



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 74/12

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
3. Februar 2014

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 304 48 503

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 9. Januar 2014 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Knoll sowie des Richters Metternich und der Richterin Grote-Bittner

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Widersprechenden werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 25. Juni 2009 und vom 25. Mai 2012 aufgehoben, soweit der Widerspruch aus der Gemeinschaftsmarke EM 1 704 907 gegen die angegriffene Marke 304 48 503 in Bezug auf die nachfolgend genannten Waren zurückgewiesen worden ist:

Klasse 29: Kaffeeweißer;

Klasse 30: Kaffee; Kaffeegetränke, auch unter Zusatz von Milchprodukten und/oder Aromatisierungsmitteln und/oder Süßungsmitteln, diese Produkte auch in Instantform;

Klasse 32: Kaffeepräparate für die Herstellung von alkoholfreien Getränken, alkoholfreie Getränke, auch solche unter Zusatz von Kaffee, Kakao, Schokolade, Milchprodukten und/oder Fruchtprodukten; Kaffeepräparate für die Herstellung von alkoholischen Getränken;

Klasse 43: Dienstleistungen eines Restaurationsbetriebes.

In Bezug auf die vorgenannten Waren und Dienstleistungen wird wegen des Widerspruchs aus der vorgenannten Gemeinschaftsmarke die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet.

2. Im Übrigen wird die Beschwerde der Widersprechenden zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die am 20. August 2004 angemeldete Marke

BONDIA

ist am 21. Oktober 2004 unter der Nummer 304 48 503 in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Markenregister eingetragen worden und nach Teilverzicht für die nachfolgend genannten Waren und Dienstleistungen der Klassen 1, 29, 30, 32 und 43 geschützt:

Klasse 1: Synthetisch hergestellte Süßstoffe und Süßungsmittel;

Klasse 29: Kaffeeweißer;

Klasse 30: Kaffee; Kaffee-, Kakao- und Schokoladengetränke, auch unter Zusatz von Milchprodukten und/oder Aromatisierungsmitteln und/oder Süßungsmitteln, diese Produkte auch in Instantform; natürliche Süßstoffe und Süßungsmittel;

Klasse 32: Kaffee-, Kakao- und Schokoladenpräparate für die Herstellung von alkoholfreien Getränken, alkoholfreie Getränke, auch solche unter Zusatz von Kaffee, Kakao, Schokolade, Milchprodukten und/oder Fruchtprodukten; Kaffee-, Kakao- und Schokoladenpräparate für die Herstellung von alkoholischen Getränken;

Klasse 43: Dienstleistungen eines Restaurationsbetriebes.

Dagegen hat die Inhaberin der prioritätsälteren Marke DD 640 528

BUENDIA

(i.F.: Widerspruchsmarke 1) und der am 13. Juni 2000 angemeldeten und am 7. Juni 2005 eingetragenen Gemeinschaftsmarke EM 1 704 907 (i.F.: Widerspruchsmarke 2)

BUENDIA

Widerspruch erhoben. Die Widerspruchsmarke 2 ist für die nachfolgend genannten Waren und Dienstleistungen der Klassen 9, 11, 16, 21, 25, 30, 32 und 42 geschützt:

Klasse 9: Wissenschaftliche, Schifffahrts-, Vermessungs-, elektrische, photographische, Film-, optische, Wäge-, Mess-, Signal-, Kontroll-, Rettungs- und Unterrichtsapparate und -instrumente; Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton und Bild; Magnetaufzeichnungsträger, Schallplatten; Verkaufsautomaten und Mechaniken für geldbetätigte Apparate;

Registrierkassen, Rechenmaschinen, Datenverarbeitungsgeräte und Computer; Feuerlöschgeräte;

Klasse 11: Beleuchtungs-, Heizungs-, Dampferzeugungs-, Koch-, Kühl-, Trocken-, Lüftungs- und Wasserleitungsgeräte sowie sanitäre Anlagen; Kaffeepерkolatoren und Kaffeemaschinen;

Klasse 16: Papier, Pappe (Karton) und Waren aus diesen Materialien, soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind; Druckereierzeugnisse; Buchbinderartikel; Photographien; Schreibwaren; Klebstoffe für Papier- und Schreibwaren oder für Haushaltszwecke; Künstlerbedarfsartikel; Pinsel; Schreibmaschinen- und Büroartikel (ausgenommen Möbel); Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate); Verpackungsmaterial aus Kunststoff, soweit es nicht in anderen Klassen enthalten ist; Spielkarten; Drucklettern; Druckstöcke;

