



BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 104/02

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 300 80 977

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 31. März 2004 durch die Vorsitzende Richterin Winkler, Richter Viereck und Richter Sekretaruk

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Markeninhaberin wird der Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts – Markenstelle für Klasse 30 – vom 25. Februar 2002 insoweit aufgehoben, als die Marke 300 80 977 für die Waren "Konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Brot" gelöscht worden ist. Hinsichtlich dieser Waren wird der Widerspruch aus der Marke 399 46 843 zurückgewiesen.

2. Im übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe

I

Gegen die am 2. November 2000 angemeldete und am 5. Dezember 2000 in das Markenregister eingetragene Marke 300 80 977

happy time

geschützt für die Waren

Konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Gallerten (Gelees), Konfitüren, Fruchtsaucen; Milch und Milchprodukte; im Extrudierverfahren hergestellte Kartoffelprodukte für Nahrungszwecke; Kartoffelchips; Haselnuss-, Erdnuss-, Cashewkerne, Pistazienkerne und Mandeln, Snack-Riegel; Kaffee, Tee, Kakao, Zucker, Reis, Mehle und Getreidepräparate, Brot, feine Back- und Konditorwaren, Biskuits, Kuchen, Schokolade, Schoko-

ladenwaren, Pralinen, Zuckerwaren, Bonbons, Marzipan, Speiseeis; Honig, Melassesirup, Hefe, Backpulver, Backmischungen

ist aus der prioritätsälteren deutschen Marke 399 46 843

Kinder Happy Time

Widerspruch erhoben worden. Die Widerspruchsmarke genießt Schutz für

Milchdesserts; Milchmischgetränke; Speiseeis, Zubereitungen für Speiseeis; nicht – alkoholische Getränke, Erfrischungsgetränke.

Die mit einem Beamten des gehobenen Dienstes besetzte Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 25. Februar 2002 die teilweise Löschung der angegriffenen Marke bezüglich folgender Waren angeordnet:

Konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Konfitüren, Fruchtsaucen; Milch und Milchprodukte; Kakao, Brot, feine Back- und Konditorwaren, Biskuits, Kuchen, Schokolade, Schokoladenwaren, Pralinen, Zuckerwaren, Bonbons, Marzipan, Speiseeis.

Im übrigen wurde der Widerspruch zurückgewiesen.

Die Vergleichsmarken unterschieden sich nur durch das dem Ausdruck "Happy Time" vorangestellte Markenwort "Kinder" innerhalb der Widerspruchsmarke. Hierbei handele es sich um den Namen der Zielgruppe, dh den Personenkreis, an welchen sich die so gekennzeichneten Waren vorzugsweise wendeten. Dem Bestandteil "Kinder" komme deshalb im Gesamtgefüge der Widerspruchsmarke allenfalls eine untergeordnete Rolle zu. Der Gesamteindruck der Marke werde von

der Bezeichnung "Happy Time" geprägt, so dass wegen dessen Identität mit der jüngeren Marke die Gefahr von Verwechslungen im Bereich identischer und ähnlicher Waren zwangsläufig erscheine.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Markeninhaberin. Sie beantragt (sinngemäß),

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts vom 25. Februar 2002 im Umfang der teilweisen Löschung aufzuheben und den Widerspruch auch insoweit zurückzuweisen.

Die in den Warenverzeichnissen der Vergleichsmarken enthaltenden Produkte unterschieden sich so weitgehend, dass bereits geringe Unterscheidungsmerkmale zum Ausschluss einer Verwechslungsgefahr ausreichen. Der Verbraucher werde den Bestandteil "Kinder" bei der Wiedergabe der Widerspruchsmarke mitbenutzen, um das so benannte Produkt von vielen anderen Produktmarken, welche die Bestandteile "happy time" trügen, unterscheiden zu können. Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr sei grundsätzlich auf den Gesamteindruck der jeweiligen Marken abzustellen.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

"Kinder" sei – wie als gerichtsbekannt unterstellt werden könne – der Stammbestandteil einer Markenserie ihres Unternehmens. Dieser vermöge eine Herkunftsfunktion nur im Bezug auf die gesamte Markenserie bzw auf das Unternehmen selbst zu entfalten, sei aber nicht geeignet, einzelne Produkte aus diesem Sortiment zu identifizieren. Diese produktidentifizierende Funktion komme vielmehr nur dem weiteren Zeichenbestandteil – hier "Happy Time" – zu, der somit für den Gesamteindruck der Widerspruchsmarke prägend sei.

II

Die Beschwerde der Markeninhaberin ist zulässig und teilweise, was die Löschung ihrer Marke für die in der Beschlussformel genannten Erzeugnisse anbetrifft, mangels Warenähnlichkeit auch begründet. Im übrigen verbleibt es bei der von der Markenstelle angeordneten Löschung, weil die sich gegenüberstehenden Marken insoweit einer Gefahr der Verwechslung im Verkehr unterliegen.

