



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 44/06

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die angegriffene Marke 302 49 291

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 2. Juni 2008 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Vogel von Falckenstein sowie der Richterin Winter und des Richters Paetzold

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Gegen die für die Waren der Klassen 03 und 5

„Mittel für die Körper- und Schönheitspflege; 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 und in Kombination mit Stoffen tierischen und pflanzlichen Ursprungs“

eingetragene und am 28. März 2003 veröffentlichte Wortmarke 302 49 291

„Plavigamma“

ist am 2. Mai 2003 Widerspruch aus der am 18. April 2002 eingetragenen europäischen Wortmarke CTM 2 236 578

„PLAVIX“

eingelegt worden, die geschützt ist für

„pharmazeutische Erzeugnisse und Präparate“.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat den Widerspruch durch Beschlüsse vom 31. März 2005 und 3. Februar 2006 zurückgewiesen mit der Begründung, selbst im Bereich identischer Waren sei der erforderliche Abstand zur Widerspruchsmarke gewahrt, selbst wenn dieser eine erhöhte Kennzeichnungskraft zugesprochen würde. Sowohl im klanglichen als auch im schriftbildlichen Vergleich fielen die Zeichenunterschiede hinreichend auf. Neben der übereinstimmenden Anfangssilbe verfüge die angegriffene Marke mit dem zweisilbigen Zusatz „gamma“ über eine deutliche Abweichung, die auch klanglich hinreichend zur Geltung komme. Der zusätzliche Bestandteil der einteiligen Marke könne markenrechtlich nicht unberücksichtigt bleiben, zumal er fantasievoll, zumindest aber nicht lediglich beschreibend und überdies zugunsten der Markeninhaberin in Alleinstellung eingetragen sei. Auch aus der Drittzeichenlage lasse sich keine Kennzeichnungsschwäche ableiten, da von den 217 existierenden Marken mit dem Bestandteil „gamma“ alle bis auf sechs der Markeninhaberin zustünden. Eine mittelbare Verwechslungsgefahr scheidet schon deshalb aus, weil die Widerspruchsmarke auch über keinen eigenständigen Wortstamm „Plavi“ verfüge.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden, die auf die weltweite Bekanntheit ihrer Marke in Fachkreisen hinweist, die ohne Weiteres den beschreibenden Gehalt von „gamma“ erkennen, ihm deshalb keine markenmäßige Bedeutung zumessen und im Bestandteil „PLAVI“ der angegriffenen Marke die Widerspruchsmarke erkennen würden, jedenfalls aber aufgrund ge-

danklicher Verbindung einer Verwechslungsgefahr unterlägen. Dies gelte erst recht angesichts der gesteigerten Kennzeichnungskraft, die zu berücksichtigen sei, nachdem die Markeninhaberin die diesbezüglichen Angaben der Widersprechenden nicht substantiiert, sondern nur mit Nichtwissen bestritten habe. Im Übrigen werde der Verkehr aufgrund der Vielzahl von „gamma“-Marken zugunsten der Markeninhaberin diesen Bestandteil weglassen und die Produktkennzeichnung ausschließlich in dem Bestandteil „PLAVI“ sehen.

Die Widersprechende beantragt sinngemäß,

die Beschlüsse der Markenstelle vom 31. März 2005 und 3. Februar 2006 aufzuheben,

und regt hilfsweise die Zulassung der Rechtsbeschwerde an.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat Zurückweisungsantrag gestellt und sich hierzu auf ihre vorinstanzlichen Ausführungen bezogen. Abgesehen von der Unterschiedlichkeit der Marken in ihrer Gesamtheit bestünden auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Verkehr den Wortteil „gamma“ aus der angegriffenen Marke herauslösen oder ignorieren werde.

Ergänzend wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Die Markenstelle hat nach Auffassung des Senats die Gefahr von Verwechslungen zwischen den Marken zutreffend verneint und den Widerspruch zu Recht zurückgewiesen.

Die Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG ist unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der zueinander in Wechselbeziehung stehenden Faktoren der Ähnlichkeit der Marken, der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren sowie der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke zu beurteilen, wobei insbesondere ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Marken durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Waren ausgeglichen werden kann und umgekehrt (BGH in st. Rspr., vgl. GRUR 2007, 1071 - Kinder Kram; WRP 2004, 1281 - Mustang; WRP 2004, 907 - Kleiner Feigling; WRP 2004, 1043 - NEURO-VIBOLEX/NEURO-FIBRAFLEX).

