
Datum: 04.07.2008
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 209/07
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2008:0704.6U209.07.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 120/07
Normen: MarkenG §§ 14 Abs. 2; 15 Abs. 2 UWG § 4 Nr. 10

Tenor:

I. Auf die Berufung der Klägerinnen wird das am 22.11.2007 verkündete Urteil des Landgerichts Köln - 31 O 120/07 - teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt,

1.

es unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten, zu vollziehen an ihren jeweiligen Geschäftsführern, zu unterlassen, die Marke

1-Pharma

im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit pharmazeutischen und veterinärmedizinischen Erzeugnissen sowie Präparaten für die Gesundheitspflege, diätetischen Erzeugnissen für medizinische Zwecke, Nahrungsergänzungsmitteln für medizinische Zwecke,

Nahrungsergänzungsmitteln für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Vitaminen, Mineralien und Spurenelementen von Stoffen tierischen und pflanzlichen Ursprungs - soweit in Klasse 5 der Wareneinteilung gemäß der Anlage zu § 15 Abs. 1 MarkenV enthalten - zu benutzen;

2.

die eingetragene deutsche Marke Nr. XXX1 (Wortmarke 1-Pharma) durch Erklärung des Verzichts gegenüber dem Deutschen Patent- und Markenamt für die Waren pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege, diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Nahrungsergänzungsmittel für medizinische Zwecke, Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Vitaminen, Mineralien und Spurenelementen von Stoffen tierischen und pflanzlichen Ursprungs, soweit in Klasse 5 enthalten“ löschen zu lassen;

3.

an die Klägerin zu 1.) 1.359,80 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 21.03.2007 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die weitergehende Berufung der Klägerinnen und die Berufung der Beklagten werden zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben die Beklagte 7/10 und die Klägerinnen je 3/20 zu tragen. Die Kosten des Berufungsverfahrens haben die Beklagte zu 4/5 und die Klägerinnen zu je 1/10 zu tragen.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung wegen des Unterlassungsanspruchs durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120.000,00 € (je Klägerin 60.000,00 €) abwenden, wenn nicht die Klägerinnen vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten. Die Parteien können die Vollstreckung des Zahlungs- und Kostenerstattungsanspruchs durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht ihr jeweiliger Gegner vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

	1
I.	2
Die zum Novartis-Konzern gehörenden Klägerinnen gehen aus der deutschen Wortmarke Nr. XXX2 "1 A-Pharma" der Klägerin zu 1.), der deutschen Wortmarke Nr. XXX3 "1 A Pharma" und der Wort- / Bildmarke Nr. XXX4 (Originalabbildung in dunkelgrün)	3
der Klägerin zu 2.), für die sie der Klägerin zu 1.) Lizenzen eingeräumt hat (Klagemarken), sowie aus der seit 1997 benutzten Firma der Klägerin zu 1.) gegen die prioritätsjüngere (Anmeldung 31.03.2005) deutsche Wortmarke Nr. XXX1 "1-Pharma" der Beklagten (Beklagtenmarke) vor. Mit dem angefochtenen Urteil, auf das wegen der Warenverzeichnisse der Marken sowie der Anträge und der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes erster Instanz verwiesen wird, hat das Landgericht die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Klage verurteilt, es zu unterlassen, ihre Marke im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit pharmazeutischen Erzeugnissen zu benutzen, die Marke für diese Waren löschen zu lassen und an die Klägerin zu 1.) Abmahnkosten in der zu Nr. I 3 der Urteilsformel ersichtlichen Höhe zu zahlen.	4
Mit ihrer Berufung verfolgen die Klägerinnen den erstinstanzlich geltend gemachten Unterlassungs- und Löschungsanspruch bezogen auf die weiteren Waren des Warenverzeichnisses der Beklagtenmarke – nämlich über pharmazeutische Erzeugnisse hinaus für die zu Nr. I 1 und 2 der Urteilsformel aufgeführten Waren sowie für Mittel zur Körper- und Schönheitspflege – weiter, während die Beklagte mit ihrer Berufung die vollständige Klageabweisung erstrebt.	5
II.	6
Die Berufungen beider Parteien sind zulässig; in der Sache hat nur die Berufung der Klägerinnen teilweise Erfolg.	7
1. Berufung der Beklagten	8
Auf der Grundlage des in erster Instanz unstreitigen Sachverhalts hat das Landgericht Unterlassungs- und Löschungsansprüche der Klägerinnen wegen Anmeldung und drohender Benutzung einer Marke, die die Gefahr von Verwechslungen mit ihren Marken und der Firma der Klägerin zu 1.) begründet (§§ 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5, 15 Abs. 2 und 4 MarkenG; §§ 9 Abs. 1 Nr. 2, 51 Abs. 1 und 5, 55 MarkenG), für den Bereich der pharmazeutischen Erzeugnisse zu Recht und mit im Wesentlichen zutreffenden Erwägungen bejaht. Das Berufungsvorbringen der Beklagten rechtfertigt keine abweichende Beurteilung.	9
Die Beurteilung, ob Verwechslungsgefahr im markenrechtlichen Sinne vorliegt, ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen der Ähnlichkeit der Zeichen und der Ähnlichkeit der mit ihnen gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen sowie der Kennzeichnungskraft der älteren Marke, so dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen durch	10

einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Zeichen oder durch eine erhöhte Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (st. Rspr.: BGH, GRUR 2007, 1066 = WRP 2007, 1466 [Tz. 21] – Kinderzeit; GRUR 2007, 1071 = WRP 2007, 1461 [Tz. 20] – Kinder II; GRUR 2008, 505 = WRP 2008, 797 [Tz. 18] – TUC-Salzcracker; jeweils m.w.N.).

Nach diesem vom Landgericht richtig angewendeten Grundsatz besteht die Gefahr von Verwechslungen insbesondere zwischen der bisher noch nicht benutzten, registrierten Beklagtenmarke "1-Pharma" und den älteren Wortmarken der Klägerinnen "1 A-Pharma" und "1 A Pharma". Auch wenn – wovon der Senat auszugehen hat – die durch Marktpräsenz gesteigerte Kennzeichnungskraft der Klagemarken nur durchschnittlich ist, ist doch die Ähnlichkeit der Zeichen groß genug, um jedenfalls im Bereich der Warenidentität Verwechslungsgefahr zu begründen. 11

a) Bei der Bestimmung der Kennzeichnungskraft einer Klagemarke sind zu berücksichtigen insbesondere die Eigenschaften, die die Marke von Hause aus besitzt, der von der Marke gehaltene Marktanteil, die Intensität, die geografische Verbreitung und die Dauer der Benutzung der Marke, der Werbeaufwand des Unternehmens für eine Marke und der Teil der beteiligten Verkehrskreise, die die Waren oder Dienstleistungen auf Grund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen (BGH, GRUR 2007, 1071 = WRP 2007, 1461 [Tz. 27] – Kinder II m.w.N.), wobei aus Umständen, die sich auf die Bekanntheit einer Wort- / Bildmarke beziehen, nicht ohne weiteres auf eine gesteigerte Kennzeichnungskraft des Wortbestandteils geschlossen werden kann (BGH, a.a.O. [Tz. 29, 31]). Eine kraft Verkehrsdurchsetzung, das heißt auf Grund eines Bekanntheitsgrades von wenigstens 50 % (BGH, GRUR 2006, 760 = WRP 2006, 1130 [Tz. 20] – LOTTO; GRUR 2008, 510 = WRP 2008, 791 [Tz. 23] – Milchschnitte m.w.N.) eingetragene Marke verfügt regelmäßig über normale Kennzeichnungskraft (BGH, GRUR 2007, 1066 = WRP 2007, 1466 [Tz. 34] – Kinderzeit m.w.N.). Im Übrigen hat die Bindung des Richters im Verletzungsverfahren an die Eintragung der Marke nur zur Folge, dass er der Marke nicht jeglichen Schutz versagen darf (BGH, GRUR 2000, 608 [610] = WRP 2000, 529 – ARD-1); den Grad der Kennzeichnungskraft der Klagemarke hat er selbstständig zu bestimmen (BGH, GRUR 2002, 171 [173 f.] = WRP 2001, 1315 – Marlboro-Dach; GRUR 2007, 780 [Tz. 35] – Pralinenform; GRUR 2007, 1071 = WRP 2007, 1461 [Tz. 24] – Kinder II; GRUR 2007, 1066 = WRP 2007, 1466 [Tz. 30] – Kinderzeit; vgl. zur Unerheblichkeit der Eintragung für die Anerkennung normaler Kennzeichnungskraft beim Löschungsanspruch Ströbele / Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 9 Rn. 185, 189). 12

