

BUNDESPATENTGERICHT

33 W (pat) 28/01

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 396 46 765

hat der 33. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 17. September 2002 unter Mitwirkung des Richters v. Zglinitzki als Vorsitzendem, der Richterin Dr. Hock und des Richters k.A. Kätker

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

G r ü n d e

I

Der Beschwerdeführer hat am 1. April 1998 beim Deutschen Patent- und Markenamt die Löschung der am 24. April 1997 für die Waren

"levitiertes Trinkwasser; Maschinen und daraus zusammengestellte Anlagen zur Herstellung von levitiertem Trinkwasser"

in das Register eingetragenen Wortmarke 396 46 765

LEVITA-ANLAGE

wegen Nichtigkeit gemäß §§ 50 Abs 1 Nr 3, 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG beantragt.

Durch Beschluß der Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 17. Juni 1999 ist der Löschungsantrag mit der Begründung zurückgewiesen worden, daß die angegriffene Marke im Zeitpunkt der Eintragung nicht aus einer

beschreibenden Freihaltungsbedürftigen Angabe iSd § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG bestanden habe. Die Bezeichnung "LEVITA" stelle keine geläufige Abkürzung des Begriffes "Levitation" dar. Die angegriffene Marke sei gegenüber dem Begriff "Levitations-Anlage" um den Bestandteil "tions" im ersten Wort verkürzt. Da es sich um einen erheblichen Teil dieses Wortes handle (fünf von elf Buchstaben) werde dies nicht unbemerkt bleiben, so daß eine Gleichstellung der Marke "LEVITA-ANLAGE" mit "Levitations-Anlage" ausgeschlossen sei.

Der Löschantragsteller hat gegen diese Entscheidung des Patentamts Beschwerde eingelegt. Er trägt vor, daß es sich um eine beschreibende Marke handle, für die ein Freihaltebedürfnis der Mitbewerber bestehe. Der Begriff "LEVITA" werde in dem einschlägigen Verkehrskreis, dh von denjenigen, die levitiertes Wasser kauften, Levitations-Anlagen vertrieben und Wasserstellen besäßen, als Abkürzung für den organphysikalischen Vorgang der Levitation verstanden.

Er beantragt,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben und die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen.

Der Markeninhaber und Löschantragsgegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen sowie dem Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Er trägt vor, daß das Landgericht Nürnberg-Fürth in einem unter dem Aktenzeichen 4 HK O 11495/97 geführten Rechtsstreit der Beteiligten in seinem Urteil vom 22. März 2000 festgestellt habe, daß weder die Bezeichnung "Levitation" noch die Angabe "LEVITA" dem allgemeinen Sprachgebrauch entnommen sei. Dies ergebe

sich aus einem Schreiben des in dem Verfahren vor dem Landgericht Nürnberg-Fürth bestellten Sachverständigen.

Der Senat hat zur Vorbereitung der Entscheidung eine Verbandsanfrage durchgeführt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II

Die Beschwerde des Löschantragstellers ist nicht begründet.

Der Löschantrag ist zwar gemäß § 54 Abs 1 und 2 aF MarkenG iVm § 50 Abs 1 Nr 3, Abs 2, Satz 2 MarkenG zulässig, in der Sache hat er aber keinen Erfolg. Der Senat vermag die Nichtigkeit der angegriffenen Marke gemäß § 50 Abs 1 Nr 3 MarkenG iVm § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG - im Ergebnis ebenso wie die Markenabteilung - nicht festzustellen, da er die streitgegenständliche Marke nicht für beschreibend und freihaltungsbedürftig hält.

Nach § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG sind von der Eintragung Marken ausgeschlossen, die ausschließlich aus Angaben bestehen, die im Verkehr ua zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Bestimmung oder der Bezeichnung sonstiger Merkmale der in Frage stehenden Waren dienen können. Dabei ist davon auszugehen, daß ein Eintragungshindernis auch dann besteht, wenn eine Benutzung als Sachangabe bisher noch nicht erfolgt ist, eine solche jedoch nach den Umständen erfolgen wird (BGH Mitt 2001, 366 - Test it; 1202 - Gute Zeiten - Schlechte Zeiten).

Solche Umstände werden durch die angemeldete Wortmarke "LEVITA-ANLAGE" nicht oder jedenfalls nicht sprachüblich umschrieben. Der Begriff "Levitation" wird im Duden (Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, 1999, S 2418) mit "freies Schweben eines Körpers im Raum (als Traumerlebnis oder als para-

psychologische Erscheinung)" erläutert. Strittig zwischen den Parteien dieses Verfahrens ist bereits ob der Begriff "Levitation" über diesen Begriffsinhalt hinaus im Zusammenhang mit der Behandlungsweise von Wasser und entsprechend angebotenen Waren den angesprochenen Verkehrskreisen - hier neben Fachkreisen auch das interessierte allgemeine Publikum - bekannt ist. Diese Frage kann jedoch deshalb dahingestellt bleiben, weil jedenfalls die Bezeichnung "LEVITA" - möglicherweise eine Verkürzung des Begriffes "Levitation" - als Sachangabe keine Verwendung findet und es auch keine Anhaltspunkte dafür gibt, daß im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren in Zukunft eine Verwendung der Bezeichnung als Sachangabe erfolgen wird.

Dies ergibt sich über die Recherchen der Markenabteilung 3.4 hinaus aus der vom Senat durchgeführten Verbandsanfrage. Die vom Senat befragten verschiedenen Verbände - aus der Getränke- und Lebensmittelindustrie sowie ein Verein für biologisch-dynamische Wirtschaftsweise - haben die Frage nach der derzeitigen Verwendung des Begriffes "LEVITA-ANLAGE" überwiegend dahingehend beantwortet, daß der Begriff als Sachangabe derzeit nicht gebräuchlich sei. Lediglich der Verband der Deutschen Fruchtsaftindustrie e.V. hat ausgeführt, daß es sich um einen beschreibenden Hinweis auf eine Anlage zur physikalischen Sauerstoffanreicherung von Wasser oder auf das Verfahren zur Beschreibung des Endproduktes handle und das Wort derzeit als Sachangabe in diesem Sinn verwendet werde. Das Institut "Fresenius" - ein Lebensmittelchemieinstitut - hat ausgeführt, daß der Begriff ein warenbeschreibender Hinweis sei, gleichzeitig jedoch ein Freihaltungsbedürfnis ausgeschlossen, was eher für eine markenmäßige Benutzung spricht.

Auch im Rahmen einer vom Senat durchgeführten Internetrecherche konnte eine beschreibende Verwendung des Begriffes "Levita" als Abkürzung für "Levitation" nicht ermittelt werden. Insgesamt fehlt es daher an ausreichenden Anhaltspunkten dafür, daß der Verkehr die angegriffene Marke nur als Sachangabe, nicht aber als Kennzeichnungsmittel verstehen wird.

III

Einen Anlaß zur Kostenauflegung gemäß § 71 Abs 1 Satz 1 MarkenG vermag der Senat nicht zu sehen. Die Beteiligten tragen daher die ihnen erwachsenen Kosten des Verfahrens jeweils selbst (§ 71 Abs 1 Satz 2 MarkenG).

v. Zglinitzki

Kätker

Dr. Hock

CI