



BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 36/16

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2013 062 824

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 4. August 2017 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Kortbein, des Richters Schmid und des Richters Dr. Söchtig

beschlossen:

Die Beschwerde des Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Das am 14. November 2013 angemeldete Wortzeichen

Theraflex

ist am 19. Dezember 2013 unter der Registernummer 30 2013 062 824 für nachfolgende Waren in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Markenregister eingetragen worden:

Klasse 10:

Geräte für physikalische Therapie; medizinische Therapieapparate;

Klasse 20:

Massagetische.

Der Beschwerdeführer hat gegen die Eintragung dieser Marke die drei nachgenannten Widersprüche aus seinen Marken erhoben:

1. Widerspruch aus seiner am 10. Mai 1996 angemeldeten und am 12. November 1996 für

Klasse 20:

Behandlungsliegen (soweit in Klasse 20 enthalten)

eingetragenen Wortmarke 396 21 631

THERA,

2. Widerspruch aus seiner am 21. September 2000 angemeldeten und am 12. Juli 2001 für

Klasse 10:

Behandlungsliegen, soweit in Klasse 10 und 20 enthalten

eingetragenen Wortmarke 300 70 591

THERAWELL

und

3. Widerspruch aus seiner am 3. Januar 1997 angemeldeten und am 6. Februar 1997 für

Klasse 20:

Behandlungsliegen (soweit in Klasse 20 enthalten)

eingetragenen Wortmarke 397 00 083

THERAGYM.

Das Deutsche Patent- und Markenamt, Markenstelle für Klasse 10, hat die Widersprüche durch Beschlüsse vom 25. Juni 2015 und - im Erinnerungsverfahren - vom 22. Februar 2016 zurückgewiesen, da zwischen der angegriffenen Marke und den Widerspruchsmarken keine Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG bestehe. Bei der gebotenen Gesamtabwägung der relevanten Umstände sei zwar im Verhältnis der für die angegriffene Marke eingetragenen Waren „Massagetische“ und den für die Widerspruchsmarken geschützten Waren „Behandlungsliegen“ von Warenidentität auszugehen. Ferner komme den Widerspruchsmarken originär jeweils durchschnittliche Kennzeichnungskraft zu, während Anhaltspunkte für das Vorliegen einer gesteigerten Kennzeichnungskraft fehlten. Die angegriffene Marke „Theraflex“ halte jedoch den danach gebotenen deutlichen Abstand zu den Widerspruchsmarken jeweils ein. Die Widerspruchsmarke „THERA“ und die angegriffene Marke „Theraflex“ wiesen auf Grund der zusätzlichen Wortsilbe „-flex“ bei letztgenannter im klanglichen und schriftbildlichen Gesamteindruck erhebliche Unterschiede auf. Die Wortsilbe „-flex“ erfahre besondere Beachtung, nachdem die Anfangssilbe „Thera-“ der angegriffenen Marke als Anlehnung an die beschreibende Angabe „Therapie, therapeutisch“ verstanden werde. Demzufolge komme „Thera-“ keine prägende oder selbständig kennzeichnende Stellung zu. Vielmehr werde die angegriffene Marke „Theraflex“ als zusammengehörige Bezeichnung von therapeutischen Produkten, die flexibel einsetzbar oder biegsam/beweglich seien, verstanden. Ferner bestehe keine mittelbare Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt einer Serienzeichenbildung. Denn die gemeinsame Buchstabenfolge „Thera“ weise auf ein therapeutisches Produkt hin und werde daher nicht als Hinweis auf den Widersprechenden aufgefasst. Zudem werde sie auch von zahlreichen anderen Unternehmen als Markenbestandteil verwendet.

