



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 4/03

Verkündet am
16. Dezember 2004

(AktENZEICHEN)

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 399 34 743.7

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der mündlichen Verhandlung vom 16. Dezember 2004 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterinnen Sredl und Bayer

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

G r ü n d e

I.

Die am 17. Juni 1999 angemeldete Wortmarke

Livera

ist am 12. Oktober 1999 ua für die Waren

"diätetische Lebensmittel, soweit in Klasse 5 enthalten"

unter der Nummer 399 34 743 in das Markenregister eingetragen worden. Die Eintragung wurde am 11. November 1999 veröffentlicht.

Die Inhaberin der seit 29. Januar 1986 für die Waren

"Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Haarwässer, Zahnputzmittel, Parfümerien, Fußpflegemittel, dekorative Kosmetika; pharmazeutische Erzeugnisse sowie chemische Erzeugnisse für die Gesundheitspflege; alkoholfreie Getränke"

eingetragenen Marke 1 087 216

Lavera

hat dagegen Widerspruch erhoben. Die rechtserhaltende Benutzung wird von der Inhaberin der angegriffenen Marke - wie in der mündlichen Verhandlung klar gestellt - für alle Waren mit Ausnahme von "Kosmetika" bestritten.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 10. September 2002 durch einen Prüfer des höheren Dienstes die angegriffene Marke wegen des Widerspruchs teilweise gelöscht, jedoch den Widerspruch zurückgewiesen, soweit er sich gegen die Waren "diätetische Lebensmittel, soweit in Klasse 5 enthalten" richtet.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke habe zulässigerweise die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke bestritten. Die rechtserhaltende Benutzung sei teilweise glaubhaft gemacht. Ausgehend von der erweiterten Minimallösung sei auf Seiten der Widerspruchsmarke der Warenbegriff "Mittel zur Körper- und Schönheitspflege für Babys" zugrunde zu legen. Zwischen diesen und den Waren "diätetische Lebensmittel, soweit in Klasse 5 enthalten" liege aufgrund der Unterschiede in der stofflichen Zusammensetzung, im Verwendungszweck (Ernährung, Gewichtsreduktion gegenüber Körperpflege) und in der bestimmungsgemäßen Anwendung (Verzehr gegenüber Hautauftrag) jedenfalls ein so großer Abstand vor, dass die Unterschiede in den Vokalen der ersten Silbe ausreichen, die Annahme einer Verwechslungsgefahr zu verneinen.

Hiergegen hat die Widersprechende Beschwerde eingelegt und beantragt,

den Beschluss des DPMA vom 10. September 2002 aufzuheben, soweit der Widerspruch zurückgewiesen worden ist, und die angegriffene Marke vollumfänglich zu löschen.

Die Waren, für die eine Benutzung glaubhaft gemacht wurde, seien nicht nur dem Oberbegriff "Mittel zur Körper- und Schönheitspflege", sondern auch dem weiteren im Warenverzeichnis der Widerspruchsmarke enthaltenen Oberbegriff "pharmazeutische Erzeugnisse sowie chemische Erzeugnisse für die Gesundheitspflege" zuzuordnen. Die Waren der Widerspruchsführerin, bei denen es sich zum großen Teil um Produkte handele, die für die Pflege von Babys geeignet seien und auch von Erwachsenen mit besonders empfindlicher Haut bzw bei Hautkrankheiten wie zB Allergien oder Neurodermitis verwendet würden, beständen im Gegensatz zu vielen sonstigen Waren aus dem Bereich "Körper- und Schönheitspflege" aus rein

