



BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 263/03

(Aktenzeichen)

Verkündet am
31. Januar 2007

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 397 38 250

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts unter Mitwirkung ...

auf die mündliche Verhandlung vom 31. Januar 2007

beschlossen:

Die Beschwerde des Markeninhabers wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die am 11. August 1997 angemeldete Wortmarke

QUELLGOLD

wurde am 10. Februar 1998 für die Waren

„Fisch, Geflügel (nicht lebend); Fleisch, Wurstwaren, Eier, Milchprodukte, Milch; Backwaren, insbesondere Brot, Brötchen, Kuchen, Torten; Teigwaren, insbesondere Nudeln; Pizzas; Konfekt, Kekse, Gebäck; Zuckerwaren, Bonbons; Kaugummi; Honig; Schokolade; Speiseeis; Kaffee- und Kakao-Getränke; Gewürze, Gewürzmischungen; Nüsse; Kaffee, Kakao, Tee; Biere; alkoholfreie Getränke, insbesondere Fruchtsäfte, Gemüsesäfte; Mineralwässer, Tafelwässer; alkoholhaltige Getränke (ausgenommen Bier), insbesondere Wein, Apfelwein; Sekt; Spirituosen, Liköre“

in das Markenregister des Deutschen Patent- und Markenamts unter der Nr. 397 38 250 eingetragen.

Die Veröffentlichung erfolgte am 10. März 1998.

Widerspruch erhoben ist aus der prioritätsälteren deutschen Marke 1 190 951 (Anmeldetag: 3. März 1988)

Goldquell

die seit dem 7. Oktober 1994 für die Waren

„Fruchtsäfte, Fruchtnektare und Fruchtsaftgetränke; Mineralwässer und kohlensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke“

registriert ist. Der Widerspruch richtet sich gegen sämtliche identischen und ähnlichen Waren der jüngeren Marke.

Mit einem am 5. Juli 2001 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangenen Schriftsatz hat der Markeninhaber die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke bestritten. Die Widersprechende hat daraufhin zur Glaubhaftmachung einer Benutzung ihrer Marke eine eidesstattliche Versicherung des Geschäftsführers ihrer Komplementär-Gesellschaft vom 22. Oktober 2001 sowie Kopien von Werbezetteln und Verpackungsabschnitten vorgelegt. Der Markeninhaber hat die Nichtbenutzungseinrede aufrechterhalten; die Widerspruchsmarke werde nicht in der eingetragenen Form benutzt, vielmehr eine davon abweichende Wort-Bild-Marke.

Durch Beschluss der Markenstelle für Klasse 30 - Beamter des höheren Dienstes - vom 17. Juni 2003 ist die angegriffene Marke teilweise gelöscht worden, nämlich für die Waren

„Milchprodukte, Milch; Kaffee- und Kakao-Getränke; Kaffee, Kakao, Tee; Biere; alkoholfreie Getränke, insbesondere Fruchtsäfte, Gemüsesäfte; Mineralwässer, Tafelwässer; alkoholhaltige Getränke (ausgenommen Bier), insbesondere Wein, Apfelwein; Sekt; Spirituosen, Liköre“.

Im Übrigen wurde der Widerspruch zurückgewiesen.

Eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke für Fruchtsäfte, Fruchtnektare, Fruchtsaftgetränke, Eistee und Gemüsegetränke sei ausreichend glaubhaft gemacht worden. Im Umfang der Versagung liege Warenidentität bzw. -ähnlichkeit vor. Hinsichtlich der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sei zu beachten, dass „Goldquell“ eine Kombination aus zwei Bestandteilen darstelle, welche auf diesem Warengbiet vergleichsweise schwach seien. Aufgrund der intensiven Benutzung sei aber zumindest von einem durchschnittlichen Schutzzumfang auszugehen. Die sich gegenüberstehenden Marken unterschieden sich nur durch eine Umstellung der identischen Silben „Quell“ und „Gold“. Der maßgebliche Durchschnittsverbraucher, der relativ preiswerte Verbrauchsgüter ohne größere Aufmerksamkeit und Sorgfalt erwerbe, werde sich an die genaue Reihenfolge der Einzelteile, zumal beide Markenwörter keine merkfähige begriffliche Gesamtaussage vermittelten, häufig nicht erinnern. Im Bereich identischer und ähnlicher Waren bestehe somit die Gefahr von Zeichenverwechslungen.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde des Markeninhabers.