Zwischen der angegriffenen Marke „Theraflex“ und der Widerspruchsmarke „THERAWELL“ bestehe im Hinblick auf die unterschiedlichen Wortsilben „-flex“ und „-WELL“ ebenfalls keine verwechslungsbegründende Zeichenähnlichkeit. Bei mündlicher Wiedergabe liege die Betonung auf diesen Silben. Die Klangunterschiede, insbesondere im Bereich der auffälligen Endkonsonanten „x“ bzw. „ll“, träten daher ausreichend hervor. Zudem gewährleiste der abweichende Bedeutungsgehalt der Wortbestandteile „-flex“ bzw. „-WELL“ eine zuverlässige Abgrenzung der Zeichen. In schriftbildlicher Hinsicht unterschiede sich die Zeichengestaltung bei Wiedergabe in Hand- und Normalschrift angesichts abweichender Anordnung der mit Oberlängen versehenen Buchstaben „fl“ bzw. „ll“. Eine selbständig kollisionsbegründende Stellung der Wortsilben „Thera-“ bzw. „THERA-“ sei in Bezug auf beide Marken zu verneinen.

Die angegriffene Marke sei ferner ausreichend gegenüber der Widerspruchsmarke „THERAGYM“ abgegrenzt. Das Laut- wie auch das Schriftbild dieser Vergleichszeichen unterscheide sich wegen der auch einen abweichenden Bedeutungsgehalt aufweisenden Wortsilben „-flex“ und „-GYM“ deutlich.

Der Widersprechende beantragt mit seiner hiergegen gerichteten Beschwerde sinngemäß,

die Beschlüsse des Deutschen Patent- und Markenamts vom 25. Juni 2015 und vom 22. Februar 2016 aufzuheben und die Eintragung der Marke 30 2013 062 824 aufgrund der Widersprüche aus den Marken 396 21 631 „THERA“, 300 70 591 „THERAWELL“ und 397 00 083 „THERAGYM“ zu löschen.

Nach seiner Auffassung besteht zwischen der angegriffenen Marke und jeder der Widerspruchsmarken Verwechslungsgefahr. Eine Lizenznehmerin benutze letztgenannte bereits seit vielen Jahren für Behandlungsliegen, die mit einem Designpreis prämiert worden seien. Die Widerspruchsmarken verfügten daher über eine

gesteigerte Kennzeichnungskraft. Die angegriffene Marke halte den wegen der Warenidentität gebotenen deutlichen Zeichenabstand gegenüber den Widerspruchsmarken nicht ein. Zwischen den Vergleichszeichen bestehe jeweils eine ausgeprägte Ähnlichkeit, zumal der Bestandteil „Thera-“ den Gesamteindruck der jüngeren Marke „Theraflex“ präge, darin zumindest aber eine selbständig kennzeichnende Stellung einnehme. Ferner sei auf Grund der Serie benutzter Zeichen des Widersprechenden bzw. seiner Lizenznehmerin, in denen das Wort „THERA“ als Stammbestandteil wahrgenommen werde, eine mittelbare Verwechslungsgefahr zu bejahen.

Die Markeninhaberin hat sich weder im Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt noch im Beschwerdeverfahren geäußert.

Ergänzend wird auf die angefochtenen Beschlüsse des Deutschen Patent- und Markenamts und den weiteren Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde des Widersprechenden bleibt in der Sache ohne Erfolg. Zwischen der angegriffenen Marke und den Widerspruchsmarken ist eine Verwechslungsgefahr gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG jeweils zu verneinen. Das Deutsche Patent- und Markenamt hat die Widersprüche aus den Marken 396 21 631 „THERA“, 300 70 591 „THERAWELL“ und 397 00 083 „THERAGYM“ daher jedenfalls im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen.