Nachdem Benutzungsfragen nicht aufgeworfen sind, ist hinsichtlich der beiderseitigen Waren von der Registerlage auszugehen. Insoweit stehen den Waren der angegriffenen Marke, wie die Markenstelle zu Recht festgestellt hat, identische oder ähnliche Waren gegenüber (vgl. Richter/Stoppel, Warenähnlichkeit, 14. Aufl. 2008, S. 237 f., Stichwort „pharmazeutische Erzeugnisse“ und S. 222, Stichwort „Nahrungsergänzungsmittel“), weshalb die Anforderungen an den Markenabstand insoweit eher erhöht sind, der aber von der angegriffenen Marke eingehalten wird; hierbei kann es dahinstehen, ob der Widerspruchsmarke eine erhöhte Kennzeichnungskraft zukommt. Denn auch bei Anerkennung einer solchen ist eine registerrechtliche Verwechslungsgefahr zu verneinen, weil die angegriffene Marke selbst den dann strengeren Anforderungen an den erforderlichen Markenabstand noch genügt.

Bei der Beurteilung der Markenähnlichkeit steht zwischen den Beteiligten im Grunde außer Streit, dass die Marken in ihrer Gesamtheit deutliche Unterschiede aufweisen, weil sie in ihren Bestandteilen unterschiedliche Länge, Buchstaben und Silbenzahl zeigen, was auch bei einem flüchtigen Verhalten weder überhört noch übersehen werden kann.

Eine die Verwechslungsgefahr begründende Markenähnlichkeit wäre nur denkbar, wenn man aus der angegriffenen Marke den Bestandteil „PLAVI“ herausgreifen

und der Widerspruchsmarke isoliert kollisionsbegründend gegenüberstellen könnte, was sich jedoch grundsätzlich verbietet, weil der Verkehr Zeichen regelmäßig so auffasst, wie sie ihm entgegentreten, d. h. als einheitliches und eigenständiges Gebilde (vgl. BGH GRUR 2004, 783 (784) - NEURO-VIBOLEX). Gleichermäßen wäre es rechtsfehlerhaft, ohne Weiteres eine Zeichenkollision allein deshalb feststellen zu wollen, weil sich die Buchstabenfolge der älteren Marke wie hier nahezu identisch in dem jüngeren Zeichen wiederfindet. Eine Ausnahme ist nur denkbar, wenn in Kombinationsmarken ein Bestandteil den Gesamteindruck der Marke allein dominiert, weil etwa die übrigen Bestandteile wegen ihrer beschreibenden Bedeutung eindeutig nicht zur Kennzeichnungskraft der Gesamtmarke beitragen und damit schon aus Rechtsgründen bei der Kollisionsprüfung ausscheiden. Im vorliegenden Fall steht der Widerspruchsmarke jedoch eine einheitlicher Fantasiebegriff gegenüber, der auch nicht durch grafische Elemente zergliedert ist, so dass schon deshalb die Anwendung der Grundsätze über die Prägung von Markenbestandteilen ausscheidet (vgl. Hacker in Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl. 2006, § 9 Rdn. 218 f. m. w. N.). Selbst wenn man der Argumentation der Widersprechenden folgen wollte, dass in der angegriffenen Marke die Endbuchstaben „GAMMA“ kennzeichnungsschwach seien, so lässt sich daraus keine Verwechslungsgefahr nach dem Gesamteindruck ableiten. Denn dieser bestimmt sich nicht aufgrund von zergliedernden analytischen Gedankenschritten. Insofern bleibt es bei dem Grundsatz, dass der Verkehr erfahrungsgemäß eine Marke so aufnimmt, wie sie ihm entgegentritt (vgl. Hacker a. a. O. Rdn. 214, 111 m. w. N.). Im Übrigen sind in einheitlichen Marken selbst kennzeichnungsschwache Bestandteile für den Gesamteindruck mit zu berücksichtigen (Hacker a. a. O. Rdn. 214 m. w. N.). Dementsprechend hat der Senat in einem ähnlich gelagerten Fall auch die Abspaltung von „gamma“ in einem einheitlichen Wort verneint (Entsch. v. 30. Juni 2003, Az. 30 W (pat) 110/02 - Enaprilgamma/GENABIL).

