



BUNDESPATENTGERICHT

33 W (pat) 24/08

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 304 51 985

hat der 33. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 17. November 2009 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Bender, der Richterin am Oberlandesgericht Dr. Hoppe und des Richters Kätker

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Widersprechenden wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 35 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 18. Dezember 2007 teilweise aufgehoben, soweit der Widerspruch aus der Marke 397 43 212 für die Waren

diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Vitaminpräparate (Nahrungsergänzungsmittel)

zurückgewiesen worden ist.

Insoweit wird die Teillöschung der angegriffenen Marke 304 51 985 angeordnet.

2. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe

I

Gegen die Eintragung der Wortmarke 304 51 985

Apotheke proVita

für die Waren und Dienstleistungen

Klasse 5:

pharmazeutische Erzeugnisse, diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Vitaminpräparate (Arzneimittel und Nahrungsergänzungsmittel);

Klasse 35:

Werbung auf dem Gebiet der Apotheke, Marketing-Dienstleistungen auf dem Gebiet der Apotheke; Waren und Dienstleistungspräsentationen, Bestellannahme, Lieferauftragsservice und Rechnungsabwicklung im Rahmen von e-commerce auf dem Gebiet der Apotheke, Beschaffungsdienstleistungen für Dritte auf dem Gebiet der Apotheke;

Klasse 44:

Dienstleistungen eines Apothekers

ist Widerspruch eingelegt worden aus der Marke 397 43 212



eingetragen für die Waren

Klasse 5:

diätetische Erzeugnisse für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Vitaminen;

Klasse 29:

diätetische Erzeugnisse für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Eiweiß;

Klasse 30:

diätetische Erzeugnisse für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Kohlehydraten.

Mit Beschluss vom 18. Dezember 2007 hat die Markenstelle für Klasse 35 des Deutschen Patent- und Markenamts durch ein Mitglied des Patentamts den Widerspruch zurückgewiesen. Nach Auffassung der Markenstelle liegt keine Gefahr von Verwechslungen i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG vor. Zwar sei ein deutlicher Abstand zwischen den Marken erforderlich, hieran dürften aber angesichts ver-

wechslungsmindernder Umstände keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden. Diesen Abstand halte die jüngere Marke vorliegend ein. Eine Warenidentität bzw. -ähnlichkeit liege allenfalls hinsichtlich diätetischer Erzeugnisse vor. Jedoch könne davon ausgegangen werden, dass die davon angesprochenen breiten Endverbraucherkreise beim Erwerb von gesundheitsrelevanten diätetischen Erzeugnissen eine gewisse Sorgfalt anwendeten. Somit reiche, vor allem bei Berücksichtigung einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke, der von der angegriffenen Marke eingehaltene Abstand zur Widerspruchsmarke aus.