natürlichen, besonders hautschonenden Bestandteilen und würden somit neben der Körperpflege auch zur Gesundheitspflege der Haut angewendet. "Diätetische Lebensmittel, soweit in Klasse 5 enthalten" seien den "pharmazeutischen Erzeugnissen sowie chemischen Erzeugnissen für die Gesundheitspflege" wegen der Ähnlichkeit der Verwendung und der Vertriebswege ohne weiteres ähnlich. Auch bestehe eine Ähnlichkeit zwischen den Naturkosmetika der Widersprechenden, für die die Marke unstreitig benutzt sei, und den streitgegenständlichen Waren der Inhaberin der angegriffenen Marke. Gerade im Bereich der Bioprodukte würden diese Waren in gleichen Verkaufsstätten nebeneinander angeboten. Aufgrund dieser Warenähnlichkeit und der großen Ähnlichkeit der Zeichen, welche sich lediglich unwesentlich im jeweiligen Vokal der ersten Silbe unterschieden, bestehe eine Verwechslungsgefahr. Dabei sei die große Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke zu berücksichtigen, die ihre ursprünglich hohe Kennzeichnungskraft auf Grund intensiver Benutzung und aggressiven Verteidigung noch weiter gesteigert habe. Die Widerspruchsmarke sei die zweitstärkste Marke im Naturkosmetikbereich, die einen Marktanteil von ... % am Gesamtmarkt der Naturkosmetikmarken habe.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Zu Recht sei der Widerspruch hinsichtlich der Waren "diätetische Lebensmittel, soweit in Klasse 5 enthalten" zurückgewiesen worden. Die Widersprechende habe den Benutzungsnachweis lediglich für kosmetische Erzeugnisse geführt. Für alle anderen Waren werde die rechtserhaltende Benutzung bestritten. Insbesondere könnten die Waren nicht dem Oberbegriff "pharmazeutische Erzeugnisse sowie chemische Erzeugnisse für die Gesundheitspflege" zugeordnet werden. "Diätetische Lebensmittel, soweit in Klasse 5 enthalten" und "Kosmetika" seien in ihrer Zweckbestimmung so unterschiedlich, dass kein Verbraucher annehmen würde, sie stammten aus gleicher Quelle. Die Unterschiede in den Zeichen seien so groß, dass bei dem Abstand der Waren eine Verwechslungsgefahr auszuschließen sei.

Die Verkehrskreise orientierten sich wesentlich an den Anfangssilben, die sich phonetisch in den Vokalen deutlich unterscheiden.

Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten und insbesondere das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 16. Dezember 2004 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Widersprechenden hat in der Sache keinen Erfolg, da hinsichtlich der angegriffenen Waren "diätetische Lebensmittel, soweit in Klasse 5 enthalten" keine Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG besteht.

Der Widerspruchsmarke kann entgegen der Ansicht der Widersprechenden vorliegend keine entscheidungserheblich gesteigerte Kennzeichnungskraft zugebilligt werden. Von Hause aus hat die Marke keine erhöhte Kennzeichnungskraft, da bei Zeichen, die nicht an eine beschreibende Angabe angelehnt sind, von normaler Kennzeichnungskraft auszugehen ist (vgl auch Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 9 Rdn 285). Es kann auch nicht aufgrund der eingereichten Unterlagen festgestellt werden, dass die Widerspruchsmarke durch intensive Benutzung eine starke Kennzeichnungskraft erlangt hat. Die Widerspruchsmarke wird zwar für Kosmetika unstreitig benutzt und ist im Naturkosmetikbereich nach dem von der Widersprechenden eingereichten Branchenreport Naturkosmetik 2004 mit ... % Marktanteil am Gesamtmarkt der Naturkosmetikmarken die zweitumsatzstärkste Marke auf diesem Spezialgebiet. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass es sich dabei lediglich um einen Ausschnitt aus dem gesamten Spektrum der Kosmetika handelt. Für die Beurteilung der Kennzeichnungskraft kann nicht lediglich auf die Marken im Bereich der Naturkosmetik abgestellt werden, da die Abnehmer dieser Produkte keinen abgeschlossenen Verkehrskreis darstellen, sondern die gegenüberstehenden Waren sich an breite Verkehrskreise richten, auch an solche, die üblicherweise andere Kosmetika kaufen. Für die Bekanntheit der Widerspruchsmarke bei den

