



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 15/09

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
1. Februar 2010

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 305 68 767

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 19. November 2009 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Vogel von Falckenstein, des Richters Paetzold und der Richterin Hartlieb

beschlossen:

1. Der Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 vom 14. November 2008 ist wirkungslos, soweit darin die Marke 305 68 767 für die Waren und Dienstleistungen „Sanitärprodukte für medizinische Zwecke; Pflaster, Verbandmaterial; Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke; Desinfektionsmittel (für medizinische und pharmazeutische Zwecke); chirurgische, ärztliche, zahn- und tierärztliche Instrumente und Apparate, orthopädische Artikel; medizinische und veterinärmedizinische Dienstleistungen, Gesundheits- und Schönheitspflege für Menschen und Tiere“ wegen der Widersprüche aus den Marken 199 390, 305 52 962, 304 02 561 und EM 3 280 229 gelöscht wurde.
2. Im Übrigen wird die Beschwerde des Markeninhabers zurückgewiesen.

Gründe

I.

Gegen die für die Waren und Dienstleistungen

„pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; Sanitärprodukte für medizinische Zwecke; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost; Pflaster, Verbandmaterial; Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke; Desinfektionsmittel (für medizinische und pharmazeutische Zwecke); chirurgische, ärztliche, zahn- und tierärztliche Instrumente und Apparate, künstliche Gliedmaßen, Augen und Zähne; orthopädische Artikel; chirurgisches Nahtmaterial; Werbung, Geschäftsführung, Unternehmensverwaltung, Büroarbeiten; Vermietung von Verkaufsautomaten; Durchführung von psychologischen Tests zur Auswahl von Mitarbeitern; wissenschaftliche und technologische Dienstleistungen und Forschungsarbeiten und damit zusammenhängende Entwicklungsdienstleistungen und Designerdienstleistungen; gewerbliche (soweit in Klasse 42 enthalten) und industrielle Analyse- und Forschungsdienstleistungen, Entwurf, Konstruktionsplanung und Entwicklung von Computerhardware und -software; juristische Dienstleistungen; medizinische und veterinärmedizinische Dienstleistungen, Gesundheits- und Schönheitspflege für Menschen und Tiere“

am 3. Februar 2006 unter der Nummer 305 68 767 registrierte Wortmarke

Kito

ist Widerspruch eingelegt worden aus der prioritätsälteren Wortmarke 199 390,

Kytta,

eingetragen für die Waren

„Arzneimittel, chemische Produkte für medizinische und hygienische Zwecke, pharmazeutische Drogen und Präparate, Pflaster, Verbandstoffe, Desinfektionsmittel; ärztliche, gesundheitliche Präparate, Instrumente und Geräte, Bandagen; Parfümerien, kosmetische Mittel, Haarpflegemittel, ätherische Öle, Seifen“

sowie aus der prioritätsälteren Wortmarke 305 52 962

KYTTA

eingetragen für die Waren

„pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost; Pflaster, Verbandmaterial; Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke; Desinfektionsmittel; Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren; Fungizide, Herbizide“,

sowie aus der prioritätsälteren Wortmarke 304 02 561

KYTТА

eingetragen für die Waren

„Wasch- und Bleichmittel; Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel; Seifen; Parfümeriewaren; ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Haarwässer; Zahnputzmittel; pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost; Pflaster, Verbandmaterial; Desinfektionsmittel; Dienstleistungen eines Arztes; Dienstleistungen eines Tierarztes; Gesundheits- und Schönheitspflege für Menschen und Tiere; Dienstleistungen im Bereich der Land-, Garten- und Forstwirtschaft“

sowie aus der prioritätsälteren Wortmarke EM 3 280 229

KYTТА

eingetragen für die Waren

„Diätetische Präparate für medizinische Zwecke.
Diätetische Präparate, nicht für medizinische Zwecke, auf der Basis von Eiweißen, keine der vorstehend genannten Waren in Form von Lebensmittelerzeugnissen oder Pulver für Lebensmittelerzeugnisse oder Erzeugnissen aller Art, die Kakao oder Kakaoaroma enthalten.“

Diätetische Präparate, nicht für medizinische Zwecke, auf der Basis von Kohlenhydraten, keine der vorstehend genannten Waren in Form von Lebensmittelerzeugnissen oder Pulver für Lebensmittelerzeugnisse oder Erzeugnissen aller Art, die Kakao oder Kakaoaroma enthalten“.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamtes hat die angegriffene Marke wegen Verwechslungsgefahr teilweise gelöscht und im Übrigen die Widersprüche zurückgewiesen und zwar:

1. aufgrund des Widerspruchs aus der Marke 199 390 teilweise für die Waren

„pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; Sanitärprodukte für medizinische Zwecke; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Pflaster, Verbandmaterial; Desinfektionsmittel (für medizinische und pharmazeutische Zwecke); chirurgische, ärztliche, zahn- und tierärztliche Instrumente und Apparate, orthopädische Artikel“

2. aufgrund des Widerspruchs aus der Marke 305 52 962 teilweise für die Waren

„pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; Sanitärprodukte für medizinische Zwecke; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost; Pflaster, Verbandmaterial; Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke; Desinfektionsmittel (für medizinische und pharmazeutische Zwecke)“

3. aufgrund des Widerspruchs aus der Marke 304 02 561 teilweise für die Waren

„pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; Sanitärprodukte für medizinische Zwecke; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost; Pflaster, Verbandmaterial; Desinfektionsmittel (für medizinische und pharmazeutische Zwecke), medizinische und veterinärmedizinische Dienstleistungen, Gesundheits- und Schönheitspflege für Menschen und Tiere“

4. aufgrund des Widerspruchs aus der Marke EM 3 280 229 teilweise für die Waren

„pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost.“

Zur Begründung hat die Markenstelle ausgeführt, dass die Widerspruchsmarken bei teils identischen, teils sehr eng ähnlichen Waren und durchschnittlicher Kennzeichnungskraft sowie bei Berücksichtigung breiter Verkehrskreise den zu fordernden deutlichen Abstand in klanglicher Hinsicht nicht mehr einhielten. Die Vergleichsmarken stimmten bis auf den unterschiedlichen Endbuchstaben klanglich überein, wobei der jeweils dunkle Vokal ähnlich klinge. Dass das „y“ der Widerspruchsmarke wie „ü“ gesprochen werde, sei eher unwahrscheinlich, der überwiegende Teil der Verkehrskreise werde die Widerspruchsmarken wie „Kitta“ aussprechen, wobei „i“ und „ü“ sehr ähnlich klängen. Bei nicht stets optimalen Übermittlungsbedingungen und nicht gleichzeitiger Wahrnehmung der Vergleichsmarken reiche der minimale Unterschied nicht aus, den Marken ein eigenständiges Klangbild zu verleihen.

Der Markeninhaber hat hiergegen Beschwerde eingelegt. Er hat im Wesentlichen ausgeführt, dass keine klangliche Verwechslungsgefahr bestehe, da die Marken ausreichende Unterscheide aufwiesen. Die angegriffene Marke „Kito“ werde mit einem langen „i“ gesprochen, die Widerspruchsmarken wegen des Doppelkonsonanten mit kurzem „y“, wobei die Regelaussprache von „y“ mit „ü“ angegeben sei. Auch die unterschiedlichen Endvokale „a“ gegenüber „o“ sorgten für eine klangliche Unterscheidung. Zudem sei die Anzahl mündlicher Benennungen eher gering. Zu berücksichtigen sei auch, dass sich die Vergleichszeichen schriftbildlich ganz erheblich voneinander unterschieden, so dass der Gesamteindruck des unterschiedlichen Klang- und Schriftbilds eine Verwechslungsgefahr ausschließe.

Der Markeninhaber beantragt (sinngemäß),

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 14. November 2008 aufzuheben und die Widersprüche zurückzuweisen.

Die Widersprechende beantragt (sinngemäß),

die Beschwerde zurückzuweisen und die angegriffene Marke hinsichtlich der Waren „pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost“ zu löschen.

Die Widersprechende, die an der mündlichen Verhandlung nicht teilgenommen hat, hat ihren bereits schriftlich vorliegenden Antrag auf Hinweis des Gerichts zur Klarstellung mit Schriftsatz vom 11. Dezember 2009 wiederholt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