Im Streitfall hat die von Haus aus schwache Kennzeichnungskraft der Klagemarken durch Benutzung eine Steigerung erfahren, die es rechtfertigt, sie als wenigstens durchschnittlich zu bewerten. 13

aa) Die originäre Kennzeichnungskraft der unter anderem für Pharmazie-Produkte registrierten Klagemarken hält der Senat ungeachtet ihrer (nicht auf Verkehrsdurchsetzung, § 8 Abs. 3 MarkenG) beruhenden Eintragung für schwach. 14

Die Marken bestehen aus dem die Waren beschreibenden Wort "Pharma" und der Ziffern-Buchstabenkombination "1 A". Einstellige Zahlen sind wie Einzelbuchstaben (GRUR 2003, 343 [344] = WRP 2003, 517 – Buchstabe "Z") zwar nicht generell schutzunfähig (BGH, GRUR 2002, 970 [971] = WRP 2002, 1071 – Zahl 1), aber von Hause aus oft kennzeichnungsschwach (BPatG, GRUR 2006, 868 [871] – go seven). Im Einzelfall mögen aus Zahlen und Buchstaben kombinierte Zeichen nicht ganz unoriginell sein (BGH, GRUR 1995, 808 [810] – P3-plastoclin [für Reinigungsmittel]) und konkrete Unterscheidungskraft 15

aufweisen, wenn ihnen für die fraglichen Waren kein beschreibender Begriffsinhalt zuzuordnen ist (BGH, GRUR 2002, 884 [885] = WRP 2002, 1069 – B-2 alloy [für Metalllegierungen]), sie können aber auch als Sachangabe zu verstehen sein (vgl. BPatG, GRUR 2004, 336 [338] – beauty24.de [für Schönheits-Dienstleistungen]). Die hier gewählte Kombination der ersten natürlichen Zahl und des ersten Buchstabens des Alphabets (die den Wortmarken einen prominenten Platz in numerisch-alphabetischen Verzeichnissen sichert) ist weder für sich genommen noch zusammen mit dem für die fragliche Warenart glatt beschreibenden Gattungsbegriff "Pharma" besonders fantasievoll oder originell und erscheint auch wegen der darin anklingenden Sachaussage ("1a" als Hinweis auf Spitzenqualität) von Hause aus nur begrenzt geeignet, als Herkunftshinweis für Waren eines bestimmten Unternehmens zu dienen.

Diese ursprüngliche Kennzeichnungsschwäche wird nicht etwa durch die von den Klägerinnen geltend gemachte "Einmaligkeit" ihrer Wortmarken ausgeglichen, die sich aus dem angeblich von Bezeichnungsgewohnheiten der Branche abweichenden Markenbildungsprinzip ergeben soll; dass ähnlich gebildete Kennzeichnungen für Gesundheitsprodukte bisher nur in geringem Umfang zur Eintragsreife gelangt sein mögen (vgl. allerdings zur branchenübergreifenden Üblichkeit solcher Bezeichnungen Anlagen B 2-4; B 7; zur – früheren – Üblichkeit von Buchstaben-Zahlen-Verbindungen gerade im pharmazeutischen Warenausgang vgl. BGH, GRUR 1956, 219 [222] – W-5), schließt nicht aus, sondern legt eher nahe, dass der Abstand zu kennzeichnungsschwachen Sachangaben hier besonders gering ist (vgl. zur markenrechtlichen Irrelevanz der Einmaligkeit einer Internetadresse BPatG, GRUR 2004, 336 [338] – beauty24.de; zur fehlenden Indizwirkung des Registerstandes im umgekehrten Fall vgl. Ingerl / Rohnke, MarkenG, 2. Aufl., § 14 Rn. 361 m.w.N.).

