

BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 102/00

(Aktenzeichen)

Verkündet am
19. Dezember 2001
Kreth
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 398 51 762.2

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 19. Dezember 2001 unter Mitwirkung des Richters Kraft als Vorsitzendem sowie des Richters Reker und der Richterin Eder

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Widersprechenden werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 33 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 6. September 1999 und 9. Dezember 1999 insoweit aufgehoben, als der Widerspruch bezüglich der Waren "Medizinische Getränke, alkoholische Getränke (ausgenommen Biere)" zurückgewiesen wurde.

Die Löschung der angegriffenen Marke 398 51 762.2 wird für die Waren "Medizinische Getränke, alkoholische Getränke (ausgenommen Biere)" angeordnet.

Gründe

I.

Beim Deutschen Patent- und Markenamt ist die Marke 398 51 762.2

Kurschattengeist

für die Waren

"Medizinische Getränke; alkoholfreie Getränke und Biere; alkoholische Getränke (ausgenommen Biere)"

eingetragen worden.

Hiergegen ist Widerspruch eingelegt worden aus der Marke 867 604

Kurschatten,

die für die Waren

"Spirituosen"

eingetragen ist.

Die Markenstelle für Klasse 33 des Deutschen Patent- und Markenamts hat diesen Widerspruch zurückgewiesen, da die Widersprechende auf den durch den Inhaber der jüngeren Marke zulässigerweise erhobenen Einwand der mangelnden Benutzung keine Benutzungsunterlagen vorgelegt habe.

Hiergegen wendet sich die Widersprechende mit der Beschwerde. Ihr Schriftsatz mit den maßgeblichen Benutzungsunterlagen sei im Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt nicht berücksichtigt worden. Ihre Marke werde benutzt. Zum Nachweis legt sie Ablichtungen der im Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt vorgelegten Benutzungsunterlagen sowie aktuelle Benutzungsunterlagen vor. Die Vergleichsmarken stimmten in dem allein prägenden Wortbestandteil "Kurschatten" völlig überein. Deshalb bestehe Verwechslungsgefahr, zumal ein Warenabstand nicht vorhanden sei. Die beteiligten Verkehrskreise würden nicht auf die am Wortende stehende Endung "-geist" achten. In der mündlichen Verhandlung schränkte die Widersprechende den Widerspruch ein auf "Medizinische Getränke, alkoholische Getränke (ausgenommen Biere)".

Die Widersprechende beantragt sinngemäß,

die angegriffenen Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 33 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 6. September 1999 und 9. Dezember 1999 aufzuheben und die Löschung der angegriffenen Marke 398 51 762.2 im Umfang des Widerspruchs anzuordnen.

Der Inhaber der jüngeren Marke hat im Verfahren vor dem Bundespatentgericht nicht Stellung genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Widersprechenden ist im Umfang der nunmehr noch mit dem Widerspruch angefochtenen Waren "Medizinische Getränke, alkoholische Getränke (ausgenommen Biere)" der jüngeren Marke begründet. Zwischen der angefochtenen Marke 398 51 762.2 und der Widerspruchsmarke 867 604 besteht insoweit Verwechslungsgefahr iSd § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG.

Die Frage der Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (EuGH GRUR 1998, 387, 389 – Sabèl/Puma). Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht kommenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren sowie der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke. Insbesondere kann ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken ausgeglichen werden und umgekehrt (EuGH GRUR 1998, 922, 923 – Canon; BGH GRUR 2000, 506, 508 – ATTACHÉ/TISSERAND).

Bei der Beurteilung der Ähnlichkeit der Waren war von den als benutzt vorgetragenen Waren auszugehen, da der Inhaber der jüngeren Marke die Benutzung des Widerspruchs zulässigerweise bestritten hat (§§ 43 Abs 1, 26 MarkenG). Dabei erfolgte die Benutzungsbestreitung mit Schriftsatz vom 7. Juni 1999 zunächst unbeschränkt, wurde jedoch im nachfolgenden Text präzisiert und eingeschränkt auf die letzten fünf Jahre vor der Veröffentlichung der jüngeren Marke. Darin liegt eine Benutzungsbestreitung ausschließlich nach § 43 Abs 1 Satz 1 MarkenG. Dies kann im einzelnen aber dahingestellt bleiben, denn die Widersprechende hat Benutzungsunterlagen für die Jahre 1993 bis 1998 beigebracht. Dieser Zeitraum umfaßt sowohl denjenigen des § 43 Abs 1 Satz 1 MarkenG als auch denjenigen des § 43 Abs 1 Satz 2 MarkenG. Daß eine Benutzung für jeden dieser Zeiträume in ihrem ganzen Umfang und ohne Unterbrechung belegt und nachgewiesen wird, ist nicht erforderlich. Die Widersprechende hat eine Benutzung ihrer Widerspruchsmarke für die Ware "Stonsdorfer" belegt. "Stonsdorfer" ist ein Kräuterbitter und fällt damit unter den Oberbegriff "Spirituosen" der Widerspruchsmarke. Der Umfang der Benutzung ist jedenfalls ausreichend für die Bejahung einer ernsthaften Benutzung. Die Art der Benutzung ergibt sich aus den vorgelegten Etiketten. Zwar erfolgt die Benutzung regelmäßig nicht durch die Widersprechende selbst, eine Benutzung der Marke mit Zustimmung des Inhabers wird diesem aber zugerechnet (§ 26 Abs 2 MarkenG). Allerdings läßt sich aus den vorgelegten Etiketten nicht entnehmen, wann diese verwendet worden sind. Die eidesstattliche Versicherung nimmt jedoch ausdrücklich auf diese Etiketten Bezug, so daß der Widersprechenden eine maßgebliche Benutzung im oben dargelegten Zeitraum zugerechnet werden kann.

