



BUNDESPATENTGERICHT

24 W (pat) 25/05

Verkündet am
5. Mai 2009

(Aktenzeichen)

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 300 35 152

hat der 24. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 5. Mai 2009 unter Mitwirkung des Vorsitzenden

Richters Prof. Dr. Hacker sowie der Richterin Dr. Kober-Dehm und des Richters Eisenrauch

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Widersprechenden wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 3 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 12. November 2004 (Erinnerungsbeschluss) aufgehoben, soweit darin der Beschluss der Markenstelle für Klasse 3 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 24. Juni 2003 (Erstbeschluss) im Hinblick auf den Widerspruch aus der deutschen Marke 1 171 135 und die deswegen angeordnete Löschung für die Waren „Präparate für die Gesundheitspflege, insbesondere Präparate für die Zahnpflege“ aufgehoben und dieser Widerspruch zurückgewiesen worden ist.

In dem genannten Umfang wird die Erinnerung des Markeninhabers gegen den Beschluss vom 24. Juni 2003 (Erstbeschluss) zurückgewiesen.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die am 9. Mai 2000 angemeldete Wort-/Bildmarke (schwarz/weiß)



ist am 12. Januar 2001 unter der Nummer 300 35 152 u. a. für die Waren

„Zahnputz- und Pflegemittel, Haft- und Poliermittel für Zahnprothesen; Präparate für die Gesundheitspflege, insbesondere Präparate für die Zahnpflege“

in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register eingetragen und am 15. Februar 2001 veröffentlicht worden.

Gegen diese Eintragung hat die Widersprechende Widerspruch erhoben und zwar sowohl gestützt auf ihre prioritätsältere Gemeinschaftsmarke 275 776

ACC

die für die Waren

„apothekenpflichtige pharmazeutische Erzeugnisse“

eingetragen worden ist, als auch gestützt auf ihre prioritätsältere deutsche Wortmarke 1 171 135

ACC

der für die Waren

„pharmazeutische Erzeugnisse, nämlich rezeptpflichtige Mucolytica“

Schutz gewährt wurde, wobei sich ihr auf die Gemeinschaftsmarke 275 776 gestützter Widerspruch beschränkt gegen die Waren der angegriffenen Marke

„Zahnputz- und Pflegemittel, Haft- und Poliermittel für Zahnprothesen; Präparate für die Gesundheitspflege, insbesondere Präparate für die Zahnpflege“

richtet und sie mit ihrem auf die deutsche Wortmarke 1 171 135 gestützten Widerspruch lediglich eine Löschung der angegriffenen Marke im Umfang der Waren

„Zahnputz- und Pflegemittel; Präparate für die Gesundheitspflege, insbesondere Präparate für die Zahnpflege“

begehrt.

Mit Erstbeschluss vom 24. Juni 2003 hat die Markenstelle für Klasse 3 des DPMA wegen beider Widersprüche die angegriffene Marke antragsgemäß im Umfang der Waren

„Zahnputz- und Pflegemittel, Haft- und Poliermittel für Zahnprothesen; Präparate für die Gesundheitspflege, insbesondere Präparate für die Zahnpflege“

wegen bestehender Verwechslungsgefahr im Sinne von §§ 43 Abs. 2 Satz 1, 42 Abs. 2 Nr. 1, 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG gelöscht. Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, die Vergleichswaren seien zweifelsfrei ähnlich, und zwar auch insoweit, als es sich um das Verhältnis der angegriffenen Waren zu den Spezialwaren der Widerspruchsmarke 1 171 135 handele. Die angegriffenen Waren der jüngeren Marke stünden den Waren der Widerspruchsmarken nach ihrem Verwendungszweck insoweit nahe, als sie medizinische Zusätze enthalten bzw. im Nebeneffekt medizinische Wirkungen haben könnten. Beide Widerspruchsmarken verfügten zudem über eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft. Ausgehend

von dieser Warenlage und der genannten Kennzeichnungskraft seien an den Markenabstand zumindest mittlere Anforderungen zu stellen, denen die jüngere Marke jedoch im Verhältnis zu den Widerspruchsmarken nicht gerecht würde.