Seiner Ansicht nach sind die Benutzungsunterlagen sowie der Umfang der Warenähnlichkeit unrichtig bewertet worden. Der Gesichtspunkt der Silbenrotation sei

angesichts der Kennzeichnungsschwäche beider Marken nicht geeignet, eine Verwechslungsgefahr zu begründen. Der heutige Verbraucher sei nicht flüchtig und unkritisch, vielmehr durchschnittlich informiert, aufmerksam und verständig. „QUELLGOLD“ und „Goldquell“ wiesen einen unterschiedlichen Bedeutungsgehalt auf, so dass die Rechtsprechung zur Silbenvertauschung keine Anwendung finden könne.

In der ersten mündlichen Verhandlung am 10. November 2004 hat der Markeninhaber beantragt,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 30 vom 17. Juni 2003 aufzuheben und den Widerspruch in vollem Umfang zurückzuweisen.

Die Widersprechende hat beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Der Bevollmächtigte der Widersprechenden hat erklärt, er versichere anwaltlich, ihm sei aus eigener Anschauung bekannt, dass die Widerspruchsmarke für die in der eidesstattlichen Versicherung vom 22. Oktober 2001 genannten Waren in den Jahren 1999 und 2000 in annähernd gleichem Umfang wie in den Jahren 1997 bis 1998 und in gleicher Aufmachung benutzt worden sei.

Der Senat hat die Zustellung einer Entscheidung an Verkündungs Statt, nicht vor dem 15. Januar 2005, beschlossen, um den Beteiligten eine einvernehmliche Beilegung des Rechtsstreits zu ermöglichen. Hierfür hat er Anregungen gegeben.

Trotz Verlängerung der Frist ist eine Einigung nicht erzielt worden.

In der zweiten mündlichen Verhandlung am 31. Januar 2007, an welcher der Markeninhaber - gemäß vorheriger Ankündigung - nicht teilgenommen hat, ist seitens der Widersprechenden eine weitere eidesstattliche Versicherung eines Mitgliedschafters der Komplementärin der Widersprechenden vom 29. Januar 2007 (nebst Verpackungsmustern) vorgelegt worden. Bezüglich deren Wortlaut sowie hinsichtlich sonstiger Einzelheiten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

II.

Die Beschwerde des Markeninhabers ist zulässig (§ 66 MarkenG), jedoch in der Sache nicht begründet, weil die sich gegenüberstehenden Marken - in Übereinstimmung mit der Auffassung der Markenstelle - hinsichtlich derjenigen Waren, für welche die angegriffene Marke gelöscht wurde, der Gefahr einer Verwechslung im Verkehr (§ 9 Abs. 1 Nr. 2, § 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) unterliegen.

1. Nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist die jüngere Marke hinsichtlich der Waren

„Fisch, Geflügel (nicht lebend), Fleisch, Wurstwaren, Eier; Backwaren, insbesondere Brot, Brötchen, Kuchen, Torten; Teigwaren, insbesondere Nudeln; Pizzas; Konfekt, Kekse, Gebäck; Zuckerwaren, Bonbons; Kaugummi; Honig; Schokolade; Speiseeis; Gewürze, Gewürzmischungen; Nüsse“.

Insoweit ist der Widerspruch im Beschluss der Markenstelle vom 17. Juni 2003 zurückgewiesen worden, ohne dass die Widersprechende ihrerseits Beschwerde eingelegt hätte. Für die genannten Waren steht die Marke 397 38 250 somit außer Streit.

