



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 53/20

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2018 236 768

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 21. März 2022 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Kortge, des Richters Kätker und der Richterin Dr. Rupp-Swienty

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

GRÜNDE

I.

Die Wortmarke

Cevitalis

ist am 3. Dezember 2018 angemeldet und am 11. Februar 2019 unter der Nummer 30 2018 236 768 als Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register eingetragen worden für Waren der

Klasse 1: Vitamine zur Herstellung von Nahrungsergänzungsmitteln;

Klasse 3: After-Sun-Gele [Kosmetika]; After-Sun-Öle [Kosmetika]; Dekorative Kosmetika; Fluidcremes [Kosmetika]; Funktionelle Kosmetika; Gesichtswaschmittel [Kosmetika]; Gesichtswasser [Kosmetika]; Gesichtswässer [Kosmetika]; Hautmasken [Kosmetika]; Hautpflegelotionen [Kosmetika]; Kosmetika; Kosmetika mit Hyaluronsäure; Kosmetika mit Keratin; Kosmetika mit Panthenol; Kosmetika und kosmetische Präparate; Kosmetika, als Set verkauft; Nicht medizinische Kosmetika; Pflegepräparate [Kosmetika];

Klasse 5 Antioxidantien als Nahrungsergänzungsmittel; Diätetische Präparate und Nahrungsergänzungsmittel; Diätetische und Nahrungsergänzungsstoffe; Getränkepulver mit Fruchtgeschmack als Nahrungsergänzung; Medizinische Nahrungsergänzungsstoffe; Nahrungsergänzungsgetränke; Nahrungsergänzungsmittel; Nahrungsergänzungsmittel aus Aminosäuren; Nahrungsergänzungsmittel aus Vitaminen; Nahrungsergänzungsmittel für Menschen; Nahrungsergänzungsmittel mit kosmetischer Wirkung; Nahrungsergänzungsstoffe.

Gegen diese Marke, deren Eintragung am 15. März 2019 veröffentlicht worden ist, hat die Beschwerdeführerin Widerspruch erhoben aus ihrer Unionswortmarke

Cellvital

die am 19. Juli 2013 angemeldet und am 24. April 2015 unter der Nummer 012 000 147 in das beim Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) geführte Register eingetragen worden ist für Waren und Dienstleistungen der Klassen 3, 10 und 42 sowie der

Klasse 5: Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse; Hygienepräparate für medizinische Zwecke; Diätetische Lebensmittel und Erzeugnisse für medizinische oder veterinärmedizinische Zwecke, Babykost; Nahrungsergänzungsmittel für Menschen und Tiere; Pflaster, Verbandmaterial; Desinfektionsmittel; Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren; Fungizide, Herbizide;

Klasse 44: Medizinische Dienstleistungen; Veterinärmedizinische Dienstleistungen; Gesundheits- und Schönheitspflege für Menschen und Tiere; Dienstleistungen im Bereich der Land-, Garten- oder Forstwirtschaft.

Der Widerspruch wurde nur auf die Waren der Klasse 5 und die Dienstleistungen der Klasse 44 gestützt.