Klasse 21: Geräte und Behälter für Haushalt und Küche (nicht aus Edelmetall oder plattiert); Käämme und Schwämme; Bürsten (mit Ausnahme von Pinseln); Bürstenmachermaterial; Putzzeug; Stahlspäne; rohes oder teilweise bearbeitetes Glas (mit Ausnahme von Bauglas); Glaswaren, Porzellan und Steingut, soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind;

Klasse 25: Bekleidungsstücke, Schuhwaren, Kopfbedeckungen;

Klasse 30: Kaffee, Tee, Kakao, Zucker, Reis, Tapioka, Sago, Kaffee-Ersatzmittel; Mehle und Getreidepräparate, Brot, feine Backwaren und Konditorwaren, Speiseeis; Honig, Melassesirup; Hefe, Backpulver; Salz, Senf; Essig, Saucen (Würzmittel); Gewürze; Kühleis;

Klasse 32: Biere; Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken;

Klasse 42: Betrieb von Cafés, Restaurants, Cafeterien, Bars und Hotels; Cateringdienste; Vermietung von Verkaufsautomaten; Vermietung von Automaten für die Ausgabe von Kaffee und Getränken.

Die Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Widersprüche aus den vorgenannten Marken mit zwei Beschlüssen vom 25. Juni 2009 und vom 25. Mai 2012, von denen der Letztgenannte im Erinnerungsverfahren ergangen ist, zurückgewiesen.

Aus Sicht der Markenstelle war der Widerspruch aus der Widerspruchsmarke 1 schon deswegen zurückzuweisen, weil die Widersprechende auf die von der Markeninhaberin erhobene Einrede der Nichtbenutzung eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke 1 nicht glaubhaft machen können. Hinsichtlich der Widerspruchsmarke 2 habe die Widersprechende eine Benutzung für die Ware „löslicher Kaffee“ glaubhaft gemacht. Hiervon ausgehend könnten sich die angegriffene Marke und die Widerspruchsmarke 2 hinsichtlich „Kaffee“ (als Oberbegriff) auf identischen Waren begegnen. Die Widerspruchsmarke 2 weise jedoch

eine nur unterdurchschnittliche Kennzeichnungskraft auf, weil die Wortfolge „Buen Dia“, aus der die Widerspruchsmarke gebildet sei, eine gebräuchliche spanische Grußformel darstelle, welche von dem Begriff „Buenos Dias“ herrühre, als solche eine gewisse Eigenständigkeit erlangt habe und als betrieblicher Herkunftshinweis nur eingeschränkt tauglich sei, zumal im Inland die spanische Sprache nach Englisch vielfach als zweite Fremdsprache gelehrt werde und insoweit häufig der französischen Sprache den Rang abgelaufen habe.

Die Vergleichsmarken würden nur geringe Übereinstimmungen aufweisen. In klanglicher Hinsicht bestünden vielmehr erhebliche Abweichungen. Die Widerspruchsmarke 2 besitze eine Silbe mehr als die angegriffene Marke, so dass die angegriffene Marke im Vergleich zur Widerspruchsmarke 2 einen deutlichen anderen Sprechrhythmus mit einer Betonung auf dem vorletzten Vokal „i“ aufweise, während die Widerspruchsmarke 2 sich klanglich in die Anfangssilben „bu-enn“ und dem mit kurzer Verzögerung ausgesprochenen Schlussteil „di-a“ gliedere. Auch schriftbildlich und begrifflich bestehe keine relevante Markenähnlichkeit. Die angegriffene Marke wirke deutlich kürzer als die Widerspruchsmarke 2. Die abweichenden Buchstaben „O“ bzw. „UE“ befänden sich zudem am Anfang der Vergleichsmarken, wobei diesen Buchstaben innerhalb des Schriftbilds erhöhte Aufmerksamkeit zukomme. Begrifflich werde die Widerspruchsmarke als Grußformel verstanden, während die angegriffene Marke als Fantasiebegriff aufgefasst werde. Bei einer Gesamtabwägung sei daher das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr zwischen den Vergleichsmarken zu verneinen. Diese Beurteilung könne auch nicht als Widerspruch zu der gegenteiligen Entscheidung der 2. Beschwerdekammer des HABM vom 2. März 2010 gewertet werden, weil die Beschwerdekammer festzustellen hatte, ob auf der Ebene der Gemeinschaft eine Verwechslungsgefahr bestehe und insofern andere, für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland nicht relevante Kriterien angewendet habe.

