



BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 275/03

(AktENZEICHEN)

Verkündet am
1. Dezember 2004

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke 399 31 574

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 1. Dezember 2004 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Stoppel sowie der Richter von Schwichow und Paetzold

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Widersprechenden wird der Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts - Markenstelle für Klasse 29 – vom 22. Mai 2003 aufgehoben, soweit der Widerspruch zurückgewiesen worden ist auch bezüglich der Waren der Klassen 29:

"Fleisch, Fisch, Fleisch-, Wurst-, Würstchen- und Fischwaren einschließlich Konserven, Geflügel und Wild; Fleischextrakte; konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Fleischgallerten (Gelees); Käse, Saucen einschließlich Salatsaucen; Mayonnaise; Fertiggerichte und Halbfertiggerichte, im Wesentlichen bestehend aus Fleisch, Fisch, zubereiteten Früchten, Gemüse und Zusatz von Teigwaren, Reis, Hülsenfrüchten und Kartoffeln; Tiefkühlprodukte, nämlich Gemüse, Geflügel und Fertiggerichte, im Wesentlichen bestehend aus Fleisch, Fisch, zubereiteten Früchten, Gemüse unter Zusatz von Teigwaren, Reis, Hülsenfrüchten und Kartoffeln; vegetarische Fertignahrung aus Pflanzen, Gemüse und/oder zubereitetem Obst; Tofu; Sojaprodukte, insbe-

sondere geröstete Sojabohnen und Sojaschrot für Speisewecke;"

und 30: "hauptsächlich aus Getreide oder zubereitetem Gemüse bestehende Mischung zur Herstellung von Bratlingen; hauptsächlich aus Soja bestehender Wurst-, Würstchen- und Fleischersatz; Senf; Essig, Saucen (ausgenommen Salatsaucen); Gewürze; Gewürzsalze; Sojaprodukte, insbesondere Sojamehl".

Insoweit wird wegen des Widerspruchs aus der Marke 2 022 354 die Löschung der angegriffenen Marke 399 31 574 angeordnet.

Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

In das Markenregister eingetragen wurde unter der Rollenummer 399 31 574 die Marke

Deichländer

als Kennzeichnung für die Waren der Klassen 5 und 29 bis 33

"Medizinische und Kräutertees, Früchtetees, diätetische Erzeugnisse und diätetische Lebensmittel, insbesondere Joghurtpräparate, Süßstoff, Diätzucker, Diätbonbons, Diätf Fruchtgummi, Diätpralinen, Diätschokoladen, Diätbackwaren, Diätkonfitüren, Diätfruchtconserven, Diätfruchtmarmeladen, Frucht-Diät-Desserts; diätetische Nahrungsmittel, nämlich Grau-

pen, Grieß und Flocken sowie aus Mehl und Stärke hergestellte Roherzeugnisse einschließlich Teigwaren, Sago und Puddingpulver; Präparate für die Gesundheitspflege; gekörnte Pflanzenbrühe zur Herstellung von Trinkbrühe für diabetische Zwecke; vorgenannte Waren für medizinische Zwecke; Babykost; Fleisch, Fisch, Fleisch-, Wurst-, Würstchen- und Fischwaren einschließlich Konserven, Geflügel und Wild; Weich und Schalentiere (lebend und konserviert); Fleischextrakte; konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Fleisch-, Fisch-, Gemüse- und Obstgallerten (Gelees); Konfitüren; Brotaufstriche, nämlich Nuss- und Nougatcremes; Eier, Milch einschließlich Dick-, Sauer-, Butter- und Kondensmilch; Milchprodukte, nämlich Butter, Käse, Frischkäse, Schmelzkäsezubereitungen, Sahne, Crème fraîche, Joghurt, Quark, Kefir, Desserts aus Joghurt, Quark und/oder Sahne; Trockenmilch für Nahrungszwecke; Speiseöle und –fette; Saucen einschließlich Salatsaucen; Mayonnaise, frische zubereitete Salate; Fertiggerichte und Halbfertiggerichte, im Wesentlichen bestehend aus Fleisch, Fisch, zubereiteten Früchten, Gemüse und Zusatz von Teigwaren, Reis, Hülsenfrüchten und Kartoffeln; Tiefkühlprodukte, nämlich Gemüse, Geflügel und Fertiggerichte, im Wesentlichen bestehend aus Fleisch, Fisch, zubereiteten Früchten, Gemüse unter Zusatz von Teigwaren, Reis, Hülsenfrüchten und Kartoffeln; gekörnte Pflanzenbrühe zur Herstellung von Trinkbrühe für Nahrungszwecke, vegetarische Fertignahrung aus Pflanzen, Gemüse und/oder zubereitetem Obst, Kräutern, Nüssen und Getreide; Eiweißkonzentrate und –präparate als Zusatz von Nahrungsmitteln oder zur Zubereitung von Mahlzeiten; pflanzliches Eiweiß zur Herstellung von Nahrungsmitteln, ausgenommen Getränke, insbesondere aus Soja-