Mit Beschluss vom 31. Mai 2020 hat die Markenstelle für Klasse 3 des DPMA eine Verwechslungsgefahr verneint und den Widerspruch zurückgewiesen. Selbst im Bereich identischer Waren könne die gewisse schriftbildliche Markenähnlichkeit aus Rechtsgründen keine Verwechslungsgefahr auslösen. Die Widerspruchsmarke sei für die relevanten Vergleichsprodukte beschreibend und maximal kennzeichnungsschwach. Sie bestehe aus den auch englischsprachigen Wortelementen „cell“ für „(biologische) Zelle, Pore“ und „vital“ für „vital, lebendig, lebenswichtig“ und vermittele dem inländischen Publikum im Sinne von „zell-lebenswichtig“ ohne Weiteres den verständlichen Hinweis auf vitale, lebendige Zellen oder auf etwas für das Leben bzw. die Vitalität von Zellen Wesentliches. Da sich die Waren und Dienstleistungen der Klassen 5 und 44 auf die Vitalität von Körperzellen bei Menschen und Tieren beziehen könnten, werde die ältere Marke als Sachhinweis auf deren Bestimmung, Verwendungszweck und/oder Wirkung, nicht aber als betrieblicher Herkunftshinweis aufgefasst. Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse, diätetische Lebensmittel, Babykost und Nahrungsergänzungsmittel könnten zu der Zellgesundheit förderlichen oder diese unterstützenden Zwecken eingenommen, pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Hygienepräparate könnten äußerlich auf der Haut angewendet oder Pflastern, Verbandmaterial, Desinfektionsmitteln oder Fungiziden zwecks Heilung, Linderung oder besserer Verträglichkeit zugefügt werden. Die im Ähnlichkeitsbereich stehenden medizinischen und veterinärmedizinischen Dienstleistungen sowie Gesundheits- und Schönheitspflege für Menschen und Tiere könnten sich gleichfalls auf vitale Zellen bzw. auf der Zellgesundheit förderliche Anwendungen beziehen. Aufgrund der Kennzeichnungsschwäche der Widerspruchsmarke sei im Hinblick auf die Übereinstimmung mit schutzunfähigen Bestandteilen eine Verwechslungsgefahr aus Rechtsgründen ausgeschlossen, so dass der zwischen den Vergleichsmarken bestehende Unterschied ausreiche.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden. Sie ist der Ansicht, zwischen den angegriffenen Waren „*Vitamine zur Herstellung von Nahrungsergänzungsmitteln*“ der Klasse 1 und den Widerspruchswaren „*Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse; Nahrungsergänzungsmittel für Menschen und Tiere*“ der Klasse 5 bestehe eine hohe Ähnlichkeit, weil Vitamine lebenswichtige Stoffe seien, die der menschliche oder tierische Körper über die Nahrung oder spezielle Nahrungsergänzungsmittel aufnehmen. Dies gelte auch für die kosmetischen Produkte der Klasse 3, die die angegriffene Marke beansprucht, im Verhältnis zu den Widerspruchswaren „*Pharmazeutische Erzeugnisse; Hygienepräparate für medizinische Zwecke*“ der Klasse 5 und den Widerspruchsdienstleistungen „*Gesundheits- und Schönheitspflege für Menschen und Tiere*“, weil insbesondere im Rahmen der Schönheitspflege kosmetische Waren eingesetzt würden und Gesundheits- und Schönheitspflegeeinrichtungen üblicherweise auch eigene kosmetische Waren vertrieben. Zwischen den angegriffenen Waren der Klasse 5 und dem für die ältere Marke in derselben Klasse registrierten Oberbegriff „*Nahrungsergänzungsmittel für Menschen und Tiere*“ bestehe Identität. Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sei zumindest durchschnittlich. Beide Marken begannen mit den identischen Anfangsbuchstaben „Ce“, hätten dieselbe Wortlänge von neun Buchstaben und beinhalteten den übereinstimmenden Bestandteil „vital“. Klanglich stimmten die Marken ebenfalls am Wortanfang „Ce“ und im Element „vital“ vollständig überein. Die zusätzlichen Konsonanten „l“ bei „Cellvital“ befänden sich im erfahrungsgemäß weniger beachteten Wortinneren und fielen nicht ausreichend ins Gewicht, zumal die Gefahr bestehe, dass die Konsonanten bei schlechten Übermittlungsbedingungen im verbalen Bereich untergingen und der Verkehr die Marken nicht zeitgleich oder in unmittelbarer zeitlicher Abfolge wahrnehme. Begrifflich bestehe ebenfalls eine hohe Ähnlichkeit, weil „Ce“ in der jüngeren Marke eine Abkürzung für den Fachbegriff „Centriolum“ sei. Centriolen seien zylinderförmige Strukturen, die sich in vielen lebenden Zellen befänden. Beide Marken wiesen somit auf die Struktur in einer Zelle oder eine Zelle hin. Ferner enthielten beide das Element „vital“ mit den Bedeutungen „lebenskräftig, lebendig oder lebenswichtig“. Bei der

zusätzlichen Endung „is“ der angegriffenen Marke handele es sich lediglich um eine Deklination, nämlich den Singular Genitiv.

Die Widersprechende beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 3 des DPMA vom 31. Mai 2020 aufzuheben und das DPMA anzuweisen, die Eintragung der angegriffenen Marke wegen des Widerspruchs aus der Unionsmarke 012 000 147 zu löschen.

Der Inhaber der angegriffenen Marke hat sich weder im Verfahren vor dem DPMA noch im Beschwerdeverfahren geäußert.

Die Verfahrensbeteiligten sind mit gerichtlichem Schreiben vom 3. Dezember 2021 darauf hingewiesen worden, dass die Beschwerde voraussichtlich keine Aussicht auf Erfolg haben werde.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

Zwischen der angegriffenen Wortmarke „**Cevitalis**“ und der Unionswortmarke „**Cell-vital**“ besteht keine Gefahr von Verwechslungen gemäß §§ 125b Nr. 1, 9 Abs. 1 Nr. 2, 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Die Markenstelle hat den Widerspruch daher zu Recht zurückgewiesen.

Da die Anmeldung der angegriffenen Marke nach dem 1. Oktober 2009, aber vor dem 14. Januar 2019 eingereicht worden ist, ist für den gegen die Eintragung erhobenen Widerspruch die Bestimmung des § 42 Absatz 1 und 2 MarkenG in der bis zum 13. Januar 2019 geltenden Fassung anzuwenden (§ 158 Abs. 3 MarkenG).

