



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 112/05

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 300 28 380

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 30. Juli 2007 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterin Bayer und des Richters Merzbach

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die am 12. April 2000 angemeldete Marke

Veracell

ist am 16. August 2000 für die Waren und Dienstleistungen

„Nahrungsergänzungsmittel enthaltend Vitamine, Mineralstoffe und Spurenelemente in Form von Pulver, Dragees, Tabletten; diätetische Lebensmittel für medizinische Zwecke; Beratung auf ernährungswissenschaftlichem Gebiet“

unter der Nummer 300 28 380 in das Markenregister eingetragen worden.

Die Inhaberin der am 28. Februar 1955 u. a. für die Waren

„Arzneimittel“

eingetragenen Marke 672156

Vitazell

hat dagegen Widerspruch erhoben, wobei der Widerspruch auf diese Ware gestützt wird. Die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke wurde bestritten.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat in zwei Beschlüssen vom 12. März 2004 und vom 23. März 2005, von denen letzterer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, den Widerspruch zurückgewiesen.

Die Erstprüferin geht von einer unterdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke aus, da sie aus zwei beschreibenden Bestandteilen zusammengesetzt sei und die Kombination lediglich zum Ausdruck bringe, dass die Produkte die Lebensfunktion der Zelle erhielten und unterstützten. Die Nichtbenutzungseinrede der Inhaberin der angegriffenen Marke greife hinsichtlich der Waren „Vitamine“ nicht durch, da insoweit eine rechtserhaltende Benutzung glaubhaft gemacht worden sei. Auf den Grad der Ähnlichkeit bzw. die Identität der sich gegenüberstehenden Waren und Dienstleistungen komme es jedoch nicht an. Die Marken unterschieden sich in klanglicher Hinsicht in dem relativ kurzen und leicht erfassbaren Wortanfang, wodurch sie sich auch im Gesamteindruck deutlich voneinander abhoben. Denn das „t“ zu Beginn der zweiten Silbe der Widerspruchsmarke stelle einen klangstarken Konsonanten dar, dessen Aussprache hart sei. Bei dem „r“ in der angegriffenen Marke handele es sich dagegen um einen klangschwachen Konsonanten mit weicher Aussprache. Zudem unterschieden sich die Zeichen durch die unterschiedlichen Vokale am Wortanfang. Die Schlusssilben „cell“ bzw. „zell“ seien klanglich identisch. Dieser Übereinstimmung komme aber keine entscheidende Bedeutung zu, da Wortendungen in der Regel weniger beachtet würden als Wortanfänge. Auch in schriftbildlicher Hinsicht unterschieden sich die Zeichen ausreichend. Die bestehenden klanglichen und schriftbildlichen

Unterschiede würden noch dadurch verstärkt, dass die Marken unterschiedliche Begriffsinhalte aufwiesen.

Die Erinnerungsprüferin ließ dahingestellt, ob eine Markenähnlichkeit vorliege, denn der Widerspruch sei mangels Glaubhaftmachung der rechtserhaltenden Benutzung zurückzuweisen. Da die Benutzung undifferenziert bestritten worden sei, erweise sich die Glaubhaftmachung im Rechtsbehelfsverfahren als unzureichend, da für den wandernden Zeitraum fünf Jahre vor der Entscheidung über den Widerspruch im Rechtsbehelfsverfahren keine hinreichenden Angaben über die Benutzung gemacht worden seien. Die vorgelegte Eidesstattliche Versicherung umfasse nur Umsätze von Mai 1999 bis August 2000. Die lediglich für den Anfang des wandernden Zeitraums belegten Umsätze reichten zur Glaubhaftmachung einer rechtserhaltenden Benutzung nicht aus.

Hiergegen hat die Widersprechende Beschwerde eingelegt. Einen ausformulierten Antrag hat sie nicht gestellt.

Eine Einrede mangelnder Benutzung gemäß § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG hätte nicht angenommen dürfen, da die Benutzungsschonfrist der Widerspruchsmarke nicht nach der Veröffentlichung der Eintragung geendet habe und die Einreden gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 MarkenG sich gegenseitig ausschließen. Wollte man sich dem nicht anschließen und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entsprechend die Einreden alternativ und kumulativ zulassen, sei die Erinnerungsentscheidung dennoch nicht richtig, denn die Widerspruchsmarke habe sich im Zeitpunkt der Erinnerungsentscheidung am 23. März 2005 noch innerhalb der Schonfrist befunden, da die Benutzung bis August 2000 glaubhaft gemacht worden sei. Es genügten auch Benutzungshandlungen in den ersten fünf Monaten. Letztlich könne diese Frage dahinstehen, denn die Widerspruchsmarke sei auch seit August 2000 ununterbrochen intensiv benutzt worden. Mit der Beschwerdebegründung wurden zur Glaubhaftmachung der Benutzung der Widerspruchsmarke Verpackungsmaterial, Werbematerial Rechnungen aus den Jah-

ren 2000 bis 2005 und eine Eidesstattliche Versicherung vom 25. Januar 2006 eingereicht.