1. Nachdem die Widersprechende gemäß ihrem Antrag ihre Widersprüche aus den Marken 199 390, 305 52 962, 304 02 561 und EM 3 280 229 nur noch hinsichtlich der Waren „pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost“ aufrechterhalten hat und damit ihre Widersprüche teilweise zurückgenommen hat, ist der angefochtene Beschluss der Markenstelle wirkungslos, soweit die teilweise Löschung der Marke 305 68 767 für die Waren und Dienstleistungen „Sanitärprodukte für medizinische Zwecke; Pflaster, Verbandmaterial; Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke; Desinfektionsmittel (für medizinische und pharmazeutische Zwecke); chirurgische, ärztliche, zahn- und tierärztliche Instrumente und Apparate, orthopädische Artikel; medizinische und veterinärmedizinische Dienstleistungen, Gesundheits- und Schönheitspflege für Menschen und Tiere“ angeordnet worden ist. Gemäß § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG i. V. m. § 269 Abs. 3 Satz 1 und 3 ZPO ist daher auszusprechen, dass der angefochtene Beschluss insoweit hinsichtlich der teilweisen Löschung wirkungslos ist (vgl. BGH Mitt. 1998, 264 „Puma“). Dieser Ausspruch erfolgt aus Gründen der Rechtssicherheit und unter Berücksichtigung des Amtsermittlungsgrundsatzes von Amts wegen (vgl. dazu auch Baumbach/Lauterbach, ZPO, 64. Aufl., § 269 Rdn. 46).

2. Die Beschwerde des Markeninhabers ist zulässig, hat in der Sache jedoch keinen Erfolg, da auch nach Auffassung des Senats zwischen der angegriffenen Marke und den Widerspruchsmarken hinsichtlich der noch angegriffenen Waren Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG besteht.

Die Frage der Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der zueinander in Wechselbeziehung stehenden Faktoren der Ähnlichkeit der Marken, der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren sowie der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke zu beurteilen, wobei insbesondere ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Marken durch einen höheren Grad

der Ähnlichkeit der Waren ausgeglichen werden kann und umgekehrt (BGH in st. Rspr. vgl. GRUR 2004, 865, 866 - Mustang; GRUR 2004, 598, 599 - Kleiner Feigling; GRUR 2004, 783, 784 - NEURO-VIBOLEX/NEURO-FIBRAFLEX; GRUR 2008, 906 - Pantohexal).

Bei seiner Entscheidung hat der Senat mangels anderer Anhaltspunkte eine normale Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken zugrunde gelegt.

Ausgehend von der Registerlage können die Vergleichsmarken zur Kennzeichnung teils identischer teils eng ähnlicher Waren verwendet werden.

Der unter diesen Umständen gebotene sehr deutliche Markenabstand wird von der angegriffenen Marke nicht mehr eingehalten. Die vorhandenen Unterschiede reichen nach Auffassung des Senats nicht mehr aus, um Verwechslungen der Marken mit hinreichender Sicherheit ausschließen zu können.

Soweit allein Fachleute wie Ärzte, Apotheker und deren Hilfspersonal mit den Marken in Berührung kommen, können Verwechslungen zwar eher ausgeschlossen sein, da dieser Personenkreis im Hinblick auf die verschiedenen Arznei- und Heilmittel besondere Fachkenntnisse hat, die ein Auseinanderhalten der Kennzeichnungen eher erleichtern können.

Der Senat hat aber erhebliche Zweifel, dass auch - mangels festgeschriebener Rezeptpflicht ebenso in Betracht kommende - Durchschnittsverbraucher trotz der bei medizinischen Produkten unterstellten größeren Aufmerksamkeit ein sicheres Auseinanderhalten der Markenwörter möglich ist. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass die Verwechslungsgefahr grundsätzlich nach dem Gesamteindruck zu beurteilen ist, zu dem in erster Linie die Übereinstimmungen beitragen (vgl. BGH GRUR 2004, 783 - NEURO-FIBRAFLEX/NEURO-VIBOLEX).

Unter diesen Voraussetzungen kommt die angegriffene Marke angesichts der bestehenden klanglichen Übereinstimmungen den Widerspruchsmarken zu nahe.

Entgegen der Ansicht des Markeninhabers sind die Vergleichsmarken vor allem in ihrem maßgeblichen klanglichen Gesamteindruck zu vergleichen, zumal die klangliche Ähnlichkeit bzw. die entsprechende Verwechslungsgefahr bei Marken in der Praxis ohnehin die weitaus größte Bedeutung hat (Ströbele/Hacker, MarkenG, 9. Aufl., § 9 Rdn. 187). Dies gilt auch im Zusammenhang mit nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln, die zunehmend „auf Sicht“ gekauft werden. Hierbei ist nicht zu verkennen, dass auch einem Kauf „auf Sicht“ häufig mündliche Nachfragen, Empfehlungen und telefonische Bestellungen sowie auch Gespräche unter Verbrauchern vorausgehen, bei denen klangliche Markenverwechslungen von Verbrauchern stattfinden können (vgl. BGH GRUR 1999, 242, 244 - Lions; GRUR 2005, 326, 327 - il Padrone/Il Portone; Ströbele/Hacker, a. a. O. § 9 Rdn. 188 m. w. N.).

