwicklungsarbeiten" der Klasse 42 sind ihrem Inhalt und Gegenstand nach nicht auf Beratung ausgerichtet. Die beteiligten Verkehrskreise werden daher auch insoweit jedenfalls nicht ohne weiteres der Annahme unterliegen werden, diese stammten aus denselben oder ggf. wirtschaftlich verbundenen Unternehmen, so dass - wenn überhaupt - eine allenfalls unterdurchschnittliche Ähnlichkeit der sich insoweit gegenüberstehenden Dienstleistungen angenommen werden kann. Dies gilt weiterhin auch für die weiteren dem Computer- und EDV-Bereich zuzuordnenden Waren der Klasse 09 bzw. Dienstleistungen der Klasse 42. Denn Datenverarbeitungsgeräte sowie entsprechende EDV-Programme kommen auf so zahlreichen Gebieten zum Einsatz, dass es nicht gerechtfertigt erscheint, diese Waren bzw. die entsprechenden (Programmierungs-)Dienstleistungen mit sämtlichen Dienstleistungen, die auch unter Verwendung von EDV erbracht werden können, als ähnlich anzusehen (vgl. BGH GRUR 2004, 241 - GeDIOS; BPatG PAVIS PROMA 25 W (pat) 71/01 vom 20.06.02 - iti / T). Der Verkehr hat des-

halb jedoch keinen Anlass anzunehmen, die gewerbsmäßigen Anbieter der medizinischen/gesundheitsbezogenen Beratungsdienstleistungen seien im Rahmen einer selbständigen gewerblichen Tätigkeit auch mit der Herstellung und dem Vertrieb bzw. der Entwicklung und Erstellung von Computerprogrammen und EDV befasst.

Die Anschlussbeschwerde hat daher keinen Erfolg.

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

Bayer

Metternich

Merzbach

Hu