Die Frage der Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG ist unter Heranziehung aller relevanten Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen. Dabei ist von einer Wechselwirkung zwischen der Identität oder der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen, dem Grad der Ähnlichkeit der Marken und der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke in der Weise auszugehen, dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken oder durch eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (st. Rspr.: vgl. EuGH GRUR 2020, 52 Rdnr. 41 - 43 – Hansson [Roslags Punsch/ROSLAGSÖL]; GRUR-RR 2009, 356 Rdnr. 45 f. – Les Éditions Albert René/HABM [OBELIX/MOBILIX]; BGH GRUR 2021, 482 Rdnr. 24 – RETROLYMPICS; GRUR 2021, 724 Rdnr. 31 – PEARL/PURE PEARL m. w. N.).

1. Ausgehend von der hier maßgeblichen Registerlage können sich die Vergleichsmarken auf teilweise identischen, teilweise überdurchschnittlich und teilweise normal ähnlichen Waren und Dienstleistungen begegnen.

a) Eine Ähnlichkeit ist grundsätzlich anzunehmen, wenn die sich gegenüberstehenden Waren und/oder Dienstleistungen unter Berücksichtigung aller für die Frage der Verwechslungsgefahr erheblicher Faktoren wie insbesondere ihrer Art und Beschaffenheit, ihrer regelmäßigen betrieblichen Herkunft, ihrer regelmäßigen Vertriebs- und Erbringungsart, ihres Verwendungszwecks und ihrer Nutzung, ihrer wirtschaftlichen Bedeutung sowie ihrer Eigenart als miteinander konkurrierender oder einander ergänzender Produkte oder Leistungen so enge Berührungspunkte aufweisen, dass die beteiligten Verkehrskreise der Meinung sein könnten, sie stammten aus demselben Unternehmen oder wirtschaftlich verbundenen Unternehmen (EuGH

GRUR-RR 2009, 356 Rdnr. 65 – Éditions Albert René/HABM [OBELIX/MOBILIX]; BGH GRUR 2021, 724 Rdnr. 36 – PEARL/PURE PEARL; GRUR 2015, 176, 177 Rdnr. 16 – ZOOM/ZOOM).

Das stärkste Gewicht kommt im Hinblick auf die Herkunftsfunktion der Marke der regelmäßigen betrieblichen Herkunft, also dem gemeinsamen betrieblichen Verantwortungsbereich für die Qualität der Waren und/oder Dienstleistungen zu, während der regelmäßigen Vertriebs- und Erbringungsstätte ein geringeres Gewicht zugemessen wird. Erforderlich im Sinne einer funktionellen Ergänzung von Waren und Dienstleistungen ist ein enger Zusammenhang in dem Sinne, dass die Ware oder Dienstleistung für die Verwendung der anderen unentbehrlich oder wichtig ist (BGH GRUR 2014, 488 Rdnr. 16 – DESPERADOS/DESPERADO m. w. N.; BPatG 30 W (pat) 22/19 – CRETE/CRET; 26 W (pat) 18/14 – Cada Design/CADA).

b) Bei den Vergleichswaren der Klasse 5 liegt Identität vor, weil die von der jüngeren Marke in Klasse 5 beanspruchten Produkte

„Antioxidantien als Nahrungsergänzungsmittel; diätetische Präparate und Nahrungsergänzungsmittel; diätetische und Nahrungsergänzungsstoffe; Getränkepulver mit Fruchtgeschmack als Nahrungsergänzung; medizinische Nahrungsergänzungsstoffe; Nahrungsergänzungsgetränke; Nahrungsergänzungsmittel; Nahrungsergänzungsmittel aus Aminosäuren; Nahrungsergänzungsmittel aus Vitaminen; Nahrungsergänzungsmittel für Menschen; Nahrungsergänzungsmittel mit kosmetischer Wirkung; Nahrungsergänzungsstoffe“

von den für die Widerspruchsmarke in Klasse 5 geschützten Warenoberbegriffen *„Diätetische Lebensmittel und Erzeugnisse für medizinische oder veterinärmedizinische Zwecke; Nahrungsergänzungsmittel für Menschen und Tiere“* vollständig umfasst werden.

c) Die für die jüngere Marke registrierten Kosmetikprodukte der Klasse 3

„After-Sun-Gele [Kosmetika]; After-Sun-Öle [Kosmetika]; Dekorative Kosmetika; Fluidcremes [Kosmetika]; Funktionelle Kosmetika; Gesichtswaschmittel [Kosmetika]; Gesichtswasser [Kosmetika]; Gesichtswässer [Kosmetika]; Hautmasken [Kosmetika]; Hautpflegelotionen [Kosmetika]; Kosmetika; Kosmetika mit Hyaluronsäure; Kosmetika mit Keratin; Kosmetika mit Panthenol; Kosmetika und kosmetische Präparate; Kosmetika, als Set verkauft; nicht medizinische Kosmetika; Pflegepräparate [Kosmetika]“