Die nunmehr noch durch den Widerspruch angegriffenen Waren "Medizinische Getränke, alkoholische Getränke (ausgenommen Biere)" der angegriffenen Marke sind den Waren "Spirituosen" der Widerspruchsmarke teilweise gleich, im übrigen ähnlich. Der Oberbegriff "alkoholische Getränke" beinhaltet nämlich die Waren der Widerspruchsmarke. Zu den übrigen in diesem Oberbegriff enthaltenen Waren besteht eine mindestens mittlere Ähnlichkeit. Eine wenn auch entferntere Ähnlich-

keit besteht zwischen den Waren "Spirituosen" der Widerspruchsmarke und den "medizinische Getränken" der jüngeren Marke. Zwar sind dies Getränke, bei denen weniger die Genußwirkung oder eine berauschende Wirkung als eine Heilwirkung im Vordergrund steht. Eine solche Heilwirkung kann aber auch Kräuterlikören oder bestimmten Kräutergeisten zukommen, die ursprünglich von alters her auch aus medizinischen Gründen hergestellt worden sind. Hinzu kommt, daß bei vielen Kräutern die Wirkstoffe mittels einer alkoholischen Lösung herausgelöst werden. Mithin können auch medizinische Getränke alkoholhaltig sein.

Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke liegt mangels anderer Anhaltspunkte im mittleren Bereich. Zwar sind die von der Widersprechenden im Rahmen der Glaubhaftmachung ihrer Benutzung vorgetragenen Umsatzzahlen nicht sehr hoch. Dies allein rechtfertigt jedoch wegen des von Hause aus originellen Markennwortes keine Verminderung der Kennzeichnungskraft.

Bei dieser Sachlage muß der Abstand, den die angegriffene Marke von der Widerspruchsmarke einzuhalten hat, mittel bis eher groß sein. Eine unmittelbare Verwechslungsgefahr zwischen den Vergleichsmarken besteht allerdings nicht, denn sie unterscheiden sich sowohl in ihrer Länge als auch in ihrem begrifflichen Aussagegehalt hinreichend. Ebensowenig besteht ein Anlaß für die Annahme der sog Abspaltung eines Zeichenteils. Dieser Ausnahmetatbestand ist lediglich mit äußerster Zurückhaltung und in eng umgrenzten Sachgebieten (wie beispielsweise der Medizin) anzuwenden (Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Aufl, § 9 Rdnr 196 ff), zu denen die vorliegenden Waren nicht zu rechnen sind.

Nicht auszuschließen ist allerdings, daß die Vergleichsmarken in rechtserheblichem Umfang gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden können (§ 9 Abs 1 Nr 2, 2. Halbsatz MarkenG). Dieser Tatbestand stellt eine besondere Fallgruppe der Verwechslungsgefahr dar (EuGH GRUR Int. 2000, 899, 901 Rdn 34 "Marca/Adidas"; GRUR 1998, 387, 389 "Springende Raubkatze"), die sich dadurch auszeichnet, daß zwei Marken zwar nicht unmittelbar verwechselt werden können,

jedoch Gemeinsamkeiten aufweisen, die dem Publikum Anlaß zu der Annahme geben können, daß es sich bei der angegriffenen Marke um ein Zeichen des Inhabers der älteren Marke handle. Damit sind im wesentlichen die Fälle der mittelbaren Verwechslungsgefahr erfaßt (BGH GRUR 2000, 886, 887 "Bayer/BeiChem"; 1999, 587, 589 "Cefallone"). Voraussetzung für die Annahme einer solchen Verwechslungsgefahr ist, daß die Vergleichsmarken einen gleichen oder zumindest wesensgleichen Bestandteil aufweisen, der als gemeinsamer Stammbestandteil beider Vergleichsmarken erscheint, während die Abweichungen lediglich den Eindruck einer besonderen Einzelproduktkennzeichnung erwecken. Dieser Eindruck wird häufig dadurch gefördert, daß die abweichenden Bestandteile einen mehr oder weniger stark hervortretenden warenbeschreibenden Sinngehalt aufweisen (vgl. Althammer/Ströbele, aaO, § 9 Rdn 221). Das ist hier der Fall.

Während der auf dem vorliegenden Warengbiet originelle und nicht beschreibende Bestandteil "Kurschatten" in beiden Vergleichsmarken identisch erscheint, unterscheidet sich die jüngere Marke lediglich durch das Anhängen des Wortes "-geist" von der Widerspruchsmarke. Dieser Begriff wird jedoch gerade auf dem Spirituosensektor vorrangig als Bezeichnung eines hochprozentigen alkoholischen Getränks verstanden. Zwar wird dieses Worтеlement regelmäßig an inhaltsbeschreibende Bezugswörter wie "Himbeer-" oder "Kräuter-" angehängt. Im Zusammenhang mit alkoholhaltigen Waren bietet sich ein solches Verständnis jedoch auch bei Wortzusammensetzungen an, in denen das nachgestellte Wort "-geist" nicht inhaltsbeschreibenden, sondern Phantasiebegriffen folgt, denn der angesprochene Verkehr wird eine Warenkennzeichnung in der Regel im Zusammenhang mit der Ware sehen. Zwar verfügt die Widersprechende über keine Zeichenserie mit dem Stammbestandteil "Kurschatten-", dies ist jedoch angesichts des originellen Charakters des Stammbestandteils und des ohne weiteres erkennbaren warenbeschreibenden Gehalts des hinzugefügten Worтеlements nicht erforderlich.

Gründe dafür, einem oder einer der Beteiligten die Kosten des Beschwerdeverfahrens aus Billigkeitsgründen aufzuerlegen (§ 71 Abs 1 MarkenG), sind nicht ersichtlich.

Kraft

Reker

Eder

prä