



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 7/12

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
21. August 2013

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2008 012 253

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 18. Juli 2013 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Hacker, der Richterin Winter und des Richters Jacobi

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Widersprechenden wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 2. Dezember 2011 aufgehoben, soweit darin der Widerspruch aus der Marke 399 79 325 im Hinblick auf folgende von der angegriffenen Marke 30 2008 012 253 erfassten Waren zurückgewiesen worden ist:

Klasse 5: „medizinische Tees; Heilkräutertees; pharmazeutische Präparate und Substanzen; Nahrungsergänzungsmittel für medizinische Zwecke; medizinische Aufbau-Seren; Vitaminpräparate einschließlich Beauty-Kapseln; natürliche und homöopathische Erzeugnisse und Substanzen für medizinische Zwecke; Erzeugnisse für die Gesundheitspflege; Nährstoffe und Nahrungsmittelpräparate, Substanzen und Nahrungsmittelzusätze für medizinische und/oder therapeutische Zwecke, soweit in Klasse 5 enthalten; diätetische Präparate und Substanzen für medizinische Zwecke; medizinische Ergänzungsstoffe und Zusätze für Nahrungsmittel und Getränke“.

In diesem Umfang wird die Löschung der Marke 30 2008 012 253 angeordnet.

Gründe

I.

Die in schwarz/weiß gestaltete Wort-/ Bildmarke



ist am 22. Februar 2008 angemeldet und am 4. Juni 2008 als Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Register für verschiedene Waren der Klassen 5, 30 und 32, u. a. der Klasse 5

„medizinische Tees; Heilkräutertees; pharmazeutische Präparate und Substanzen; Nahrungsergänzungsmittel für medizinische Zwecke; medizinische Aufbau-Seren; Vitaminpräparate einschließlich Beauty-Kapseln; natürliche und homöopathische Erzeugnisse und Substanzen für medizinische Zwecke; Erzeugnisse für die Gesundheitspflege; Nährstoffe und Nahrungsmittelpräparate, Substanzen und Nahrungsmittelzusätze für medizinische und/oder therapeutische Zwecke, soweit in Klasse 5 enthalten; diätetische Präparate und Substanzen für medizinische Zwecke; medizinische Ergänzungsstoffe und Zusätze für Nahrungsmittel und Getränke“

eingetragen worden.

Gegen diese Marke, deren Eintragung am 4. Juli 2008 veröffentlicht worden ist, ist Widerspruch erhoben aus der deutschen Wortmarke 399 79 325

Babix

die seit dem 3. April 2000 für folgende Waren der Klassen 3 und 5 eingetragen ist:

„3: Wasch- und Bleichmittel; Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel; Seifen; Parfümerien, ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Haarwässer; Zahnputzmittel;

5: 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“.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke zunächst hilfsweise, dann am 5. August 2009 „vorsorglich“ bestritten. Die Widersprechende hat insoweit eidesstattliche Versicherungen ihres Geschäftsführers Dr. A... vom 13. Mai 2009 mit Umsatzangaben für die Jahre 2004 bis 2008 und vom 4. Januar 2010 mit Umsatzangaben für die Jahre 2006 bis 2008 nebst weiteren Unterlagen eingereicht.

Die mit einer Beamtin des höheren Dienstes besetzte Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat den Widerspruch mit Beschluss vom 2. Dezember 2011 zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, eine Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Marken bestehe nicht. Auf die Frage der ausreichenden Glaubhaftmachung der Benutzung der Widerspruchsmarke komme es im Ergebnis nicht an. Unterstelle man diese, stünden sich jedenfalls mit