2. Die Widersprechende hat in der Beschwerdeinstanz eine rechtserhaltende Benutzung ihrer Marke, aus der Widerspruch erhoben wurde, glaubhaft gemacht. Die in dem beim Deutschen Patent- und Markenamt am 5. Juli 2001 eingegangenen Schriftsatz des Markeninhabers enthaltene Erklärung, eine Benutzung der Widerspruchsmarke werde bestritten, stellt die zulässige Einrede mangelnder Benutzung gemäß § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG dar. Im Zeitpunkt der Erhebung der Einrede war die Widerspruchsmarke seit mehr als fünf Jahren (nämlich seit dem 7. Oktober 1994) registriert. Da die sogenannte Benutzungsschonfrist der Widerspruchsmarke bei Veröffentlichung der jüngeren Marke (10. März 1998) noch nicht abgelaufen war, traf und trifft die Widersprechende nach § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG die Obliegenheit, eine gemäß § 26 MarkenG rechtserhaltende Benutzung ihrer Marke innerhalb der letzten fünf Jahre vor der (abschließenden) Entscheidung über den Widerspruch glaubhaft zu machen. Dieser Zeitraum ist somit (anders als im Fall der Einrede nach § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG) nicht von vornherein feststehend, sondern wandert im Lauf des Widerspruchsverfahrens, einschließlich des gerichtlichen Beschwerdeverfahrens, gleichsam mit (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 43 Rdn. 10). Er erstreckt sich nunmehr auf den Zeitraum von Januar 2002 bis Januar 2007.

Für diesen - im vorliegenden Verfahren allein maßgeblichen - Benutzungszeitraum sind die im patentamtlichen Verfahren vorgelegten Unterlagen sowie die in der ersten mündlichen Verhandlung abgegebenen Erklärungen, welche sich auf die Jahre 1997 bis 2000 beziehen, ohne Bedeutung. Demgegenüber sind die in der zweiten mündlichen Verhandlung eingereichten Glaubhaftmachungsunterlagen (eidesstattliche Versicherung vom 29. Januar 2007 und Verpackungsmuster) beachtlich. Ohne entsprechenden Antrag des in der zweiten mündlichen Verhandlung nicht vertretenen Markeninhabers war der Senat nicht gehalten, diesem eine Schriftsatzfrist (gem. § 283 ZPO) zur Äußerung einzuräumen.

Die nunmehr vorgelegten Unterlagen lassen für das noch in den maßgeblichen Benutzungszeitraum fallende Jahr 2002 eine vom Umfang her beträchtliche in-

ländische Benutzung für die Waren „Fruchtsäfte, Fruchtnektare und Fruchtsaftgetränke“ erkennen. Ob daneben auch der wesentlich geringeren Benutzung als Exportmarke (§ 26 Abs. 4 MarkenG) in den Jahren 2005 und 2006 Bedeutung zukommt, kann offen bleiben. Was die Person des Benutzers anbetrifft - nach Angaben in der eidesstattlichen Versicherung vom 29. Januar 2007 die A...

GmbH -, so gilt nach § 26 Abs. 2 MarkenG

die Benutzung der Marke mit - hier vorliegender - Zustimmung der Inhaberin (d. h. der Widersprechenden) als deren Benutzung. Auf einigen der eingereichten Verpackungsmuster ist jenes Unternehmen als Hersteller angegeben. Welche Bedeutung dem Umstand zukommt, dass auf anderen Verpackungsmustern eine Firma „B... GmbH“ als Abfüller angegeben ist, kann (ebenso wie deren Verhältnis zur Widersprechenden) als letztlich nicht relevant dahingestellt bleiben.

Durch die nachgewiesene Form der Benutzung als Bildmarke (in besonderer Schriftgestaltung mit und ohne Umrahmung) wird der kennzeichnende Charakter der registrierten Wortmarke nicht i. S. d. § 26 Abs. 3 MarkenG verändert. Insbesondere wird die Lesbarkeit des Markenworts „Goldquell“ durch die Schreibweise in Versalien unter größtmäßiger Herausstellung des mittleren Buchstabens Q in keiner Weise beeinträchtigt. Ein inhaltlicher, insbesondere begrifflicher Unterschied zwischen registrierter und benutzter Form ist nicht ersichtlich. Die Kennzeichnungskraft des reinen Wortes „Goldquell“, das jedenfalls nicht glatt warenbeschreibend ist, wird durch die besondere typographische Gestaltung in der benutzten Form auch nicht erhöht (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 26 Rdn. 92, 93).

3. Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG) hat unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu erfolgen, wobei eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht zu ziehenden Faktoren besteht, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken, der Identität bzw. Ähnlichkeit der mit ihnen gekennzeichneten Waren, der Kennzeichnungskraft der älteren Marke sowie der Art des beteiligten Verkehrs und dessen zu erwartender Aufmerksamkeit gegen-

über Warenkennzeichnungen (st. Rspr.; vgl. z. B. EuGH GRUR Int. 1999, 734 - Lloyd/Loints; 2000, 899 - Marca/Adidas; BGH GRUR 2005, 513 - Ella May/MEY).

a) Die verfahrensgegenständlichen Waren der jüngeren Marke sind mit den auf Seiten der Widersprechenden gemäß § 43 Abs. 1 Satz 3 MarkenG allein zu berücksichtigenden Waren „Fruchtsäfte, Fruchtnektare und Fruchtsaftgetränke“ teils identisch („alkoholfreie Getränke, insbesondere Fruchtsäfte“), teils in unterschiedlichem Grade ähnlich. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofs (s. Nachweise bei Ströbele/Hacker, a. a. O., § 9 Rdn. 44) ist von Warenähnlichkeit auszugehen, wenn der beteiligte Verkehr unter Berücksichtigung aller erheblichen Gesichtspunkte, die das Verhältnis der Produkte zueinander bestimmen, zu der Auffassung gelangen kann, diese stammten aus denselben oder aus wirtschaftlich verbundenen Unternehmen, sofern sie mit - unterstellt - identischen Marken höchsten Schutzzumfangs gekennzeichnet sind. Maßgebliche Bedeutung kommt dabei im vorliegenden Fall der Beschaffenheit der Erzeugnisse, dem Verwendungszweck und der Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Waren zu.

Auf dem vorliegenden Warenssektor geht der - in den letzten Jahren verstärkt zu beobachtende - Trend dahin, dass so gut wie alle Getränke auch mit fruchtigen Geschmacksvarianten angeboten werden. Was alkoholische Getränke anbetrifft, so ist das Mischen mit Fruchtsäften usw. (z. B. Sekt mit Orangensaft, Bowle, Cocktails aus Spirituosen oder Likören und Fruchtsäften) schon seit langer Zeit üblich und verbreitet. In den letzten Jahren sind zudem verstärkt (fertige) Mischgetränke, sog. Alcopops, auf dem Markt in Erscheinung getreten, und zwar auch - in Abkehr vom traditionellen deutschen Reinheitsgebot - in Verbindung mit Bier. Derartige Entwicklungen des Marktes können nicht ohne Auswirkungen auf das Verständnis der Verbraucher bleiben, so dass der Bereich der Ähnlichkeit bei Getränken eher weiter zu ziehen ist als früher angenommen.

Selbstverständlich können auch nicht alkoholische Getränke wie Mineralwässer, Tafelwässer und Milch mit Fruchtsäften gemischt werden, wobei die Grenze zwischen Fruchtmilch (z. B. Erdbeermilch, Bananenmilch) und sonstigen vielfach fruchthaltigen Milchprodukten fließend ist. Gemüsesäfte sind von ihrer Beschaffenheit her Fruchtsäften ähnlich und stehen zu diesen in einem Austauschverhältnis. Der größte Abstand besteht vorliegend zwischen Fruchtsäften usw. einerseits und Kaffee- und Kakaogetränken (sowie deren Ausgangsstoffen und Tee) andererseits, wobei aber auch in diesem Verhältnis keine völlige Unähnlichkeit anzunehmen ist. Ob diese Getränke - in einem entscheidungserheblichen Umfang - gemischt werden, mag fraglich sein. Ebenso wie bei Tee, wobei dieser Begriff seit jeher eine Vielzahl von Fruchteearten unterschiedlicher Geschmacksrichtungen umfasst, werden in letzter Zeit auch Kaffee- und Kakaosorten (bzw. aus diesen hergestellte Getränke) mit Fruchtaromen angeboten, vor allem in Verkaufsstätten und Coffee-Shops, die sich an das jüngere Publikum wenden. In Anbetracht dieser Entwicklungen müssen Fruchtsäfte, bei identischer Kennzeichnung, als zu jenen ähnliche Waren angesehen werden, abgesehen davon, dass sie auch in einem Austauschverhältnis zu Kaffee, Kakao und Tee (jeweils verstanden als Getränke) stehen können.

