



# BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 92/03

---

(AktENZEICHEN)

An Verkündungs Statt  
zugestellt am

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Marke 300 59 624**

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 30. Juni 2004 durch die Vorsitzende Richterin Winkler, Richter Viereck und Richter Sekretaruk

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Widersprechenden wird der Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts – Markenstelle für Klasse 30 – vom 15. Januar 2003 insoweit aufgehoben, als der Widerspruch aus der Marke 1 152 040 hinsichtlich "Back- und Konditorwaren" zurückgewiesen wurde. Für diese Waren wird die Marke 300 59 624 gelöscht.
2. Im übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Gegen die für

Zuckerwaren, Back- und Konditorwaren und nicht medizinische Kaugummis

registrierte Marke 300 59 624 (Anmeldetag 10. August 2000)

Harisnack

ist aus der prioritätsälteren deutschen Marke 1 152 040



Widerspruch erhoben worden. Die Widerspruchsmarke genießt Schutz für

Backwaren, insbesondere Brot, Kuchen (Biskuit), Dauerbackwaren, Knabbergebäck, Feinbackwaren und Knäckebrötchen; Konditorwaren; Mehl, Mehlmischungen; Backmischungen; Getreideflocken und Getreideflockenmischungen mit und ohne Zugabe anderer Lebensmittel; Zwischenmahlzeiten (Snacks) in Form von Back- und/oder Zuckerwaren, die überwiegend aus oder unter Verwendung von Fleisch, Fleischwaren, Käse, Käsezubereitungen, Konfitüren, Obst, Schokolade, Nüssen und/oder Getreidepräparaten hergestellt sind; Zuckerwaren; Müslimischungen und Müsliriegel, im wesentlichen bestehend aus geschrotetem und/oder geflocktem Getreide unter Zugabe von Trockenfrüchten und verarbeiteten Nüssen.

Die Markeninhaberin hat die Einrede der Nichtbenutzung der Widerspruchsmarke erhoben, die Widersprechende daraufhin zur Glaubhaftmachung der Benutzung ihrer Marke eine eidesstattliche Versicherung eines Geschäftsführers mit Umsatzzahlen für verschiedene Brotsorten, Brötchen, Stollen und Kekse in den Jahren 1996 bis 2000 sowie Verpackungsmuster vorgelegt. Außerdem beruft sie sich auf eine hohe Bekanntheit der Marke "Harry". Die Markeninhaberin hat eine Benut-

zung der Widerspruchsmarke für "Backwaren, insbesondere Brot" anerkannt, im übrigen aber die Nichtbenutzungseinrede aufrechterhalten.

Die mit einem Beamten des höheren Dienstes besetzte Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts hat den Widerspruch durch Beschluss vom 15. Januar 2003 zurückgewiesen. Bei unterstellter rechtserhaltender Benutzung der durchschnittlich kennzeichnungskräftigen Widerspruchsmarke seien die sich gegenüberstehenden Marken zwar teilweise zur Kennzeichnung identischer bzw. im engeren Ähnlichkeitsbereich liegender Waren bestimmt, jedoch reiche der Markenabstand aus, um eine Verwechslungsgefahr ausschließen zu können. Selbst wenn man innerhalb der Widerspruchsmarke Harry als prägend ansehe, könne zwischen diesem Wort und der Bezeichnung Harisnack unter keinem Gesichtspunkt eine verwechslungsbegründende Ähnlichkeit festgestellt werden. Bereits im Hinblick auf die Länge der angegriffenen Marke ergäben sich deutliche klangliche und schriftbildliche Unterschiede. Beide Marken würden mangels eines übereinstimmenden Elements auch nicht gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden. Harry und Hari unterschieden sich in der Schreibweise so deutlich voneinander, dass keine Wesensgleichheit angenommen werden könne.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden. Sie stellt den Antrag,

den Beschluss vom 15. Januar 2003 aufzuheben und die Löschung der Marke 300 59 624 anzuordnen.

Es sei unzutreffend, wenn die Markenstelle nur von durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ausgehe. Vielmehr gehöre diese bundesweit zu den drei bekanntesten Brotmarken überhaupt. Die Umsätze unter der Marke Harry beliefen sich in den Jahren von 1996 bis 2000 auf jährlich über ... DM. Gerade bei Brot richte der Verkehr seine besondere Aufmerksam-

keit auf die Hausmarken. Zur Bekanntheit ihrer Marke legt die Widersprechende eine (weitere) Repräsentativbefragung aus dem Jahre 2003 vor.

