



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 37/09

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 305 24 929

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 17. September 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.

Eingetragen am 23. Februar 2006 unter der Nummer 305 24 929 für die Waren:

Nährstoffe für Mikroorganismen (Probiotika und Enzyme)

ist die Wort/Bildmarke



Widerspruch wurde erhoben u. a. aus der prioritätsälteren unter der Nummer 396 45 517 für die Waren

Diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, insbesondere Nahrungsergänzungsmittel, diätetische Lebensmittel für medizinische Zwecke, Präparate für die Gesundheitspflege, Arzneimittel; Milch, Milchprodukte, insbesondere Joghurt, Trinkjoghurt, Butter, Käse, Sahne, Quark, Milchpulver für Nahrungszwecke, Dickmilch, Kefir, Milchmodischgetränke mit Fruchtanteilen, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Fruchtgetränke, Fruchtsäfte, Präparate für die Zubereitung von Getränken, Fruchtepulver

eingetragenen Wortmarke

ProBio Cult.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat den Widerspruch wegen fehlender Verwechslungsgefahr der Marken zurückgewiesen. Trotz identischer Waren und bei - neben Fachleuten - zu berücksichtigenden sorgfältigen Verkehrskreisen sowie durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sei der erforderliche deutliche Abstand eingehalten. Die angegriffene Marke, die mit „ProBio-Lact“ bezeichnet werde, unterscheide sich von der Widerspruchsmarke „ProBio Cult“ durch ihren zweiten Wortteil, woraus sich eine abweichende Vokalfolge und ein unterschiedlicher Schlusskonsonant ergebe. Es werde kein Bestandteil der Vergleichsmarken vernachlässigt werden, da alle Bestandteile gleichermaßen beschreibend und damit prägend für die Gesamtmarke seien. Da die Elemente „ProBio“ auf „probiotisch“, „Lact“ auf den Begriff „Lactose“ und „Cult“ auf „Kulturen“ hinwiesen, seien die Markenteile jeweils in ihrem Sinn aufeinander bezogen, so dass kein Teil weggelassen werde. Auch wegen der Betonung am Wortende würden die Unterschiede in den Vergleichsmar-

ken nicht überhört werden, deren unterschiedlicher Sinngesamt wirke kollisionsmindernd.

Hiergegen hat die Widersprechende Beschwerde eingelegt und im Wesentlichen ausgeführt, die Aufmerksamkeit der Verkehrskreise sei bei den hier betroffenen naturheilkundlichen Waren zur Behandlung und Unterstützung der Darmflora zur Selbstmedikation im Gegensatz zu verschreibungspflichtigen Medikamenten nur gering ausgeprägt, so dass die Unterschiede der Vergleichsmarken nicht bemerkt würden. Der Verkehr werde zudem mehr Aufmerksamkeit auf die identischen Wortanfänge legen, das Wortende der Vergleichsmarken werde durch den klangstarken Konsonant „T“ dominiert, der in der angegriffenen Marke mit dem „c(k)“ verschmelze, so dass die abweichende Vokalfolge klanglich in den Hintergrund trete. Hinzu komme, dass es sich jeweils um einen dunklen Vokal handle (u - a). Auch ein Unterschied im Sinngesamt sei nicht deutlich genug, da „Lact“ auf „Lactobazillus“ hinweise, eine Bakteriengattung, die Milchsäure bilde und die regelmäßig als entsprechende Kulturen bezeichnet würden.

Sie beantragt,

den angefochtenen Beschluss aufzuheben und die angegriffene Marke zu löschen.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat sich nicht geäußert.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

Zwischen der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke besteht nicht die Gefahr von Verwechslungen im Sinne von § 9 Absatz 1 Nr. 2 MarkenG, so dass die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen war.

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 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 2005, 513 - MEY/Ella May; GRUR 2004, 865, 866 - Mustang; GRUR 2004, 598, 599 - Kleiner Feigling; GRUR 2004, 783, 784 - NEURO-VIBOLEX/NEURO-FIBRAFLEX).

Nach diesen Grundsätzen ist hier die Gefahr von Verwechslungen zu verneinen.

