



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 67/09

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke 301 32 660

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 3. Dezember 2009 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Vogel von Falckenstein, des Richters Paetzold und der Richterin Hartlieb

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Gegen die für die Waren und Dienstleistungen

„Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Nahrungsergänzungsmittel auf der Basis von Eiweißen, Kohlehydraten und/oder Fetten; Babykost; Pflaster, Verbandsmaterial; wissenschaftliche, Vermessungs-, elektrische (soweit in Klasse 9 enthalten), photographische, Film-, optische, Wäge-, Mess-, Signal-, Kontroll-, Rettungs- und Unterrichtsapparate und -instrumente; vorstehende Vorrichtungen insbesondere zur Erfassung und Verarbeitung von Körperparametern und zur Ermittlung und/oder Ausgabe von für den Benutzer vorteilhaften Bewegungsabläufen; Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und

Wiedergabe von Ton und Bild, Datenaufzeichnungsträger, Tonträger, Verkaufsautomaten und Mechaniken für geldbetätigte Apparate, Registrierkassen, Rechenmaschinen, Datenverarbeitungsgeräte und Computerprogramme (gespeichert); Computerperipheriegeräte; chirurgische, ärztliche, insbesondere sportärztliche, zahn- und tierärztliche Instrumente und Apparate, orthopädische Artikel, künstliche Gliedmaßen, Augen und Zähne, orthopädische Artikel, chirurgisches Nahtmaterial; Erziehung, Ausbildung, Unterhaltung, sportliche und kulturelle Aktivitäten; Betrieb von Sportanlagen, Vermietung von Sportausrüstung, ausgenommen Fahrzeuge, Betrieb von Sportcamps und von Sportstudios; Verpflegung und Beherbergung von Gästen; ärztliche Versorgung, insbesondere Dienstleistungen eines Sportmediziners und Sporttherapeuten, Gesundheits- und Schönheitspflege, insbesondere Ergotherapie, Durchführung von Massagen, Erstellen von Trainingsprogrammen, Dienstleistungen auf dem Gebiet der Tiermedizin und der Landwirtschaft, wissenschaftliche und industrielle Forschung, insbesondere auf dem Gebiet der Sportmedizin; Erstellen von Programmen für die Datenverarbeitung, insbesondere auf dem Gebiet der Sportmedizin“

am 28. Dezember 2001 unter der Nummer 301 32 660 registrierten Wort/Bildmarke - veröffentlicht am 1. Februar 2002 - farbig: blau, grün, rot, ocker, grau, weiß



ist beschränkt Widerspruch eingelegt worden gegen die Waren

„zahnärztliche Instrumente und Apparate;
künstliche Zähne“

aus der Wortmarke

VITAPAN,

eingetragen unter der Nummer 844 201 seit dem 4. April 1968 für die Waren

„Künstliche Zähne und zahnkeramische Massen“

deren rechtserhaltende Benutzung bestritten wurde. Die Widersprechende hat Benutzungsunterlagen eingereicht für den Zeitraum 1996 bis 2005. Die Markeninhaberin hat daraufhin eine Benutzung für künstliche Zähne zugestanden, für zahnkeramische Massen hingegen die Benutzung weiterhin bestritten.

Die Markenstelle für Klasse 9 des Deutschen Patent- und Markenamtes hat den Widerspruch wegen fehlender Verwechslungsgefahr zurückgewiesen. Selbst bei einer bis zur Identität reichenden Warenähnlichkeit und einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sei der erforderliche strenge Abstand eingehalten. Der klangliche Gesamteindruck der angegriffenen Marke werde durch ihren Wortbestandteil „Panvital“ bestimmt, da es sich um die kürzeste Art der Benennung handle. Die beiden hiernach zu vergleichenden Marken „Panvital“ und „Vitapan“ seien klanglich nicht verwechselbar. Die unterschiedliche Anordnung der Wortbestandteile gebe keinen Anlass zum Verhören, denn Wortanfänge würden im allgemeinen stärker beachtet als die übrigen Markenteile. Es liege auch kein Fall der sog. anagrammatischen Klangrotation vor, wo die Gefahr von Verwechslungen in Einzelfällen bei Umstellung einzelner Markenteile nicht auszuschließen sei. Die Voraussetzung hierfür - dass sich die begriffliche Gesamtaus-

sage beider Marken nicht wesentlich verändere - sei vorliegend nicht gegeben. Die angegriffene Marke bedeute inhaltlich „alles lebenswichtig“, während „vitapan“ im Bedeutungsgehalt eher schwammig sei und beispielsweise auch Assoziationen an „Vitamine“ wecken könne. Im Hinblick auf die jeweilige Bedeutung lägen somit nicht zu verkennende Unterschiede vor. Auch eine schriftbildliche oder begriffliche Verwechslungsgefahr bestünde nicht.