Dagegen wendet sich die Beschwerde der Widersprechenden.

Die Beschwerde hat sich ursprünglich gegen die angefochtenen Beschlüsse in vollem Umfang gerichtet, d.h. auch, soweit der Widerspruch aus der Widerspruchsmarke 1 (DD 640 528) zurückgewiesen worden ist. In der mündlichen Verhandlung vom 9. Januar 2013 hat die Widersprechende den Widerspruch aus der Widerspruchsmarke 1 und die darauf bezogene Beschwerde zurückgenommen.

Die Widersprechende ist der Auffassung, dass jedenfalls in Bezug auf die Widerspruchsmarke 2 Verwechslungsgefahr zu bejahen sei. Die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke 2 sei von ihr für die Ware „gefriergetrockneter Kaffee“ glaubhaft gemacht worden. Insoweit sei gemäß der erweiterten Minimallösung von einer Benutzung in Bezug auf den Oberbegriff „Kaffee“ in jeglicher Ausprägung auszugehen, da eine weitere Unterteilung dieses Oberbegriffs in kohärente Untergruppen nach dem maßgeblichen Verkehrsverständnis nicht in Betracht komme. Auch wenn die von ihr vorgelegten Unterlagen in Bezug auf die Jahre 2010 und 2011 erhebliche Umsatzrückgänge ausgewiesen hätten, sei bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Benutzungsunterlagen von einer hinreichenden Benutzung der Widerspruchsmarke 2 in Bezug auf die vorgenannten Waren auszugehen.

Aus Sicht der Widersprechenden könnten sich die Vergleichsmarken auf teilweise identischen und im Übrigen hochgradig ähnlichen Waren begegnen. Identität sei in Bezug auf „Kaffee“ der angegriffenen Marke in der Klasse 30 gegeben, während die „Kaffee-, Kakao- und Schokoladengetränke“ und die „Kaffee-, Kakao- und Schokoladenpräparate“ und „alkoholfreien Getränke“ der angegriffenen Marke zu der auf Seiten der Widerspruchsmarke 2 zu berücksichtigenden Ware „Kaffee“ aufgrund engster wirtschaftlicher Berührungspunkte wie z.B. Herstellung in gleichen Unternehmen und gleiche Vertriebswege in engstem Ähnlichkeitsverhältnis stehen würden. Das Gleiche gelte in Bezug auf die Waren „synthetisch hergestellte Süßstoffe und Süßungsmittel“ (Klasse 1), „Kaffeeweißer“ (Klasse 29) und

„natürliche Süßstoffe und Süßungsmittel“ (Klasse 30) der angegriffenen Marke, da es sich insoweit um Waren handele, die typischerweise zusammen mit Kaffee konsumiert und die auch häufig unter der gleichen Marke wie Kaffee angeboten würden. Hinsichtlich der „Dienstleistungen eines Restaurationsbetriebes“ der angegriffenen Marke in der Klasse 43 sei ebenfalls von einer hochgradigen Ähnlichkeit im Verhältnis zu „Kaffee“ auszugehen, da Kaffeehersteller ihre Kaffeegetränke typischerweise in eigenen Gastronomiebetrieben anbieten oder Cafés und andere Restaurationsbetriebe ihren Kaffee in eigenen Röstereien herstellen würden.

Ferner verfüge die Widerspruchsmarke 2 über eine mindestens durchschnittliche Kennzeichnungskraft. Die maßgeblichen deutschen Verkehrskreise würden die aus einem Wort bestehende Widerspruchsmarke 2 nicht in die Elemente „buen“ und „dia“ zergliedern und nicht als spanischsprachige Grußformel für „guten Tag“ erkennen, zumal eine solche Grußformel nicht Teil des allgemeinen Wortschatzes der inländischen Verkehrskreise sei. Im Übrigen seien Wortkombinationen wie „Buenos Dias“ für die Waren und Dienstleistungen der Widerspruchsmarke 2 nicht beschreibend und im relevanten Warenssegment auch als Marke eingetragen.