weisen zu den für die ältere Marke geschützten pharmazeutischen Erzeugnissen der Klasse 5 eine überdurchschnittliche Ähnlichkeit auf. Denn als Mittel zur Körper- und Schönheitspflege können Kosmetika in der äußeren Erscheinung, etwa in Form von Cremes, im Verwendungszweck und der Anwendung, z. B. bei Hauterkrankungen, in den Inhaltsstoffen und im Vertrieb erhebliche Überschneidungen mit pharmazeutischen Produkten aufweisen. Zahlreiche pharmazeutische Unternehmen stellen auch (medizinische) Kosmetika her. Im Rahmen der Produkterweiterung vertreiben viele Apotheken spezielle hochpreisige Kosmetika bzw. Mittel zur Körper- und Schönheitspflege. Ferner bieten einige Firmen ihre Kosmetik- oder Körperpflegeprodukte ausschließlich oder zumindest bevorzugt über Apotheken an, z. B. Vichy, Eucerin, frei, medipharma cosmetics, Claire Fisher etc. (BPatG 30 W (pat) 502/10 – PERFECT SILHOUETTE/Silhouette; 25 W (pat) 50/12 – ENGEL APOTHEKE SEEHEIM/ENGEL APOTHEKE).

d) Die angegriffenen Waren der Klasse 1 *„Vitamine zur Herstellung von Nahrungsergänzungsmitteln“* sind den Widerspruchswaren *„Nahrungsergänzungsmittel für Menschen und Tiere“* nur normal ähnlich.

aa) Denn Rohstoffe und Halbfabrikate weisen zu Fertigfabrikaten in der Regel gar keine Ähnlichkeit auf, weil sie meist in verschiedenen Betrieben hergestellt bzw. vertrieben werden, unterschiedlichen Zwecken dienen und sich nicht an die gleichen

Abnehmer wenden. Zwischen ihnen kommt eine durchschnittliche Ähnlichkeit nur dann in Betracht, wenn die Vorprodukte maßgebend die Eigenschaft und die Wertschätzung des Endprodukts bestimmen und die Marke des Vorprodukts auch den Endabnehmern gegenübertritt, wenn die Fertigware aus dem Rohstoff ohne erheblichen Aufwand und ohne Zuhilfenahme weiterer fremder Substanzen zu gewinnen ist oder wenn Halbfabrikate häufig vom Hersteller der Fertigware miterzeugt werden (BGH GRUR 2000, 886, Juris-Tz. 30 – Bayer/BeiChem; BPatG GRUR 1998, 725, 726 – Plantapret).

bb) Vitamine werden in der Regel synthetisch, also im Labor durch chemische Reaktionen erzeugt. Natürlicher Herkunft, also aus Pflanzen oder Tieren gewonnen sind Vitamine nur noch sehr selten. Hersteller sind daher in der Regel Unternehmen der chemischen und pharmazeutischen Industrie, die außer Vitaminen aber häufig auch Nahrungsergänzungsmittel als Endprodukte produzieren, so dass die verwendeten Vitamine die Eigenschaften und die Wertschätzung der Nahrungsergänzungsmittel bestimmen und auch Endprodukte in den Verkehr gelangen, die nur aus Vitaminen bestehen. Daher ist vorliegend ausnahmsweise von einer normalen Ähnlichkeit zwischen Vitaminen als Vorprodukten und Nahrungsergänzungsmitteln als Endprodukten auszugehen.

e) Eine normale Ähnlichkeit liegt auch zwischen den von der jüngeren Marke in Klasse 5 beanspruchten Nahrungsergänzungsmitteln und den in Klasse 44 für die ältere Marke geschützten „*Medizinischen Dienstleistungen; Gesundheitspflege für Menschen*“ vor, weil Nahrungsergänzungsmittel Teil einer therapeutischen Behandlung sein können, so dass sie im Verwendungszweck und in ihrer Nutzung übereinstimmen.

f) Zwischen den Kosmetikwaren der Klasse 3 der angegriffenen Marke und den Widerspruchsdienstleistungen „*Schönheitspflege für Menschen*“ kann trotz der grundsätzlichen Unterschiede zwischen Waren und Dienstleistungen angesichts derselben Zielrichtung und Zweckbestimmung dieser Vergleichsprodukte eine

durchschnittliche Ähnlichkeit noch bejaht werden (BPatG 25 W (pat) 50/12 – ENGEL APOTHEKE SEEHEIM/ENGEL APOTHEKE).

2. Die im Identitäts- und Ähnlichkeitsbereich liegenden Vergleichswaren richten sich an breite Verkehrskreise, nämlich sowohl an den normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher (EuGH GRUR 2006, 411 RdNr. 24 – Matratzen Concord/Hukla; EuGH GRUR 1999, 723 Rdnr. 29 – Windsurfing Chiemsee) als auch an Hersteller für Nahrungsergänzungsmittel, den Kosmetikfachhandel, Drogerien und Apotheken. Die Aufmerksamkeit der gewerblichen Kunden bei dem Erwerb des Vorprodukts „*Vitamine zur Herstellung von Nahrungsergänzungsmitteln*“ sowie des Publikums bei der Auswahl von Kosmetika, Nahrungsergänzungsmitteln, Dienstleistungen medizinischer Natur oder Diensten im Bereich der Gesundheits- und Schönheitspflege ist regelmäßig erhöht.

3. Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke „**Cellvital**“ ist aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise sehr gering.

a) Die originäre Kennzeichnungskraft ist weit unterdurchschnittlich.

aa) Die originäre Kennzeichnungskraft wird bestimmt durch die Eignung der Marke, sich unabhängig von der jeweiligen Benutzungslage als Unterscheidungsmittel für die Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens bei den beteiligten Verkehrskreisen einzuprägen und die Waren und Dienstleistungen damit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. EuGH GRUR 2010, 1096 Rdnr. 31 – BORCO/HABM [Buchstabe a]; BGH GRUR 2020, 870 Rdnr. 41 – INJEKT/INJEX). Dabei ist auf die Eigenart der Marke in Klang, Bild und Bedeutung abzustellen. Marken, die über einen für die jeweiligen Waren oder Dienstleistungen erkennbar beschreibenden Anklang verfügen, haben regelmäßig nur geringe originäre Kennzeichnungskraft (BGH WRP 2015, 1358 Rdnr. 10 – ISET/ISETsolar; GRUR 2012, 1040 Rdnr. 29 – pjur/pure). Liegen keine konkreten Anhaltspunkte vor, die für eine

hohe oder geringe Kennzeichnungskraft sprechen, ist von normaler Kennzeichnungskraft auszugehen (BGH a. a. O. – INJEKT/INJEX).

bb) Die ältere Marke setzt sich aus den Bestandteilen „Cell“ und „vital“ zusammen.

aaa) Das englische Substantiv „Cell“, das genauso wie der deutsche Begriff „Zelle“ von dem lateinischen Wort „cellula“ für „kleine Kammer, Zelle“ abstammt, wird auch im biologischen Sinne mit „Zelle“ übersetzt (dict.leo.org/englisch-deutsche/cell, Anlage 1 zum gerichtlichen Hinweis). Obwohl es nicht zum englischen Grundwortschatz gehört, wird es vom Durchschnittsverbraucher wegen seiner sprachlichen Nähe zum deutschen Nomen „Zelle“ ohne Weiteres verstanden. Der medizinische Fachverkehr kennt zudem den vom lateinischen Substantiv „cella“ für „Kammer“ abgeleiteten Begriff „Cella“ für „Zelle“ (<https://www.duden.de/rechtschreibung/Cella>). Eine Zelle ist die kleinste lebende Einheit aller Organismen ([https://de.wikipedia.org/wiki/Zelle_\(Biologie\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Zelle_(Biologie)), Anlage 2 zum gerichtlichen Hinweis). Lebende sowie tote Zellen und Gewebe menschlichen oder tierischen Ursprungs können als Arzneimittel für neuartige Therapien zur Behandlung von Krankheiten verwendet werden (https://de.wikipedia.org/wiki/Arzneimittel_für_neuartige_Therapien, Anlage 3 zum gerichtlichen Hinweis).

bbb) „Vital“ ist ein deutsches Adjektiv, das vom lateinischen „vitalis“ im Sinne von „zum Leben gehörig; Leben enthaltend, Lebenskraft habend“ abstammt und dem die Bedeutungen „voller Lebenskraft, im Besitz seiner vollen Leistungskraft; von entscheidender Wichtigkeit, großer Bedeutung; lebenswichtig“ zugeschrieben werden (<https://www.duden.de/rechtschreibung/vital>, Anlage 4 zum gerichtlichen Hinweis). Auch das englische Eigenschaftswort „vital“ bedeutet u. a. „entscheidend, wesentlich, vital, lebensnotwendig, lebenswichtig, lebendig, kraftvoll“ (<https://dict.leo.org/englisch-deutsch/vital>, Anlage 5 zum gerichtlichen Hinweis). Den angesprochenen inländischen Verkehrskreisen ist das Wort „vital“ daher geläufig. Denn es wird gerade auf dem Gesundheitssektor häufig verwendet, um einen

Hinweis auf eine vitalisierende, gesundheits- und lebensfördernde Wirkung zu geben (vgl. BPatG 30 W (pat) 6/10 – vitalis/VITALIS; BPatG 24 W (pat) 240/97 – Vital; 30 W (pat) 258/96 – VITAL PLUS; 33 W (pat) 94/05 – Vitalformel).

cc) In seiner Gesamtheit kommt dem Markenwort „Cellvital“ die Bedeutungen „Zelle voller Lebenskraft“, „Zelle von großer Bedeutung“ bzw. „Zelle von entscheidender Wichtigkeit“ zu. Damit weist es aus Sicht des Publikums auf die Lebenskraft und große Bedeutung von Zellen hin.

dd) Es erschöpft sich daher in einer beschreibenden Angabe, dass die im Identitätsbereich befindlichen pharmazeutischen Widerspruchswaren der Klasse 5 Lebenskraft spendende Zellen enthalten bzw. dass solche Zellen bei den im Ähnlichkeitsbereich liegenden Widerspruchsdienstleistungen der Klasse 44, also im Rahmen von medizinischen oder kosmetischen Zelltherapien zum Einsatz kommen und sich positiv auf den Organismus auswirken (https://de.wikipedia.org/wiki/Arzneimittel_für_neuartige_Therapien; (<https://www.faz.net/aktuell/wissen/reprogrammierte-zellen-der-code-fuer-junge-haut-15781429.html>; <http://www.kaisers-neue-kleider.com/beauty-zell-thearpie-mit-cellusana/>).

b) Anhaltspunkte für eine durch Benutzung gesteigerte Kennzeichnungskraft sind weder vorgetragen worden noch ersichtlich.