Bei der Widerspruchsmarke handele es sich um eine Wort-/Bildmarke, bei der dem Wortbestandteil als einfachster und kürzester Bezeichnung der Gesamtmarke eine prägende Wirkung zugesprochen werden könne. Jedoch dürfe nicht nur der (beschreibende) Anteil „pro vitae“ berücksichtigt werden, vielmehr werde auch der Namenshinweis „rené ottawa“ trotz seiner geringen Größe noch wahrgenommen und sei nicht vernachlässigbar. Selbst wenn man nur den Anteil „pro vitae“ berücksichtige, und sich somit „pro vitae“ und „Apotheke proVita“ gegenüber stünden, unterschieden sich die Vergleichsmarken deutlich nach ihrer Wortlänge, Silbenzahl, Vokalfolge, Sprech- und Betonungsrhythmus und wiesen auch unterschiedliche Markenanfänge auf. Obwohl kennzeichnungsschwach, sei zudem das Wort „Apotheke“ der angegriffenen Marke nicht zu vernachlässigen, da Marken stets in ihrer Gesamtheit zu würdigen seien. Gegen eine Verwechslungsgefahr spreche auch, dass alle Markenbestandteile der jüngeren Marke kennzeichnungsschwach seien, da das lateinische „proVita“ beschreibende Anklänge aufweise und vom angesprochenen Verkehrskreis ohne weiteres als „für das Leben“ verstanden werde, die gesamte Marke somit als „Apotheke für das Leben“. Daher seien klangliche Verwechslungen zwischen den Vergleichsmarken ausgeschlossen. Ferner fehle der Widerspruchsmarke der Hinweis „Apotheke“, was die Vergleichsmarken zusätzlich unterscheidbar mache. Zudem bestehe wegen der unterschiedlichen Wortlänge und der Umrisscharakteristik des Bestandteils „Apotheke“ auch keine schriftbildliche Ähnlichkeit.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden. Nach ihrer Auffassung kann der Bestandteil „proVita“ in der jüngere Marke „Apotheke proVita“ neben dem beschreibenden Bestandteil „Apotheke“ noch über eine selbständig kennzeichnende Stellung verfügen, selbst dann, wenn er nur eine geringe Kennzeichnungskraft aufweise. Stimme der Bestandteil „proVita“ der jüngeren Marke mit dem Bestandteil „pro vitae“ der Widerspruchsmarke überein, so führe dies zu einer Verwechslungsgefahr. Bei einer komplexen Wort-/Bildmarke werde sich der angesprochene Verkehr erfahrungsgemäß am Wortbestandteil orientieren, wenn der Bildbestandteil keine ins Gewicht fallende grafische Gestaltung aufweise. Kennzeichnender Bestandteil der Widerspruchsmarke sei somit alleine deren Wortbestandteil „pro vitae“, da sowohl die bildliche Darstellung der Wort-/Bildmarke durch ihr fehlendes Gewicht gegenüber dem Wortbestandteil „pro vitae“ als auch der rein beschreibende Namenszug „rené ottawa“ keine Kennzeichnungskraft aufwiesen.

Dem Kennzeichnungskraft besitzenden Bestandteil „pro vitae“ möge zwar angesichts der Waren und in Kenntnis der lateinischen Bedeutung ein beschreibender Zusammenhang zuerkannt werden, dieser sei jedoch nur am Rande zu bemerken. Hingegen komme den Begriffen „pro“ und „vitae“ keine klare, umfassende und erschöpfende Zuordnung zu den beanspruchten Waren zu. Ferner liege eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne vor, da der Bestandteil „pro vitae“ der älteren Marke mit dem Bestandteil „proVita“ der jüngeren Marke Ähnlichkeit aufweise und der angesprochene Verkehr somit den Eindruck gewinne, dass die fraglichen Waren aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammten. Zudem komme dem Bestandteil „proVita“ der jüngeren Marke eine selbständige, produktbezogene Kennzeichnungsfunktion zu, da der angesprochene Verkehr in diesem die eigentliche Produktbezeichnung sehe, nicht hingegen im weiteren unternehmensbezeichnenden Bestandteil „Apotheke“. Die Übereinstimmung der Produktbezeichnung mit der Gegenmarke verursache eine Gefahr von Verwechslungen. Die Widersprechende beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 35 vom 18. Dezember 2007 aufzuheben und die Marke 304 51 985 wegen des Widerspruchs aus der Marke 397 43 212 zu löschen.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt sinngemäß

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie hat auf ihr schriftsätzliches Vorbringen im Verfahren vor der Markenstelle verwiesen. Darin hat sie vorgetragen, dass zwischen den Marken keine Gefahr von Verwechslungen vorliege. Eine Ähnlichkeit der Marken bestehe nicht, da die Widerspruchsmarke durch ihre Gestalt als aus mehreren Bestandteilen zusammengesetztes Logo gegenüber der jüngeren (reinen) Wortmarke deutlich komplexer sei.