bohnen hergestellt; Tofu; im Wesentlichen aus Gemüse, Obst und Getreide, Kräutern, Samen, Blütenpollen und/oder Gewürzen hergestellte Brotaufstriche, Cremes und Pasten; Sojaprodukte, insbesondere geröstete Sojabohnen und Sojaschrot für Speisezwecke; Kräutermischungen aus getrockneten Kräutern; in wasserhaltigen Flüssigkeiten lösbares Eiweißpulver und Eiweißgranulate auf Sojabasis zur Zubereitung alkoholfreier Eiweißgetränke und –speisen; alle vorstehenden Waren der Klasse 29 – soweit möglich – auch als kalorien- oder fettarme Erzeugnisse und/oder angereichert mit Vitaminen, Mineralstoffen und Ballaststoffen, auch in tiefgekühlter Form; Kakao, Schokolade, Pralinen, auch mit Wein- oder Spirituosenfüllung; Marzipan, Zuckerwaren, insbesondere Dragées und Pastillen, Bonbons, Gummisüßwaren, Schaumzuckerwaren, Lakritz, feine Back- und Konditorwaren einschließlich Vollkorn-Backwaren, geröstete Nüsse in Schokoladenhülle und dragiert, Rosinen in Schokoladenhülle; Brot, Mehle und Getreidepräparate (ausgenommen Futtermittel), insbesondere Teigwaren, Frühstückszerealien; für die menschliche Ernährung zubereitetes Getreide, auch portionsweise geformt und auch mit Füllung oder Belag aus Frucht- oder Gemüsezubereitungen; Müsli, im Wesentlichen bestehend aus Vollkorn, getrockneten Früchten und/oder Samen; Speiseeis, Haferflocken, Dauerbackwaren; Kuchen und Torten; fertige Backmischungen zur Herstellung von Kuchen, Torten, Keksen, Müsliriegeln, Brot und Waffeln; hauptsächlich aus Getreide oder zubereitetem Gemüse bestehende Mischung zur Herstellung von Bratlingen; hauptsächlich aus Soja bestehender Wurst-, Würstchen- und Fleischersatz; Kaffee, Tee, Zucker, Reis, Mais, Grieß, Tapioka, Sago, Kaffee-Ersatzmittel; Honig, Melasse- und

Ahornsirup; Hefe, Back- und Puddingpulver; Speisesalz; Senf; Essig, Saucen (ausgenommen Salatsaucen); Gewürze; Gewürzsalze; Sojaprodukte, insbesondere Sojamehl; alle vorstehenden Waren der Klasse 30 – soweit möglich – auch als kalorien- oder fettarme Erzeugnisse und/oder angereichert mit Vitaminen, Mineralstoffen und Ballaststoffen, auch in tiefgekühlter Form; frisches Obst und Gemüse, Nüsse; Biere; Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Obst- und Gemüsesäfte als Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken; Weine, Sekte, Schaumweine, Fruchtschaumweine, Beerenschaumweine, schaumweinähnliche Getränke, weinhaltige Getränke, Spirituosen und Liköre".