Auf die hiergegen vom Inhaber der angegriffenen Marke form- und fristgerecht eingelegte Erinnerung hat dieselbe Markenstelle mit Erinnerungsbeschluss vom 12. November 2004 den Erstbeschluss der Markenstelle aufgehoben und die beiden Widersprüche in vollem Umfang zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, bei beiden Widerspruchsmarken sei von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft auszugehen. Die Erinnerungsprüferin teile auch die im Erstbeschluss zur Ähnlichkeit der Waren getroffenen Feststellungen. Dennoch müssten die Widersprüche zurückgewiesen werden, da der Abstand der Vergleichsmarken noch als ausreichend zu erachten sei. Die angegriffene Marke unterscheide sich nach dem Gesamteindruck von den Widerspruchsmarken durch den einen Balken darstellenden Bildbestandteil, wobei man jedoch bei Wort-/Bildmarken von der exponierten Stellung der Wortbestandteile auszugehen habe. Demnach seien von Seiten der jüngeren Marke die Worte „Oral Care & Cosmetics“ sowie die Abkürzung „OCC“ zu bewerten. Aufgrund der rein beschreibenden Bedeutung des Wortbestandteils „Oral Care & Cosmetics“ für die beanspruchten Waren im Sinne von „Orale Pflege und Kosmetika“ komme für den Gesamteindruck der angegriffenen Marke allein der Buchstabenkombination „OCC“ ein prägender Charakter zu. In klanglicher Hinsicht stünden sich somit die Markenbestandteile „OCC“ und „ACC“ gegenüber, die jedoch aufgrund des Kurzwortcharakters und der unterschiedlichen Anfangsvokale „O“/„A“ nicht zwangsläufig zu Verwechslungen führten. Die bei den Waren der Widerspruchsmarken bestehende Apotheken- bzw. Rezeptpflicht wirke Verwechslungen zusätzlich entgegen. In schriftbildlicher Hinsicht könne davon ausgegangen werden, dass sich der Verkehr bei rein visueller Wahrnehmung einer Wort-/Bildmarke nicht ausschließlich an etwaigen Wortbestandteilen orientiere, sondern eine Marke in ihrer Gesamtheit in sich aufnehme. Auch in dieser Hinsicht sei daher bei den Vergleichsmarken die Gefahr von Verwechslungen zu verneinen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden. Sie ist der Auffassung, dass die jüngere Marke im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG die Gefahr von Verwechslungen mit den Widerspruchsmarken hervorrufe. Es stehe außer Zweifel, dass die Waren der angegriffenen Marke, nämlich „Zahnputz- und Pflegemittel, Haft- und Poliermittel für Zahnprothesen; Präparate für die Gesundheitspflege, insbesondere Präparate für die Zahnpflege“ einerseits und die Waren der Widerspruchsmarken, nämlich „apothekenpflichtige pharmazeutische Erzeugnisse“ der Gemeinschaftsmarke 275 776 bzw. „pharmazeutische Erzeugnisse, nämlich rezeptpflichtige Mucolytica“ der Marke 1 171 135 andererseits, ähnlich seien. Es bestünden Überschneidungen hinsichtlich Verwendungszweck, Vertriebsstätten, Abnehmerkreisen und Darreichungsformen. Bei den Widerspruchsmarken sei ferner von einer gesteigerten Kennzeichnungskraft auszugehen. Die Marke „ACC“ werde von der Widersprechenden seit April 1986 für ein Präparat aus der Hauptgruppe der Expectorantia/Antitussiva mit dem Wirkstoff Acetylcystein in verschiedenen Wirkstärken und Darreichungsformen wendet. In der erkältungsreichen Saison seien stets massive Werbeaktionen für die unter der Marke „ACC“ vertriebenen Produkte getätigt worden. Die entsprechenden Werbeausgaben hätten sich beispielsweise im Jahr 2004 auf ca. 4 Mio € und im Jahr 2005 auf ca. 5 Mio. € belaufen. Im Jahr 2000, dem Jahr der Anmeldung der angegriffenen Marke, sei mit den ACC-Präparaten der Widersprechenden ein Jahresumsatz in Höhe von ca. ... € erzielt worden. ACC sei zudem seit Jahren das umsatzstärkste Präparat im Bereich der Hustenlöser. Auf dem Marktsegment der Acetylcysteine, dem umsatzstärksten Wirkstoff im Bereich der Expectorantia, hätten die ACC-Produkte der Widersprechenden im Jahr 2004 beispielsweise über einen Marktanteil von 72 % verfügt.