16

bb) Gestärkt worden ist die Kennzeichnungskraft der Klagemarken jedoch durch ihre mehrjährige Benutzung in nicht unbedeutendem Umfang. Die vom Landgericht zu Recht schon aus den unstreitigen Umständen abgeleitete Steigerung der Verkehrsbekanntheit genügt für sich allein zwar noch nicht, um den Klagemarken eine deutlich erhöhte Kennzeichnungskraft beizumessen. Sie führt aber dazu, ihre originäre Kennzeichnungsschwäche als überwunden und die Klagemarken als wenigstens normal kennzeichnungskräftig anzusehen. Ob die Kennzeichnungskraft für den engeren Bereich der Generika (der mit einem Originalpräparat, dessen Patentschutz abgelaufen ist, wirkstoffgleichen Arzneimittel) angesichts einer (nach dem bestrittenen Vorbringen der Klägerinnen) deutlich über 50 % liegenden Bekanntheit unter Ärzten und Apothekern noch höher liegt, bedarf keiner Entscheidung.

17

Nach den von den Klägerinnen mitgeteilten und den Feststellungen des Landgerichts – unangefochten – zu Grunde gelegten Zahlen steigerte die Klägerin zu 1.) zwischen 2001 und 2006 ihren Umsatz stetig von 16 Mio. € auf 94 Mio. € und ihren Werbeaufwand von 1,7 Mio. € auf 5,4 Mio. €. Sie erreichte 2006 auf dem deutschen Generika-Markt (mit einem Volumen von etwa 4,5 Mrd. € und mehreren Hundert Herstellern oft geringer Größe) einen Marktanteil von 2,3 %, was dem achten Rang unter den Generika-Herstellern entspricht. Auch wenn in Betracht gezogen wird, dass dem Publikum die Produkte des Generika-Marktes vielfach im Zusammenhang mit den Originalpräparaten des Pharma-Marktes begegnen werden, so dass die mitgeteilten Zahlen zu den dort erzielten hohen Umsätzen und getätigten Werbeaufwendungen ebenfalls ins Verhältnis zu setzen sind, rechtfertigt die in den letzten Jahren stetig gesteigerte Marktpräsenz der Klägerin zu 1.) die tatsächliche Vermutung, dass durch häufigere Gelegenheiten, der Unternehmensbezeichnung und den Klagemarken im Verkehr zu begegnen, auch die Möglichkeit gewachsen ist, sich ihrer zu erinnern.

18

Dieser erhöhte Wiedererkennungswert, der zur Annahme einer wenigstens durchschnittlichen Kennzeichnungskraft führen muss, kommt auch den – dem Unternehmensschlagwort der Klägerin zu 1.) entsprechenden – Wortmarken der Klägerinnen zu, die von ihnen keineswegs nur als Bestandteil ihrer Wort- / Bildmarke, sondern in Werbedrucksachen und im Internet auch selbständig benutzt wurden (Anl. K 5-6, 8-24). Dass sie der Aufmerksamkeit des sich stärker an Produkt- als Unternehmenskennzeichnungen orientierenden Publikums entgangen sein könnten, liegt fern, zumal im Bereich der Generika – im Vergleich zu den unter eigenen Marken eingeführten Originalpräparaten – die Bezeichnung des Herstellerunternehmens oft zusätzlich herausgestellt zu werden pflegt; wie die Klägerinnen unwiderlegt dargetan haben (Klageschrift S. 6), gilt dies auch hier. 19

b) Soweit die Beklagtenmarke – wie die Klagemarken – für "pharmazeutische Erzeugnisse" eingetragen worden ist, besteht Warenidentität. 20

c) In diesem Bereich höchstmöglicher Nähe der erfassten Waren kann bei wenigstens durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Klagemarken die Gefahr von Verwechslungen mit der Beklagtenmarke nicht verneint werden, denn die einander gegenüberstehenden Zeichen – "1 A-Pharma" und "1 A Pharma" einerseits, "1-Pharma" andererseits – weisen eine hinreichende Ähnlichkeit auf. 21