1. Widerspruch aus der Marke 396 21 631 „THERA“

Ob Verwechslungsgefahr vorliegt, ist nach ständiger Rechtsprechung sowohl des Europäischen Gerichtshofes als auch des Bundesgerichtshofes unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (vgl. EuGH GRUR

Int. 2000, 899, Rdnr. 40 - Marca Mode; GRUR 2010, 933, Rdnr. 32 - BARBARA BECKER; BGH GRUR 2012, 64, Rdnr. 9 - Maalox/Melox-GRY; GRUR 2016, 382, Rdnr. 22 - BioGourmet). Von maßgeblicher Bedeutung sind insoweit insbesondere die Identität oder Ähnlichkeit der Waren, die Identität oder Ähnlichkeit der Marken sowie die Kennzeichnungskraft und der daraus folgende Schutzzumfang der Widerspruchsmarke. Diese einzelnen Faktoren sind zwar für sich gesehen voneinander unabhängig, bestimmen aber in ihrer Wechselwirkung den Rechtsbegriff der Verwechslungsgefahr. Nach diesen Grundsätzen besteht vorliegend für das angesprochene Publikum keine Gefahr von Verwechslungen.

a) Benutzungsfragen sind vorliegend nicht aufgeworfen. Nach der maßgeblichen Registerlage können die Vergleichszeichen zur Kennzeichnung identischer Waren verwendet werden. Die für die angegriffene Marke eingetragenen Waren „Massagetische“ sind nämlich von der weiter gefassten Warenangabe „Behandlungsliegen (soweit in Klasse 20 enthalten)“, für die die Widerspruchsmarke „THERA“ eingetragen ist, umfasst. Ob und inwieweit zwischen den weiter für die angegriffene Marke registrierten Waren „Geräte für physikalische Therapie; medizinische Therapieapparate“ und den auf Seiten der Widerspruchsmarke stehenden „Behandlungsliegen (soweit in Klasse 20 enthalten)“ eine Warenähnlichkeit besteht, kann dahingestellt bleiben, da im Streitfall selbst bei unterstellter Warenidentität keine Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG gegeben ist.

b) Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke „THERA“ ist als unterdurchschnittlich anzusehen. Sie ist dem Ausdruck „Therapie“ und damit einer beschreibenden Angabe angenähert, da die von ihr umfassten „Behandlungsliegen (soweit in Klasse 20 enthalten)“ Therapiezwecken dienen können. Diesen Eindruck unterstützt die Lizenznehmerin des Widersprechenden durch die Verwendung der Widerspruchsmarke in Verbindung mit dem Ausdruck „Therapieliegen“ in einem Katalog (vgl. Anlage W 2 zum Schriftsatz vom 24. April 2014).

Eine durch umfangreiche Benutzung gesteigerte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke kann nicht festgestellt werden. Aus dem Tatsachenvortrag des Widersprechenden, den die Markeninhaberin nicht bestritten hat und von dem daher mit Rücksicht auf den insoweit geltenden Beibringungsgrundsatz (vgl. BPatG GRUR-RR 2015, 468, Rdnr. 43 - Balkendarstellung) vorliegend auszugehen ist, ergibt sich nicht der Umfang der Markenbenutzung und damit nicht das Vorliegen einer Marktdurchsetzung der Widerspruchsmarke, die die Anerkennung ihrer durchschnittlichen oder überdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft begründen könnte (vgl. zur Abstufung nach fünf Graden BGH GRUR 2013, 833, Rdnr. 55 - Culinaria/Villa Culinaria). Das Vorbringen des Widersprechenden zur Dauer der Benutzung seiner Marke „THERA“ über einen Zeitraum von fünfzehn Jahren trägt ohne konkrete Angaben zur Intensität der Benutzung (etwa in Form von Umsatzzahlen) während dieses Zeitraums nicht die Annahme einer erheblichen Verkehrsbekanntheit der Widerspruchsmarke zum maßgeblichen Anmeldetag der angegriffenen Marke. Auch der weitere Vortrag des Widersprechenden in seinem Schriftsatz vom 24. April 2014, dass die mit der Marke „THERA“ gekennzeichnete Behandlungsliege im Jahr 2002 mit dem „reddot - Design Award“ ausgezeichnet worden sei, lässt - zumal für den hier maßgeblichen Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke im November 2013 - keine zuverlässigen Aussagen über eine ausgeprägte Verkehrsbekanntheit der Widerspruchsmarke zu.