den „pharmazeutischen Erzeugnissen“ identische Produkte gegenüber. Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sei durchschnittlich. Der danach erforderliche Abstand werde von der angegriffenen Marke noch eingehalten. In klanglicher Hinsicht stünden sich „x basix“ und „Babix“ gegenüber; denn „x-basix“ erscheine als zusammenhängender Begriff im Sinne von „basix“, einer Grundausstattung mit einer unbekanntem Größe, für die das „x“ stehe. Die weiteren Wortbestandteile der angegriffenen Marke würden nicht benannt werden. Die angegriffene Marke verfüge an ihrem Wortbeginn über den sehr markanten Laut „x“. Auch die Vokalfolge, Silbenzahl sowie der Sprechrhythmus seien unterschiedlich. Auch in schriftbildlicher Hinsicht sei eine Verwechslungsgefahr ausgeschlossen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden. Zur weiteren Glaubhaftmachung der rechtserhaltenden Benutzung ihrer Marke hat sie ergänzend eine eidesstattliche Versicherung ihres Geschäftsführers vom 11. Juli 2013 mit Umsatzangaben für die Jahre 2009 bis 2012 mit Benutzungsbeispielen vorgelegt. Zur Begründung hat sie ausgeführt, es bestehe Verwechslungsgefahr. Es stünden sich teilweise identische sowie hochgradig und durchschnittlich ähnliche Waren gegenüber. Die Widerspruchsmarke sei zumindest durchschnittlich kennzeichnungskräftig. Klanglich stünden sich mit „BASIX“ und „BABIX“ hochgradig ähnliche Zeichen gegenüber, zumal „BASIX“ deutsch auszusprechen sei. In der angegriffenen Marke trete entgegen der Auffassung der Markenstelle nicht nur das Element „PUSHTOREFRESH“, sondern auch das Element „x“ zurück. Für den Verbraucher liege es wegen der räumlichen Trennung und der grafischen Gestaltung fern, das „x“ und das Worтеlement „basix“ als zusammenhängenden Begriff zu verstehen und so auszusprechen. Auch in (schrift-) bildlicher Hinsicht seien die Zeichen hochgradig ähnlich, da die angegriffene Marke auch insoweit von ihrem Bestandteil „basix“ geprägt werde.

Die Widersprechende hat zunächst beantragt,

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamtes, Markenstelle für Klasse 5, vom 2. Dezember 2011 aufzuheben und die angegriffene Marke 30 2008 012 253 auf den Widerspruch aus der Marke 399 79 325 zu löschen.

Nach Schluss der mündlichen Verhandlung hat die Widersprechende ihren Widerspruch am 31. Juli 2013 teilweise zurückgenommen, nämlich insoweit, als sich dieser auch gegen die von der angegriffenen Marke beanspruchten Waren der Klasse 30 und 32 richtete.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke und Beschwerdegegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Zur Begründung hat sie ausgeführt, die Widerspruchsmarke habe wegen ihrer Anlehnung an den Begriff „Baby“ nur eine geringe Kennzeichnungskraft. Die angegriffene Marke und die Widerspruchsmarke seien klanglich, (schrift-) bildlich und begrifflich selbst bei teilweiser Identität der Waren nicht verwechslungsfähig, zumal der Verkehr beim Erwerb von Gesundheitsprodukten regelmäßig besondere Sorgfalt anwende. Der Bestandteil der angegriffenen Marke „PUSHTOREFRESH“ trete beim Gesamtvergleich nicht zurück. Auch der vorangestellte Buchstabe „x“ werde von den angesprochenen Verkehrskreisen ausgesprochen und trete gerade am Wortanfang nicht zurück. Selbst dann, wenn man dies annähme, überwögen wegen der unterschiedlichen Wortmitte und der unterschiedlichen Aussprache von „basix“ und „Babix“ die Unterschiede: „basix“ werde auch von deutschen Verkehrskreisen englisch („be:siks“) ausgesprochen. Die rein deutsch anmutende Widerspruchsmarke werde hingegen mit langem „a“ gesprochen („Baa-bix“). Die Betonung und die Sprachmelodie seien demnach deutlich unterschiedlich. Ebenso wenig bestehe eine (schrift-) bildliche Verwechslungsgefahr, weil es sich bei der

angegriffenen Marke um eine grafisch ungewöhnlich gestaltete Bildmarke und auch bei dem vorangestellten „x“ nicht um eine bloße Verzierung handele.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig und hat - nach Beschränkung des Widerspruchs auf die von der angegriffenen Marke in Klasse 5 beanspruchten Waren -- in der Sache Erfolg. Zwischen den Vergleichsmarken besteht insoweit die Gefahr von Verwechslungen (§ 42 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG).

1. Bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr können auf Seite der Widerspruchsmarke jedenfalls die Waren „Antitussiva/Expektorantia“ berücksichtigt werden (§ 43 Abs. 1 S. 3 MarkenG), denn insoweit hat die Widersprechende eine Benutzung ihrer Marke glaubhaft gemacht.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat die Benutzung der Widerspruchsmarke am 5. August 2009 in zulässiger Weise „vorsorglich“ bestritten. Damit ist die Einrede mangelnder Benutzung eindeutig erhoben worden (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Aufl. 2012, § 43 Rn. 58). Da die Widerspruchsmarke am Tag der Veröffentlichung der angegriffenen Marke (4. Juli 2008) seit mehr als fünf Jahren, nämlich seit dem 3. April 2000, eingetragen war, sind beide Benutzungszeiträume gemäß § 43 Abs. 1 S. 1 und S. 2 MarkenG betroffen. Deshalb oblag es der Widersprechenden, die rechtserhaltende Benutzung ihrer Marke in den beiden Benutzungszeiträumen Juli 2003 bis Juli 2008 und Juli 2008 bis Juli 2013 darzulegen und glaubhaft zu machen.

Das ist ihr mittels der eidesstattlichen Versicherungen vom 4. Januar 2010 und vom 11. Juli 2013 sowie der vorgelegten Benutzungsbeispiele hinsichtlich der Ware „Babix-Inhalat N“ gelungen.

Die eidesstattliche Versicherung vom 4. Januar 2010 nennt für die Jahre 2006, 2007 und 2008 Umsatzzahlen für das Produkt „Babix Inhalat“ in Deutschland jeweils in einer Höhe zwischen ... EUR und ... EUR; die eidesstattliche Versicherung vom 11. Juli 2013 für die Jahre 2009 bis 2012 jeweils in einer Höhe zwischen ... EUR und ... EUR. Die eidesstattliche Versicherung vom 11. Juli 2013 verweist ergänzend auf vorgelegte Abschriften von Rechnungen vom 11. August 2009, 1. Juni 2010, 11. Juli 2011 sowie vom 26. Juni 2012, auf denen das Produkt „Babix-Inhalat N“ jeweils in einer Größenordnung zwischen 800 und 2.300 Verpackungseinheiten als Vertragsgegenstand genannt ist. Im Verfahren vor dem Amt sind weitere Abschriften von Rechnungen (jeweils aus dem Monat Januar der Jahre 2005 bis 2009) vorgelegt worden, die jeweils u. a. das Produkt „Babix-Inhalat N“ mit einem Volumen zwischen 2.700 und 7.400 Verpackungseinheiten zum Gegenstand haben. Die genannten Benutzungszeiträume sind im Rahmen der Glaubhaftmachung zwar jeweils nicht vollständig, aber für mehrere Jahre und damit in hinreichendem Umfang erfasst.

Die Benutzung der vorgelegten Prospekte und Gebrauchsinformationen, auf denen die Widerspruchsmarke in der Kennzeichnung „Babix® Inhalat N“ neben dem beschreibenden Zusatz „Inhalat“ deutlich zu erkennen ist, ist mit der eidesstattlichen Versicherung vom 11. Juli 2013 für die Jahre 2009 bis 2012 glaubhaft gemacht worden. Für den ersten Benutzungszeitraum Juli 2003 bis Juli 2008 verweist die eidesstattliche Versicherung vom 4. Januar 2010 zwar nicht ausdrücklich auf Benutzungsbeispiele. Es wird lediglich versichert, dass diese eidesstattliche Versicherung diejenige vom 13. Mai 2009 ergänzt. Diese wiederum enthält einen Verweis auf Faltschachteln und Werbematerial für die Jahre 2004 bis 2008. Derartiges hat die Widersprechende zwar nicht mit dieser - mit Schriftsatz vom 13. August 2009 eingereichten - eidesstattlichen Versicherung vorgelegt, jedoch be-