Angesichts der bestehenden Warenähnlichkeit und einer erhöhten Kennzeichnungskraft der beiden Widerspruchsmarken seien an den Abstand der beiderseitigen Marken erhöhte Anforderungen zu stellen, die jedoch von der angegriffenen Marke nicht erfüllt würden. In klanglicher Hinsicht trete der Bildbestandteil der angegriffenen Marke hinter den Wortelelementen zurück. Innerhalb dieser sei das Element „OCC“ allein für den Gesamteindruck prägend, da der Bestandteil „Oral

Care & Cosmetics“ wegen seiner rein beschreibenden Bedeutung kennzeichnungsschwach sei. Die Klangähnlichkeit von „OCC“ und „ACC“ sei nicht zu überhören. Auch bei einer schriftbildlichen Gegenüberstellung sei „OCC“ in der angegriffenen Marke das dominierende Element. Die zu den Waren der Widerspruchsmarken vermerkten Einschränkungen betreffend Rezept- bzw. Apothekenpflicht wirkten sich dagegen auf die Beurteilung der Verwechslungsgefahr nicht aus.

Die Widersprechende beantragt (sinngemäß),

den Erinnerungsbeschluss der Markenstelle für Klasse 3 des DPMA vom 12. November 2004 aufzuheben und die Erinnerung des Markeninhabers zurückzuweisen.

Der Inhaber der angegriffenen Marke beantragt (sinngemäß),

die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen.

Im Beschwerdeverfahren hat er sich zur Sache nicht mehr geäußert.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde der Widersprechenden ist zulässig; in der Sache hat sie teilweise Erfolg.

1.) Die Frage der Verwechslungsgefahr ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) zu Art. 4 Abs. 1 Buchst. b der Markenrechtsrichtlinie, die für die Auslegung der in Umsetzung dieser Richtlinienbestimmung erlassenen Vorschrift des § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG von maß-

geblicher Bedeutung ist, und nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Zu den dabei maßgebenden Umständen gehören insbesondere die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sowie der Grad der Ähnlichkeit der Marken und der Grad der Ähnlichkeit der mit den Marken gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen. Dabei besteht in der Weise eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht zu ziehenden Faktoren, dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Zeichen oder durch eine erhöhte Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (vgl. EuGH GRUR 1998, 387, 389 (Nr. 22) „Sabèl/Puma“; GRUR Int. 1999, 734, 736 (Nr. 18) „Lloyd“; GRUR Int. 2000, 899, 901 (Nr. 40) „Marca/Adidas“; BGH GRUR 2004, 783, 784 „NEURO-VIBOLEX/NEURO-FIBRALEX“; GRUR 2004, 235, 234 „Davidoff II“; GRUR 2008, 258, 260 (Nr. 20) „INTERCONNECT/T-InterConnect“; GRUR 2008, 719, 722 (Nr. 29) „idw Informationsdienst Wissenschaft“).

Unter Heranziehung dieser Grundsätze ergibt sich für den vorliegenden Fall, dass von einer Verwechslungsgefahr im Sinne von § 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG zwischen der angegriffenen Wort-/Bildmarke 300 35 152 und Widerspruchsmarke 1 171 135 „ACC“ im Umfang der Waren der angegriffenen Marke „Präparate für die Gesundheitspflege, insbesondere Präparate für die Zahnpflege“ auszugehen ist und dass der nach § 43 Abs. 2 Satz 1 MarkenG eine Teillöschung der angegriffenen Marke aussprechende Erstbeschluss der Markenstelle für Klasse 3 des DPMA vom 24. Juni 2003 insoweit wiederherzustellen war.