Nachdem Warenidentität bzw. hochgradige Warenähnlichkeit und durchschnittliche Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke gegeben seien, sei auch eine relevante Ähnlichkeit der Vergleichsmarken zu bejahen. In schriftbildlicher Hinsicht sei von einer hochgradigen Markenähnlichkeit auszugehen, da die Vergleichsmarken über sechs bzw. sieben Buchstaben verfügten, von denen fünf übereinstimmten, die zudem an derselben Position innerhalb der Vergleichsmarken platziert seien. Auch in klanglicher Hinsicht seien die Marken hochgradig ähnlich. Die gegenüberstehenden Markenwörter „Bondia“ und „Buendia“ würden jeweils aus drei Silben bestehen und bei nahezu identischer Anzahl an Buchstaben in den Anfangsbuchstaben und in den letzten beiden Silben vollkommen übereinstimmen. Gehe man ferner – wie die Markenstelle – davon aus, dass die Widerspruchsmarke 2 begrifflich eine Grußformel für „Guten Tag“ enthalten, müsse gleiches auch für die angegriffene Marke gelten, da „Bon Dia“ jedenfalls im katala-

nisch sprechenden Teil Spaniens ebenfalls „Guten Tag“ bedeute. Dann sei aber auch von einer relevanten begrifflichen Markenähnlichkeit auszugehen.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 25. Juni 2009 und vom 25. Mai 2012 insoweit aufzuheben, als der Widerspruch aus der Gemeinschaftsmarke EM 1 704 907 zurückgewiesen worden ist und die Löschung der angegriffenen Marke Nr. 304 48 503 wegen des Widerspruchs aus der Gemeinschaftsmarke EM 1 704 907 anzuordnen.

Ferner regt die Widersprechende an, für den Fall der Zurückweisung der Beschwerde die Rechtsbeschwerde zuzulassen.

Die Markeninhaberin beantragt,

die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, dass der Widerspruch aus der Widerspruchsmarke 2 bereits deswegen zurückzuweisen sei, weil die Widersprechende die rechtserhaltende Benutzung insoweit nicht habe glaubhaft machen können. Ein hinreichender Umfang der Benutzung der Widerspruchsmarke als Gemeinschaftsmarke, insbesondere auch in räumlicher Hinsicht, ergebe sich aus den von der Widersprechenden vorgelegten Unterlagen nicht. Ferner wiesen diese Unterlagen Unstimmigkeiten auf, z.B. in Bezug auf die englischsprachige Fassung und die deutsche Übersetzung einer eidesstattlichen Versicherung des Chief Operating Officers der Widersprechenden vom 5. März 2013 und zwischen den dort genannten Umsatzzahlen und den für den gleichen Zeitraum (2010 – 2011) eingereichten Rech-

nungskopien. Zudem seien insoweit auch keine Beispiele für die tatsächliche Form der Benutzung vorgelegt worden.

Selbst wenn man von einer Benutzung der Widerspruchsmarke 2 für „gefriergetrockneten Kaffee“ ausgehe, liege im Verhältnis zu den Waren und Dienstleistungen der angegriffenen Marke allenfalls eine nur geringe Waren- bzw. Dienstleistungsähnlichkeit vor. Hinsichtlich der Waren „synthetisch hergestellte Süßstoffe und Süßungsmittel“ (Klasse 1) der angegriffenen Marke bestehe Warenunähnlichkeit, da diese Waren typischerweise von anderen Unternehmen hergestellt würden als „gefriergetrockneter Kaffee“ und eine Warenähnlichkeit nicht daraus abgeleitet werden könne, dass diese Waren zum Süßen von Kaffee benutzt werden könnten. Das Gleiche gelte in Bezug auf die Waren „natürliche Süßstoffe und Süßungsmittel“ (Klasse 30) der angegriffenen Marke. Die Ware „Kaffeeweißler“ (Klasse 29) könne allenfalls als durchschnittlich ähnlich erachtet werden. Da beim Warenvergleich auf Seiten der Widerspruchsmarke 2 die Waren „gefriergetrockneter Kaffee“ zu berücksichtigen seien und nicht der Oberbegriff „Kaffee“, so dass es sich um jeweils spezielle Produkte handle, die die Verbraucher nicht demselben Unternehmen zuordne, sei in Bezug auf die Waren der Klasse 32 der angegriffenen Marke ebenfalls von keiner relevanten Warenähnlichkeit auszugehen. Unähnlichkeit sei in Bezug auf die Dienstleistungen der Klasse 43 der angegriffenen Marke gegeben.