Die Widersprechende hat hiergegen Beschwerde eingelegt und im Wesentlichen ausgeführt, es bestehe klangliche Verwechslungsgefahr, da die angegriffene Marke die beiden Zeichenbestandteile - lediglich verdreht - der Widerspruchsmarke beinhalte. „Vita“ sei im zahnmedizinischen Bereich eine bekannte Marke und Firmenschlagwort der Widersprechenden. Die Widersprechende habe zahlreiche Marken mit dem Bestandteil „Vita“. Die Divergenz zwischen „Vita“ und „Vital“ falle nicht ins Gewicht, gegenüber dem herkunftshinweisenden Bestandteil „vital“ besitze „pan“ nur eine beschreibende Bedeutung. Es könne mit der angegriffenen Marke der Eindruck entstehen, die Widerspruchsmarke sei lediglich verdreht wiedergegeben.

Die Widersprechende beantragt,

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamtes vom
9. März 2009 aufzuheben.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat auf ihre Schriftsätze im Verfahren vor der Markenstelle Bezug genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde der Widersprechenden ist zulässig, hat in der Sache jedoch keinen Erfolg, da auch nach Auffassung des Senats zwischen der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke keine Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG besteht.

Die Frage der Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der zueinander in Wechselbeziehung stehenden Faktoren der Ähnlichkeit der Marken, der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen 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 und Dienstleistungen ausgeglichen werden kann und umgekehrt (BGH in st. Rspr. vgl. GRUR 2004, 865, 866 - Mustang; GRUR 2004, 598, 599 - Kleiner Feigling; GRUR 2004, 783, 784 - NEURO-VIBOLEX/NEURO-FIBRAFLEX; GRUR 2008, 906 - Pantohexal).

1. Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat die Einrede mangelnder Benutzung der Widerspruchsmarke nach § 43 Abs. 1 MarkenG bereits im Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt zulässig erhoben. Nachdem die Inhaberin der angegriffenen Marke die von der Widersprechenden behauptete und - mit eidesstattlicher Versicherung vom 29. März 2006 und vom 15. August 2006 für den Zeitraum 1996 bis 2005 - glaubhaft gemachte Benutzung für künstliche Zähne im Amtsverfahren mit Schriftsatz vom 21. November 2006 anerkannt hat, ist von diesen Waren auszugehen, die sich unter die im Warenverzeichnis der Widersprechenden genannten Waren subsumieren lassen. Danach sind für die Beurteilung der Warenähnlichkeit den mit Widerspruch angegriffenen, von der jüngeren Marke „panVital“ beanspruchten Waren die Widerspruchswaren „künstliche Zähne“ gegenüber zu stellen. Eine weitergehende Benutzung hat die Widersprechende nicht geltend gemacht. Auf die Frage der Benutzung kommt es hier aber letztendlich

nicht an, da selbst bei Identität oder enger Ähnlichkeit der Waren eine Verwechslungsgefahr nicht gegeben ist.

2. Bei seiner Entscheidung hat der Senat eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft und einen normalen Schutzzumfang zugrunde gelegt. Zwar lässt sich in dem im Gesundheitsbereich häufig verwendeten Markenbestandteil „VITA-“ ein Anklang an das lateinische Wort „vita“ für „Leben“ erkennen, in Bezug auf die Widerspruchswaren lässt sich allerdings kein beschreibender Sachhinweis entnehmen. Auch in dem weiteren Bestandteil „-PAN“ in Anlehnung an das Präfix „Pan-“ (von griech.: „alles“), das in vielen Fremdwörtern in der Bedeutung „all-“ umfassend“ verwendet wird, lässt sich ein beschreibender Anklang in Bezug auf die Widerspruchswaren nicht feststellen.