4. Wegen der weit unterdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und der erhöhten Aufmerksamkeit der angesprochenen Verkehrskreise reichen die geringen Unterschiede der Vergleichsmarken auch im Bereich identischer sowie überdurchschnittlich und normal ähnlicher Vergleichswaren noch aus, um die Gefahr unmittelbarer Verwechslungen auszuschließen.

a) Maßgeblich für die Beurteilung der Zeichenähnlichkeit ist der Gesamteindruck der Vergleichsmarken unter Berücksichtigung der unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente (EuGH GRUR 2020, 52 Rdnr. 48 – Hansson [Roslags Punsch/ROSLAGSÖL]; BGH GRUR 2021, 482 Rdnr. 28 – RETROLYMPICS), wobei von dem allgemeinen Erfahrungsgrundsatz auszugehen ist, dass der Verkehr eine Marke so aufnimmt, wie sie ihm entgegentritt, ohne sie einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (vgl. u. a. EuGH GRUR 2004, 428 Rdnr. 53 – Henkel; BGH GRUR 2001, 1151, 1152 – marktfrisch). Das schließt nicht aus, dass unter Umständen ein oder mehrere Bestandteile einer komplexen Marke für den durch die Marke im Gedächtnis der angesprochenen Verkehrskreise hervorgerufenen Gesamteindruck prägend sein können (EuGH GRUR 2007, 700 Rdnr. 41 – HABM/Shaker [Limoncello/LIMONCHELO]; BGH a. a. O. Rdnr. 31 – RETROLYMPICS; GRUR 2012, 64 Rdnr. 14 – Maalox/Melox-GRY). Voraussetzung hierfür ist, dass die anderen Bestandteile weitgehend in den Hintergrund treten und den Gesamteindruck der Marke nicht mitbestimmen. Die Ähnlichkeit einander gegenüberstehender Zeichen ist nach deren Ähnlichkeit im (Schrift-)Bild, im Klang und im Bedeutungs- oder Sinngesamt zu beurteilen, weil Marken auf die mit ihnen angesprochenen Verkehrskreise in bildlicher, klanglicher und begrifflicher Hinsicht wirken können (EuGH GRUR Int. 2010, 129 Rdnr. 60 – Aceites del Sur-Coosur [La Espagnola/Carbonelle]; BGH a. a. O. Rdnr. 28 – RETROLYMPICS). Dabei genügt für die Bejahung der Zeichenähnlichkeit regelmäßig bereits die Ähnlichkeit in einem der genannten Wahrnehmungsbereiche (EuGH a. a. O. – Hansson [Roslags Punsch/ROSLAGSÖL]; BGH a. a. O. – RETROLYMPICS).

b) Keine der beiden Kollisionsmarken wird phonetisch, visuell oder begrifflich durch den übereinstimmenden Bestandteil „vital“ geprägt.

aa) Die Grundsätze der Prägung werden auch auf einteilige Zeichen angewendet, wenn der Verkehr aufgrund besonderer Umstände Veranlassung hat, das zu einem Wort zusammengesetzte Zeichen zergliedernd und nicht als einheitliche Bezeichnung aufzufassen (BGH GRUR 2013, 631 Rdnr. 33 – AMARULA/Marulablu; GRUR

2010, 729 Rdnr. 34 – MIXI; GRUR 2008, 905 juris-Tz. 38 – Pantohexal). Dabei ist zu prüfen, ob die Anwendung des für kombinierte Zeichen geltenden Prägungsgrundsatzes trotz der formalen Einteiligkeit eines Zeichens ausnahmsweise in Betracht kommt.

bb) Vorliegend besteht kein Anlass zur Zergliederung der älteren Einwortmarke in die Bestandteile „Cell“ und „vital“. Das Element „Cell“ ist mit dem Bestandteil „vital“ zum einheitlichen Gesamtbegriff „Zelle voller Lebenskraft“, „Zelle von großer Bedeutung“ bzw. „Zelle von entscheidender Wichtigkeit“ verbunden. Mangels Binnen- großschreibung oder einer anderen optischen Zäsur veranlasst auch die konkrete Gestalt der Wortmarke keine Aufgliederung. Gegen eine Prägung spricht aber vor allem, dass sich der Bestandteil „vital“ in einer waren- und dienstleistungsbeschreibenden Angabe erschöpft, wie bereits dargelegt worden ist. Hinzu kommt, dass auch der Wortanfang „Cell“ beschreibenden Charakter hat, so dass die beiden Elemente gleichgewichtig schwach kennzeichnungskräftig sind.