Im Hinblick auf die Verwechslungsgefahr zwischen den Vergleichsmarken verweist die Inhaberin der älteren Marke auf ihre Ausführungen vor der Markenstelle. Danach seien die Waren und Dienstleistungen teilweise identisch und im Übrigen ähnlich. Es sei von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke auszugehen. Die Zeichen stimmten in Wortlänge und Silberzahl, Wortanfang und Wortende überein. Die Vokalkonstruktion sei ähnlich und die Laute „i“ und „e“ kaum voneinander zu unterscheiden. Gegenüber den Unterschieden zwischen „r“ und „t“ überwögen die Übereinstimmungen in den Zeichen derart, dass Verwechslungen insbesondere aus der Erinnerung heraus zu befürchten seien.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Zur Sache hat sie sich in der Beschwerdeinstanz nicht geäußert.

Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Widersprechenden hat in der Sache keinen Erfolg, da keine Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG besteht.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke undifferenziert bestritten. Da die Benutzungsschonfrist der Widerspruchsmarke vor Veröffentlichung der Eintragung der jüngeren Marke endete, hat die Widersprechende die rechtserhaltende Benutzung ihrer Marke für die

nach § 43 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 MarkenG relevanten Zeiträume glaubhaft zu machen. Die Ansicht der Widersprechenden, sie müsse lediglich eine Benutzung im Zeitraum von 5 Jahren vor Veröffentlichung der jüngeren Marke glaubhaft machen trifft nicht zu, da die Einreden sich nicht gegenseitig ausschließen (BGH GRUR 1998, 938 DRAGON). Die Widersprechende hat allerdings für die Waren „Arzneimittel, nämlich Vitamine“ eine rechtserhaltende Benutzung in beiden nunmehr relevanten Zeiträumen (14. September 1995 bis 14. September 2000 bzw. Juli 2002 bis Juli 2007) durch Vorlage von eidesstattlichen Versicherungen, Verpackungen bzw. Kopien davon, Werbematerial sowie Rechnungen aus dem Zeitraum August 2000 bis Juni 2005 hinreichend glaubhaft gemacht.

Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist daher bei der Widerspruchsmarke von den Waren „Arzneimittel, nämlich Vitamine“ auszugehen (§ 43 Abs. 1 Satz 3 MarkenG).

Danach können sich die Marken teilweise bei sehr ähnlichen Waren begegnen. Für die „Nahrungsergänzungsmittel“ der jüngeren Marke sind Vitamine im Warenverzeichnis ausdrücklich als Inhaltsstoffe genannt und bei „diätetischen Lebensmitteln für medizinische Zwecke“ können Vitamine ebenfalls ein wesentlicher Inhaltsstoff sein. Zudem kann auch die Abgabeform identisch sein. Von den „Arzneimitteln, nämlich Vitamine“ der Widerspruchsmarke unterscheiden sich diese Waren oft nur durch den Anteil der wirksamen Inhaltsstoffe, so dass eine hochgradige Warenähnlichkeit anzunehmen ist. Hinsichtlich der Dienstleistungen „Beratung auf ernährungswissenschaftlichem Gebiet“ der angegriffenen Marke liegt eine Ähnlichkeit zu den Waren der Widerspruchsmarke vor, da sich diese Waren und Dienstleistungen ergänzen und ein enger Bezug zwischen ihnen besteht. Die Einnahme von Arzneimitteln kann einen Einfluss auf die Ernährungsgewohnheiten haben oder eine besondere Ernährung erfordern. Auch kann die Ernährung durch die Einnahme von Arzneimittel beeinflusst werden. Beratungen auf ernährungswissenschaftlichem Gebiet können daher den Bereich der Arzneimittel tangieren wie auch die Wirksamkeit von Arzneimitteln durch Hinweise auf eine zusätzliche

gesunde bzw. für das jeweilige Leiden angemessene Ernährung erhöht werden kann.

Die Marken können sich bei Laien begegnen, so dass die allgemeinen Verkehrskreise zu berücksichtigen sind, die allerdings auf gesundheitlichem Gebiet eine größerer Sorgfalt walten lassen als bei vielen anderen Produkten des täglichen Lebens. Hinzu kommt, dass nicht nur auf die flüchtige Wahrnehmung abzustellen ist, sondern auf den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der jeweiligen Waren (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 9 Rdn. 113).