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass die Markeninhaberin der Behauptung des Widersprechenden über das Vorliegen einer gesteigerten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke nicht entgegengetreten ist. Die Regelung gemäß § 138 Abs. 3 ZPO i. V. m. § 82 Abs. 1 MarkenG zu den Folgen des Nichtbestreitens bezieht sich nicht auf die die Rechtsbehauptung stützenden Tatsachen (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 11. Auflage, § 9, Rdnr. 169).

c) Die für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr erforderliche Gesamtabwägung ergibt, dass die angegriffene Marke „Theraflex“ trotz einer möglichen Begegnung der Vergleichszeichen auf identischen Waren den gebotenen

deutlichen Abstand zur Widerspruchsmarke „THERA“ in jeder Hinsicht einhält. Die in Rede stehenden Waren, insbesondere Massage- und Behandlungsliegen, sind zentrale Arbeitsmittel für Physiotherapeuten (vgl. auch die Anlage W 5 zum Schriftsatz des Widersprechenden vom 12. Oktober 2015: „Eine Neuentwicklung für alle Therapeuten“). Dieser Adressatenkreis wird einschlägige betriebliche Herkunftshinweise daher regelmäßig mit ausgeprägter Aufmerksamkeit wahrnehmen. Soweit Endverbraucher derartige Waren im Einzelfall auch beziehen sollten, ist wegen ihrer Bedeutung für die Gesundheit des Kunden von einer zumindest durchschnittlichen Aufmerksamkeit bei der Wahrnehmung darauf befindlicher Kennzeichen auszugehen.

(1) Die Frage der Ähnlichkeit einander gegenüberstehender Marken ist nach deren Ähnlichkeit im Klang, im (Schrift-) Bild und im Bedeutungsgehalt zu beurteilen, weil Marken auf die mit ihnen angesprochenen Verkehrskreise in klanglicher, bildlicher und begrifflicher Hinsicht wirken können (vgl. EuGH GRUR Int. 2010, 129, Rdnr. 60 - La Espagnola/Carbonelle; BGH GRUR 2009, 1055, Rdnr. 26 - airdsl; GRUR 2011, 824, Rdnr. 26 - Kappa).

Die jüngere Marke „Theraflex“ weist gegenüber der Widerspruchsmarke „THERA“ nahezu die doppelte Wortlänge und damit deutlich erkennbar ein anderes Klangbild auf. Die Silbe „-flex“ ist sehr markant, da sie nicht nur die auffällige Konsonantenfolge „fl“, sondern auch den klangstarken Schlusslaut „x“ enthält, der ungeachtet der Stellung am Zeichenende deutlich hervortritt. Dabei ist davon auszugehen, dass das Wort „Theraflex“ - entsprechend der Aussprache des Wortes „Therapie“ (vgl. zur Betonung von Therapie, Langenscheidt Muret Sanders, Großwörterbuch Englisch-Deutsch, Teil I, 2001, Seite 1135) - regelmäßig auf der dritten Wortsilbe betont wird.

Die Vergleichszeichen unterscheiden sich auch in schriftbildlicher Hinsicht ausreichend voneinander. Ihre Länge als auch die Konturen der zusätzlichen Buchstaben in der angegriffenen Marke rufen in allen üblichen Wiedergabeformen andere

optische Gesamteindrücke hervor. Insbesondere bleibt die in jeder Schreibweise charakteristische Gestaltung des am Ende des Wortes „Theraflex“ exponiert hervortretenden Buchstabens „x“ dem Publikum nicht verborgen.