Die Ähnlichkeit von Wortzeichen ist anhand ihres klanglichen und schriftbildlichen Eindrucks sowie ihres Sinngehalts zu ermitteln. Für die Annahme einer Verwechslungsgefahr reicht in aller Regel bereits die Übereinstimmung in einer Hinsicht aus (BGH, GRUR 1992, 550 [551] – ac-pharma; BGHZ 139, 340 [347] = GRUR 1999, 241 = WRP 1999, 192 – Lions; BGH, GRUR 2003, 1044 [1046] = WRP 2003, 1436 – Kelly; BGH, GRUR 2004, 783 [784] = WRP 2004, 1043 – Neuro-Vibolex / Neuro-Fibraflex). Weil der Durchschnittsverbraucher eine Marke regelmäßig als Ganzes wahrnimmt und nicht auf die verschiedenen Einzelheiten achtet, ist bei Beurteilung der Zeichenähnlichkeit auf den durch die Zeichen hervorgerufenen Gesamteindruck abzustellen, wobei insbesondere ihre unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind (EuGH, GRUR 2008, 343 [Tz. 33] = WRP 2007, 1322 – Il Ponte Finanziaria/HABM [Bainbridge], BGH, GRUR 2008, 505 [Tz. 18] – TUC-Salzcracker; jeweils m.w.N.), was nicht ausschließt, dass ein Zeichen innerhalb einer zusammengesetzten Marke eine selbstständig kennzeichnende Stellung behält, auch ohne dass es das Erscheinungsbild der Marke dominiert oder prägt (EuGH, GRUR 2005, 1042 [Tz. 30] – Thomson Life; BGH, GRUR 2007, 1071 [Tz. 35] – Kinder II, m.w.N.). Insofern kann auch ein übereinstimmender beschreibender Bestandteil zum Gesamteindruck beitragen und bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit zu berücksichtigen sein (BGH, GRUR 1999, 735 [736] = WRP 1999, 855 – Monoflam / Polyflam; GRUR 2004, 783 [784 f.] = WRP 2004, 1043 – Neuro-Vibolex / Neuro-Fibraflex m.w.N.). 22

Im Streitfall hat das Landgericht – nach diesen Grundsätzen zu Recht – den Ähnlichkeitsvergleich nicht (wie von der Beklagten geltend gemacht) auf die (dem beschreibenden Wortbestandteil "Pharma" vorangestellten) Zahlen und Buchstaben beschränkt, sondern die jeweiligen Marken in ihrer Gesamtheit beurteilt. Hierbei ergibt sich zumindest in optischer und akustischer Hinsicht eine hinreichende Ähnlichkeit. 23

Klanglich verliert das zwischen "1" und "Pharma" eingefügte "A" der Klagemarken nicht nur bei flüchtiger Aussprache an Bedeutung. Da der Wortklang durch den auf der ersten Silbe (hier: "eins") liegenden Akzent geprägt wird und die Klangwirkung des zusätzlichen Vokals bei den Klagemarken auch dadurch gemindert erscheint, dass das folgende Wort weitere zwei "a"-Laute aufweist (vgl. BGH, GRUR 1992, 550 [551] – ac-pharma), ist das Gewicht der Abweichung im Ergebnis nicht hoch. 24