cc) Eine Aufspaltung der angegriffenen Einwortmarke in „Ce“, „vital“ und „is“ kommt ebenfalls nicht in Betracht. Schon durch die Zusammenschreibung dieser drei Bestandteile ohne Zäsur zu dem Wort „Cevitalis“ entsteht eine äußerliche Einheit, bei der sich ein einheitlicher Sprachfluss ohne jeden Stimmabsatz ergibt. Gegen eine Prägung durch den Bestandteil „vital“ spricht aber vor allem, dass dieser auch für die angegriffenen pharmazeutischen und kosmetischen Produkte sowie die Nahrungsergänzungsmittel auf deren vitalisierende, gesundheits- und lebensfördernde Wirkung hinweist und somit als beschreibende Angabe wahrgenommen wird, die zurücktritt. Hinzu kommt, dass die Endung „is“ schon deshalb nicht abgetrennt wird, weil die angesprochenen Verkehrskreise darin das lateinische Adjektiv „vitalis“ mit den Bedeutungen „des Lebens, zum Leben gehörig, Lebens-, Leben spendend, das Leben erhaltend, lebensfähig, lebenswert“ erkennen, das ihnen jedenfalls im Zusammenhang mit pharmazeutischen und kosmetischen Produkten sowie Nahrungsergänzungsmitteln geläufig ist (vgl. BPatG 26 W (pat) 18/21 – Cevitalis/CEVITT).

c) Es stehen sich daher die Kollisionsmarken „**Cevitalis**“ und „**Cellvital**“ gegenüber.

aa) Ihre schriftbildliche, klangliche und begriffliche Übereinstimmung im beschreibenden Bestandteil „vital“ kann aber schon aus Rechtsgründen nicht zu einer Verwechslungsgefahr führen, weil sie dem markenrechtlichen Schutz der beschreibenden Angabe gleichkäme (vgl. BGH GRUR GRUR 2020, 870 Rdnr. 69 a. E., 70 – INJEKT/INJEX; GRUR 2012, 1040 Rdnr. 30 f., 39 – pjur/pure; GRUR 2007, 1071 Rdnr. 49 – Kinder II; BGH GRUR 2007, 1066, Rdnr. 41 ff. – Kinderzeit; BGH GRUR 2004, 775, 777 – EURO 2000, jeweils m. w. N.). Die zusätzliche Endung „is“ bei der angegriffenen Marke führt nicht von der beschreibenden Bedeutung „vital“ weg, weil sie zum lateinischen Adjektiv „vitalis“ mit identischem Bedeutungsgehalt gehört (BPatG 30 W (pat) 6/10 – vitalis/VITALIS; 28 W (pat) 54/03 – VITALEX/VITALIS).

bb) Für den Schutzzumfang einer an eine beschreibende Angabe angelehnten Marke sind nur diejenigen Merkmale bestimmend, die dieser Marke Unterscheidungskraft verleihen. Eine rechtlich relevante Markenähnlichkeit kann daher nur dann vorliegen, wenn über die gemeinsamen beschreibenden Angaben hinaus weitere Übereinstimmungen gegeben sind. Dies trifft aber vorliegend nicht zu, weil sich die Vergleichsmarken im Übrigen voneinander unterscheiden.

aaa) Die Buchstabenfolge „Ce“ am Anfang der jüngeren Wortmarke hat keine beschreibende Bedeutung für die angegriffenen pharmazeutischen und kosmetischen Erzeugnisse sowie Nahrungsergänzungsmittel. „Ce“ ist eine Abkürzung für viele Begriffe. In Deutschland wird sie in erster Linie als Kfz-Kennzeichen für den Landkreis Celle (<https://de.wikipedia.org/wiki/CE>; <https://www.abkuerzungen.de/result.php?searchterm=Ce&language=de>) oder als Symbol für das chemische Element „Cer“ verwendet, das zu den Metallen der Seltenen Erden zählt (<https://de.wikipedia.org/wiki/Cer>). Zu den vorgenannten Waren haben diese Bedeutungen keinen Bezug. Der Senat hat nicht feststellen können, dass „Ce“, wie die Widersprechende behauptet, auch als Akronym für den Fachbegriff „Centrolium“ bzw. „Centriol“ zur Bezeichnung zylinderförmiger Zellstrukturen dient. Daher kommt

dem Element „Ce“ Unterscheidungskraft zu, während der Bestandteil „Ce“ am Beginn der Widerspruchsmarke in das Wort „Cell“ mit der Bedeutung „Zelle“ integriert wird, das wie „vital“ eine Sachangabe ist, so dass eine begriffliche Ähnlichkeit ausscheidet.