reits zuvor: Ihrem Schriftsatz vom 5. Juni 2009 waren die Abbildung einer Produktverpackung und eine Produktbeschreibung beigefügt. Dies ist ausreichend. Insoweit ist nämlich zu berücksichtigen, dass das vorgelegte Glaubhaftmachungsmaterial im Zusammenhang zu würdigen ist (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 43 Rn. 59).

Nach den vorgelegten Produktbeschreibungen ist „Babix-Inhalat N“ ein Arzneimittel für die Behandlung von Erkrankungen der Atemwege mit zähflüssigem Schleim, speziell für Säuglinge, aber auch Kinder und Erwachsene. Dieses fällt in die Kategorie der „Antitussiva/Expektorantia“: Antitussiva unterdrücken den Hustenreiz, Expektorantia fördern den Auswurf von Bronchialsekret.

„Babix-Inhalat N“ lässt sich dem im Verzeichnis der Widerspruchsmarke enthaltenen Warenbegriff der Klasse 5 „pharmazeutische Erzeugnisse“ zuordnen. Im Rahmen der Integrationsfrage (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 26 Rn. 194 ff., insbes. Rn. 202) ist zu berücksichtigen, dass die Widersprechende einerseits nicht auf das ganz spezielle mit der Widerspruchsmarke gekennzeichnete Produkt festzulegen ist, andererseits aber auch nicht der gesamte mit dem eingetragenen Oberbegriff „pharmazeutische Erzeugnisse“ umfasste weite Warenbereich einzu beziehen ist. Anwendung findet vielmehr die sogenannte „erweiterte Minimallösung“ (vgl. auch BGH MDR 2013, 862, Rn. 61 - Culinaria/Villa Culinaria; WRP 2001, 1447, 1449 - Ichthyol; BGH GRUR 1990, 39 ff. - Taurus; BGH GRUR 1999, 164, 165 - JOHN LOBB; BPatG Mitt. 1979, 223 - Mastu; BPatG GRUR 1995, 488, 489 - APISOL/Aspisol). Danach wird einerseits die Beanspruchung des breiten Oberbegriffs ausgeschlossen, andererseits die Inhaberin der Widerspruchsmarke aber auch nicht auf das konkrete Einzelprodukt in seiner speziellen Zusammensetzung, Rezeptpflichtigkeit usw. beschränkt. Eine rechtserhaltende Benutzung ist vorliegend deshalb für den Bereich anzuerkennen, welcher der jeweiligen Arzneimittelhauptgruppe in der „Roten Liste“ entspricht (vgl. BGH GRUR 2012, 64, 65, Rn. 10 - Maalox/Melox-GRY; Ströbele/Hacker, a. a. O., § 26 Rn. 204 m. w. N.); das ist hier die Hauptgruppe 24 „Antitussiva/Expektorantia“, nicht jedoch für wei-

tere Waren, die unter den weitergehenden Oberbegriff „pharmazeutische Erzeugnisse“ fallen. Bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr sind damit nur Waren zu berücksichtigen, die in diese Hauptgruppe fallen (§ 43 Abs. 1 S. 3 MarkenG).

Ob und inwieweit die Widersprechende eine Benutzung ihrer Marke für weitere Waren glaubhaft gemacht hat, kann offenbleiben, denn eine Verwechslungsgefahr besteht im Umfang des beschränkten Widerspruchs bereits dann, wenn man auf Seiten der Widerspruchsmarke allein die Warengruppe „Antitussiva/Expektorantia“ berücksichtigt.