Schriftbildlich unterscheiden sich die kollidierenden Zeichen nur durch einen einzigen – innerhalb der Zahlen- und Buchstabenfolge an zweiter Stelle stehenden – Buchstaben. Ausgehend von dem Erfahrungssatz, dass der Verkehr die beiden Marken regelmäßig nicht nebeneinander wahrnimmt und sie deshalb nicht unmittelbar miteinander vergleichen kann, sondern seine Auffassung nur auf Grund einer meist undeutlichen Erinnerung an eine der verschiedenen Marken gewinnt, wobei die übereinstimmenden Merkmale regelmäßig stärker hervortreten als die Unterschiede (vgl. EuGH, GRURInt 1999, 734 [Nr. 26] – Lloyd; BGH, GRUR 2005, 264 [265] = WRP 2005, 213 – Das Telefon-Sparbuch; Ströbele / Hacker, a.a.O., § 9 Rn. 119 m.w.N.), wahrt das bloße Weglassen dieses nicht einmal an besonders auffälliger Stelle positionierten Buchstabens den jedenfalls im Bereich der Warenidentität erforderlichen Abstand der Beklagtenmarke von den Klagemarken nicht.	25
2. Berufung der Klägerinnen	26
Während die Berufung der Beklagten nach alledem zurückzuweisen war, kann der Berufung der Klägerinnen ein Teilerfolg nicht versagt werden.	27
Die von Hause aus schwache, auf Grund Verkehrsbekanntheit im Bereich der Pharmazie-Produkte aber als wenigstens durchschnittlich zu bewertende Kennzeichnungskraft der Klagemarken wirkt sich auf deren Schutzzumfang in der Weise aus, dass auch für diejenigen Teile ihrer Warenverzeichnisse, die eine enge Verwandtschaft oder sogar Identität mit dem Warenverzeichnis der Beklagtenmarke aufweisen, eine Verwechslungsgefahr bejaht werden muss. Darauf, dass die Klagemarken gerade auch für diese – derselben Warenklasse 5 gemäß Anlage zu § 15 Abs. 1 MarkenV / Nizzaer Klassifikation zuzurechnenden – Waren benutzt worden ist, kommt es im Ergebnis nicht an. Anders liegt es dagegen für den außerhalb der Warenverzeichnisse der Klagemarken liegenden Bereich der Warenklasse 3, für die nur die Beklagtenmarke Schutz beansprucht.	28
a) Eine durch Verkehrsbekanntheit gesteigerte Kennzeichnungskraft kann auf andere Warenbereiche ausstrahlen, die mit den betreffenden Erzeugnissen Berührungspunkte aufweisen (Senat, GRUR 2001, 424 [426] = WRP 2001, 1099 – Mon Chérie / Ma Chérie; Ströbele / Hacker, § 9 Rdnr. 196 m.w.N.). Wegen der im Verletzungsprozess zu beachtenden Wechselwirkung zwischen Zeichenähnlichkeit, Warenähnlichkeit und Kennzeichnungskraft kann bis zur Grenze absoluter Warenunähnlichkeit auch eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft (unabhängig von einer Benutzung der Klagemarke gerade für die ähnlichen Waren) dazu führen, eine wenigstens mittelbare Verwechslungsgefahr anzunehmen (vgl. BGH, GRUR 2006, 941 [Tz. 7, 14] = WRP 2006, 1235 – Tosca blu). Bei der Beurteilung der Warenähnlichkeit sind dabei alle erheblichen Faktoren zu berücksichtigen, die das Verhältnis zwischen den Waren kennzeichnen; hierzu gehören insbesondere die Art der Waren, ihr Verwendungszweck und ihre Nutzung sowie die Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Produkte. In die Beurteilung einzubeziehen ist, ob die Waren regelmäßig von denselben Unternehmen oder unter ihrer Kontrolle hergestellt werden oder ob sie beim Vertrieb Berührungspunkte aufweisen, weil sie in denselben Verkaufsstätten angeboten werden (BGH, a.a.O. [Tz. 13] m.w.N.).	29
Im Streitfall ist die Beklagtenmarke eingetragen (und besteht Erstbegehungsgefahr für ihre Benutzung, vgl. Ströbele / Hacker, a.a.O., § 14 Rn. 109 m.w.N.) nicht nur für pharmazeutische Erzeugnisse, sondern auch für	30
veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege, diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Nahrungsergänzungsmittel für medizinische Zwecke, Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Vitaminen,	31

Mineralien und Spurenelementen von Stoffen tierischen und pflanzlichen Ursprungs, soweit in Klasse 5 enthalten.