Der Wortbestandteil „pro vitae“ dominiere angesichts seiner Kennzeichnungsschwäche und der grafisch originell gestalteten und optisch hervorgehobenen weiteren Zeichenbestandteile den Gesamteindruck der Widerspruchsmarke nicht. Ferner sei die Widerspruchsmarke in ihrer Gestalt stark gegliedert, wohingegen die jüngere Marke schlagwortartig kurz gehalten sei. Verstärkt werde die unterschiedliche Gestaltung durch den Inhabernamen „rené ottawa“ in der Widerspruchsmarke, so dass deren Wortbestandteil „pro vitae - rené ottawa“ laute. Dieser Namensbestandteil könne gerade bei „Allerweltszeichen“, wie dem Bestandteil „pro vitae“, nicht vernachlässigt werden. Zudem könne dieser Name als Stammbestandteil eines Serienkennzeichens angesehen werden, was sich auch anhand der Gestaltung einer weiteren Marke des Widersprechenden („proactil - rené ottawa“) zeige.

Ferner dürfe in der jüngeren Marke der Bestandteil „Apotheke“ nicht vernachlässigt werden. Die Bestandteile „Apotheke“ und „proVita“ bildeten eine zusammengehörige Kombination, auch wenn das Wort „Apotheke“ einen beschreibenden

Charakter aufweise. Zudem sei es in Bezug auf die kollidierenden diätetischen Erzeugnisse gerade nicht klar beschreibend, da der Verkehr nicht davon ausgehen werde, dass eine Apotheke Hersteller dieser Produkte sei. Auch bei einem isolierten Vergleich der Wortbestandteile „pro vitae“ und „proVita“ halte sich die Ähnlichkeit angesichts der unterschiedlichen Schreibweise in Grenzen. Zudem unterschieden sich die Marken durch die Aussprache des markanten Endlauts „Äh“ der Widerspruchsmarke im Klang deutlich voneinander.

Außerdem bestehe hinsichtlich der Dienstleistungen der Klassen 35 und 44 der jüngeren Marke keine Ähnlichkeit mit den Waren der Widerspruchsmarke. Die Produktähnlichkeit bezüglich der diätetischen Erzeugnisse der Klasse 5 sei eng begrenzt. Die Widerspruchsmarke umfasse lediglich Erzeugnisse für nichtmedizinische Zwecke, die jüngere Marke hingegen solche für medizinische Zwecke. Dieser Verwendungszweck führe bei dem eng umkämpften Markt der Nahrungsergänzungsmittel wiederum zu einem ausreichenden Abstand zwischen den Marken. Auch bei Annahme einer Marken- und Warenähnlichkeit sei die Kennzeichnungskraft der beteiligten Zeichen zu berücksichtigen, wobei der Bestandteil „pro vitae“ bezüglich diätetischer Erzeugnisse kaum Kennzeichnungskraft aufweise. Selbst wenn man die Bestandteile „pro vitae“ und „proVita“ der Marken allein berücksichtige, bestehe keine Verwechslungsgefahr, vor allem angesichts des Zurücktretens des Bestandteils „pro vitae“ der Widerspruchsmarke hinter die weiteren Bild- und Namensbestandteile.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II

1. Die zulässige Beschwerde der Widersprechenden ist teilweise begründet. Im Umfang der von der Löschungsanordnung erfassten Waren besteht zwischen den

beiderseitigen Marken die Gefahr von Verwechslungen i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG.

Verwechslungsgefahr liegt vor, wenn die Öffentlichkeit glauben könnte, dass die betreffenden Waren oder Dienstleistungen aus demselben Unternehmen oder gegebenenfalls aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen. Das Vorliegen von Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen. Dabei ist hinsichtlich der Ähnlichkeit der betreffenden Marken im Bild, Klang oder in der Bedeutung auf den Gesamteindruck abzustellen, den die Marken hervorrufen, wobei insbesondere die kennzeichnungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind. Für die umfassende Beurteilung der Verwechslungsgefahr kommt es entscheidend darauf an, wie die Marke auf den Durchschnittsverbraucher dieser Waren oder Dienstleistungen wirkt (vgl. EuGH GRUR 2005, 1042, Rdn. 28 - THOMSON LIFE; GRUR 2008, 343, Nr. 33 - Il Ponte Finanziaria Spa/HABM („BAINBRIDGE“), jew. m. w. N.).