2.

Ob Verwechslungsgefahr vorliegt, ist nach der Rechtsprechung sowohl des Europäischen Gerichtshofes als auch des Bundesgerichtshofes unter Beachtung aller Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen (vgl. z. B. EuGH GRUR 2010, 1098, Rn. 44 - Calvin Klein/HABM; GRUR 2010, 933, Rn. 32 - BARBARA BECKER; GRUR 2011, 915, Rn. 45 - UNI; BGH GRUR 2012, 1040, Rn. 25 - pjur/pure; GRUR 2012, 930, Rn. 22 - Bogner B/Barbie B; GRUR 2012, 64, Rn. 9 - Maalox/Melox-GRY; GRUR 2010, 235, Rn. 15 - AIDA/AIDU). Von maßgeblicher Bedeutung sind insoweit die Identität oder Ähnlichkeit der zum Vergleich stehenden Marken sowie der von diesen erfassten Waren oder Dienstleistungen. Darüber hinaus ist die Kennzeichnungskraft der älteren Marke und - davon abhängig - der dieser im Einzelfall zukommende Schutzzumfang in die Betrachtung mit einzubeziehen. Dabei impliziert der Begriff der Verwechslungsgefahr eine gewisse Wechselwirkung zwischen den genannten Faktoren (st. Rspr., z. B. BGH MDR 2013, 862, Rn. 30 - Culinaria/Villa Culinaria; GRUR 2012, 1040, Rn. 25 - pjur/pure; GRUR 2012, 930, Rn. 22 - Bogner B/Barbie B; GRUR 2012, 64, Rn. 9 - Maalox/Melox-GRY; GRUR 2010, 1103, Rn. 37 - Pralinenform II; EuGH GRUR 2008, 343 Nr. 48 - Il Ponte Finanziaria Spa/HABM).

Hiervon ausgehend kommt die angegriffene Marke der Widerspruchsmarke verwechselbar nahe. Im Einzelnen:

a) Die angegriffene Marke beansprucht im Verhältnis zu den „Antitussiva/Expektorantia“ der Widerspruchsmarke in Klasse 5 identische sowie hochgradig bis normal ähnliche Waren.

Zunächst können sich mit den „Antitussiva/Expektorantia“ der Widerspruchsmarke und den von der angegriffenen Marke beanspruchten „pharmazeutischen Präparaten und Substanzen; natürlichen und homöopathischen Erzeugnissen und Substanzen für medizinische Zwecke; Substanzen für medizinische und/oder therapeutische Zwecke, soweit in Klasse 5 enthalten“ identische Waren gegenüberstehen. Denn die von der angegriffenen Marke beanspruchten Waren sind Oberbegriffe, die die Warengruppe der „Antitussiva/Expektorantia“ erfassen können.

Im Übrigen ist eine Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Produkte anzunehmen, wenn diese unter Berücksichtigung aller erheblichen Faktoren, die ihr Verhältnis zueinander kennzeichnen - insbesondere ihrer Beschaffenheit, ihrer regelmäßigen betrieblichen Herkunft, ihrer regelmäßigen Vertriebs- oder Erbringungsart, ihres Verwendungszwecks und ihrer Nutzung, ihrer wirtschaftlichen Bedeutung, ihrer Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Produkte oder anderer für die Frage der Verwechslungsgefahr wesentlicher Gründe - so enge Berührungspunkte aufweisen, dass die beteiligten Verkehrskreise der Meinung sein könnten, sie stammten aus denselben oder ggf. wirtschaftlich verbundenen Unternehmen, sofern sie - was zu unterstellen ist - mit identischen Marken gekennzeichnet sind (vgl. EuGH GRUR 1998, 922, Rn. 22 - 29 - Canon; GRUR 2006, 582 Rn. 85 - VITAFRUIT; BGH GRUR 2006, 941, Rn. 13 - TOSCA BLU; GRUR 2004, 241, 243 - GeDIOS; GRUR 2001, 507, 508 - EVIAN/REVIAN; Ströbele/Hacker, a. a. O., § 9 Rn. 57 und 112 m. w. N.).