1. Bei seiner Entscheidung hat der Senat eine unterdurchschnittliche Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke in ihrer Gesamtheit zugrunde gelegt. Es lassen sich deutlich beschreibende Anklänge in dem Bestandteil „ProBio“ an „probiotisch“ (für das Leben) = „mit Milchsäurebakterien versehen, die den Aufbau der Darmflora verbessern sollen; durch hinzugefügte, sich im Darm ansiedelnde Mikroorganismen die Darmflora verbessernd und zur Gesunderhaltung beitragend (von Lebensmitteln)“ (vgl. Duden - Dt. Universalwörterbuch, 6. Aufl. Mannheim 2006 - CD-ROM) bzw. an „Probiotika“ sowie in dem Bestandteil „Cult“ an das Wort „Kulturen“ erkennen.

So werden im Zusammenhang mit ihrem Einsatz in Lebensmitteln als „Probiotika“ bezeichnet „definierte lebende Mikroorganismen, die in ausreichender Menge in aktiver Form in den Darm gelangen und hierbei positive gesundheitliche Wirkung erzielen“ (aus dem Abschlussbericht der Arbeitsgruppe „Probiotische Mikroorganismuskulturen in Lebensmitteln“ am BgVV unter [www. bfr.bund.de](http://www.bfr.bund.de)). „Als probiotische Kulturen bezeichnet man spezielle Milchsäurebakterien, die sich an der Darmwand ansiedeln und dort aktiv den Aufbau und Erhalt der Darmflora unterstützen. Probiotische Kulturen sind z. B. in probiotischen Joghurts, probiotischen Drinks und probiotischen Nahrungsergänzungen enthalten“ (vgl. www.medicom.de/vitalstoff-lexikon...).

Die Zusammensetzung aus den beiden Abkürzungen „ProBio Cult“ gibt somit im Kontext der Widerspruchswaren einen deutlichen Hinweis auf den Begriff „probiotische Kulturen“ bzw. „Probiotika Kulturen“ und damit auf ihre Zusammensetzung und ihr Anwendungsgebiet. Der Widerspruchsmarke kann daher nur ein begrenzter Schutzzumfang beigemessen werden (vgl. auch BPatG 30 W (pat) 86/99 - ProBio Cult/Bio-Cult).

2. Da Benutzungsfragen nicht aufgeworfen sind, ist von der Registerlage auszugehen, wonach die Vergleichsmarken auch zur Kennzeichnung teils identischer und enger ähnlicher Waren verwendet werden können. Die von der angegriffenen Marke beanspruchten Nährstoffe für Mikroorganismen werden von den weiten Warenoberbegriffen „Diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, insbesondere Nahrungsergänzungsmittel, diätetische Lebensmittel für medizinische Zwecke“ im Warenverzeichnis der Widerspruchsmarke umfasst.

Als maßgebliche Verkehrskreise sind dabei neben dem Fachverkehr vor allem auch Endverbraucher zu berücksichtigen, wobei 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 oder Dienstleistung unterschied-

lich 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).

3. Die vorhandenen Unterschiede reichen nach Auffassung des Senats aus, um Verwechslungen der Marken mit hinreichender Sicherheit ausschließen zu können. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Widerspruchsmarke angesichts ihrer Kennzeichnungsschwäche nur einen geringen Abstand beanspruchen kann, der von der angegriffenen Marke eingehalten wird.

Die Ähnlichkeit von Wortzeichen 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).

Bei Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich, dass die sich gegenüberstehenden Marken in ihrem Gesamteindruck ausreichende Unterschiede aufweisen.

Für die Frage der klanglichen Verwechslungsgefahr sind die sich gegenüberstehenden Marken in ihrer Gesamtheit zu vergleichen, ohne dass im vorliegenden Fall einer der Markenbestandteile zu vernachlässigen wäre, oder in verwechslungsbegründender Weise hervortritt. Dem in den Vergleichsmarken übereinstimmenden Wortanfang „ProBio“ kann dabei entgegen der Auffassung der Widersprechenden wegen seines ohne weiteres erkennbaren beschreibenden Sinnanklangs kein entscheidendes Gewicht für die Begründung einer Verwechslungsgefahr beigemessen werden.