Die sich gegenüberstehenden Zeichenwörter seien klanglich verwechselbar. Die jüngere Marke werde allein durch den Eingangsbestandteil "Hari" geprägt, weil der weitere Wortbestandteil "snack" warenbeschreibend sei und namentlich bei mündlicher Übermittlung nicht ohne weiteres als mitkennzeichnender Bestandteil der Marke verstanden werde. Zudem bestehe auch eine assoziative Verwechslungsgefahr, da Harry als kennzeichnender Stammbestandteil mit Hinweischarakter einer Zeichenserie in Betracht komme. Als Firmenkern der Widersprechenden und als verkehrsbekannte Marke sei dieser schon von Hause aus geeignet, nach Art eines Stammbestandteils einer Zeichenserie verwendet zu werden. Darüber hinaus besitze und benutze sie – die Widersprechende – auch eine Serie von Zeichen, welche sich im wesentlichen aus dem Markennamen Harry sowie aus warenbeschreibenden Angaben oder hieran angelehnten Bezeichnungen zusammensetzen.

Die Markeninhaberin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Einer Prägung des Kennzeichens Harisnack durch den Bestandteil "Hari" stehe bereits entgegen, dass der Verkehr nicht zu einer aufgliedernden Betrachtungsweise neige, sondern eine Marke so aufnehme, wie sie ihm entgegentrete. Deshalb werde die jüngere Marke schon auf Grund der äußeren Gestaltung als einheitliches Zeichen aufgefasst. Sofern überhaupt die einzelnen Bestandteile näher betrachtet würden, werde allenfalls bemerkt, dass Harisnack die erkennbare Abwandlung der berühmten und bekannten Marke HARIBO sei. Aber selbst bei Gegenüberstellung von Harry und des Eingangsbestandteils Hari der jüngeren Marke ergäben sich deutliche phonetische Unterschiede. Die Widerspruchsmarke werde angesichts des kurzen Vokals und des darauf folgenden Doppel-r durch sprachli-

che Dynamik und Härte geprägt, die jüngere Marke hingegen durch zwei deutlich wahrnehmbare Silben, welche gleichmäßig auf dem jeweils langem Vokal betont würden. Der Annahme assoziativer Verwechslungsgefahr stehe entgegen, dass Vornamen zur Serienzeichenbildung generell nicht geeignet seien (unter Hinweis auf BGH WRP 1998, 1179 – Stephanskronen II).

Die Widersprechende hat eine weitere eidesstattliche Versicherung desselben Geschäftsführers betreffend die Benutzung ihrer Marke für Rosinenstuten, Hefengebäck, Stollen und Kekse in den Jahren 1996 bis 2004 sowie Verpackungsmuster vorgelegt.

## II.

Die Beschwerde der Widersprechenden ist zulässig und insoweit begründet, als die jüngere Marke für "Back- und Konditorwaren" beansprucht wird. Hinsichtlich dieser Waren unterliegt die Marke Harisnack der Gefahr einer Verwechslung im Verkehr mit der Widerspruchsmarke. Im übrigen, d.h. bezüglich "Zuckerwaren" und "nicht medizinische Kaugummis", verbleibt es wegen beträchtlicher Warenferne bei der den Widerspruch zurückweisenden Entscheidung der Markenstelle.

Nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 § 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die Eintragung einer Marke im Falle eines Widerspruchs zu löschen, wenn wegen ihrer Ähnlichkeit mit einer eingetragenen Marke älteren Zeitrangs und der 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, so dass ein geringerer

Grad der Ähnlichkeit der Waren durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken oder durch eine erhöhte Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (st. Rspr.; vgl BGH GRUR 2002, 626 – IMS).