Selbst wenn man auf die besondere Bedeutung übereinstimmender Wortanfänge abstellt, wogegen Endungen schnell untergehen können, so greift dies im vorliegenden Fall nicht durch. Sowohl in klanglicher als auch in schriftbildlicher Hinsicht sind die Unterschiede deutlich wahrzunehmen, wobei der Klangeindruck der ange-

griffenen Marke durch die zwei weiteren Silben mitbestimmt wird, von denen zumindest eine betont ist, so dass ein Verschlucken oder Überhören äußerst unwahrscheinlich ist.

Auch eine assoziative Verwechslungsgefahr scheidet aus. Abgesehen davon, dass es sich hierbei um einen Ausnahmefall mit restriktiver Anwendung handelt, steht seiner Annahme im vorliegenden Fall entgegen, dass „PLAVIGAMMA“ als einheitliches Fantasiewort aufgefasst wird, in welchem die Widerspruchsmarke, zumal sie mit dem Zusatzbuchstaben „X“ endet, gerade nicht nach Art eines eigenständigen Wortstamms hervortritt und deshalb den Verkehr von der Vorstellung abhalten wird, es lägen Serienmarken eines Unternehmens vor (vgl. Hacker a. a. O. Rdn. 326 m. w. N.).

Ein anderes Ergebnis lässt sich entgegen der Auffassung der Widersprechenden auch nicht aus der Entscheidung „THOMSON LIFE“ des EuGH (GRUR 2005, S. 1042) herleiten. Abgesehen von der Frage, ob diese Entscheidung ohne Weiteres auch auf Einwortmarken anwendbar ist - dort ist nur von „komplexen“ Marken die Rede -, liegen die dort aufgestellten Voraussetzungen nicht vor. Weder ist die Widerspruchsmarke identisch in der angegriffenen Marke enthalten noch hat deren Wortanfang „Plavi“ eine eigenständige und dominierende Stellung, die den Rückschluss auf einen selbständig kennzeichnenden produktbezogenen Bestandteil zulassen würde, insbesondere weil sich die Gesamtmarke als einheitliches Fantasiewort präsentiert. Zudem hat der BGH in einer kürzlich ergangenen Entscheidung (GRUR 2007, S. 1066, 1069 f. - Kinderzeit) dem Anfangsbestandteil „Kinder“ in der angegriffenen Marke keine selbständig kennzeichnende Stellung zugebilligt.

Somit war die angefochtene Entscheidung der Markenstelle im vollen Umfang zu bestätigen und die Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen.

2. Für die angeregte Zulassung der Rechtsbeschwerde fehlt es an den gesetzlichen Voraussetzungen des § 83 Abs. 2 MarkenG. Da für den vorliegenden Fall im

Wesentlichen nur tatsächliche Umstände entscheidungserheblich und keine besonderen Rechtsfragen zu klären sind, ist nicht ersichtlich, welche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung sich stellt bzw. aus welchem Grund eine höchstrichterliche Entscheidung erforderlich sein soll. Eine Verwechslungsgefahr käme hier allenfalls in Betracht, wenn es sich bei der Widerspruchsmarke um eine in Deutschland berühmte Marke handeln würde, wofür aber die bisher eingereichten Unterlagen bei weitem nicht ausreichen. Selbst für eine gesteigerte Verkehrsbekanntheit hätte die Widersprechende nicht nur Umsatzzahlen, die ohnehin nur begrenzte Aussagekraft besitzen (vgl. Hacker a. a. O. Rdn. 191 m. w. N.), oder Werbeaufwendungen, sondern insbesondere auch den in Deutschland gehaltenen Marktanteil und die Dauer der Markenverwendung darstellen sollen (vgl. Hacker a. a. O.), zumal sie die erhöhte Bekanntheit sowohl für den Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke als auch für den der Entscheidung über den Widerspruch darzulegen hatte (vgl. Hacker a. a. O., Rdn. 194), und zwar auch in Endverbraucherkreisen.

3. Bei der Kostenentscheidung war eine einseitige Auferlegung der Kosten unter Billigkeitsgesichtspunkten nach § 71 Abs. 1 MarkenG nicht veranlasst.

Dr. Vogel von Falckenstein

Winter

Paetzold

Ko