Abnehmern von Kosmetika allgemein hat die Widersprechende nichts vorgelegt. Der von ihr eingereichte Branchenreport spricht sogar gegen eine erhebliche Bekanntheit ihrer Marke bei den Abnehmern von Kosmetika, da er darauf hinweist, dass die Markenbekanntheit im Naturkosmetikmarkt noch als sehr gering einzustufen sei. Der relativ hohe Marktanteil der Widerspruchsmarke im Bereich der Naturkosmetik führt daher noch nicht zu einer entscheidungserheblichen Steigerung der Bekanntheit ihrer Marke bei den Abnehmern von Kosmetika allgemein. Darüber hinaus könnte sich die Widersprechende im vorliegenden Kollisionsverfahren auf eine erhöhte Kennzeichnungskraft nur berufen, wenn diese schon im Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke vorgelegen hätte (vgl auch Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 9 Rdn 40), also im Juni 1999. Hierfür hat die Widersprechende ebenfalls keine entscheidungserheblichen Unterlagen vorgelegt. Soweit sie geltend macht, ihr Produkt werde in einem Beschluss des 30. Senats des BPatG als Verwendungsbeispiel auf dem vorliegenden Warenssektor aufgeführt (30 W (pat) 123/97), sagt dies noch nichts über die Bekanntheit der Marke bei den Abnehmern von Kosmetikprodukten aus, zumal es in dem zitierten Beschluss nicht um die Marke und ihre Bekanntheit ging, sondern darum, wie bestimmte beschreibende Angaben auf der Warenverpackung angebracht werden.

Entgegen der Ansicht der Widersprechenden weisen die streitgegenständlichen Waren einen erheblichen Abstand zu denen auf, die bei der Widerspruchsmarke berücksichtigt werden können. Bei der Beurteilung der Warenähnlichkeit sind alle erheblichen Faktoren zu berücksichtigen, die das Verhältnis zwischen den Waren kennzeichnen; hierzu gehören insbesondere die Art der Waren, ihr Verwendungszweck und ihre Nutzung sowie ihre Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Waren (EuGH WRP 1998, 1165, 1166 Tz. 23 - Canon). Dabei ist für die Bejahung der Ähnlichkeit nicht die Feststellung gleicher Herkunftsstätten entscheidend (EuGH WRP 1998, 1165, 1168 Tz. 29 - Canon), sondern die Erwartung des Verkehrs von einer Verantwortlichkeit desselben Unternehmens für die Qualität der Waren.

Nachdem die Inhaberin der angegriffenen Marke die rechtserhaltende Benutzung für alle Waren außer Kosmetika zulässig nach § 43 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 MarkenG bestritten hat, können neben Kosmetika nur die Waren berücksichtigt werden, für die eine rechtserhaltende Benutzung glaubhaft gemacht worden ist.

Im Beschwerdeverfahren hat die Widersprechende zusätzliche Benutzungsunterlagen eingereicht, wobei die Umsatzzahlen nach einzelnen Produkten aufgeschlüsselt und jeweils für die Jahre 1997-2003 angegeben sind, also für beide relevanten Zeiträume. Es handelt sich dabei aber nicht um chemische oder pharmazeutische Erzeugnisse der Gesundheitspflege, sondern weitgehend um Mittel zur Körper- und Schönheitspflege. Selbst wenn man zu Gunsten der Widersprechenden unterstellt, dass einzelne Pflegeprodukte auch heilende Wirkung haben können, so ändert sich dadurch noch nicht zwangsläufig der Charakter des Produkts als Mittel zur Körper- und Schönheitspflege. Letztlich kann es jedoch dahingestellt bleiben, ob die Widerspruchsmarke auch für unter die Oberbegriffe "pharmazeutische Erzeugnisse sowie chemische Erzeugnisse für die Gesundheitspflege" fallende Produkte benutzt wird. Durch die Benutzung der Marke auf den einzelnen Pflegeprodukten – unabhängig davon, ob man diese den Oberbegriffen "pharmazeutische Erzeugnisse sowie chemische Erzeugnisse für die Gesundheitspflege" oder den "Mitteln zur Körper- und Schönheitspflege" zuordnet - ist die Marke jedenfalls nicht für den gesamten Oberbegriff benutzt, sondern für Untergruppen, die den diätetischen Lebensmitteln eher fern stehen und bei der Bejahung der Ähnlichkeit nach den Oberbegriffen nicht im Vordergrund stehen.