So stimmen die sich gegenüberstehenden zweisilbigen Markenwörter nicht nur im besonders prägnanten, hart und stark klingenden Anfangsbuchstaben „K“ und der Konsonantenfolge „K-(t)t-“ überein, wobei die Verdoppelung des Mittelkonsonanten „-t-“ kaum einen hörbaren Unterschied bewirkt, sondern es besteht klangliche Übereinstimmung zu einem wesentlichen Teil auch in der besonders charakteristischen ersten Silbe, da davon ausgegangen werden kann, dass ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs die erste Silbe der Widerspruchsmarken „Kyt-“ wie „Kit-“ sprechen wird. Im Deutschen kann die Lautfolge „Ky“ nämlich „Kü“ oder „Ki“ - wie z. B. in „Kyffhäuser“ oder „Gysi“ - gesprochen werden (vgl. BPatG 24 W (pat) 50/98 Kyra/Kytta). Selbst bei einer Aussprache mit „ü“ stünden sich stark klangähnliche Laute gegenüber, die angesichts der Übereinstimmungen in den charakteristischen Sprenglauten „K“ und „t“, in der Betonung der ersten Silbe und im Sprechrhythmus keinen ausreichenden Unterschied im klanglichen Gesamteindruck begründen können. Der verbleibende Unterschied in den beiden dunklen, klangverwandten, regelmäßig weniger betonten Endvokalen „o“ und „a“

vermag eine klangliche Ähnlichkeit nicht zu beseitigen und reicht für eine sichere Unterscheidung nicht aus.

Wegen des hohen Maßes an Übereinstimmungen besteht somit eine so deutliche Zeichenähnlichkeit im klanglichen Gesamteindruck (vgl. BGH GRUR 2004, 783 - NEURO-FIBRAFLEX/NEURO-VIBOLEX), dass insbesondere unter Berücksichtigung einer nicht zeitgleichen oder in unmittelbarer zeitlicher Abfolge erfolgenden Wahrnehmung und eines erfahrungsgemäß häufigen undeutlichen Erinnerungsbildes (vgl. dazu EuGH MarkenR 1999, 236, 239 - Lloyd/Loints) ein sicheres Auseinanderhalten nicht mehr gewährleistet ist.

Auch enthalten die Markenwörter keinen ohne weiteres fassbaren, eindeutigen und bestimmten Begriffsgehalt, der die Verwechslungsgefahr in beachtlichem Umfang reduzieren könnte (vgl. BGH GRUR 2003, 1044, 1046 - Kelly; GRUR 2004, 598, 599 - Kleiner Feigling; GRUR 2004, 240, 241 - MIDAS/medAS; EuGH GRUR 2006, 237, 238 (Nr. 20) - PICASSO; GRUR 2006, 413, 415 (Nr. 35) - ZIRH/SIR; Ströbele/Hacker a. a. O. § 9 Rdn. 185, 214 m. w. N.).

Da eine Ähnlichkeit der Vergleichszeichen in klanglicher Hinsicht für die Bejahung der Verwechslungsgefahr ausreicht, kommt es auf die Frage des Vorliegens einer schriftbildlichen Verwechslungsgefahr nicht mehr an (vgl. BGH GRUR 2008, 803, 804 (Nr. 21) - HEITEC; GRUR 2008, 903, 904 (Nr. 17) - SIERRA ANTIGUO; Ströbele/Hacker a. a. O. § 9 Rdn. 183). Eine mögliche „Neutralisierung“ einer klanglichen Ähnlichkeit - über den Fall der Reduzierung der Verwechslungsgefahr durch einen eindeutigen und sofort erfassbaren Sinngehalt hinaus - durch eine fehlende Ähnlichkeit im schriftbildlichen Eindruck wird für den hier gegebenen nationalen Rahmen nicht anerkannt (vgl. Ströbele/Hacker a. a. O. § 9 Rdn. 185) und wäre im vorliegenden Fall auch zweifelhaft.

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

Dr. Vogel von Falckenstein

Richter Paetzold gehört seit 1.1.2010 dem Senat nicht mehr an und ist insofern an der Unterschrift gehindert.

Hartlieb

Dr. Vogel von Falckenstein

Cl