Insbesondere bestimmt sich die Verwechslungsgefahr anhand einer Wechselwirkung zwischen den Beurteilungsfaktoren der Waren-/Dienstleistungsidentität oder -ähnlichkeit, der Markenidentität oder -ähnlichkeit und der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke in der Weise, dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren/Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken oder der Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 2002, 544, 545 - BANK 24 m. w. N.; GRUR 2002, 1067 - DKV/OKV; GRUR 2003, 963 - AntiVir/AntiVirus).

a) Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke (in ihrer Gesamtheit) ist mangels entgegenstehender Anhaltspunkte als durchschnittlich zu beurteilen.

b) Die von der Löschungsanordnung betroffenen Waren „diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Vitaminpräparate (Nahrungsergänzungsmittel)“ der angegriffenen Marke liegen mit den Waren der Gegenmarke teilweise im Identitätsbereich, im Übrigen im Bereich einer engeren Warenähnlichkeit.

Bei der Beurteilung der Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen sind nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofs alle erheblichen Faktoren zu berücksichtigen, die das Verhältnis zwischen den Waren oder Dienstleistungen kennzeichnen. Zu diesen Faktoren gehören insbesondere deren Art, Verwendungszweck und Nutzung sowie ihre Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Waren oder Dienstleistungen (EuGH GRUR Int. 1998, 875, 876 f. - Canon; GRUR Int. 1999, 734 - Lloyds/Loint's; BGH GRUR 1999, 731 - Canon II; WRP 1998, 747, 749 - GARIBALDI; WRP 2000, 1152, 1153 - PAPPAGALLO; WRP 2001, 694, 695 - EVIAN/REVIAN). Auch die maßgeblichen wirtschaftlichen Zusammenhänge, wie Herstellungsstätten und Vertriebswege, stoffliche Beschaffenheit und Zweckbestimmung oder Verwendungsweise sind relevante Gesichtspunkte.

Die für die jüngere Marke eingetragenen „diätetischen Erzeugnisse für medizinische Zwecke“ sind mit den „diätetischen Erzeugnissen für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Vitaminen“ der Widerspruchsmarke hochgradig ähnlich. Hierfür spricht zunächst, dass diese Waren beiderseits der Gesunderhaltung im weitesten Sinne dienen, wobei sie hier auch in ihrer Art und Wirkung als diätetische Erzeugnisse übereinstimmen. Zudem werden sie in den heutzutage ausgeweiteten Sortimenten von Apotheken nebeneinander verkauft. Außerdem ist eine kombinierte bzw. aufeinander abgestimmte Einnahme der beiderseitigen Waren bei Rekonvaleszenzen oder Kuren möglich. Im Bereich der Naturmedizin sind auch Überschneidungen bei der stofflichen Beschaffenheit denkbar.

Weiter sind die für die jüngere Marke eingetragenen „Vitaminpräparate (Nahrungsergänzungsmittel)“ der jüngeren Marke zumindest teildentisch mit den für die Widerspruchsmarke geschützten „diätetischen Erzeugnissen für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Vitaminen“, was sich schon rein begrifflich ergibt.

c) Die angegriffene Marke hält den insoweit erforderlichen deutlichen Abstand zur Widerspruchsmarke jedenfalls in klanglicher Hinsicht nicht ein. Zwar unterscheiden sich die Marken hinreichend voneinander, wenn man sie in ihrer Gesamtheit vergleicht, was angesichts der zahlreichen abweichenden Wort- und Bildbestandteile keiner weiteren Erläuterung bedarf. Eine Ähnlichkeit der Marken nach dem Gesamteindruck kommt jedoch auch in Betracht, wenn sie in Bestandteilen übereinstimmen, die ihren Gesamteindruck prägen. Ein Markenbestandteil kann den Gesamteindruck der Marke prägen und so eine selbständig kollisionsbegründende Bedeutung haben, wenn er eine eigenständige kennzeichnende Funktion aufweist und die übrigen Markenteile für den Verkehr in einer Weise zurücktreten, dass sie für den Gesamteindruck vernachlässigt werden können (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 9, Rdn. 232, 235 m. w. N.). Dies ist vorliegend hinsichtlich der Bestandteile „proVita“ und „pro vitae“ der Fall.