Danach besteht hier eine hohe (überdurchschnittliche) Ähnlichkeit (zu den Graden der Ähnlichkeit vgl. BGH MDR 2013, 862, Rn. 55 - Culinaria/Villa Culinaria) zu den von der angegriffenen Marke beanspruchten Waren „medizinische Tees; Heilkräutertees“, weil diese als Husten- und Bronchialtees das gleiche Anwendungs-

spektrum haben können wie „Antitussiva/Expektorantia“ und sich diese Produkte deshalb in der Herstellung, im Vertrieb und beim Verbrauch begegnen können.

Zumindest eine normale (durchschnittliche) Ähnlichkeit besteht zu den von der angegriffenen Marke beanspruchten Waren „Nahrungsergänzungsmittel für medizinische Zwecke; medizinische Aufbau-Seren; Vitaminpräparate einschließlich Beauty-Kapseln; Erzeugnisse für die Gesundheitspflege; Nährstoffe und Nahrungsmittelpräparate, Nahrungsmittelzusätze für medizinische und/oder therapeutische Zwecke, soweit in Klasse 5 enthalten; diätetische Präparate und Substanzen für medizinische Zwecke; medizinische Ergänzungsstoffe und Zusätze für Nahrungsmittel und Getränke“. Denn Hustenmittel und „diätetische Substanzen für medizinische Zwecke“ sind normal bis hochgradig ähnlich (vgl. Richter/Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen, 15. Aufl., S. 15 mittlere Spalte zu „Arzneimittel, nämlich Hustenmittel“), da zu letzteren auch solche gehören, die ebenfalls schleim- und hustenlösende Wirkung haben (vgl. BPatG 30 W (pat) 152/98 - EXPECTOR).

b) Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke „Babix“ ist im Ergebnis normal (durchschnittlich).

Im Hinblick auf Babyprodukte kommt zwar die Annahme einer originär geringen (unterdurchschnittlichen) Kennzeichnungskraft (zu den Graden der Kennzeichnungskraft vgl. BGH MDR 2013, 862, Rn. 55 - Culinaria/Villa Culinaria) in Betracht. In den ersten drei Buchstaben der Widerspruchsmarke findet sich nämlich ein Hinweis auf die tatsächliche Zielgruppe der Waren („Baby“). Nach der inzwischen gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt Marken, die für die angesprochenen Verkehrskreise erkennbar an einen beschreibenden Begriff angelehnt sind, keine normale, sondern nur eine geringe Kennzeichnungskraft zu (BGH MDR 2013, 862, Rn. 34 - Culinaria/Villa Culinaria; GRUR 2013, 631, Rn. 59 - AMARULA/Marulablu; GRUR 2012, 1040, Rn. 29 - pjur/pure; GRUR 2011, 826, Rn. 16 - Enzymax/Enzymix; GRUR 2010, 729, Rn. 27 - MIXI; GRUR 2008, 905-

909, Rn. 15 - Pantohexal; GRUR 2008, 803 Rn. 22 - HEITEC). Von dem beschreibenden Begriff „Baby/baby“ weicht die Widerspruchsmarke durch den Austausch des Buchstaben „y“ durch „ix“ allerdings durchaus markant ab. Ob damit bereits von originär normaler (durchschnittlicher) oder von nur geringer (unterdurchschnittlicher) Kennzeichnungskraft auszugehen ist, kann indessen offenbleiben. Denn hinsichtlich der Warengruppe „Antitussiva/Expektorantia“ hat die Widersprechende eine ursprünglich geringe (unterdurchschnittliche) Kennzeichnungskraft durch die glaubhaft gemachte nicht unerhebliche Benutzung der Widerspruchsmarke über einen langen Zeitraum so weit ausgeglichen, dass insgesamt jedenfalls von einer normalen (durchschnittlichen) Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke auszugehen ist.

c) Hiervon ausgehend hält die angegriffene Marke im Umfang des auf die Warenklasse 5 beschränkten Widerspruchs den zur Vermeidung von Verwechslungen erforderlichen Abstand zur Widerspruchsmarke nicht ein.

Bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit ist grundsätzlich vom jeweiligen Gesamteindruck der einander gegenüberstehenden Zeichen auszugehen (z. B. BGH MDR 2013, 862, Rn. 45 - Culinaria/Villa Culinaria; GRUR 2012, 1040, Rn. 25 - pjur/pure; GRUR 2012, 930, Rn. 22 - Bogner B/Barbie B; GRUR 2012, 64, Rn. 15 - Maalox/Melox-GRY; GRUR 2010, 729 Rn. 23 - MIXI). Das schließt es jedoch nicht aus, dass ein oder mehrere Bestandteile eines zusammengesetzten Zeichens für den Gesamteindruck prägend sein und insoweit eine rechtlich relevante Verwechslungsgefahr begründen können. Voraussetzung hierfür ist, dass die anderen Bestandteile weitgehend in den Hintergrund treten und den Gesamteindruck der Marke nicht mitbestimmen (vgl. BGH GRUR 2012, 64, Rn. 15 - Maalox/Melox-GRY; GRUR 2010, 729, Rn. 31 - MIXI; GRUR 2009, 1055, Rn. 23 - airdsl). Dabei ist von dem allgemeinen Erfahrungssatz auszugehen, dass der Verkehr eine Marke so aufnimmt, wie sie ihm entgegentritt, ohne sie einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterwerfen (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 9 Rn. 211).

Die Frage der Ähnlichkeit sich gegenüberstehender Zeichen ist nach deren Ähnlichkeit in Klang, (Schrift-)Bild und Sinngehalt zu beurteilen, weil Marken auf die mit ihnen angesprochenen Verkehrskreise in klanglicher, bildlicher und begrifflicher Hinsicht wirken (vgl. EuGH GRUR 2006, 413, Rn. 19 - ZIRH/SIR; GRUR 2005, 1042, Rn. 28 - THOMSON LIFE; GRUR Int. 2004, 843, Rn. 29 - MATRATZEN; BGH GRUR 2010, 235, Rn. 15 - AIDA/AIDU; GRUR 2009, 484, Rn. 32 - METROBUS; GRUR 2006, 60, Rn. 17 - coccodrillo; GRUR 2004, 779, 781 - Zwilling/Zweibrüder). Dabei genügt für die Annahme einer Verwechslungsgefahr regelmäßig bereits die hinreichende Übereinstimmung in einer Richtung (st. Rspr. vgl. z. B. BGH GRUR 2010, 235, Rn. 18 - AIDA/AIDU m. w. N.; vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 9 Rn. 224 m. w. N.).

Danach besteht hier jedenfalls in klanglicher Hinsicht Verwechslungsgefahr.

Die angegriffene Marke wird klanglich allein von ihrem Bestandteil „basix“ geprägt. Zutreffend ist die Markenstelle davon ausgegangen, dass die Buchstabenfolge „PUSHTOREFRESH“ klanglich zurücktritt. Entgegen der Auffassung der Markenstelle gilt dies aber auch für die grafische Gestaltung mit dem großen Kreuz in „x“-Form im linken Drittel der Marke.

Der Zeichenbestandteil „PUSHTOREFRESH“ ist eine als solche erkennbare Kombination der englischen Wörter „push“ (mit der Bedeutung „stoßen, schieben, drängen oder drücken“ bzw. „Stoß, Schub oder Druck“) sowie „to“ und „refresh“ für „erfrischen, erquicken oder stärken“. In Zusammenschau mit den hier relevanten Kollisionswaren der angegriffenen Marke ist „PUSHTOREFRESH“ aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise lediglich als Gebrauchsanweisung für das so gekennzeichnete Produkt aufzufassen, in dem Sinn, dass etwas gedrückt werden muss, um an das Produkt zu gelangen. Als beschreibende und damit freihaltebedürftige Angabe ist „PUSHTOREFRESH“ mithin bei der Kollisionsbetrachtung auszublenden (Ströbele/Hacker, a. a. O., § 9 Rn. 309 und 333). Für diese Sicht-

weise spricht auch die Neigung des Verkehrs zur Verkürzung (Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl. 2010, § 14 Rn. 1032).