ccc) Trotz der Übereinstimmung in der Vorsilbe „Ce“ am stärker beachteten Wortanfang und in der Wortlänge von neun Buchstaben bewirkt die auffällige Umrisscharakteristik des Doppelkonsonanten „ll“ in der Widerspruchsmarke durch die abweichenden Oberlängen einen schriftbildlichen Unterschied. Dies gilt auch für die Endbuchstaben „is“ und „al“.

ddd) Klanglich unterscheiden sich die Vergleichsmarken in der Silbenzahl, der Vokalfolge sowie dem Sprech- und Betonungsrhythmus. Der viersilbigen jüngeren Marke mit der Vokalfolge „e-i-a-i“ steht die ältere nur aus drei Silben bestehende Marke mit der Selbstlautreihe „e-i-a“ gegenüber. Die angegriffene Marke endet mit dem hell klingenden Vokal „i“, während die Widerspruchsmarke mit dem dunklen klingenden Selbstlaut „a“ endet. Ferner wird das „e“ in der ersten Silbe der jüngeren Marke kürzer ausgesprochen als dasjenige in der älteren Marke. Hinzukommt, dass der übereinstimmende Bestandteil „vital“ in der angegriffenen Marke wegen der Endung „is“ weniger deutlich artikuliert wird als in der Widerspruchsmarke.

Angesichts der sehr geringen Kennzeichnungskraft der älteren Marke reichen die vorgenannten Unterschiede aus, um eine unmittelbare Verwechslungsgefahr auszuschließen.

5. Eine Verwechslungsgefahr durch gedankliche Verbindung ist ebenfalls zu verneinen.

a) Eine mittelbare Verwechslungsgefahr unter dem Aspekt eines Serienzeichens scheidet aus, da die Widersprechende nicht vorgetragen hat, über eine Markenserie zu verfügen.

b) Eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne liegt ebenfalls nicht vor.

aa) Sie kann gegeben sein, wenn der Verkehr zwar die Unterschiede zwischen den Zeichen erkennt, wegen ihrer teilweisen Übereinstimmung aber von wirtschaftlichen oder organisatorischen Zusammenhängen zwischen den Zeicheninhabern ausgeht. Eine solche Verwechslungsgefahr kann nur bei Vorliegen besonderer Umstände angenommen werden (BGH GRUR 2021, 482 Rdnr. 50 – RETROLYMPICS; GRUR 2013, 1239 Rdnr. 45 – Volkswagen/Volks.Inspektion). Diese liegen regelmäßig vor, wenn eine Marke als Bestandteil in ein zusammengesetztes Kennzeichen übernommen wird und eine selbständig kennzeichnende Stellung beibehält, ohne dass sie das Erscheinungsbild der zusammengesetzten Marke dominiert oder prägt (vgl. EuGH GRUR 2005, 1042 Rdnr. 30 – THOMSON LIFE; BGH a. a. O. – RETROLYMPICS; GRUR 2014, 1101 Rdnr. 54 – Gelbe Wörterbücher).

bb) Abgesehen davon, dass die Widerspruchsmarke nicht vollständig in die angegriffene Marke aufgenommen worden ist, kommt dem übernommenen Bestandteil „vital“ in der jüngeren Marke eine selbständig kennzeichnende Stellung schon deshalb nicht zu, weil ihn der Verkehr beschreibend auffasst. Gegen seine selbständig kennzeichnende Stellung spricht auch, dass die jüngere Marke „Cevitalis“ eine Gesamtbegriffliche Einheit bildet.

cc) Eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne wird auch angenommen, wenn ein mit der älteren Marke übereinstimmender Bestandteil identisch oder ähnlich in eine komplexe Marke aufgenommen wird, in der er neben einem Unternehmenskennzeichen oder Serienzeichen des Inhabers der jüngeren Marke eine selbständig kennzeichnende Stellung behält, und wenn wegen der Übereinstimmung dieses Bestandteils mit der älteren Marke bei den angesprochenen Verkehrskreisen der Eindruck hervorgerufen wird, dass die fraglichen Waren oder Dienstleistungen aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen (vgl. EuGH, GRUR 2005, 1042 Rdnr. 31 – THOMSON LIFE; GRUR 2010, 933 Rdnr. 34 – Barbara

Becker; BGH GRUR 2010, 646 Rdnr. 15 – OFFROAD; BGH GRUR 2006, 859 – Malteserkreuz).

dd) Das ist hier nicht der Fall, weil die Vorsilbe „Ce“ kein Unternehmenskennzeichen oder Serienzeichen des Inhabers der jüngeren Marke ist.

III.

Gründe für eine Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen nach § 71 Abs. 1 Satz 1 MarkenG sind nicht gegeben.

IV.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde nur gegeben, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss eine Richterin oder ein Richter mitgewirkt haben, die von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt waren,
3. einer beteiligten Person das rechtliche Gehör versagt war,
4. eine beteiligte Person im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern sie 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 kann nicht verlängert werden.

Kortge

Kätker

Dr. Rupp-Swienty

ob