Die Inhaberin der rangälteren Marke 2 022 354

Deutschländer

hat hiergegen Widerspruch erhoben. Diese Marke ist eingetragen für die Waren der Klasse 29

"Fleisch- und Wurstwaren, Fleisch- und Wurstkonserven, Fleischgallerte, Fleischextrakte; Fertiggerichtskonserven, hauptsächlich bestehend aus Gemüse und oder Fleisch und/oder Pilzen und/oder Wurstwaren und/oder Hülsenfrüchten und/oder Kartoffeln und/oder Sauerkraut und/oder zubereiteten Früchten; Gemüse- und Pilzkonserven; kochfertige Suppen; tafelfertige Suppen; Gemüseplatten aus zubereiteten Gemüsen".

Die Markenstelle für Klasse 29 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss einer juristischen Erstprüferin vom 22. Mai 2003 eine Verwechslungsgefahr verneint und den Widerspruch zurückgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt, dass trotz zum Teil engster Warenähnlichkeit und der von der von der Widersprechenden glaubhaft gemachten gesteigerten Kennzeichnungskraft der erforderliche Abstand zu der Widerspruchsmarke gewahrt sei. Hierzu reiche die klangliche Abweichung am stärker beachteten Anfang der Markenwörter, da der gemeinsamen Endung "länder" nur sehr geringe Kennzeichnungskraft zukomme. Eine schriftbildliche Verwechslungsgefahr scheidet angesichts unterschiedlicher Wortlängen und abweichender Oberlängen im Wortbild aus. Ebenso wenig komme eine begriffliche oder assoziative Verwechslungsgefahr in Betracht.

Die Widersprechende hat gegen diesen Beschluss Beschwerde eingelegt und sie unter Einreichung weiterer Unterlagen damit begründet, dass die von Hause aus bereits hohe Kennzeichnungskraft ihrer Marke durch starke Benutzung weiter gesteigert sei, so dass angesichts identischer bzw. sehr ähnlicher Waren der erforderliche weite Zeichenabstand jedenfalls in klanglicher und schriftbildlicher Hinsicht nicht mehr gewahrt sei, zumal es sich um Verbrauchsgüter des Alltags handle, bei denen die angesprochenen Endabnehmer weniger Aufmerksamkeit an den Tag legten.

Die Markeninhaberin hat sich im Beschwerdeverfahren auf den Beschluss der Markenstelle berufen und die eingereichte Marktuntersuchung der Widersprechenden als veraltet und nicht hinreichend konkret beanstandet. Den Termin zur mündlichen Verhandlung hat sie nicht wahrgenommen.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Erstbeschluss sowie auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig und hat teilweise Erfolg, denn in Bezug auf die im Tenor genannten Waren besteht Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs 1 Nr. 2 MarkenG.

Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr sind unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles die Faktoren Markenähnlichkeit, Warenähnlichkeit und Kennzeichnungskraft der älteren Marke gegeneinander abzuwägen (st Rspr, zB BGH GRUR 2004, 598 – Kleiner Feigling).

Im vorliegenden Fall verlangt bereits die große Nähe der beiden Marken einen deutlichen Warenabstand. Die Worte "Deichländer" und "DEUTSCHLÄNDER" unterscheiden sich lediglich in der Wortmitte durch die lautähnlichen Diphthonge "EI" und "EU" und den zusätzlichen Konsonanten "T", der zudem bei Großschreibung einem "I" sehr ähnlich ist. Keine der beiden Marken enthält eine eindeutige Sachaussage. Zwar gibt es – anders als bei der Widerspruchsmarke – den Begriff "Deichländer"; dieser ist jedoch relativ unbekannt und hat für die betroffenen Waren allenfalls einen verschwommenen Sachbezug, wie die Markenstelle im Eintragungsverfahren selbst festgestellt hat. Unter diesen Umständen ist ein Weglassen der übereinstimmenden Endung "länder" nicht ohne weiteres zulässig. Denn eine Reduzierung der Verwechslungsgefahr kommt nur bei einem Sinngehalt in Betracht, der auch bei flüchtiger Wahrnehmung sofort erfasst wird und keinen weiteren Denkvorgang erfordert (vgl. Ströbele/Hacker; MarkenG, 7. Aufl., 2003, § 9 Rdn. 255 mwN.); insbesondere bei Wortverbindungen wie hier tritt ein abweichender Sinngehalt nur eines Bestandteils kaum noch in Erscheinung und ist allenfalls bei analysierender und zergliedernder Betrachtungsweise ermittelbar, die aber gerade nicht zulässig ist. Zudem erlaubt ein abweichender Sinngehalt bei hochgradigen klanglichen oder bildlichen Übereinstimmungen nicht mehr den Ausschluss der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr (vgl. Ströbele/Hacker, aaO. Rdn. 229 mwN.), weil beim Verlesen oder Verhören solch ähnlicher Vergleichsworte der unterschiedlicher Sinngehalt gar nicht mehr hervortritt. Selbst wenn man