Es besteht ein so deutlicher Abstand zu diätetischen Lebensmitteln der Klasse 5, dass die Unterschiede in den Marken ausreichen, eine Verwechslungsgefahr zu verneinen, selbst wenn die Waren in Drogerien oder Bioläden nebeneinander verkauft werden und möglicherweise eine Ähnlichkeit nicht völlig ausgeschlossen ist, insbesondere wenn es sich um Pflegeprodukte im Naturkosmetikbereich handelt. Diese Produktgruppen werden immer häufiger nebeneinander in Bioläden angeboten, wenn auch nicht in denselben Regalen. In der Regel sind die Hersteller von Naturkosmetika und von diätetischen Lebensmitteln allerdings

verschieden. Erst recht gilt dies für die diätetischen Lebensmittel, soweit sie in die Klasse 5 fallen, also für medizinische Zwecke bestimmt sind. Eine so allgemeine Klammer wie Bioerzeugnisse zwingt noch nicht zur Annahme einer Ähnlichkeit der darunter fallenden, ganz unterschiedlichen Produktgruppen.

Selbst wenn jedoch die Waren noch hinreichende Berührungspunkte aufweisen sollten, die den Verkehr veranlassen könnten, bei (vermeintlich) identischer Kennzeichnung auf ein und das selbe Unternehmen zu schließen, unter dessen Kontrolle die Produkte hergestellt werden, wäre jedoch ein entscheidungserheblicher Warenabstand gegeben, der bei den sich gegenüber stehenden Zeichen eine Verwechslungsgefahr verhindert. Bei fehlender Warenähnlichkeit bestünde erst recht keine Verwechslungsgefahr.

Der Gesamteindruck der Zeichen, auf den es maßgeblich ankommt (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl., § 9 Rdn 152), ist nicht so ähnlich, dass unter Berücksichtigung durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und bei einer allenfalls vorliegenden deutlich unterdurchschnittlichen Warenähnlichkeit mit Verwechslungen zu rechnen ist. Die Zeichen "Livera" bzw "Lavera" weisen zwar jeweils drei Sprechsilben auf und stimmen in den Lauten "L-vera" überein. Die klanglichen Unterschiede in den Vokalen "i" bzw "a" in der jeweils ersten Silbe, die als hellklingende Vokale zwar klangverwandt sind, in der Tonhöhe jedoch nicht nebeneinander stehen, führen dazu, dass unter den genannten Umständen der Schutzbereich der Widerspruchsmarke nicht mehr berührt ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Verkehr bei der Wahrnehmung des Gesamtklangbildes besonders auf die Vokale und den Zeichenanfang achtet, so dass die Unterschiede an hervorgehobener Stelle stehen. Bei dem erheblichen Abstand der sich gegenüber stehenden Waren reichen diese Unterschiede insgesamt aus, eine Verwechslungsgefahr zu verneinen, selbst aus der undeutlichen Erinnerung heraus, da am Zeichenanfang der klangliche Unterschied auch im Gedächtnis haften bleibt. Hinzu kommt, dass für einen Teil des Verkehrs die Widerspruchsmarke Begriffsanklänge, zB an "laver" oder "lavare" (waschen) aufweist, was das Auseinanderhalten der Marken noch zusätzlich erleichtert.

Auch in schriftbildlicher Hinsicht reicht bei den sich gegenüberstehenden Waren der unterschiedliche Zeichenanfang aus, um rechtserhebliche Verwechslungen zu verhindern, da auch insoweit verstärkt auf die Anfangsilbe mit den deutlich unterschiedlichen Vokalen geachtet wird. Außerdem ist bei der insoweit maßgeblichen visuellen Wahrnehmung zu berücksichtigen, dass das Schriftbild von Marken erfahrungsgemäß eine genauere und in der Regel sogar wiederholte Wahrnehmung der Bezeichnung gestattet als das schnell verklingende Wort (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 9 Rdn 207) und daher der Unterschied leichter bemerkt wird.

Die Beschwerde der Widersprechenden hat daher keinen Erfolg.

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

Kliems

Sredl

Bayer

Na