Die Widerspruchsmarke 2 verfüge auch nur über eine schwache Kennzeichnungskraft. Das Markenwort „BUENDIA“ entspreche der umgangssprachlichen Kurzform der Grußformel „Buenos Dias“ und sei auch den inländischen Verkehrskreisen geläufig und in diesem Sinne ohne weiteres verständlich. Grußformeln würden durch ihren häufigen Gebrauch und ihre Allgegenwärtigkeit am Markt nicht als ein starker Herkunftshinweis wahrgenommen. Gerade in Bezug auf „Kaffee“ als „morgendlicher Muntermacher“ seien Grußformeln wie „Guten Morgen“, „Good Morning“ oder „Buendia“ wegen eines deutlichen beschreibenden Anklangs als kennzeichnungsschwach zu erachten.

Die Vergleichsmarken würden ferner nur eine geringe Zeichenähnlichkeit aufweisen, wobei es maßgeblich auf den Gesamteindruck der Vergleichsmarken ankomme und nicht auf einen zergliedernden, „mathematischen“ Vergleich. In klanglicher Hinsicht würden die Vergleichszeichen durch Vokalfolge, Betonung und Silbenzahl geprägt. Die Widerspruchsmarke 2 weise vier Silben auf, wobei die Vokalfolge „UE“ nicht als Diphthong ausgesprochen werde, sondern jeder dieser Vokale seinen Klang behalte, und die dritte Silbe betont werde. Die angegriffene Marke bestehe aus lediglich drei Silben, wobei die Betonung auf der ersten Silbe liege. Silbenzahl, Vokalfolge und Sprechrhythmus seien bei den Vergleichsmarken deutlich unterschiedlich. Auch schriftbildlich bestünden augenfällige Unterschiede in Bezug auf die auf den Anfangsbuchstaben jeweils folgenden, unterschiedlichen Vokale und die unterschiedliche Wortlänge. Da die angegriffene Marke, anders als die auf eine Grußformel hinweisende Widerspruchsmarke 2, einen Fantasiebegriff darstelle, bestehe auch keine begriffliche Markenähnlichkeit. Eine Verwechslungsgefahr sei nach alledem zwischen den Vergleichsmarken auszuschließen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die angefochtenen Beschlüsse der Markenstelle, die Schriftsätze der Beteiligten und den übrigen Akteninhalt verwiesen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig und teilweise auch begründet. Entgegen der Auffassung der Markenstelle ist in Bezug auf die in Ziffer 1 des Tenors genannten Waren und Dienstleistungen zwischen der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke 2 Verwechslungsgefahr i.S.d. §§ 9 Abs. 1 Nr. 2, 42 Abs. 2 Nr. 1, 125b Nr. 1 MarkenG gegeben, so dass die angefochtenen Beschlüsse der Markenstelle insoweit aufzuheben und gemäß § 43 Abs. 2 Satz 1 MarkenG die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen war. Hinsichtlich der übrigen, streitgegenständlichen Waren, nämlich „synthetisch hergestellte Süßstoffe und Süßungsmittel“ (Klasse 1), „Kakao- und Schokoladengenötrenke, auch unter Zusatz von Milchpro-

dukten und/oder Aromatisierungsmitteln und/oder Süßungsmitteln, diese Produkte auch in Instantform; natürliche Süßstoffe und Süßungsmittel“ (Klasse 30), „Kakao- und Schokoladenpräparate für die Herstellung von alkoholfreien Getränken, Kakao- und Schokoladenpräparate für die Herstellung von alkoholischen Getränken“ (Klasse 32), liegt jedoch keine Verwechslungsgefahr vor, so dass die Beschwerde der Widersprechenden insoweit zurückzuweisen war.

1. Nachdem die Widersprechende in der mündlichen Verhandlung vom 9. Januar 2014 den Widerspruch aus der Widerspruchsmarke 1 (DD 640 528) und insoweit auch ihre Beschwerde zurückgenommen hat, ist die Frage der Verwechslungsgefahr vorliegend nur noch in Bezug auf die Widerspruchsmarke 2 (Gemeinschaftsmarke EM 1 704 907) Gegenstand des Beschwerdeverfahrens.