auf den Sinngehalt der Einzelbestandteile "Deich" und "Deutsch" abstellen wollte, weicht der Begriffsgehalt der Wortmarken nicht so markant ab, so dass ein Auseinanderhalten aus der Erinnerung heraus schwer fallen dürfte, insbesondere weil die Vergleichsmarken nach dem gleichen Muster zusammengesetzt sind.

In Anbetracht dessen ist eine Verwechslungsgefahr bei identischen und erheblich ähnlichen Waren in jedem Fall zu bejahen, zumal sich die Widersprechende zu Recht auf eine erhöhte Kennzeichnungskraft ihrer Marke durch Werbung sowie intensive Benutzung und dadurch erreichte Bekanntheit beruft, die sie auf eine eidesstattliche Versicherung sowie Unterlagen über Umsatzzahlen, Werbeaufwendungen und das Gutachten eines Marktforschungsinstituts gestützt hat. Die hiergegen vorgebrachte Einwende der Markeninhaberin greifen nicht durch. Soweit sie auf das Erstellungsdatum bereits im Jahre 2001 verweist, ist dies nicht zu beanstanden, da die Voraussetzungen der erhöhten Kennzeichnungskraft auch im Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke vorgelegen haben müssen (vgl. Ströbele/Hacker, aaO., Rdn. 304 und 40), hier also im Juni 1999. Aus den weiter vorgelegten Unterlagen, u.a. der Untersuchung der Markenbekanntheit bei Würstchen/Wurstwaren vom März 2004, lässt sich zumindest hinreichend klar ableiten, dass sich die große Bekanntheit der Widerspruchsmarke eher noch erhöht hat (90% gegenüber 84% im Jahre 2001), auch wenn es sich um gestützte Umfragen gehandelt hat, deren hohe Bekanntheitswerte sich auf Würstchen im Glas oder in der Dose beziehen). Wenn die Widersprechende des weiteren moniert, es seien nicht alle marktgängigen Vergleichsprodukte in die Studien aufgenommen worden, so hätte sie substantiiert vortragen müssen, welches relevante Konkurrenzprodukt unberücksichtigt geblieben ist. Allein der Hinweis auf "Frankfurter Würstchen" ist zu pauschal, zumal es sich dabei um eine Kollektivmarke handelt.

Die gesteigerte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke kann im System der Wechselwirkung der Kriterien zur Feststellung einer Verwechslungsgefahr jedoch nicht für das gesamte Warenverzeichnis anerkannt werden, sondern nur für die tatsächlich benutzten Waren und eng verwandte, auf welche die erhöhte Kenn-

zeichnungskraft ausstrahlt (vgl. Ströbele/Hacker, aaO. Rdn. 308 mwN). Im vorliegenden Fall beschränkt sie sich allenfalls auf die "Fleisch- und Wurstwaren, Fleisch- und Wurstkonserven", jedoch schon nicht mehr auf die Widerspruchswaren "Fleischgallerte, Fleischextrakte, Fertiggerichtskonserven", weil sich die Bekanntheit der Widerspruchsmarke ersichtlich auf das reine Einzelprodukt "Würstchen" bezieht. Hinsichtlich der angegriffenen Waren ist demgemäß ein unterschiedlicher Maßstab für die Feststellung der Verwechslungsgefahr anzulegen, soweit überhaupt Warenähnlichkeit besteht. Letztere muss ohnehin für die angegriffenen Waren der Klassen 5 verneint werden, zumal die Widersprechende insoweit auch keine nähere Begründung geliefert hat. Mit der pauschalen Behauptung, dass die Widerspruchswaren diesen Waren wirtschaftlich nahe stünden, sind die Voraussetzungen der markenrechtlichen Warenähnlichkeit keineswegs erfüllt. Auch hinsichtlich der Waren der Klassen 31, 32 und 33 liegen keine so engen Berührungspunkte zu den Widerspruchswaren vor, dass die beteiligten Verkehrskreise selbst bei identischer Kennzeichnung auf dieselben oder wirtschaftlich verbundene Unternehmen schließen würden. Dies betrifft insbesondere Getränke: selbst wenn nach dem Vortrag der Widersprechenden Würstchen am Kiosk gern mit Bier oder anderen Getränken verzehrt werden, rechtfertigt dies allein noch nicht die Annahme einer Warenähnlichkeit. Nichts anderes gilt für frisches Obst und Gemüse und Nüsse.