Diese Produkte – die sich in gleicher oder nur wenig abweichender Umschreibung auch in den Warenverzeichnissen der Klagemarken finden (vgl. S. 17-19 der Klageschrift und den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils) – gehören zur selben Warenklasse wie die Pharmazie-Erzeugnisse, für die eine Überwindung der ursprünglichen Kennzeichnungsschwäche feststeht (oben zu 1. a bb). Es bestehen auch im Vertrieb – über Ärzte oder Tierärzte sowie auf Grund ärztlicher Verschreibung in Apotheken – erhebliche Berührungspunkte. Die nach alledem bestehende enge Verwandtschaft der im Warenverzeichnis sowohl der Klagemarken als auch der Beklagtenmarke aufgeführten Waren des Gesundheitssektors mit pharmazeutischen Produkten im engeren Sinne begründet hier trotz originärer Kennzeichnungsschwäche die für eine markenrechtliche Verwechslungsgefahr erforderliche Nähe.

32

b) Bei den nur im Warenverzeichnis der Beklagtenmarke enthaltenen Mitteln zur Körper- und Schönheitspflege der Warenklasse 3 kann dagegen eine Verwechslungsgefahr nicht angenommen werden. Denn zum einen können die Klagemarken Kennzeichnungskraft für diese Waren von Hause aus schon deshalb nicht beanspruchen, weil sie dafür nicht registriert sind. Zum anderen geht die Ausstrahlungswirkung der für Waren einer anderen Warenklasse durch Benutzung erworbenen durchschnittlichen Kennzeichnungskraft nicht so weit, dass sie ohne Rücksicht auf eine enge Verwandtschaft der Produkte den gesamten Warenähnlichkeitsbereich erfasst.

33

aa) Den Klägerinnen ist zuzugeben, dass sich die Vertriebswege von Erzeugnissen des Gesundheits- und Schönheitssektors teilweise überschneiden, dass der Verkehr mit einer Herstellung von Kosmetika auch durch Pharma-Unternehmen rechnet und dass deshalb bei der Verwendung eines Zeichens, das den Wortbestandteil "Pharma" enthält, für Mittel zur Körper- und Schönheitspflege die Gefahr, dass das Zeichen mit einem für pharmazeutische Produkte geschützten ähnlichen Zeichen verwechselt werden könnten, nicht völlig außer Betracht bleiben kann. Angesichts der von Haus aus schwachen und durch Benutzung für Waren einer anderen Warenklasse lediglich auf einen Durchschnittswert gesteigerten Kennzeichnungskraft der Klagemarken hält der Senat diese – schwache – Warenähnlichkeit aber nicht für ausreichend, um bei durchschnittlicher Zeichenähnlichkeit Verwechslungsgefahr zu begründen.

34

bb) Von lediglich durchschnittlicher Zeichenähnlichkeit ist gemäß den vorstehenden Ausführungen (zu 1. c) auszugehen. Eine erhöhte Zeichenähnlichkeit kann auch nicht unter dem Aspekt des Serienzeichens angenommen werden, der unter dem Begriff des gedanklichen Inverbindungbringens der jüngeren und älteren Marke Eingang ins Markengesetz gefunden hat (§ 14 Abs. Nr. 2 MarkenG). Diese Art der Verwechslungsgefahr, die erst zu prüfen ist, wenn die einander gegenüberstehenden Zeichen nach ihrem Gesamteindruck für den betreffenden Warenbereich nicht unmittelbar miteinander verwechselbar sind, greift ein, wenn die Zeichen in einem Bestandteil übereinstimmen, den der Verkehr als Stamm mehrerer Zeichen eines Unternehmens sieht und deshalb die nachfolgenden Bezeichnungen, die einen wesensgleichen Stamm aufweisen, dem gleichen Inhaber zuordnet (BGH, GRUR 2002, 542 [544] = WRP 2002, 534 – BIG; GRUR 2002, 544 [547] = NJW-RR 2002, 829 = WRP 2002, 537 – BANK 24). Bei der Annahme einer Verwechslungsgefahr unter diesem Aspekt sind besonders strenge Anforderungen an die Wesensgleichheit des älteren Zeichens mit dem angegriffenen Zeichen zu stellen (BGHZ 131, 122 [127] = GRUR 1996, 200 – Innovadichlophlont; BGH, GRUR 2007, 1066 = WRP