a) Widerspruch aus der Marke 1 171 135 „ACC“

aa) Im Gegensatz zur Auffassung, die in den beiden Beschlüssen der Markenstelle zum Ausdruck kommt, kann die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke 1 171 135 „ACC“ nicht als nur durchschnittlich eingeschätzt werden. Aus den von der Widersprechenden in der Beschwerdeinstanz vorgelegten Unterlagen ergibt sich eine infolge Benutzung gesteigerte Kennzeichnungskraft, die jedenfalls

im Bereich der Mucolytica bereits zum Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke als deutlich erhöht eingeschätzt werden muss (vgl. auch PAVIS PROMA 25 W (pat) 09/99 „CC 1000 /ACC“; allgemein zum relevanten Beurteilungszeitpunkt: BGH GRUR 2008, 903, 904 (Nr. 14) „SIERRA ANTIGUO“). Hierfür sprechen die von der Widersprechenden zusammen mit einer eidesstattlichen Versicherung ihres Marketing-Vorstandes, Herrn Hubert Mayr, vorgelegten - vom Inhaber der angegriffenen Marke unkommentiert gebliebenen - Aufstellungen, nach denen die Widersprechende ihre Marke „ACC“ bereits seit April 1986 umfangreich für insgesamt sechs Produkte aus dem Bereich der Mucolytica (Expectorantia/Antitussiva), nämlich für ACC[®] 100/200/600-tabs Tabletten, ACC[®] 100/200 long Brausetabletten, ACC[®] 100/200 Pulver, ACC[®] junior-akut 200/600 Hustenlöser Brausetabletten, ACC[®] Saft und ACC[®] injekt, genutzt hat. Hiernach erscheinen auch die Angaben glaubwürdig, wonach der Gesamtumsatz, der mit diesen Produkten im Jahr 2000, bezogen auf den deutschen Markt, erzielt wurde, ca. ... € betrug und der für das gleiche Jahr genannte Anteil am Markt der Acetylcysteine, der wichtigsten Gruppe der Expectorantia, bei beachtlichen 55 % lag. Die genannten Zahlen decken sich mit dem Eindruck des Senats, der nicht zuletzt aufgrund eigener Anschauung von einer langjährigen, hohen Bekanntheit der Widerspruchsmarke für Waren der oben genannten Art ausgeht.

bb) Bei der Beurteilung der Markenähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Kollisionsmarken ist grundsätzlich auf den Gesamteindruck abzustellen, den diese jeweils hervorrufen, wobei insbesondere die unterscheidungskräftigen und dominierenden Bestandteile zu berücksichtigen sind. Dabei kommt es entscheidend darauf an, wie die Marke auf die maßgeblichen inländischen Verkehrskreise, also auf den Handel und/oder auf normal informierte und angemessen aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher der betroffenen Waren (vgl. EuGH GRUR 2006, 411, 412 (Nr. 24) „Matratzen Concord/Hukla“) wirkt, die eine Marke regelmäßig als Ganzes wahrnehmen und nicht auf die verschiedenen Einzelheiten achten (vgl. EuGH GRUR 2005, 1042, 1044 (Nr. 28) „THOMSON LIFE“; GRUR 2007, 700, 702 (Nr. 40) „HABM/Shaker“). Auszugehen ist somit vorliegend von der Feststellung, dass sich die angegriffene Marke von der Widerspruchsmarke

marke dadurch unterscheidet, dass sie einen zentralen, balkenartigen, von einem größtmäßig dominierenden Akronym „OCC“ getragenen Bildbestandteil aufweist, über dem sich - auf dem Balken aufliegend - ein zweizeiliger Schriftzug „Oral Care & Cosmetics“ befindet, von dem sich wiederum das - was deutlich durch mittels Fettdruck gekennzeichnete Majuskeln hervorgehoben wird - unterhalb des Balkens angeordnete Akronym „OCC“ ableitet.