Auch bei den Waren der Klasse 29 kann nur zum Teil Warenähnlichkeit angenommen werden. So sind von den aufgeführten Milchprodukten lediglich "Käse" ähnlich, weil dieser auch Wurstwaren wesensbestimmend beigegeben wird, nicht jedoch "Frischkäse" und "Schmelzkäsezubereitungen", die auch nicht in Fertiggerichten oder den sonstigen Widerspruchswaren vorkommen. Erst recht trifft dies auf "Eiweiß(konzentrat)e, Brotaufstriche, Cremes, Pasten, Kräutermischungen" und die meisten anderen Waren dieser Klasse zu. Lediglich bei "Fleisch, Fisch, Fleisch-, Wurst-, Würstchen- und Fischwaren einschließlich Konserven, Geflügel und Wild; Fleischextrakte; konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Fleischgallerten (Gelees); Käse, Saucen einschließlich Salatsaucen; Mayonnaise; Fertiggerichte und Halbfertiggerichte, im Wesentlichen bestehend

aus Fleisch, Fisch, zubereiteten Früchten, Gemüse und Zusatz von Teigwaren, Reis, Hülsenfrüchten und Kartoffeln; Tiefkühlprodukte, nämlich Gemüse, Geflügel und Fertiggerichte, im Wesentlichen bestehend aus Fleisch, Fisch, zubereiteten Früchten, Gemüse unter Zusatz von Teigwaren, Reis, Hülsenfrüchten und Kartoffeln; vegetarische Fertignahrung aus Pflanzen, Gemüse und/oder zubereitetem Obst; Tofu; Sojaprodukte, insbesondere geröstete Sojabohnen und Sojaschrot für Speisezwecke" liegt Warenidentität bzw. hinreichende Warennähe vor, dass – z.T. unter Berücksichtigung der erhöhten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke für Würstchen – Verwechslungsgefahr angenommen werden muss.

In der Klasse 30 betrifft dies auch wiederum nur einen Teil der angegriffenen Waren, nämlich "hauptsächlich aus Getreide oder zubereitetem Gemüse bestehende Mischung zur Herstellung von Bratlingen; hauptsächlich aus Soja bestehender Wurst-, Würstchen- und Fleischersatz; Senf; Essig, Saucen (ausgenommen Salatsaucen); Gewürze; Gewürzsalze; Sojaprodukte, insbesondere Sojamehl". Dagegen besteht gegenüber weiteren Waren wie diverse Süßigkeiten, aber auch Zerealien, feine Back- und Konditorwaren, Brot, Mehle, Backmischungen, Kuchen, Kaffee, Tee, Honig, Hefe, Back- und Puddingpulver etc. große Warenferne bis Warenunähnlichkeit. Entgegen der Auffassung der Widersprechenden können auch eigens für Würstchen hergestellte Brötchen oder Teigwaren nicht aufgrund des funktionellen Zusammenhangs beim Verzehr markenrechtlich als ähnlich erachtet werden. Hierzu sind die regelmäßigen Herstellungsstätten, die Beschaffenheit und die Angebotsstätten zu unterschiedlich, als dass der Durchschnittskäufer der Vorstellung unterliegen könnte, sie stammten aus demselben Unternehmen.

Die Beschwerde war damit in dem im Tenor genannten Umfang erfolgreich, im Übrigen aber zurückzuweisen.

Eine Kostenentscheidung war nicht veranlasst, § 71 Abs 1 MarkenG.

Stoppel

Paetzold

von Schwichow

Ja