Nach § 9 Abs 1 Nr 2, § 42 Abs 2 Nr 1 MarkenG ist die Eintragung einer Marke im Falle eines Widerspruchs zu löschen, wenn und soweit wegen ihrer Ähnlichkeit mit einer eingetragenen Marke älteren Zeitrangs und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die beiden Marken erfassten Waren für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, einschließlich der Gefahr, dass die Marken gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden. Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht zu ziehenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der Ähnlichkeit der mit ihnen gekennzeichneten Waren sowie der Kennzeichnungskraft der älteren Marke (st. Rspr.; vgl BGH GRUR 2002, 626 – IMS). Eine gänzlich fehlende Ähnlichkeit der Waren kann allerdings nicht durch die anderen Tatbestandsmerkmale der Verwechslungsgefahr (etwa Markenidentität) ausgeglichen werden (Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl, § 9 Rdn 71).

1. Die Waren, hinsichtlich derer die Markenstelle eine Verwechslungsgefahr angenommen und die Löschung der jüngeren Marke angeordnet hat, sind nur zum Teil mit den für die Widerspruchsmarke geschützten Erzeugnissen ähnlich. Von einer Ähnlichkeit der Waren ist auszugehen, wenn diese unter Berücksichtigung aller erheblichen Faktoren, die ihr Verhältnis zueinander kennzeichnen – insbesondere ihrer Beschaffenheit, ihrer regelmäßigen betrieblichen Herkunft, ihrer regelmäßigen Vertriebsart, ihrem Verwendungszweck und ihrer Nutzung, ihrer wirtschaftlichen Bedeutung, ihrer Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander er-

gänzende Produkte –, so enge Berührungspunkte aufweisen, dass die beteiligten Verkehrskreise der Meinung sein könnten, sie stammten aus denselben oder ggf wirtschaftlich verbundenen Unternehmen, sofern sie mit identischen Marken gekennzeichnet sind, wobei vom größten Schutzzumfang der älteren Marke ausgehen ist (Ströbele/Hacker, aaO, § 9 Rdn 57; EuGH GRUR 1998, 922 – Canon; BGH GRUR 1999, 158 – GARIBALDI; 731 – Canon II).

a) Warengleichheit liegt nur bezüglich "Speiseeis" vor, das in beiden Warenverzeichnissen enthalten ist. Die für die jüngere Marke geschützten Waren "Milch und Milchprodukte" sind mit den "Milchdesserts; Milchmischgetränken" der Widerspruchsmarke hochgradig ähnlich. "Kakao" (als Pulver) wird regelmäßig mit Milch zubereitet und kann in "Milchmischgetränken" enthalten sein, so das auch insoweit eine beträchtliche Ähnlichkeit besteht. Zudem ist "Kakao" mit auch mit "Speiseeis" als ähnlich angesehen worden (Richter/Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen, 12. Aufl, S 184), ebenso wie "feine Back- und Konditorwaren, Biskuits, Kuchen, Schokolade, Schokoladenwaren, Pralinen, Zuckerwaren, Bonbons, Marzipan" (aaO), wenngleich insoweit der warenmäßige Abstand zu "Speiseeis" im Einzelfall nicht unbeträchtlich sein kann. "Konfitüren, Fruchtsaucen" wurden zwar früher als ungleichartig zu Milch bewertet (OLG Köln, GRUR 1983, 789), im Verhältnis zu "Milchdesserts, Milchmischgetränken" ist aber eine andere Beurteilung geboten; letztere können unter Mitverwendung von Konfitüren und Fruchtsaucen hergestellt sein, vor allem aber "Speiseeis" in verpackter Form, wie es im Lebensmittelhandel, an Kiosken usw angeboten wird, enthält vielfach Konfitüren und Fruchtsaucen, teilweise sogar in verquirelter Form. Derartige Präsentationsformen beeinflussen das Verständnis des angesprochen Verkehrs dahingehend, dass er bei identisch gekennzeichneten Produkten von Warenähnlichkeit ausgeht. Entsprechendes gilt für das Verhältnis von "Fruchtsaucen" zu "Erfrischungsgetränken"; zum einen sind die Grenzen fließend, zum anderen können Fruchtsaucen Grundlage für die häusliche Zubereitung von Erfrischungsgetränken sein.