Zwar kann auch ein Markenbestandteil eine selbständig kollisionsbegründende Bedeutung haben, wenn er den Gesamteindruck einer mehrgliedrigen Marke prägt, indem er eine eigenständige kennzeichnende Funktion aufweist (vgl. BGH GRUR 2008, 909, 910 (Nr. 27) Pantogast; GRUR 2000, 233, 234 - RAUSCH/ELFI RAUCH; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl. § 9 Rdn. 274 m. w. N.) und die übrigen Markenteile für die angesprochenen Verkehrskreise in einer Weise zurücktreten, dass sie für den Gesamteindruck vernachlässigt werden können (vgl. BGH GRUR 2008, 719, 722 (Nr. 37) idw Informationsdienst Wissenschaft). Dies ist hier bei dem mit dem Anfangsbestandteil der angegriffenen Marke übereinstimmenden Bestandteil „ProBio“ der Widerspruchsmarke „ProBio Cult“ nicht der Fall.

„ProBio“ wird, wie oben erläutert, als eine Abkürzung für „probiotisch“ verstanden und gibt im Zusammenhang mit sog. probiotischen Lebensmitteln im Bereich der Nahrungsergänzungsmittel und diätetischen Produkte einen beschreibenden Hinweis auf die Art und Zusammensetzung und die Bestimmung der damit bezeichneten Waren.

Auch wenn derartige beschreibende und kennzeichnungsschwache oder schutzunfähige Zeichenelemente bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr nach dem Gesamteindruck angemessen mit zu berücksichtigen sind, kann allein die Übereinstimmung in solchen kennzeichnungsschwachen oder schutzunfähigen Bestandteilen eine markenrechtlich relevante Verwechslungsgefahr nicht begründen (BGH GRUR 2007, 1071, 1073 (Nr. 36) - Kinder II; Ströbele/Hacker a. a. O. § 9 Rdnr. 279, 283 m. w. N.). Auch kann keine hinreichende Prägung des Gesamteindrucks durch einen Markenbestandteil angenommen werden, wenn sich dieser Bestandteil als lediglich gleichgewichtig mit den anderen Markenteilen darstellt (vgl. BGH GRUR 1999, 52, 53 - EKKO BLEIFREI; Ströbele/Hacker a. a. O. § 9 Rdnr. 281). Dies gilt hier für den weiteren Bestandteil „Cult“, der über eine ebenso schwache Kennzeichnungskraft verfügt, da er dem Verbraucher ebenfalls nur den Sinngehalt "Kultur" vermittelt.

Da der übereinstimmende Bestandteil „ProBio“ schon aus Rechtsgründen den Gesamteindruck der Vergleichsmarken nicht prägen kann, sind die Vergleichsmarken in ihrer Gesamtheit gegenüber zu stellen.

Die weiteren Wortbestandteile „Cult“ und „Lact“ der Vergleichsmarken weisen hingegen keine wesentlichen Übereinstimmungen auf. Sie unterscheiden sich in klanglicher Hinsicht durch die abweichenden Vokale - „u“ gegenüber „a“ - durch die abweichenden Konsonanten „l“ und „c(k)“ vor dem Schlusskonsonanten - in ihrem Klangbild ausreichend deutlich, dass auch unter Berücksichtigung einer nicht zeitgleichen oder in unmittelbarer zeitlicher Abfolge erfolgenden Wahrnehmung und eines erfahrungsgemäß häufigen undeutlichen Erinnerungsbildes (vgl. dazu EuGH MarkenR 1999, 236, 239 - Lloyd/Loints) ein sicheres Auseinanderhalten beider Marken jederzeit gewährleistet ist.

Zur Unterscheidbarkeit der Marken trägt schließlich der auch für den allgemeinen Verkehr erkennbar unterschiedliche begriffliche Anklang in den Endbestandteilen der Vergleichsmarken bei. Während der Bestandteil „Cult“ in der Widerspruchsmarke wie oben erläutert auf „Kulturen“ hinweist, wird das in der angegriffenen Marke nachgestellte Element „Lact“ als Bestandteil in Zusammensetzungen verwendet mit der Bedeutung „Milch-“ (vgl. Duden - Dt. Universalwörterbuch, 6. Aufl. Mannheim 2006 - CD-ROM).