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Widerspruchsmarke wegen der beschreibenden Einzelemente nur eine geringe Kennzeichnungskraft aufweist. Die Kombination zweier beschreibender Angaben führt noch nicht zwangsläufig zu einer wesentlichen Kennzeichnungsschwäche. Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke mag trotz der beschreibenden bzw. kennzeichnungsschwachen Einzelbestandteile „Vita“= Leben und „zell“ = Zelle noch durchschnittlich sein, wenn auch der Hinweis auf vitale Zellen recht nahe liegt. Selbst wenn die Widerspruchsmarke in der Gesamtheit weder unmittelbar beschreibend noch verbraucht sein und allenfalls andeuten sollte, dass die Lebenskraft der Zellen gestärkt bzw. unterstützt wird, ohne dies unmittelbar zu beschreiben, läge die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke eher im unteren Bereich durchschnittlicher Kennzeichnungskraft.

Die Marken sind jedoch nicht so ähnlich, dass selbst bei erheblicher Warenähnlichkeit und durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke noch mit erheblichen Verwechslungen zu rechnen wäre.

Bei der Prüfung der Ähnlichkeit der sich gegenüber stehenden Marken kommt es maßgeblich auf den Gesamteindruck der Zeichen an (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 9 Rdn. 111). Klanglich sind die Zeichen hinreichend verschieden,

da die in klanglicher Hinsicht identische Endung „zell/cell“ als beschreibender Hinweis auf „Zelle“ so schwach ist, dass der Verkehr auf die Unterschiede in den Silben „Vita“ und „Vera“ der sich gegenüberstehenden Zeichen besonders achtet und diese im Gesamtklangbild nicht untergehen. Hinzu kommt, dass der Verkehr den Wortanfängen gegenüber den Wortenden erfahrungsgemäß ohnehin mehr Beachtung schenkt. Die Marken weisen Unterschiede im Vokal der ersten Silbe auf, wenn auch „e“ und „i“ beides hellklingende Vokale sind. In den Anlauten der Mittelsilbe bewirken die unterschiedlichen Konsonanten ein deutlich unterschiedliches Klangbild. Während bei der angegriffenen Marke das „r“ besonders weich klingt, ist der Konsonant „t“ hart. Die Unterschiede in den sich gegenüberstehenden Marken sind insgesamt nicht zu überhören und wegen des deutlich unterschiedlichen Klangcharakters der Anfangsbestandteile leicht erkennbar. Hinzu kommt, dass insbesondere „Vita“ (Leben) einen Sinngehalt aufweist, der Verwechslungen zusätzlich entgegenwirkt, da die vorhandenen Unterschiede der Marken dadurch noch leichter erkannt und behalten werden. Ob der Anfangsbestandteil „Vera“ der angegriffenen Marke innerhalb der gesamten Widerspruchsmarke als Vorname angesehen wird, wie die Inhaberin der angegriffenen Marke vor der Markenstelle meinte, kann insoweit dahingestellt bleiben.

Schriftbildlich sind drei von sieben Buchstaben verschieden, wobei insbesondere die Oberlänge des Buchstabens „t“ der Widerspruchsmarke sehr markant ist, so dass auch in dieser Hinsicht nicht mit Verwechslungen zu rechnen ist. Berücksichtigt man zusätzlich, dass das Schriftbild von Marken erfahrungsgemäß eine genauere und in der Regel sogar wiederholte Wahrnehmung der Bezeichnung gestattet als das schnell verklingende gesprochene Wort (Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 9 Rdn. 143), so scheidet eine schriftbildliche Verwechslungsgefahr in jeder Hinsicht aus.

Eine begriffliche Ähnlichkeit ist ebenfalls nicht ersichtlich.

Im Ergebnis sind die Vergleichsmarken daher ihrem Gesamteindruck nach hinreichend verschieden, so dass eine Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG zu verneinen ist.

Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die sich gegenüber stehenden Marken gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden. Der Verkehr wird die angegriffene Marke nicht als Serienzeichen der Widersprechenden ansehen, da die zudem nur klanglich identischen Bestandteile „cell“/„Zell“ als beschreibende Hinweise auf „Zelle“ nicht geeignet sind, als Stammbestandteil einer Zeichenserie der Widersprechenden zu wirken.

Die Beschwerde der Widersprechenden hat daher keinen Erfolg.

Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bot der Streitfall keinen Anlass, § 71 Abs. 1 MarkenG.

Kliems

Merzbach

Bayer

Pr