Die Abgrenzung der sich gegenüber stehenden Marken in klanglicher und schriftbildlicher Hinsicht wird ferner dadurch unterstützt, dass das Wortelement „-flex“ in Bezug auf „Geräte für physikalische Therapie“, „medizinische Therapieapparate“ und „Massagetische“ ohne Weiteres als sprechender Hinweis auf flexible, also an die Bedürfnisse eines Patienten anpassbare Produkte begriffen wird. Der damit verbundene verständliche Sinngelhalt der jüngeren Marke vermindert die Verwechslungsgefahr weiter (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 9, Rdnr. 294).

Eine relevante begriffliche Annäherung der Zeichen ist ebenfalls zu verneinen. Der übereinstimmende Wortbestandteil „Thera“ kann - wie oben ausgeführt - zwar als Kurzform des Wortes „Therapie“ verstanden werden. Ein derartiger Bedeutungsgehalt wäre in Bezug auf die betroffenen Waren aber als Angabe über ihren Zweck lediglich beschreibender Natur und bietet daher keine zeichenrechtlich erhebliche Grundlage für eine Herkunftsverwechslung (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 9, Rdnr. 288). Im Übrigen findet der Wortteil „-flex“ der angegriffenen Marke ersichtlich keine Entsprechung in der Widerspruchsmarke.

(2) Entgegen der Auffassung des Widersprechenden bestehen auch keine Anzeichen dafür, dass dem Bestandteil „Thera-“ als solchem eine kollisionsbe gründende Stellung innerhalb der angegriffenen Marke zukommt. Bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit sind die sich gegenüberstehenden Kennzeichen jeweils als Ganzes zu betrachten und in ihrem Gesamteindruck miteinander zu vergleichen (BGH GRUR 2012, 635, Rdnr. 23 - METRO/ROLLER's Metro). Das schließt nicht aus, dass unter Umständen ein oder mehrere Bestandteile eines komplexen Zeichens für den durch das Kennzeichen im Gedächtnis der angesprochenen Verkehrskreise hervorgerufenen Gesamteindruck prägend sein können (vgl. EuGH GRUR 2005, 1042, Rdnr. 28 f. - THOMSON LIFE; GRUR 2013,

862 Rdnr. 45- Culinaria/Villa Culinaria). Weiter ist es möglich, dass ein Zeichen, das als Bestandteil in eine zusammengesetzte Marke oder eine komplexe Kennzeichnung aufgenommen wird, eine selbständig kennzeichnende Stellung behält, ohne dass es das Erscheinungsbild der zusammengesetzten Marke oder komplexen Kennzeichnung dominiert oder prägt (vgl. EuGH GRUR 2005, 1042, Rdnr. 30 - THOMSON LIFE; BGH GRUR 2013, 862, Rdnr. 45 - Culinaria/Villa Culinaria).

Die Prüfung der prägenden Eigenschaft eines Markenbestandteils ist abgesehen von dem hier nicht gegebenen Fall des Vorliegens gesteigerter Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke unabhängig von der Gegenmarke lediglich anhand der Gestaltung der betreffenden Marke selbst vorzunehmen (vgl. BGH GRUR 2000, 233, 234 f. - RAUSCH/ELFI RAUCH; m. w. N. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 9, Rdnr. 383 f.). Über eine prägende Bedeutung verfügt ein Bestandteil in einer Kombinationsmarke nur dann, wenn die anderen Bestandteile weitgehend in den Hintergrund treten und den Gesamteindruck nicht mitbestimmen (vgl. BGH GRUR 2012, 64, Rdnr. 15 - Maalox/Melox Gry). Dies ist hier in Bezug auf den Wortbestandteil „Thera“ in jeder Hinsicht, insbesondere auch für den klanglichen Gesamteindruck zu verneinen. Vorliegend besteht für das angesprochene Publikum keine Veranlassung, das Einwortzeichen „Theraflex“ einer zergliedernden Betrachtung zu unterwerfen. Die durch den Widersprechenden angenommene Kennzeichnungsschwäche des Bestandteils „-flex“ trägt diese Annahme nicht. Vielmehr wird die angegriffene Marke als Begriffsbildung wahrgenommen, in der beide Wortbestandteile „Thera-“ und „-flex“ produktbezogene Anlehnungen („Therapie“ bzw. „flexibel“) aufweisen und - entsprechend einem verbreiteten Markenbildungsprinzip - zu einem neuen, gerade in der Verbindung kennzeichnenden Phantasiewort zusammengeführt werden.