Das „x“-förmige Kreuz im linken Drittel der angegriffenen Marke hat lediglich die Funktion, in werbeüblicher Weise die Aufmerksamkeit der angesprochenen Verkehrskreise zu erregen und spiegelt in allenfalls verzierender Weise den - im Kontrast zum Schwarz des Zeichenelements „basi“ - in gleicher hellgrauer Farbe gestalteten Buchstaben „x“ in „basix“. Die grafische Gestaltung legt einen Bedeutungszusammenhang dieses Kreuzes mit der Buchstabenfolge „basix“ nicht nahe. Das Kreuz hat - anders als das „x“ in „basix“ - durchweg abgerundete Ecken und ist etwa doppelt so hoch wie der Schriftzug „basix“. Auch seine schwarze Hintergrundfarbe gegenüber dem weißem Hintergrund des Schriftzugs „basix“ spricht eher gegen eine inhaltliche Verknüpfung. Als verzierendes Element wird der Verkehr das Kreuz und die Buchstabenfolge „basix“ mithin nicht als (Sinn-) Einheit wahrnehmen, wozu - entgegen der Auffassung der Markenstelle - auch in begrifflicher Hinsicht keine Veranlassung besteht.

Soweit sich bei der Kollisionsbetrachtung damit klanglich „Babix“ und „basix“ gegenüberstehen, kommt die angegriffene Marke der Widerspruchsmarke zu nahe. Insoweit ist beiderseits sowohl eine deutsche als auch eine englische Ausspracheweise in Betracht zu ziehen; denn einerseits handelt es sich in ihrer Gesamtheit jeweils um Fantasiebegriffe, was für eine Aussprache nach deutschen Sprachregeln spricht, andererseits knüpfen beide Zeichen gleichermaßen erkennbar an auch bekannte englische Begriffe an („baby“ bzw. „basics“). Danach bestehen Übereinstimmungen in der Anzahl der Silben („BA-BIX“ bzw. „BÄI-BIX“ einerseits und „BA-SIX“ bzw. „BÄI-SIX“ andererseits), in der Konsonantenfolge („b-b-x“ und „b-s-x“) und sogar Identität in der Vokalfolge („A-I“ bzw. „ÄI-I“).

Der Mittelkonsonant der Widerspruchsmarke „b“ unterscheidet sich in seiner Aussprache isoliert betrachtet zwar deutlich von der Aussprache des Mittelkonsonanten der angegriffenen Marke „s“. Eingerahmt von identischen Konsonanten („b-...-

x“) und der identischen Vokalfolge geht dieser Unterschied jedoch unter. Auch fällt die an sich markante Konsonantenverdoppelung bei der Widerspruchsmarke („b-b“) wegen der klanglich auch markanten und übereinstimmenden Buchstabenfolge am Ende („ix“) nicht ins Gewicht. Bei dieser Sachlage kann eine Verwechslungsgefahr im Umfang des beschränkten Widerspruchs nicht verneint werden, so dass die angegriffene Marke unter Aufhebung des Amtsbeschlusses insoweit zu löschen war.

3. Hinsichtlich der Kosten des Beschwerdeverfahrens verbleibt es bei der gesetzlichen Regelung des § 71 Abs. 1 Satz 2 MarkenG, da Billigkeitsgründe für die Auferlegung der Kosten auf einen Beteiligten weder vorgetragen worden noch sonst ersichtlich sind.

Hacker

Winter

Jacobi

Cl