

# BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 261/00

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
13. November 2002

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Marke 397 40 949**

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 13. November 2002 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Albert sowie des Richters Reker und der Richterin Eder

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Gegen die für die Waren

"Alkoholische Getränke (ausgenommen Biere)"

unter der Nummer 397 40 949 eingetragene Marke

### **Night Life**

ist Widerspruch erhoben worden aus der Marke 397 32 203

### **NightLime,**

die ebenfalls für die Waren

"Alkoholische Getränke (ausgenommen Biere)"

eingetragen ist.

Die Markenstelle für Klasse 33 hat die Löschung der jüngeren Marke wegen dieses Widerspruchs angeordnet, da zwischen den Marken Verwechslungsgefahr bestehe. Die Waren seien identisch und die Kennzeichnungskraft des Widerspruchszeichens normal. Deshalb seien an den einzuhaltenden Markenabstand

überdurchschnittlich strenge Anforderungen zu stellen. Diesen würden die Vergleichszeichen jedenfalls in klanglicher Hinsicht nicht gerecht. Beide Zeichen entstammten der englischen Sprache und hätten in den Gesamtklangbildern so weitreichende Übereinstimmungen, daß die allein in den Endkonsonanten enthaltenen Abweichungen Verwechslungen nicht verhindern könnten.

Hiergegen wendet sich die Inhaberin der jüngeren Marke mit der Beschwerde. Die Vergleichszeichen unterschieden sich sowohl in klanglicher als auch in schriftbildlicher Hinsicht erheblich voneinander. Während nämlich der Buchstabe "f" in der jüngeren Marke ein pointierter und auffälliger Reibelaut sei, sei das in der Widerspruchsmarke enthaltene "m" ein davon grundverschiedener und ebenfalls auffälliger Klinglaut. Die klanglichen und schriftbildlichen Unterschiede der Zeichen seien um so beachtlicher, als beide Zeichen einen ohne weiteres erkennbaren und einprägsamen Begriffsgehalt aufwiesen. Im übrigen werde auf das Drittzeichen 396 00 322 "Night-Life" hingewiesen. Bereits im Verfahren vor dem Patentamt hat sie die Benutzung des Widerspruchszeichens im maßgeblichen 5-Jahres-Zeitraum vorsorglich mit Nichtwissen bestritten.

Die Widersprechende hat sich im Verfahren vor dem Bundespatentgericht nicht geäußert.

## II.

Die zulässige Beschwerde der Markeninhaberin ist unbegründet. Zwischen der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke besteht die Gefahr klanglicher Verwechslungen gemäß § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG.

Die beiderseitigen Waren sind gleich. Dabei war bei der Beurteilung der Warenähnlichkeit von der Registerlage auszugehen. Der von der Inhaberin der jüngeren Marke erhobene Einwand gemäß § 43 Abs 1 MarkenG ist nämlich nicht zulässig,

weil die ältere Marke im Zeitpunkt der Veröffentlichung der Eintragung der jüngeren Marke noch nicht fünf Jahre eingetragen war und der Fünf-Jahres-Zeitraum des § 43 Abs 1 Satz 2 MarkenG ebenfalls noch nicht abgelaufen ist (§ 43 Abs 1 Satz 2: "Endet ..."; vgl Fezer, Markenrecht, 1997, § 43 Rdnr 5 aE). Im übrigen bestehen grundsätzliche Bedenken gegen eine vorbeugend erhobene Nichtbenutzungseinrede, die bereits vor Ablauf der Benutzungsschonfrist erhoben wird (Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Aufl, § 43 Rdnr 23; Ingerl/Rohnke, MarkenG, 1998, § 43 Rdnr 14).

Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke liegt - mangels anderer Anhaltspunkte - im mittleren Bereich. Weder für eine Schwächung noch für eine Stärkung dieser Kennzeichnungskraft liegen Anhaltspunkte vor. Auch die nach Ansicht der Beschwerdeführerin maßgebliche Drittzeichenlage vermag nicht zu einem anderen Ergebnis zu führen. Zum einen ist die Benutzungslage nicht bekannt, zum anderen kann nur eine beträchtliche Anzahl von Drittmarken zu einer Schwächung der Kennzeichnungskraft führen (Ströbele, aaO, § 9 Rdnr 143-145).

Diese Feststellungen haben zur Folge, daß ein erheblicher Abstand der beiden Marken gegeben sein muß, um die Gefahr von Verwechslungen verneinen zu können. Je näher sich nämlich die Waren stehen, desto größer ist die Gefahr von Markenverwechslungen, da die Systematik des Markenrechts eine gegenseitige Wechselwirkung von Marken- und Warenähnlichkeit bedingt (BGH Mitt 1995, 107 – Oxygenol II; GRUR 2000, 506, 508 - ATTACHÉ/TISSERAND; BIPMZ 1999, 112, 114 - LIBERO). Diesen Anforderungen aber wird die jüngere Marke nicht gerecht. Beide Marken weisen dieselbe Silbenzahl und Betonung auf. Sie stimmen in ihren Wortanfängen überein. Sie unterscheiden sich sowohl bei englischer als auch bei deutscher Aussprache lediglich in dem Konsonanten "f" bzw "m" zu Beginn der letzten Wortsilbe bzw, bei englischer Aussprache, am Wortende. Angesichts der Wortlängen und der Stellung dieser Unterschiede an den regelmäßig nicht so stark beachteten Wortendungen reichen diese nicht aus, um eine Verwechslungsgefahr in klanglicher Hinsicht hinreichend sicher auszuschließen. Mit mündlichen

Bestellungen - gerade auch unter weniger günstigen Umständen - ist nämlich auf dem vorliegenden Warengbiet in rechtserheblichem Umfang zu rechnen, beispielsweise in Gastronomiebetrieben oder bei Lieferanfragen sowie -bestellungen. Dabei ist von dem Erfahrungssatz auszugehen, daß die Marken regelmäßig nicht gleichzeitig nebeneinander wahrgenommen und verglichen werden können, weshalb der Verkehr seine Auffassung über die Ähnlichkeit der Marken aufgrund eines undeutlichen Erinnerungsbildes gewinnt (BGH GRUR 1993, 972 – Sana/Schosana). Stehen sich damit die Wortfolgen "Night Life" und "Night-Lime" gegenüber, so besteht die Gefahr klanglicher Verwechslungen nach dem Gesamtklangbild. Auch der in der jüngeren Marke enthaltene Sinngelhalt schließt eine klangliche Verwechslungsgefahr nicht aus. Wegen der geringen Unterschiede der Vergleichszeichen nützt den Abnehmern die begriffliche Abgrenzung nichts, wenn sie sich wegen der großen Klangähnlichkeit verheören, weil ihnen dann entweder der Sinngelhalt überhaupt nicht oder der falsche Begriff zum Bewußtsein kommt (Althammer/Ströbele, aaO, § 9 Rdnr 90 mwN). Damit reichen die im Verhältnis zu den bestehenden Gemeinsamkeiten nur geringen klanglichen Abweichungen nicht aus, um ein Verheören und damit eine Verwechslung der für gleiche Waren bestimmten Marken mit der notwendigen Sicherheit auszuschließen.

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

Albert

Richter Reker ist erkrankt  
und kann daher nicht un-  
terschreiben.

Eder

Albert

Hu