Allerdings schließt der vorstehend genannte Grundsatz, dass die fraglichen Marken jeweils als Ganzes miteinander zu vergleichen sind, nicht aus, dass unter Umständen ein oder mehrere Bestandteile einer komplexen Marke für den durch die Marke im Gedächtnis der maßgeblichen Verkehrskreise hervorgerufenen Gesamteindruck prägend sein können (vgl. EuGH GRUR 2005, 1042, 1044 (Nr. 29) „THOMSON LIFE“; BGH GRUR 2007, 1066, 1069 (Nr. 40) „Kinderzeit“). Eine solche im Gesamteindruck prägende Bedeutung ist nach der Rechtsprechung des BGH dann anzunehmen, wenn der betreffende Zeichenbestandteil eine besondere, das gesamte Zeichen bestimmende Kennzeichnungskraft aufweist, so dass die anderen Bestandteile im Rahmen des Gesamteindrucks weitgehend in den Hintergrund treten (vgl. BGH GRUR 2004, 778, 779 „URLAUB DIREKT“; GRUR 2008, 258, 260 (Nr. 28, 29) „INTERCONNECT/T-InterConnect“; GRUR 2008, 719, 722 (Nr. 37) „idw Informationsdienst Wissenschaft“). Eine solche, den Gesamteindruck der angegriffenen Marke prägende Bedeutung kommt dem Akronym „OCC“ zu.

Die Widersprechende beruft sich zu Recht auf den in der Rechtsprechung des BGH anerkannten Erfahrungssatz, dass beim Zusammentreffen von Wort- und Bildbestandteilen der Verkehr in der Regel dem Wort als einfachster und kürzester Bezeichnungsform die größere Bedeutung beimisst (vgl. u. a. BGH GRUR 1996, 198, 200 „Springende Raubkatze“; GRUR 2006, 60, 62 (Nr. 20) „coccodrillo“; GRUR 2009, 484, 487 (Nr. 33) „Metrobus“) und dass dieser Grundsatz gerade für die Beurteilung einer klanglichen Verwechslungsgefahr von großer Bedeutung ist. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die in der angegriffenen Marke enthaltene Wortkombination „Oral Care & Cosmetics“ in Bezug auf die in Rede stehen-

den Waren „Zahnputz- und Pflegemittel; Präparate für die Gesundheitspflege, insbesondere Präparate für die Zahnpflege“ für die den inländischen Verkehrskreisen ohne weiteres erkennbare, warenbeschreibende Bedeutung „Orale Pflege und Kosmetika“ steht. Damit fehlt dem Markenbestandteil „Oral Care & Cosmetics“ - worauf sowohl die Markenstelle als auch die Widersprechende zu Recht hingewiesen haben - jede Kennzeichnungskraft, weshalb dieser Bestandteil den Gesamteindruck der angegriffenen Marke nicht mitprägen kann (vgl. BGH GRUR 2000, 608, 610 „ARD 1“; GRUR 2003, 963, 965 „AntiVir/AntiVirus“; GRUR 2007, 1071 1073 (Nr. 36) „Kinder II“).

Allerdings kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der Verkehr eine zusammengesetzte Marke dann nicht auf eine in ihr enthaltene Buchstabenfolge verkürzen wird, wenn die entsprechende Buchstabenfolge - hier das Akronym „OCC“ - die Abkürzung von weiteren Wortbestandteilen der Marke darstellt, da der insoweit bestehende sachliche Bezug der Buchstabenfolge zu den weiteren Wortbestandteilen einer Neigung des Verkehrs zur Verkürzung zunächst einmal entgegensteht; für die Annahme, dass es zu entsprechenden Verkürzungen auf das Akronym kommt, bedarf es daher besonderer Anhaltspunkte (vgl. BGH GRUR 2008, 719, 722 (Nr. 37) „idw Informationsdienst Wissenschaft“). Solche Anhaltspunkte sind im vorliegenden Fall indessen gegeben. Zum einen handelt es sich bei der Wortfolge „Oral Care & Cosmetics“ um einen fremdsprachigen Ausdruck; derartige Wortfolgen fördern die Neigung zur Verkürzung auch dann, wenn diese von den Verkehrskreisen verstanden werden. Zum anderen wird das Akronym „OCC“ in der angegriffenen Marke durch die besondere Größe seiner Buchstaben und ferner dadurch, dass die Wortfolge „Oral Care & Cosmetics“ fett hervorgehobene Majuskeln aufweist, in doppelter Weise für den Verkehr herausgestellt. Unbeachtet kann zudem nicht bleiben, dass die Widerspruchsmarke „ACC“ - wie oben bereits erwähnt - über eine deutlich erhöhte Kennzeichnungskraft verfügt, was gleichzeitig bewirkt, dass der in der angegriffenen Marke enthaltene, ähnliche Wortbestandteil „OCC“ in seiner für den Gesamteindruck der Marke prägenden Wirkung noch unterstrichen wird (vgl. BGH GRUR 2003, 880, 881 „City Plus“; GRUR 2009, 484, 487 (Nr. 34) „Metrobus“). Insoweit bestehen