1. Da die Markeninhaberin ihre Nichtbenutzungseinrede (§ 43 Abs. 1 Sätze 1 und 2 MarkenG) bezüglich der für die Widerspruchsmarke geschützten "Backwaren, insbesondere Brot, Dauerbackwaren, Feinbackwaren" nicht aufrechterhalten hat, liegt insoweit Warenidentität im Verhältnis zu den Backwaren der angegriffenen Marke vor. Warenähnlichkeit besteht zwischen denjenigen Backwaren, für welche die Widersprechende eine Benutzung ihrer Marke in den maßgeblichen Zeiträumen glaubhaft gemacht hat (Rosinenstuten, Hefengebäck, Stollen und Kekse) und die deshalb nach § 43 Abs. 1 Satz 3 MarkenG zu berücksichtigen sind, und den "Konditorwaren" der jüngeren Marke. Die Grenzen zwischen feinen Backwaren und Konditorwaren sind fließend. Laut Dr. Oetker, Lexikon Lebensmittel und Ernährung, 3. Aufl., S. 317, sind Konditoreiwaren "im engeren Sinn überwiegend feine Backwaren aus den verschiedensten Teigen und Massen, die auch nach dem Backen noch bearbeitet werden, z.B. durch Füllen, Überziehen, Garnieren und Glasieren". Sowohl von der äußeren Beschaffenheit und vom Verwendungszweck her als auch unter Berücksichtigung der regelmäßigen Herstellungsstätten und Vertriebswege sind sich daher feine Backwaren und Konditorwaren hochgradig ähnlich, wenn nicht sogar in Teilbereichen gleich.

"Zuckerwaren" sind zwar in den Verzeichnissen beider Marken identisch enthalten, jedoch hat die Widersprechende eine Benutzung ihrer Marke für diese nicht glaubhaft gemacht und die Markeninhaberin die Nichtbenutzungseinrede ausdrücklich aufrecht erhalten. Zu Feinbackwaren besteht ein beträchtlicher Warenabstand. "Nicht medizinische Kaugummis" sind mit den Erzeugnissen, für welche die Widerspruchsmarke tatsächlich benutzt wird, allenfalls ganz am Rande ähnlich.

2. Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke liegt für Brot infolge intensiver und langjähriger Benutzung deutlich über dem durchschnittlichen Bereich. Die Widersprechende hat zudem durch Vorlage aussagekräftiger Unterlagen (Verkehrsbefragungen) glaubhaft gemacht, dass "Harry" bundesweit eine der bekanntesten Brotmarken ist. Diese Bekanntheit der Bezeichnung Harry strahlt auf mit Brot eng verwandte Backwaren wie Rosinenstuten – auf den eingereichten Verpackungsmustern sind diese z.T. zusätzlich als Osterbrot bezeichnet – aus (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl., § 9 Rdn. 8), so dass auch insoweit noch von einem erhöhten Schutzzumfang auszugehen ist. Für weiter entfernt liegende Backwaren wie Hefengebäck oder Kekse liegt die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke im durchschnittlichen Bereich.

3. Schriftbildlich besteht im Hinblick auf die unterschiedliche Wortlänge keine Verwechslungsbegründende Markenähnlichkeit. Eine Abspaltung und Vernachlässigung des zweiten Wortbestandteils "snack" der jüngeren Marke ist insoweit nicht zulässig (Ströbele/Hacker, MarkenG, aaO, § 9 Rdn. 331, 339).

Bei einer phonetischen Wiedergabe der jüngeren Marke in ihrer Gesamtheit ist das zweite Wortelement "snack" zwar in keinem Fall zu überhören, es wird aber von einem entscheidungserheblichen Teil des Verkehrs seiner beschreibenden Bedeutung wegen gerade bei "feinen Backwaren und Konditorwaren", die auch als Zwischenmahlzeiten (= Snacks) beliebt sind, nicht als Teil der Marke verstanden werden. Klanglich wird die angegriffene Marke somit durch die Eingangssilben "Hari" geprägt, die mit dem Kennwort "Harry" der Widerspruchsmarke (fast) übereinstimmen. Der Lautwert des Vokals a wird nämlich durch einen nachfolgenden doppelten Konsonanten als solcher nicht verändert (anders als bei den Vokalen e und o), die dadurch allenfalls bewirkte Verkürzung und Straffung der Artikulation vermag sich nicht Verwechslungsausschließend auszuwirken, weil innerhalb eines längeren Wortes wie Harisnack nicht in allen Fällen von einer deutlich gedehnten Aussprache des Vokals a der ersten Silbe ausgegangen werden kann. Der End-

buchstabe y in Harry wird zudem nicht anders gesprochen als das i in Harisnack, so dass auch von daher kein Unterschied vorhanden ist.

4. Die Gesamtabwägung von Warenidentität bzw. großer Warenähnlichkeit im Bereich der Back- und Konditorwaren, hoher bis durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und klanglicher Markenähnlichkeit ergibt, dass der Beschwerde teilweise stattzugeben und die jüngere Marke für die in der Beschlussformel genannten Erzeugnisse zu löschen ist.

Für eine Kostenauflegung gemäß § 71 Abs. 1 MarkenG besteht kein Anlass.

Winkler

Sekretaruk

Viereck

Hu