b) Eine andere Beurteilung der Warenähnlichkeit gilt aber im Verhältnis der im Verzeichnis der jüngeren Marke enthaltenen Waren "Konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse" zu den für die Widerspruchsmarke geschützten Erzeugnissen. Schon von der äußeren Erscheinung und der Beschaffenheit her unterscheiden sich diese Waren beträchtlich voneinander. Obst- und Gemüsekonserven usw werden regelmäßig in anderen Fabrikationsstätten hergestellt als "Milchdesserts; Milchmischgetränke" und "Speiseeis", jedenfalls nicht in Molkeereien und milchverarbeitenden Betrieben. Sofern einzelne Großunternehmen des Lebensmittelsektors innerhalb eines weitgespannten Produktionsprogramms etwa Obstkonserven und Obstsäfte – in unterschiedlichen Betrieben – herstellen und diese Waren im Verkauf unter derselben Marke anbieten sollten – was weder die Markenstelle noch die Widersprechende belegt haben –, käme dem mangels genereller Branchenübung keine maßgebliche Bedeutung zu (vgl Ströbele/Hacker, aaO, § 9 Rdn 101). Dem gemeinsamen Vertrieb, etwa im Supermarkt oder in der Lebensmittelabteilung eines Kaufhauses, kommt angesichts des breiten Angebots völlig unterschiedlicher Waren für sich gesehen ohnehin nur eine untergeordnete Bedeutung zu (Ströbele/Hacker, aaO, Rdn 103).

Anders als "feine Back- und Konditorwaren, Biskuits, Kuchen", die oftmals als Nachspeisen zusammen mit (oder anstatt) "Speiseeis" konsumiert werden, liegt "Brot" nicht mehr im Ähnlichkeitsbereich zu diesem und auch nicht zu "Milchdesserts; Milchmischgetränken" sowie zu den Waren "nicht-alkoholische Getränke, Erfrischungsgetränke". Unter keinem Gesichtspunkt ergeben sich hier ähnlichkeitsbegründende Annäherungen.

2. Soweit Warengleichheit und Warenähnlichkeit besteht, kommen sich die Vergleichsmarken verwechselbar nahe. Der Bestandteil "Kinder" der Widerspruchsmarke ist, selbst wenn die Kennzeichnungskraft der weiteren Markenelemente "Happy Time" als (leicht) unterdurchschnittlich zu bewerten ist, bei der Beurteilung des Gesamteindrucks in rechtserheblichem Umfang zu vernachlässigen. Denn das vorangestellte Wort "Kinder" stellt eine klare und gerade für Speiseeis

und Milchprodukte naheliegende Bestimmungsangabe dar (vgl. BGH MarkenR 2004, 31 – Kinder). Dass "Kinder" Bestandteil zahlreicher Marken für Süßwaren der Markeninhaberin ist und jedenfalls in Alleinstellung einen hohen Bekanntheitsgrad genießen mag, steht dem nicht entgegen. Angesichts der Neigung des Publikums zur Verkürzung von Mehrwortmarken werden auch sogenannte Dachmarken in rechtsheblichem Umfang außer Acht gelassen und das mit der Marke gekennzeichnete Produkt nur mit der Sortenmarke benannt, jedenfalls dann, wenn dies dem Verwender die Gewähr dafür bietet, damit das gewünschte (Einzel-)Produkt unmissverständlich zu bezeichnen. Das ist hier der Fall, da "Happy Time" – wie auch die jüngeren Marke "happy time" – ihre herkunftshinweisenden Funktionen erfüllen.

Auch die Verkehrskreise, denen die Marke "Kinder" in Alleinstellung oder deutlich abgesetzt von einer Sortenmarke oder einer (beschreibenden) Produktbezeichnung (zB für Schokoladenwaren) vertraut sein mag, werden die Widerspruchsmarke nicht überwiegend als Gesamtbegriff ansehen und verwenden. "Kinder" ist hier kein die Marke mitprägendes Element. Vielmehr wird es weitestgehend allein in seiner Funktion als Bestimmungsangabe und nicht als betriebliches Herkunftszeichen erkannt. Zum einen ist es nämlich für die einschlägigen Waren naheliegend darauf hinzuweisen, dass sie für Kinder geeignet sind. Da damit kein Ausschluss erwachsener Verbraucher gemeint ist, kommt dieser Bestimmungsangabe keine unterscheidungserhebliche Bedeutung zu, die ihre Berücksichtigung erforderte. Zum anderen ist sie sprachüblich vorangestellt und mit den nachfolgenden Markennwörtern auch nicht durch einen Bindestrich als zusammengehörig ausgewiesen. Dafür, dass die durchgesetzten Zeichen der Widersprechenden "Kinderschokolade" (1980, Nr 1006192) und "Kinder" (1991, Nr 1180071, Wort-Bildmarke) oder weitere Kinder-Serienzeichen im Entscheidungszeitpunkt dazu geführt hätten, dass hier der Bestandteil "Kinder" als Marke aufgefasst wird, fehlt es an verlässlichen Anhaltspunkten.

Es darf der Widersprechenden auch nicht zum Nachteil gereichen, dass sie in anderen Kollisionsfällen, in denen sie unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Verwechslungsgefahr ihre Dachmarke "Kinder" – und nicht die Sortenbezeichnung – verteidigt, gerade die Schutzfähigkeit dieses Stammbestandteils betont (vgl. Ströbele/Hacker, aaO, § 9 Rdn 422).

Für eine Auferlegung von Kosten (§ 71 Abs 1 MarkenG) besteht kein Anlaß.

Winkler

Sekretaruk

Viereck

Pü