b) Die Kennzeichnungskraft des Wortes „Goldquell“ ist von Hause aus annähernd durchschnittlich. Der Begriff ist bei Fruchtsäften usw. nicht glatt beschreibend (i. S. v. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG); allenfalls weist er einen entfernten warenbezogenen Anklang (mittelbarer Hinweis auf die Qualität oder die Farbe des Fruchtsaftes) auf, was aber seiner Eignung, als Marke eingesetzt und verstanden zu werden, eher zugute kommt. Für eine Steigerung der Kennzeichnungskraft infolge tatsächlicher Verwendung fehlt es an Anhaltspunkten, zumal der Umfang der Benutzung in den letzten Jahren stark zurückgegangen ist und die Marke auf dem inländischen Markt (gegenüber Endverbrauchern) wohl gar nicht mehr vertreten ist.

c) Die sich gegenüberstehenden Marken „QUELLGOLD“ und „Goldquell“, wobei der Schreibweise - einerseits Großbuchstaben, andererseits Normalschrift - keine Bedeutung zukommt (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 9 Rdn. 97, 144), sind einander ähnlich, weil die sinntragenden Einzelteile „QUELL“ und „GOLD“ übereinstimmen und nur die Reihenfolge ihrer Zusammensetzung eine unterschiedliche ist. Der Konsument hat in der Regel nicht beide Marken nebeneinander vor Augen. Aus der oftmals undeutlichen Erinnerung heraus können sich Zweifel an der genauen Reihenfolge der Teilelemente ergeben, was dazu führen kann, dass der Kunde irrtümlich zu der Annahme gelangt, er habe die früher gesehene oder gehörte Marke vor sich, wenn ihm ein aus völlig entsprechenden Wortteilen bestehendes Zeichen in umgekehrter Reihenfolge begegnet (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 9 Rdn. 134 m. w. Nachw.). Zwar muss der Gesichtspunkt der Zeichenverwechslung wegen Silbenrotation zurückhaltend angewendet werden. Er kommt insbesondere dann nicht in Betracht, wenn der Gesamteindruck beider Zeichenwörter völlig unterschiedlich ist (vgl. z. B. Senatsbeschluss vom 01.12.2004, 32 W (pat) 321/03 - Cerola/ACEROL) oder wenn sich durch die Umstellung ein anderer, unschwer erfassbarer Gesamtbegriff ergibt, vor allem, wenn dieser durch Bildbestandteile verstärkt wird (vgl. BPatGE 36, 123 - BALUBA/babalu). Im vorliegenden Fall ist zwar der Sinngehalt der Einzelteile „QUELL“ (= Quelle) und „GOLD“ für sich gesehen klar, demgegenüber die Bedeutung der jeweiligen Markenwörter - unabhängig vom Warenbezug - aber alles andere als eindeutig. Denn was „QUELLGOLD“ (eine besondere Art von Gold?) oder „Goldquell“ (Goldgrube?) bedeuten soll, erschließt sich nicht ohne weiteres. Deshalb ist gerade in einem Fall wie dem hier vorliegenden, in dem der Sinngehalt der Markenwörter letztlich verschwommen bleibt, die Gefahr groß, dass aus der Erinnerung heraus Irrtümer über die genaue Reihenfolge der Einzelteile sich ergeben und somit die jeweiligen Marken unmittelbar verwechselt werden.

d) Dieser Beurteilung steht das maßgebliche Verbraucherleitbild des normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 9 Rdn. 113 m. w. Nachw.) nicht entgegen.

Denn der Grad der Aufmerksamkeit ist je nach Art der betroffenen Waren unterschiedlich ausgeprägt, d. h. hier bei relativ preiswerten Massengütern des täglichen Bedarfs nicht besonders hoch. Auch bei einem nicht generell unaufmerksamen Verbraucher verblasst das Erinnerungsbild (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 9 Rdn. 119), so dass es zu der oben dargestellten Verwechslung der Marken infolge unrichtiger Wahrnehmung der genauen Reihenfolge der übereinstimmenden Wortteile kommen kann.

e) Ob daneben - für einen weiteren Teil des Verkehrs - auch die Gefahr besteht, dass die als unterschiedlich erkannten Marken gedanklich in Verbindung gebracht und unter diesem Gesichtspunkt verwechselt werden (gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2, Alt. 2), kann dahingestellt bleiben.

4. Für eine Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen (§ 71 Abs. 1 MarkenG) besteht kein Anlass.

gez.

Unterschriften