Die Vergleichsmarken erscheinen in ihrer Kombination für die angesprochenen Verkehrskreise jeweils als einheitliche Gesamtbegriffe mit deutlich abweichendem Sinngehalt, die angegriffene Marke mit dem deutlichen Anklang an die Inhaltsangabe „probiotische Kulturen“, die Widerspruchsmarke mit dem beschreibenden Anklang an den Inhalt „probiotisch“ und „Milch“. Damit können beide Bestandteile der Vergleichsmarken einen Hinweis auf Art und Zusammensetzung der beanspruchten Waren geben, unterscheiden sich aber entgegen der Ansicht der Widersprechenden in ihrem konkreten Inhalt ausreichend deutlich.

In schriftbildlicher Hinsicht halten die Vergleichsmarken in allen üblichen Wiedergabeformen schon deshalb ebenfalls einen ausreichenden Abstand ein, weil die angegriffene Marke sich durch ihren grafischen Bestandteil deutlich von der widersprechenden Wortmarke unterscheidet.

4. Es besteht ebenfalls nicht die Gefahr, dass die Marken gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden können.

Die Annahme einer solchen mittelbaren Verwechslungsgefahr setzt voraus, dass die beteiligten Verkehrskreise zwar die Unterschiede zwischen den Vergleichsmarken erkennen und insoweit keinen unmittelbaren Verwechslungen unterliegen. Sie werten gleichwohl einen in beiden Marken identisch oder zumindest wesensgleich enthaltenen Bestandteil als Stammzeichen des Inhabers der älteren Marke, messen diesem Stammbestandteil also für sich schon die maßgebliche Herkunftsfunktion bei und sehen deshalb die übrigen abweichenden Markenteile nur noch als Kennzeichen für bestimmte Waren aus dem Geschäftsbetrieb des Inhabers der älteren Marke an (vgl. BGH GRUR 2000, 886, 887 - Bayer/BeiChem; GRUR 2002, 542, 544 - BIG; GRUR 2002, 544, 547 - BANK 24).

In solchen Ausnahmefällen reichen bereits geringfügige Unterschiede aus, um den Gedanken an Serienmarken desselben Unternehmens nicht aufkommen zu lassen (vgl. BGH a. a. O. - Innovadiclophlont; BPatG Mitt. 1983, 58, 59 - Rollinos/Rolo). Die zu vergleichenden (abweichenden) Markenteile sprechen auch dann gegen eine mittelbare Verwechslungsgefahr, wenn sie sich mit dem gemeinsamen Bestandteil zu eigenen, in sich geschlossenen Gesamtbegriffen verbinden, die von der Vorstellung wegführen, es handele sich um Serienmarken eines Unternehmens (vgl. BGH GRUR 1998, 932, 934 - MEISTERBRAND; a. a. O. - POLYFLAM/MONOFLAM). Der für die Annahme einer mittelbaren Verwechslungsgefahr erforderliche Hinweischarakter des gemeinsamen Stammbestandteils ist schließlich kennzeichnungsschwachen Markenteilen abzusprechen, so dass beschreibende

Angaben bzw. daran angelehnte Bezeichnungen nicht als Stammbestandteile von Serienmarken in Betracht kommen (vgl. BGH GRUR 2003, 1040 - Kinder).

Im vorliegenden Fall wird die Annahme eines einheitlichen Gesamtbegriffs gefördert durch die Verklammerung der beiden selbständigen - in ihrem Sinngehalt aufeinander bezogenen - kennzeichnungsschwachen - Markenelemente durch einen Bindestrich zu dem Phantasiebegriff „ProBio-Lact“ (vgl. Ströbele/Hacker a. a. O. § 9 Rdn. 311).

Jedenfalls ist dem Markenelement „ProBio“ wegen seines deutlich beschreibenden Anklangs und der damit verbundenen Kennzeichnungsschwäche schon aus Rechtsgründen die Eignung als Stammbestandteil von Serienmarken abzusprechen, weil der Verkehr darin nur einen Hinweis auf die betreffenden Waren bzw. Dienstleistungen nicht aber auf ein bestimmtes Unternehmen sieht (vgl. Ströbele/Hacker § 9 Rdn. 387 m. w. N.).

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

Paetzold

Hartlieb

CI