Aber auch wenn die einzelnen Bestandteile in der Widerspruchsmarke je für sich beschreibende Anklänge haben mögen, sind sie jedoch in dieser Kombination ohne konkrete Aussage und - auch durch die sprachregelwidrige Nachstellung des Präfixes - insgesamt hinreichend phantasievoll zusammengefügt, so dass hier jedenfalls keine ursprüngliche Kennzeichnungsschwäche der Gesamtmarke angenommen werden kann.

Anhaltspunkte dafür, dass die ursprünglich normale Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke durch langjährige und intensive Benutzung für die als benutzt anzusehenden Waren deutlich gesteigert wäre, ergeben sich nicht. Wie sich aus den von der Widersprechenden mit Schriftsatz vom 17. Juli 2009 vorgelegten Unterlagen ergibt, kann die Widersprechende sich zwar auf eine gute Bekanntheit ihres Firmenbestandteils „Vita“ berufen, dies ergibt jedoch noch keinen Aufschluss über die Bekanntheit der Widerspruchsmarke „VITAPAN“ für die benutzten Widerspruchswaren.

3. Ausgehend von den als benutzt anzusehenden Waren und damit einer möglichen Verwendung der Vergleichsmarken zur Kennzeichnung teils identischer, teils

ähnlicher Waren sowie eines normalen Schutzzumfangs der Widerspruchsmarke sind hohe Anforderungen an den einzuhaltenden Markenabstand zu stellen, denen die angegriffene Marke jedoch gerecht wird.

a) Kollisionsmindernd ist hierbei zu berücksichtigen, dass im vorliegenden Warenbereich vorrangig der Fachverkehr angesprochen ist. Soweit im Einzelfall allgemeine Verkehrskreise zu berücksichtigen sind, ist davon auszugehen, dass grundsätzlich nicht auf einen sich nur flüchtig mit der Ware befassenden, sondern auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen ist, dessen Aufmerksamkeit je nach Art der Ware unterschiedlich hoch sein kann (vgl. BGH GRUR 2000, 506 - ATTACHÉ/TISSERAND) und der insbesondere allem, was mit der Gesundheit zusammenhängt, eine gesteigerte Aufmerksamkeit beizumessen pflegt (vgl. BGH GRUR 1995, 50 - Indorektal/Indohexal).

b) Die Ähnlichkeit von Marken ist anhand ihres klanglichen und schriftbildlichen Eindrucks sowie ihres Sinngehalts zu ermitteln. Dabei kommt es auf den jeweiligen Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Zeichen an. Dies entspricht dem Erfahrungssatz, dass der Verkehr Marken regelmäßig in der Form aufnimmt, in der sie ihm entgegentreten und sie nicht einer analysierenden, zergliedernden, möglichen Bestandteilen und deren Bedeutung nachgehenden Betrachtung unterzieht (vgl. BGH a. a. O. NEURO-VIBOLEX/NEURO-FIBRAFLEX).

c) In ihrer Gesamtheit unterscheiden sich beide Vergleichsmarken aufgrund der besonderen grafischen Ausgestaltung der angegriffenen Marke deutlich. Durch die grafische Darstellung des Wortelements „PanVital“ sowie der zusätzlichen Bildelemente in Form eines unterlegten blauen Quadrats sowie eines über dem Wortbestandteil angeordneten farbig unterteilten Quadrats, das von einer stark abstrahierten, dynamisch dargestellten Figur überlagert wird, unterscheidet sich die angegriffene Marke deutlich von der Widerspruchsmarke „VITAPAN“ als reiner Wortmarke.

d) Bei der Beurteilung der klanglichen Verwechslungsgefahr ist davon auszugehen, dass der Verkehr beim Zusammentreffen von Wort- und Bildbestandteilen in einer Marke in der Regel dem Wort als einfachster und kürzester Bezeichnungsförm eine prägende Bedeutung beimisst (vgl. BGH GRUR 2008, 903, 905 (Nr. 25) - SIERRA ANTIGUO). Dem steht in der angegriffenen Marke auch die Größe und der Umfang der Bildelemente im Verhältnis zu den Wortbestandteilen nicht entgegen, da diese Bildelemente weder durch ihre Größe noch durch ihre kennzeichnende Wirkung die Gesamtmarke derart beherrschen, dass die beiden Wortelemente nicht mehr beachtet würden (vgl. Ströbele/Hacker a. a. O. § 9 Rdn. 333 m. w. N.). Es handelt sich bei der Gestaltung des Schriftzuges und der Unterlegung bzw. Rahmung mit farbigen Quadraten um werbeübliche graphische Gestaltungsmittel, die lediglich der Hervorhebung der Wortelemente dienen. Die piktoqrammartig gestaltete Figur in Aufwärtsbewegung mit hoherhobenen und umgreifenden Armen mag die Wortelemente im Sinne von „umfassend lebenskräftig“ veranschaulichen und betonen.