2. Das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr für das Publikum ist nach ständiger Rechtsprechung sowohl des Europäischen Gerichtshofes als auch des Bundesgerichtshofes unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (vgl. hierzu z.B. EuGH GRUR 2010, 933, Tz. 32 - BARBARA BECKER; GRUR 2010, 1098, Tz. 44 - Calvin Klein/HABM; BGH GRUR 2012, 64, Tz. 9 - Maalox/Melox-GRY; GRUR 2012, 1040, Tz. 25 - pjur/pure; GRUR 2013, 833, Tz. 30 – Culinaria/Villa Culinaria). Von maßgeblicher Bedeutung sind insoweit insbesondere die Identität oder Ähnlichkeit der Waren, die Identität oder Ähnlichkeit der Marken sowie die Kennzeichnungskraft und der daraus folgende Schutzzumfang der Widerspruchsmarke. Diese einzelnen Faktoren sind zwar für sich gesehen voneinander unabhängig, bestimmen aber in ihrer Wechselwirkung den Rechtsbegriff der Verwechslungsgefahr (vgl. dazu EuGH GRUR 2008, 343, Tz. 48 - Il Ponte Finanziaria Spa/HABM; BGH GRUR 2012, 64, Tz. 9 - Maalox/Melox-GRY; GRUR 2012, 1040, Tz. 25 - pjur/pure; siehe auch Ströbele/Hacker, Markengesetz, 10. Aufl., § 9 Rdn. 40 ff. m.w.N.). Darüber hinaus können für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr weitere Faktoren relevant sein, wie u.a. etwa die Art der Ware, die im Einzelfall angesprochenen Verkehrs-

kreise und daraus folgend die zu erwartende Aufmerksamkeit und das zu erwartende Differenzierungsvermögen dieser Verkehrskreise bei der Wahrnehmung der Kennzeichen.

a) Die Widersprechende konnte auf die von der Markeninhaberin erhobene Einrede der Nichtbenutzung die Benutzung der Widerspruchsmarke 2 in Bezug auf die Waren „gefriergetrockneter Kaffee“ glaubhaft machen (§§ 125b Abs. 1 Nr. 4, 43 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 15 Abs. 1 Satz 1 GMV).

aa) Maßgebend ist insoweit gemäß § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG der Zeitraum vom 9. Januar 2009 bis 9. Januar 2014. Zwar hat die Markeninhaberin die Nichtbenutzungseinrede undifferenziert erhoben. Die Widerspruchsmarke 2 ist aber erst am 7. Juni 2005 in das Gemeinschaftsmarkenregister eingetragen worden, so dass die Benutzungsschonfrist gemäß Art. 15 Abs. 1 Satz 1 GMV erst am 7. Juni 2010 ablief und sie somit im Zeitraum nach §§ 125b Abs. 1 Nr. 4, 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG, hier: 26. November 1999 – 26. November 2004, noch nicht dem Benutzungszwang nach Art. 15 Abs. 1 GMV unterlag.

bb) Nach der maßgebenden Rechtsprechung des EuGH wird eine (Gemeinschafts-) Marke „ernsthaft benutzt“, wenn sie entsprechend ihrer Hauptfunktion, die Ursprungsidentität der von ihrer Eintragung erfassten Waren oder Dienstleistungen zu garantieren, benutzt wird, um für diese Waren und Dienstleistungen einen Absatzmarkt zu erschließen, wobei symbolische Handlungen, welche allein der Wahrung der durch die Marke verliehenen Rechte dienen, ausgeschlossen sind (vgl. EuGH GRUR 2013, 182, Leitsatz 2 und Tz. 29 – Onel ./ Omel). Dabei sind alle erheblichen Fakten und Umstände wie insbesondere die Merkmale des betreffenden Marktes, die Art der durch die Marke geschützten Waren oder Dienstleistungen, die Größe des Gebiets und der quantitative Umfang der Benutzung sowie deren Häufigkeit und Regelmäßigkeit zu berücksichtigen, wobei allerdings die Grenzen des Hoheitsgebiets der Mitgliedstaaten außer Betracht zu lassen sind (EuGH, a.a.O.). Im Übrigen kommt es bei der Beurteilung der rechtser-