a) Bei der angegriffenen Marke steht der fragliche Bestandteil „proVita“ zwar erst an zweiter Stelle, ohne optisch herausgehoben zu sein, was für sich genommen gegen eine Prägung spricht. Gewichtiger sind jedoch die deutlichen Unterschiede in der Kennzeichnungskraft der beiden Markenbestandteile, die hier klar für eine Prägung durch „proVita“ sprechen. Denn der erste Bestandteil „Apotheke“ stellt eine glatte Gattungsangabe dar, da er für die von der Löschanordnung betroffenen Waren der Klasse 5 die Art bzw. Gattung der Verkaufs- ggf. auch Herstellungsstätte bezeichnet. Als rein beschreibender und zudem höchst freihaltungsbedürftiger Angabe kommt dem Bestandteil „Apotheke“ damit keinerlei Kennzeichnungskraft zu.

Demgegenüber ist eine rein fachbegriffliche Eigenschaft der Wortkombination „pro Vita“ weder vorgetragen noch allgemein bekannt. Lateinkundige Verkehrsteilnehmer (vor allem wohl Fachverkehrsteilnehmer im Bereich der Pharmazie) dürften die Kombination ohne Weiteres verstehen. Nicht ohne Weiteres bzw. erst mit Kombinationsüberlegungen werden sich hingegen (gebildete) Nicht-Lateinkundige aufgrund ihres Allgemeinwissens, insbesondere der Kenntnis von Begriffen wie „pro und contra“, „Vitamine“, „vital“, „Vita“ (Lebenslauf) usw. einen Bedeutungsgehalt i. S. „fürs Leben“ kombinieren bzw. erschließen. Dieser Bedeutungsgehalt hat zwar einerseits einen erkennbar beschreibenden Gehalt, andererseits ist auch zu berücksichtigen, dass nahezu alle Waren und Dienstleistungen mit Ausnahme z. B. von Särgen oder Bestattungsdienstleistungen irgendwie für das Leben gedacht sind. Insoweit bezeichnet der fragliche Bestandteil eine platte Selbstverständlichkeit, die ein verkehrswesentliches Merkmal der fraglichen Waren und Dienstleistungen nicht ganz so deutlich trifft, wie dies etwa der Ausdruck „für die Gesundheit“ tun würde. Für solche Apothekenkunden kommt die Zugehörigkeit von „proVita“ zu einer toten Sprache hinzu, die dagegen spricht, dass sie als aktueller oder zukünftiger Sachbegriff aufgefasst werden könnte. Vielmehr ruft „proVita“ den Eindruck einer bildungssprachlichen Kennzeichnung (mit allerdings beachtlichen beschreibenden Anklängen) hervor.

Dies gilt erst recht für den Kreis der wenig gebildeten und sprachlich nicht gewandten Abnehmer von Arzneimitteln und diätetischen Erzeugnissen. Für solche Abnehmer ist „proVita“ nur irgendeine lateinisch bzw. medizinisch klingende Bezeichnung. Für diesen keineswegs unbeachtlichen Verkehrsteil verschlechtert die Schreibweise von „proVita“ die begriffliche Erfassbarkeit zusätzlich noch. Wenngleich dem Markenbestandteil eine durchaus erhebliche Kennzeichnungsschwäche anhaftet, so verfügt er dennoch über eine verbleibende Kennzeichnungskraft, die gerade gegenüber dem weiteren glatt beschreibenden Bestandteil „Apotheke“ den Gesamteindruck der Gesamtmarke zu prägen vermag.