Der Wortteil „Thera-“ nimmt in der angegriffenen Marke auch keine selbständig kennzeichnende Stellung ein. Zwar enthält sie das ältere Wortzeichen „THERA“ identisch. Jedoch wird es in der angegriffenen Marke nicht als selbständiger Herkunftshinweis verstanden. Besondere Umstände, die eine derartige Wahrnehmung

nahe legen können, sind hier nicht gegeben (vgl. BGH GRUR 2013, 833, Rdnr. 50 - Culinaria/Villa Culinaria; anders EuG GRUR Int. 2009, 738 - SPA THERAPY). Insbesondere wird der Bestandteil „-flex“ der angegriffenen Marke nicht als Firmenname der Markeninhaberin oder des Widersprechenden aufgefasst. Ebenso wird das Element „Thera-“ nicht aufgrund gesteigerter Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke oder aus anderen Gründen als eigenständig wahrgenommen (vgl. zu entsprechenden Indizien Ströbele/Hacker, a. a. O., § 9, Rdnr. 463 ff.). Im Übrigen führt der Umstand, dass die jüngere Marke „Theraflex“ ein Einwortzeichen ist, davon weg, das Element „Thera-“ als trennbaren Bestandteil mit eigener kennzeichnender Funktion wahrzunehmen (vgl. BGH GRUR 2008, 909, Rdnr. 39 - Pantogast).

(3) Im Streitfall bestehen ferner keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, dass das Publikum die angegriffene Marke im Hinblick auf die Übereinstimmung im Bestandteil „THERA“ bzw. „Thera“ irrig einer dem Widersprechenden gehörenden Markenfamilie zuordnen wird (sog. mittelbare Verwechslungsgefahr, § 9 Abs. 1 Nr. 2, 2. Halbsatz, MarkenG). Das Vorliegen einer derartigen Fallgestaltung setzt auf Seiten des Widersprechenden die Benutzung mehrerer Marken mit einem gemeinsamen Stammbestandteil voraus, aufgrund derer die angesprochenen Verkehrskreise das gemeinsame Element kennen (vgl. EuGH GRUR 2008, 343, Rdnr. 64 - Il Ponte Finanziaria/HABM [BAINBRIDGE]; BGH GRUR 2013, 840, Rdnr. 23 - PROTI II; GRUR GRUR 2013, 1239, Rdnr. 40 - VOLKSWAGEN/VOLKS.Inspektion).

Der Widersprechende hat hierzu zwar vorgetragen, seine Lizenznehmerin habe das Zeichen „THERA“ und die weiteren Widerspruchsmarken „THERAWELL“ sowie „THERAGYM“ seit mehr als 15 Jahren erfolgreich für Behandlungs- und Untersuchungsliegen benutzt (vgl. den Schriftsatz vom 24. April 2014). Allerdings enthält der unbestrittene Vortrag des Widersprechenden keine konkreten tatsächlichen Angaben zum Umfang der Verwendung dieser Marken während des eben genannten Zeitraums, so dass der Senat nicht feststellen kann, ob von einer