In ihren Wortbestandteilen „panVital“ und „VITAPAN“ unterscheiden sich die beiden Vergleichsmarken aufgrund der unterschiedlichen Reihenfolge der Wortbestandteile „Pan“ und „Vita(l)“ und damit durch ihre - in der Regel stärker beachteten - Wortanfänge so deutlich, dass eine klangliche Verwechslungsgefahr ausscheidet.

Entgegen der Ansicht der Widersprechenden liegt auch kein Fall der sog. anagrammatischen Klangrotation vor, in dem bei der bloßen Umstellung von Markenteilen Verwechslungsgefahr bejaht wird, da hier die Möglichkeit besteht, dass der Verkehr sich bei flüchtiger Wahrnehmung zwar die einzelnen Elemente der beiden Markenwörter merkt, sich jedoch, wenn der erste Eindruck verblasst ist, nicht mehr an die genaue Reihenfolge erinnern kann und deshalb versucht, in einem aus entsprechenden Teilen gebildeten, diese aber in anderer Reihenfolge enthaltenden Wort die früher gehörte Marke wiederzuerkennen (vgl. dazu Ströbele/Hacker a. a. O. § 9 Rdnr. 197).

Verwechslungsgefahr kann dann insbesondere in Fällen angenommen werden, in denen sich die begriffliche Gesamtaussage nicht wesentlich verändert. Soweit aber eine spontane begriffliche Zuordnung entweder gar nicht möglich ist oder zu abweichenden Ergebnissen führt, ist dagegen Zurückhaltung bei der Annahme derartiger Verwechslungsmöglichkeiten geboten (vgl. BPatGE 22, 86, 89 - indo-jeans/Jeandigo). Es wird daher angenommen, dass diese Rechtsprechung nur in solchen Fällen herangezogen werden kann, in denen sich - auf beiden Seiten - reine Wortmarken (insbesondere Phantasiebezeichnungen) gegenüberstehen (vgl. BPatG BIPMZ 1997, 228, 229 - babalu/BALUBA). Sie kommt damit nicht in Betracht, wenn der jeweilige schriftbildliche oder klangliche Eindruck in der Gesamtheit völlig unterschiedlich ist oder wenn der abweichende Bedeutungsgehalt der Marken - etwa wegen eines Bildbestandteils bei einer der Marken - sich un-
schwer erschließt.

Dieser Fall ist hier gegeben. Der sprachregelgerecht gebildeten Wortkombination „PanVital“ aus dem Präfix „Pan“ und dem vom lateinischen Wort „vitalis“ abgeleiteten Adjektiv „vital“ ist un-
schwer ein Bedeutungsgehalt im Sinne von „umfassend lebenskräftig, umfassend lebenswichtig“ zu entnehmen. Dieser Bedeutungsgehalt wird zusätzlich noch durch das piktogrammartige Bildelement der dynamischen, mit geöffneten Armen nach oben strebenden Figur unterstrichen.

Wie die Markenstelle zutreffend festgestellt hat, ist der Widerspruchsmarke hingegen kein vergleichbarer Bedeutungsgehalt zu entnehmen. Durch die sprachregelwidrige Nachstellung des Präfixes „Pan“ stellt sich die Wortkombination „VITAPAN“ als reines Phantasiewort dar, eine Anlehnung an das Wort „Vital“ ist nicht erkennbar.

Anhaltspunkte dafür, dass aus sonstigen Gründen die Gefahr von Verwechslungen bestehen könnte, sind nicht dargelegt und auch nicht ersichtlich.

Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bietet der Streitfall keinen Anlass (§ 71 Abs. 1 MarkenG).

Dr. Vogel von Falckenstein

Richter Paetzold gehört dem Senat seit dem 1.1.2010 nicht mehr an und ist insoweit an der Unterschrift gehindert.

Hartlieb

Dr. Vogel von Falckenstein

CI