Es ist auch kein Grund erkennbar, warum das beschreibende Wort „Apotheke“ für den kennzeichnenden Gesamteindruck nicht vernachlässigt werden könnte, wie dies die Markenstelle meint. Dies wäre etwa der Fall, wenn die Wortkombination „Apotheke proVita“ einen zusammengehörigen Gesamtbegriff bilden würde. Ein solcher Gesamtbegriff liegt hier jedoch nicht vor, worauf schon die unterschiedliche Sprache der beiden Bestandteile hindeutet. Vielmehr erscheint sogar eine bequeme Verkürzung auf „proVita“ durchaus lebensnah (z. B. „Kauf das doch bei proVita / ... in der proVita!“). Der Gesamteindruck der jüngeren Marke wird nach alledem vom Bestandteil „proVita“ geprägt.

b) Gleiches gilt für die Widerspruchsmarke und ihren Bestandteil „pro vitae“. Die Widerspruchsmarke verfügt zwar auch über einen Bildbestandteil, nach dem Wort-vor-Bild-Grundsatz stellt der Wortbestandteil jedoch die einfachste und kürzeste Bezeichnungsform für die Gesamtmarke dar. Dies gilt selbst dann, wenn das Wort größtmäßig hinter das Bild zurücktritt, was hier - im Vergleich zur Hand-Darstellung - auch noch nicht einmal der Fall ist. Lediglich zusammen mit den bogenförmigen Linien dominiert der Bildbestandteil größtmäßig. Diese bilden aber kein begrifflich fassbares Motiv, eignen sich also umso weniger zur Identifizierung der Marke.

Der weitere Wortbestandteil oberhalb des Worts „vitae“ ist selbst bei näherer Betrachtung nicht, jedenfalls nicht sofort und eindeutig lesbar. Dies gilt sowohl bei Einsicht der im elektronischen Markenregister des Patentamts enthaltenen Wiedergabe der Marke als auch (worauf es aber nicht ankommt, vgl. BGH GRUR 2005, 1044 - dentale Abformmasse) bei Betrachtung der in der Anmeldeakte der Widerspruchsmarke enthaltenen Markenabbildungen, wie sie seinerzeit vom Widersprechenden eingereicht worden sind. Bereits die extrem kleine Schrift erschwert das Lesen, wobei dieser Wortbestandteil nicht nur absolut, sondern gerade auch im Verhältnis zum direkt benachbarten „vitae“, erst recht innerhalb der gesamten Wort-/Bildmarke geradezu unverhältnismäßig klein wirkt. Selbst das ®-Symbol ist um ein mehrfaches größer als die Einzelbuchstaben dieses Wortbe-

standteils. Zudem sind die geschlossenen Buchstaben „e“ und „o“, selbst das „a“, nur als Punkte bzw. geschlossene Flächen erkennbar und unterscheiden sich damit kaum voneinander. Dass dieser Wortbestandteil tatsächlich „rené ottawa“ lautet, wovon die Beteiligten und die Markenstelle ausgehen, erscheint ohne Kenntnis von außerhalb der Marke liegenden Zusatzinformationen keineswegs sicher, zumal die durchgängige Kleinschreibung und die für den deutschen Verkehr ungewöhnlich wirkende Kombination aus einem französischen Vornamen und einer kanadischen Bundeshauptstadt nicht nur die sofortige Erfassbarkeit sondern auch die Bereitschaft des Verkehrs erschweren, dieses Wortelement bei der klanglichen Wiedergabe der Marke mit zu benennen. Es tritt daher so weit hinter die übrigen Bestandteile zurück, dass es für den kennzeichnenden Charakter der Marke zu vernachlässigen ist.