rechtlich relevanten Benutzung dieser Zeichen ausgegangen werden kann. Die vorgelegten Darstellungen eines Webauftritts und die Auszüge aus Katalogen der Lizenznehmerin sind in Bezug auf den Umfang der Benutzung der genannten Marken zum Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke im November 2013 ohne Aussagekraft (vgl. zu den relevanten Zeitpunkten Ströbele/Hacker, a. a. O., § 9, Rdnr. 211), weil sie entweder keine zeitliche Einordnung zulassen (vgl. Anlagen W 2 und W 4 zum Schriftsatz vom 24. April 2014) oder sich auf einen späteren Zeitpunkt beziehen (vgl. zum Internetauftritt, Stand: 23. April 2014, Anlagen W 1 und W 3 zum Schriftsatz vom 24. April 2014). In Bezug auf die weiteren, nicht eingetragenen Zeichen „THERA pro“, „THERA Vojta“ und „THERA Edition“, deren Benutzung der Widersprechende behauptet hat, fehlen ebenfalls tatsächliche Angaben zumindest zum Umfang der Benutzung. Der hierzu vorgelegte Katalogauszug (Anlage W 5 zum Schriftsatz vom 12. Oktober 2015) bezieht sich auf das Jahr 2004, das deutlich vor dem Anmeldetag der jüngeren Marke liegt. Zudem betrifft er ausschließlich das Zeichen „THERA® EDITION“ und spricht daher nicht für das Vorliegen einer Serie mit mehreren Marken. Schließlich sind auch in ihm aussagekräftige Angaben zum Umfang der Benutzung des Zeichens in Form von Zahlen zum Umsatz oder zur Auflage des betreffenden Katalogs nicht zu finden.

Vom Vorliegen einer benutzten Markenserie kann daher mangels schlüssigen Vortrags zur Benutzung der genannten Marken nicht ausgegangen werden (vgl. zur Geltung des Beibringungsgrundsatzes: BGH GRUR 2006, 859, Rdnr. 33 - Malteserkreuz; BPatG MarkenR 2015, 454, Rdnr. 43 - Balkendarstellung). Zudem kann angesichts der beschreibenden Anklänge des Wortes „THERA“ in Verbindung mit den hier in Rede stehenden Waren nicht davon ausgegangen werden, dass es sich als Stammbestandteil einer Zeichenserie eignet (vgl. dazu BPatG Mitt. 1996, 171, 172 - HORTIVER/HORTIPLUS; m. w. N. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 9, Rdnr. 503).

2. Widersprüche aus den Marken 300 70 591 „THERAWELL“ und 397 00 083 „THERAGYM“

Auch die Widersprüche aus den Marken 300 70 591 und 397 00 083 haben mangels Vorliegens einer markenrechtlichen Verwechslungsgefahr keinen Erfolg.

Die sich gegenüber stehenden Waren der Widerspruchsmarken einerseits und der angegriffenen Marke andererseits sind identisch, da es sich bei Behandlungsliegen auch um Massagetische handeln kann.

Die Widerspruchsmarken verfügen als Wortkombinationen über eine gewisse sprachliche Eigenprägung und damit über eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft. Die beschreibende Anklänge aufweisenden Einzelbestandteile „THERA“ und „WELL“ bzw. „GYM“ als solche treten durch ihre Verbindung in den Hintergrund. Allerdings fehlen auch hier tragfähige Anhaltspunkte für die Annahme einer gesteigerten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken auf Grund umfangreicher Benutzung. Insbesondere lassen sich dazu - wie unter 1.b) bereits ausgeführt - den eingereichten Unterlagen keine aussagekräftigen Angaben entnehmen.

Im Rahmen der Gesamtabwägung der Einzelfallumstände hält die angegriffene Marke den gebotenen deutlichen Zeichenabstand ein.