haltenden Benutzung im Rahmen des Widerspruchsverfahrens nach dem deutschen Markengesetz nicht auf einen vollen Beweis der Benutzung an, sondern es genügt im Rahmen der Glaubhaftmachung gemäß §§ 43 Abs. 1, 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG i.V.m. § 294 ZPO die überwiegende Wahrscheinlichkeit einer rechtserhaltenden Benutzung der jeweils verfahrensgegenständlichen Widerspruchsmarke (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 10. Aufl., § 43, Rdn. 43 m.w.N.). Hinsichtlich des relevanten Zeitraumes vom 9. Januar 2009 bis 9. Januar 2014 werden die von der Widersprechenden in Bezug auf die Widerspruchsmarke 2 vorgelegten Benutzungsunterlagen diesen Anforderungen gerecht.

Die Widersprechende hat im patentamtlichen Verfahren eine eidesstattliche Versicherung ihres administrativen Geschäftsleiters, Herr A... vom 23. Juli 2010 vorgelegt (Bl. 153 ff. der patentamtlichen Akten). Diese eidesstattliche Versicherung weist insbesondere kumulierte Umsatzzahlen in Bezug auf „gefriergetrockneten Kaffee“ für das Gebiet der Europäischen Union für die Jahre 2006 – Mai 2010 zwischen ... € für Januar – Mai 2010 und ca. ... € für das Jahr 2006 aus, sowie eine Aufschlüsselung dieser Umsatzzahlen für zwei Mitgliedstaaten der Europäischen Union, nämlich Spanien (zwischen 10.034 für das Jahr 2009 und ... € für das Jahr 2007) und das Vereinigte Königreich (zwischen ... € für Januar – Mai 2010 und ... € für das Jahr 2006), wobei die Summe dieser aufgeschlüsselten Umsatzzahlen – bis auf eine marginale Abweichung für das Jahr 2009 – den angegebenen kumulierten Zahlen für die Gemeinschaft entspricht. Ferner hat die Widersprechende Rechnungskopien betreffend einen Abnehmer in Spanien (Bl. 159 ff. der patentamtlichen Akten) sowie – zur Form der Benutzung – z.B. die Abbildung eines Auszugs aus dem Internetauftritt der spanischen Supermarktkette „El Corte Inglés“ mit einer Abbildung des Produkts „Buendia – Café soluble natural“ (Bl. 168 der patentamtlichen Akten) eingereicht. Ferner hat sie weitere Rechnungskopien betreffend einen Abnehmer im Vereinigten Königreich (Bl. 169 ff. der patentamtlichen Akten) und im Vereinigten Königreich veröffentlichte Werbeanzeigen mit der Abbildung

von Verpackungen mit der Aufschrift „Buendia“ und u.a. der Angabe „freeze dried coffee“ vorgelegt (Bl. 183 ff. der patentamtlichen Akten).

In ihrer Gesamtheit lassen die vorgenannten Unterlagen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit den Schluss zu, dass die Widerspruchsmarke 2 zur Kennzeichnung der Ware „gefriergetrockneter Kaffee“ in den Jahren 2009 und den Monaten Januar – Mai 2010 – und damit in einem für die rechtserhaltende Benutzung nach §§ 125b Abs. 1 Nr. 4, 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG relevanten Zeitraum innerhalb der Europäischen Union benutzt wurde. Unschädlich ist insoweit, dass diese Benutzung in einen Zeitraum fällt, in welchem die Widerspruchsmarke 2 selbst noch nicht dem Benutzungszwang unterlag (s.o. aa), da die Benutzungsschonfrist den Zweck hat, dem Markeninhaber ausreichend Zeit zur Vorbereitung und Aufnahme der Benutzung der jeweiligen Marke einzuräumen. Nimmt er die jeweilige Marke bereits während der Schonfrist in Benutzung, ist dies bei der Beurteilung der rechtserhaltenden Benutzung nach § 43 Abs. 1 MarkenG zu seinen Gunsten auch zu berücksichtigen.