Demnach stehen sich für zumindest nicht unbeachtliche Teile des Verkehrs in klanglicher Hinsicht die Bestandteile „proVita“ und „pro vitae“ als prägende Bestandteile der Marken gegenüber. Sie unterscheiden sich klanglich allenfalls durch das angehängte „e“ bei „pro vitae“ voneinander. Da die Anhängung eines „e“, an einen weiteren Vokal am Wortende für den deutschsprachigen Verkehr ungewöhnlich ist, werden Teile des Verkehrs das „e“ gar nicht aussprechen, andere werden den Schlusslaut „ae“ entsprechend der gewohnten Umlautumschreibung als „ä“ aussprechen. In beiden Fällen liegt entweder klangliche Identität oder, da nur eine Verfärbung im Auslaut als Unterschied in Betracht kommt, zumindest hochgradige klangliche Ähnlichkeit vor.

Nach alledem muss eine Gefahr klanglicher Verwechslung der Marken bei den von der Löschanordnung erfassten Waren der jüngeren Marke angenommen werden, so dass der angefochtene Beschluss insoweit aufzuheben und die teilweise Löschung der jüngeren Marke anzuordnen war.

2. Im Übrigen war die Beschwerde zurückzuweisen. Hinsichtlich der nicht von der Löschanordnung erfassten Waren und Dienstleistungen war, auch unter

Berücksichtigung der hochgradigen klanglichen Ähnlichkeit der prägenden Bestandteile „proVita“ und „pro vitae“, keine ausreichende Ähnlichkeit der beiderseitigen Waren und Dienstleistungen festzustellen, die angesichts der eingeschränkten Kennzeichnungskraft der prägenden Markenbestandteile die Annahme einer Verwechslungsgefahr gerechtfertigt hätte.

Dies gilt zunächst für die Waren „pharmazeutische Erzeugnisse“ und „Vitaminpräparate (Arzneimittel)“ der jüngeren Marke. Diese Erzeugnisse sind mit Waren der Widerspruchsmarke (diätetische Erzeugnisse für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Vitaminen, Eiweiß oder Kohlehydraten) nur in geringem Maße ähnlich. Zwar dienen die beiderseitigen Waren der Gesunderhaltung im weitesten Sinne und können nebeneinander in Apotheken verkauft werden. Pharmazeutische Erzeugnisse und Arzneimittel stellen jedoch eine wirtschaftlich eigenständige Warenart dar, sie sind auf die Wiederherstellung der Gesundheit erkrankter Personen ausgerichtet und unterliegen im Hinblick auf Gefahren, die bei falscher Anwendung oder Missbrauch von ihnen ausgehen können, bei ihrer Entwicklung, Herstellung und dem Verkauf besonderen Regelungen, erfordern hierbei auch eine besondere Behandlung. Dies zeigt sich auch darin, dass sie überwiegend nach Verschreibung oder auf Empfehlung von Ärzten erworben werden. Auch wenn durchaus noch eine rechtlich beachtliche Ähnlichkeit zu diätetischen Erzeugnissen für nichtmedizinische Zwecke besteht, so ist diese angesichts der genannten deutlichen Unterschiede der Waren nach Art und Zweck doch nur als gering einzustufen.

Berücksichtigt man im Rahmen einer Gesamtwürdigung die nicht unerhebliche Kennzeichnungsschwäche der prägenden Bestandteile „proVita“ und „pro vitae“, weiter deren (wenn auch geringe) klangliche und schriftbildliche Unterschiede und schließlich den oben festgestellten geringen Grad an Warenähnlichkeit hinsichtlich der Waren „pharmazeutische Erzeugnisse“ und „Vitaminpräparate (Arzneimittel)“, so ist für diese Waren eine Verwechslungsgefahr zu verneinen.