Die angegriffene Marke „Theraflex“ ist aus Sicht der angesprochenen aufmerksamen Durchschnittsverbraucher sowohl in klanglicher als auch in schriftbildlicher Hinsicht klar von der Widerspruchsmarke „THERAWELL“ zu unterscheiden. Zwar kommt den Zeichenanfängen eine stärkere Beachtung zu. Allerdings erfährt dieser Grundsatz vorliegend dahingehend eine Einschränkung, als beide Marken mit den kennzeichnungsschwachen Buchstabenfolgen „Thera-“ bzw. „THERA-“ beginnen und demzufolge das jeweilige weitere Zeichenelement oder die Wortkombinationen als solche in den Vordergrund treten. Hierbei ist nicht zu erwarten, dass das Publikum die unterschiedlichen Endsilben „-WELL“ bzw. „-flex“ vermengt. Ihnen

kommt, was den Kennzeichnungsgehalt angeht, keine nur nachgeordnete Bedeutung zu. Vielmehr beruht die Eigenart der Vergleichsmarken gerade darauf, dass der Wortanfang „Thera-“ bzw. „THERA-“ in ungewöhnlicher Weise mit anderen Angaben, die Produkteigenschaften andeuten, verbunden wird.

In klanglicher Hinsicht unterscheiden sich die dritten Wortsilben „-WELL“ und „-flex“ in Bezug auf die Konsonanten, insbesondere die nachklingenden Endungen „LL“ bzw. „x“. Diese Silben werden - wie oben unter 1.c) bereits dargelegt - außerdem betont. Zu einer Minderung der Verwechslungsgefahr trägt des Weiteren der Umstand bei, dass die beiden Endungen „-WELL“ und „-flex“ im vorliegenden Sachzusammenhang über einen ohne Weiteres erkennbaren Sinngehalt verfügen, der die Erfassung der Unterschiede zwischen den Marken unterstützt. So ruft das Zeichenelement „-WELL“ in Verbindung mit Behandlungsliegen Assoziationen mit dem bekannten englischen und mittlerweile vielfach im Deutschen verwendeten Begriff „Wellness“ hervor.

Der abweichende Sinngehalt der Endungen und ihre klar voneinander abweichende Buchstabengestaltung sowohl in Groß- als auch in Kleinschreibung verhindert zudem, dass die Vergleichszeichen schriftbildlich miteinander verwechselt werden. Dies gilt auch im Falle einer handschriftlichen Zeichenwiedergabe, zumal der einer Welle ähnelnde Buchstabe „w“ eine deutlich andere Form als der durch zwei sich kreuzende Linien gebildete Buchstabe „x“ aufweist.

Noch auffälligere klangliche und schriftbildliche Unterschiede bestehen zwischen der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke „THERAGYM“. Ihre dritten Wortsilben „flex“ und „GYM“ besitzen keinerlei Gemeinsamkeiten. Darüber hinaus weist das Element „GYM“ der Widerspruchsmarke darauf hin, dass mit den für sie geschützten Behandlungsliegen Gymnastik betrieben werden kann. Insofern trägt auch hier der verständliche Sinngehalt beider Marken dazu bei, dass Verwechslungen in rechtserheblichem Umfang vermieden werden.

Anzeichen dafür, dass der Bestandteil „Thera-“ bzw. „THERA-“ den Gesamteindruck der jüngeren Marke und der Widerspruchsmarken „THERAWELL“ bzw. „THERAGYM“ prägt oder eine selbständig kennzeichnende Stellung in der angegriffenen Marke hat, sind auch hier nicht gegeben.

Eine mittelbare Verwechslungsgefahr ist ebenfalls zu verneinen. Der Widersprechende hat unter Zugrundelegung der Ausführungen unter Ziffer 1.c) (3) die Benutzung einer Zeichenserie mit dem Stammbestandteil „THERA-“ nicht glaubhaft gemacht.

Die Beschwerde des Widersprechenden war daher zurückzuweisen.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diesen Beschluss steht den am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,

5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerdeschrift muss von einer beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältin oder von einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet und innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe, eingereicht werden. Die Frist ist nur gewahrt, wenn die Rechtsbeschwerde vor Fristablauf beim Bundesgerichtshof eingeht. Die Frist kann nicht verlängert werden.

Prof. Dr. Kortbein

Dr. Söchtig

Schmid

Richter Schmid ist wegen
Urlaubs an der Unter-
schrift verhindert

Kortbein

prä