keine Zweifel daran, dass der Gesamteindruck der angegriffenen Marke von der Buchstabenfolge „OCC“ geprägt wird und hinter diese sowohl die Wortfolge „Oral Care & Cosmetics“ als auch die lediglich als einfach und rein dekorativ zu bewertenden Bildelemente der Marke vollständig zurücktreten.

Hieraus folgt, dass sich die beiderseitigen Marken mit ihren Buchstabenfolgen „ACC“ und „OCC“ gegenüberstehen und sich in klanglicher Hinsicht nur aufgrund einer Substitution der phonetisch verwandten, jeweils dunkel klingenden Vokale „O“ und „A“ unterscheiden. Hierbei handelt es sich aber um keine signifikant unterschiedlichen, klanglichen Erscheinungen, weshalb jedenfalls in klanglicher Hinsicht von einer nicht unerheblichen Ähnlichkeit der beiderseitigen Marken auszugehen ist.

cc) Im Zusammenhang mit dem hier in Frage stehenden Widerspruch aus der Marke 1 171 135 ist ferner davon auszugehen, dass sich die angegriffenen Waren „Zahnputz- und Pflegemittel“ im mittleren und die Waren „Präparate für die Gesundheitspflege, insbesondere Präparate für die Zahnpflege“ im engsten Ähnlichkeitsbereich der für die Widerspruchsmarke geschützten Waren „pharmazeutische Erzeugnisse, nämlich rezeptpflichtige Mucolytica“ befinden (vgl. BPatG PAVIS ROMA 30 W (pat) 264/96 „Sanastin/Sanation“; PAVIS ROMA 28 W (pat) 250/03 „BIOCURA/BIOCUR“). Hierbei ist zu beachten, dass bei den angegriffenen Waren „Präparate für die Gesundheitspflege“ der mit dem „insbesondere“ eingeleitete Zusatz zu keiner rechtlich relevanten Einschränkung des Warenoberbegriffs führt, so dass die Nennung der Spezialwaren „Präparate für die Zahnpflege“ bei der Prüfung der Warenähnlichkeit ohne Bedeutung ist (vgl. Kirschneck in Ströbele/Hacker, MarkenG, 9. Aufl., § 32 Rdn. 95). Die weitergehende Einschränkung auf „Präparate für die Gesundheitspflege, nämlich Präparate für die Zahnpflege“, die der Markeninhaber mit Schriftsatz vom 15. März 2009 vorgenommen hat, ist nicht wirksam geworden; die Einschränkung war an die Bedingung der Kostenübernahme durch die Widersprechende geknüpft, was diese abgelehnt hat (Schriftsatz vom 30. April 2009). Zwischen den sich somit gegenüberstehenden Waren, nämlich einerseits „Präparate für die Gesundheits-

pflege“ und „pharmazeutische Erzeugnisse, nämlich rezeptpflichtige Mucolytica“ andererseits besteht eine überdurchschnittlich enge, bis zur Identität reichende Warenähnlichkeit, weil die Produkte beider Warengruppen sowohl zur Heilung von Krankheiten als auch zur Gesundheitsvorsorge dienen können und daher beide in Apotheken angeboten werden. Eine Rezept- oder Apothekenpflichtigkeit auf Seiten der Widerspruchswaren vermag dagegen keinen maßgeblichen Warenabstand zu bewirken (vgl. PAVIS PROMA 28 W (pat) 250/03 „BIOCURA/BIOCUR“).