Dies gilt auch für die Dienstleistungen der Klassen 35 der jüngeren Marke. Inso- weit besteht sogar überhaupt keine rechtlich erhebliche Ähnlichkeit zu den Waren der Widerspruchsmarke, so dass eine Verwechslungsgefahr schon aus diesem Grunde ausscheidet. Die für die jüngere Marke eingetragenen Dienstleistungen „Werbung auf dem Gebiet der Apotheke, Marketing-Dienstleistungen auf dem Ge- biet der Apotheke; Waren und Dienstleistungspräsentationen“ sind auf entgeltliche Vermarktung bzw. Verkaufsförderung für Dritte gerichtet und dürfen daher nicht mit der Eigenwerbung einer Apotheke oder eines Herstellers gesundheitsfördern- der Erzeugnisse verwechselt werden. Die genannten Verkaufsförderungsdienst- leistungen der angegriffenen Marke werden also von Werbe- oder sonstigen Pro- motionsagenturen und -betrieben erbracht, die selbst nicht Hersteller oder auch nur Händler von Waren mit gesundheitsfördernden oder diätetischen Erzeugnis- sen sind. Zwischen den beiderseitigen Waren und Dienstleistungen besteht auch kein erkennbarer gemeinsamer Verwendungszweck (Verkaufsförderung gegen- über Diätwirkung). Zudem wenden sich Verkaufsförderungs- und Promotions- dienstleistungen und diätetische Erzeugnisse an verschiedene Abnehmer (Apo- theker als Werbekunden, Endverbraucher als Konsumenten). Hinzu kommt der natürliche Wesensunterschied zwischen körperlichen Waren und unkörperlichen Dienstleistungen. Damit besteht insoweit keine rechtlich beachtliche Ähnlichkeit.

Aus ähnlichen Gründen weisen auch die auf Handel bzw. Verkauf gerichteten Verkaufsunterstützungsdienstleistungen der angegriffenen Marke („Bestellan- nahme, Lieferauftragsservice und Rechnungsabwicklung im Rahmen von e-commerce auf dem Gebiet der Apotheke, Beschaffungsdienstleistungen für Dritte auf dem Gebiet der Apotheke“) keine Ähnlichkeit zu diätetischen Erzeugnis- sen auf. Auch insoweit sind nach Kriterien wie Herstellern/Erbringern, Art, Zweck, Vertriebswegen und Kundenkreisen keine wirtschaftlichen Berührungspunkte zu erkennen, die die Annahme einer auch nur geringen Ähnlichkeit rechtfertigen. In- soweit kann damit schon wegen völliger Unähnlichkeit der Waren und Dienstlei- stungen keine Verwechslungsgefahr i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG bestehen.

Schließlich weisen auch die für die jüngere Marke eingetragenen „Dienstleistungen eines Apothekers“ keine ausreichende Ähnlichkeit mit Waren der Widerspruchsmarke auf. Dienstleistungen eines Apothekers umfassen einerseits den Einzelhandel mit Arzneimitteln und sonstigen Artikeln eines Apothekensortiments, andererseits die entgeltliche Anfertigung von pharmazeutischen Erzeugnissen auf Kundenbestellung. Wegen der letztgenannten Tätigkeit kommt eine allenfalls schwache Ähnlichkeit mit den für die Widerspruchsmarke eingetragenen „diätetische Erzeugnissen für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Vitaminen“ in Betracht. Jedoch werden solche Waren nicht von Apotheken angefertigt, sondern allenfalls gehandelt, was jedoch für sich genommen keine Annahme einer Ähnlichkeit rechtfertigt. Angesichts des Wesensunterschieds zwischen körperlicher Ware und unkörperlicher Dienstleistung könnte allenfalls eine nur geringe Ähnlichkeit vorliegen, die hier aber nicht zur Feststellung einer Verwechslungsgefahr ausreicht (s. o.).

Der Widerspruch ist daher teilweise zu Recht zurückgewiesen worden, so dass die Beschwerde in diesem Umfang erfolglos bleiben musste.

3. Bei der gegebenen Sach- und Rechtslage besteht kein Anlass, aus Gründen der Billigkeit einem der Verfahrensbeteiligten die Kosten des Beschwerdeverfahrens gemäß § 71 Abs 1 MarkenG aufzuerlegen.

Bender

Dr. Hoppe

Kätker

CI