35

2007, 1466 [Tz. 45] – Kinderzeit; GRUR 2007, 1071 = WRP 2007, 1461 [Tz. 41] – Kinder II; Ullmann, GRUR 1993, 334 [337]; Eichelberger, WRP 2006, 316 [321]). Der Umstand, dass sich die Beklagtenmarke im Streitfall als Verkürzung der Klagemarken um einen Buchstaben darstellt, kann diesen strengen Anforderungen nicht genügen. Eine Zeichenserie, bei der auf "1a" die "1" folgt, erscheint ungebräuchlich. Zudem führt das Weglassen des Buchstabens hier zu einer Veränderung des impliziten Sinngehalts der Klagemarken ("1a" als Hinweis auf ein Spitzenprodukt).

c) Soweit die Klägerinnen erstinstanzlich eine erhebliche Bekanntheit ihrer Marken und der Firma der Klägerin zu 1.) von über 50 % in Fachkreisen behauptet haben, lässt dieser bestrittene Vortrag nicht etwa den Schluss zu, dass die Klagemarken sogar Bekanntheitsschutz (§ 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG) genießen (zu dessen Kriterien in Abgrenzung zu Verkehrsgeltung nach § 4 Nr. 2 MarkenG und Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG vgl. nur Ströbele / Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 14, Rn. 161 ff., m.w.N.). Denn notwendig wäre für hieraus abzuleitende Ansprüche in Bezug auf die Zeichenbenutzung für Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, dass die Klagemarken nicht allein in (medizinischen und pharmazeutischen) Fachkreisen, sondern darüber hinaus dem breiten Publikum bekannt sind. Dies machen die Klägerinnen indes selbst nicht geltend.

d) Den Klägerinnen stehen wegen der für Waren der Klasse 3 registrierten Beklagtenmarke auch keine Ansprüche unter dem Gesichtspunkt der bösgläubigen Marken Anmeldung zu. Zwar kann nach der Rechtsprechung ausnahmsweise ein Löschungsanspruch aus §§ 8 Abs. 2 Nr. 10, 50 Abs. 1 MarkenG oder §§ 3, 4 Nr. 10, § 8 UWG bestehen, wenn der Zeicheninhaber in Kenntnis eines schutzwürdigen Besitzstands des Vorbenutzers ohne zureichenden sachlichen Grund für gleiche oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen die gleiche oder eine zum Verwechseln ähnliche Bezeichnung mit dem Ziel der Störung des Besitzstands des Vorbenutzers oder in der Absicht, für diesen den Gebrauch der Bezeichnung zu sperren, als Kennzeichen hat eintragen lassen oder wenn der Zeichenanmelder die mit der Eintragung des Zeichens kraft Markenrechts entstehende und wettbewerbsrechtlich an sich unbedenkliche Sperrwirkung zweckfremd als Mittel des Wettbewerbskampfes einsetzt (BGH, GRUR 2005, 414 [417] = WRP 2005, 610 – Russisches Schaumgebäck; BGHZ 173, 230 = GRUR 2008, 160 [162] = WRP 2008, 226 – Cordarone; BGH, WRP 2008, 785 [Tz. 21 ff.] – Akademiks). Ob diese Grundsätze im Ansatz überhaupt auf das Verhältnis des Inhabers einer eingetragenen inländischen Marke zum Anmelder einer prioritätsjüngeren Marke (nach erfolglosem Widerspruch im Eintragungsverfahren) anwendbar sind, mag dahingestellt bleiben; denn jedenfalls fehlt es hier mangels Verwechslungsgefahr an einer (drohenden) Sperrwirkung zu Lasten der Klägerinnen. Ein über den festgestellten Schutzzumfang ihrer eingetragenen Zeichen hinausreichender schutzwürdiger Besitzstand der Klägerinnen an dem Zeichen "1-Pharma" ist – unabhängig von den Motiven der Beklagten oder anderer zum Konzern der Beklagten gehörender Gesellschaften bei der Marken Anmeldung – weder dargelegt noch ersichtlich.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Sache kommt weder grundsätzliche Bedeutung zu, noch erfordert die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung durch den Bundesgerichtshof. Es handelt sich vielmehr um eine maßgeblich auf tatrichterlichem Gebiet liegende Entscheidung im

Einzelfall, so dass gemäß § 543 Abs. 2 ZPO kein Anlass bestand, die Revision zuzulassen.