dd.) Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen, wonach zwischen den beiderseitigen Marken eine nicht unerhebliche klangliche Ähnlichkeit besteht und die Widerspruchsmarke „ACC“ über eine deutlich erhöhte Kennzeichnungskraft verfügt, ist davon auszugehen, dass die angegriffene Marke im Bereich engster Warenähnlichkeit, nämlich bezogen auf die angegriffenen Waren „Präparate für die Gesundheitspflege, insbesondere Präparate für die Zahnpflege“ den zur Vermeidung einer Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG notwendigen Abstand nicht einhält. Die Frage, ob zwischen den Zeichen - neben der in klanglicher Hinsicht festgestellten Verwechslungsgefahr - möglicherweise auch noch eine Verwechslungsgefahr in (schrift-)bildlicher oder begrifflicher Hinsicht besteht, kann dahingestellt bleiben, weil bereits die hinreichende Übereinstimmung in einer Hinsicht zur Feststellung einer relevanten, die Löschung einer Marke rechtfertigenden Verwechslungsgefahr ausreicht (vgl. BGH GRUR 1999, 241, 243 „Lions“; GRUR 2008, 803, 804 (Nr. 21) „HEITEC“). Im Hinblick auf die ebenfalls angegriffenen „Zahnputz- und Pflegemittel“ muss dagegen eine Verwechslungsgefahr wegen des deutlich weiteren Warenabstands verneint werden.

b.) Widerspruch aus der Gemeinschaftsmarke 275 776 „ACC“

Der auf die prioritätsältere Gemeinschaftsmarke 275 776 „ACC“ gestützte Widerspruch ist gemäß §§ 42 Abs. 1, 125b Nr. 1 MarkenG statthaft, jedoch in der Sache nicht begründet. Auch hier ist zwar festzustellen, dass zwischen der angegriffenen Marke und dieser Widerspruchsmarke eine nicht unerhebliche Ähnlichkeit besteht

und dass sich die angegriffenen Waren „Präparate für die Gesundheitspflege, insbesondere Präparate für die Zahnpflege“ im engsten Ähnlichkeitsbereich der für die Widerspruchsmarke „ACC“ geschützten Waren, nämlich hier „apothekenpflichtige pharmazeutische Erzeugnisse“, befinden (vgl. BPatG PAVIS PROMA 30 W (pat) 264/96 „Sanastin/Sanatison“; PAVIS PROMA 28 W (pat) 250/03 „BIOCURA/BIOCUR“). Im Unterschied zu der deutschen Widerspruchsmarke 1 171 135 kann allerdings nicht ohne weiteres von einer gesteigerten Kennzeichnungskraft ausgegangen werden. Hierfür wäre eine Steigerung der Kennzeichnungskraft zumindest in einem wesentlichen Teil der Gemeinschaft erforderlich (vgl. zur „Bekanntheit“ einer Marke EUGH GRUR Int. 2000, 73 (Nr. 28) „Chevy“; GRUR 2008, 70 (Nr. 17) „Nuno/Franquet“). Hierfür ist - über Deutschland hinaus - nichts dargetan. In der maßgeblichen Gesamtabwägung musste es daher insoweit bei der Zurückweisung des Widerspruchs durch den angefochtenen Erinnerungsbeschluss bleiben. Erst recht gilt dies im Hinblick auf die weiter entfernt liegenden Waren „Zahnputz- und Pflegemittel“ sowie „Haft- und Poliermittel für Zahnprothesen“ der angegriffenen Marke.

2.) Für eine Auferlegung der Kosten des Beschwerdeverfahrens aus Billigkeitsgründen (§ 71 Abs. 1 MarkenG) besteht kein Anlass.

Hacker

Kober-Dehm

Eisenrauch

Bb