Im Übrigen ergeben die vorgenannten Unterlagen in ihrer Gesamtheit zu Umfang und Form der Benutzung ein konsistentes Bild, wobei die vorgelegten Umsatzzahlen weit über dem Betrag für eine nur „symbolische“ Benutzung der Widerspruchsmarke 2 liegen. Unschädlich ist ferner, dass die vorgelegten Rechnungen nur an jeweils einen Abnehmer in Spanien und dem Vereinigten Königreich gerichtet sind, zumal die weiteren Unterlagen zur Form der Benutzung auf eine Vermarktung an Endverbraucher über Vertriebsorganisationen wie z.B. Supermarktketten ohne weiteres schließen lassen.

cc) Da eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke 2 in Bezug auf die Waren „gefriergetrockneter Kaffee“ bereits auf Grundlage der unter bb) genannten Unterlagen als glaubhaft gemacht zu erachten ist, kommt es insoweit auf die weiteren, von der Widersprechenden vorgelegten Benutzungsunterlagen nicht

an, zumal sich diese auch auf keine weitergehenden Waren oder Dienstleistungen beziehen.

Diese weiteren Benutzungsunterlagen sind auch nicht geeignet, die sich aus den vorgenannten Unterlagen ergebende überwiegende Wahrscheinlichkeit der Benutzung der Widerspruchsmarke 2 im relevanten Zeitraum in Frage zu stellen.

Zwar weist die weitere eidesstattliche Versicherung des Herrn A... vom 5. März 2013 für die Jahre 2010 und 2011 nicht nach Mitgliedsstaaten der Europäischen Union aufgeschlüsselte Umsatzzahlen aus, wobei die auf das Gebiet der EU bezogenen Umsatzzahlen auch nicht konkret beziffert, sondern nur mit einer Untergrenze angegeben worden sind („mehr als ... €“ bzw. „mehr als ... €“). Soweit die eidesstattliche Versicherung vom 23. Juli 2010 für die Monate Januar – Mai 2010 bereits kumuliert einen Umsatz von ... € nennt und damit bereits für die ersten fünf Monate des Jahres 2010 die Größenordnung erreicht, die in der weiteren eidesstattlichen Versicherung für das gesamte Jahr 2010 erreicht wird, so handelt es sich nicht um eine Unstimmigkeit, die die Relevanz der unter bb) genannten Unterlagen, die – wie ausgeführt – ein schlüssiges Bild zur Benutzung der Widerspruchsmarke 2 ergeben, in Frage zu stellen vermag. Des Weiteren lassen die Zahlen aus der eidesstattlichen Versicherung vom 23. Juli 2013 zwar auf einen nicht unerheblichen Umsatzrückgang hinsichtlich der Widerspruchsmarke 2 im Zusammenhang mit „gefriergetrocknetem Kaffee“ schließen. Ein solcher Umsatzrückgang steht aber nicht ohne weiteres der Schlüssigkeit der auf vorherige Zeiträume bezogene Umsatzzahlen entgegen, so dass auch dieser konkrete Umsatzrückgang nicht die überwiegende Wahrscheinlichkeit der rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke 2 im relevanten Zeitraum beseitigt.

b) Unter Berücksichtigung der Ware „gefriergetrockneter Kaffee“ auf Seiten der Widerspruchsmarke 2 können sich die Vergleichsmarken in Bezug auf die Ware „Kaffee“ der angegriffenen auf identischen Waren und hinsichtlich der Waren „Kaffeegetränke, auch unter Zusatz von Milchprodukten und/oder Aromatisie-

rungsmitteln und/oder Süßungsmitteln, diese Produkte auch in Instantform; Kaffeepräparate für die Herstellung von alkoholfreien Getränken, alkoholfreie Getränke, auch solche unter Zusatz von Kaffee, Kakao, Schokolade, Milchprodukten und/oder Fruchtprodukten; Kaffeepräparate für die Herstellung von alkoholischen Getränken“ der angegriffenen Marke auf Waren im engen Ähnlichkeitsbereich begegnen. Eine enge Ähnlichkeit ist auch in Bezug auf die Dienstleistungen „Dienstleistungen eines Restaurationsbetriebes“ der angegriffenen Marke zu bejahen.

aa) Insoweit kann dahingestellt bleiben, ob bei der Beurteilung der rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke 2 im Rahmen der Integrationsfrage nur auf „gefriergetrockneten Kaffee“ oder weitergehend auf „löslichen Kaffee“ oder sogar auf den Oberbegriff „Kaffee“ abzustellen ist. Soweit die angegriffene Marke für „Kaffee“ geschützt ist, handelt es sich um einen weiten Oberbegriff, unter welchen auch die Ware „gefriergetrockneter Kaffee“ der Widerspruchsmarke 2 fällt, so dass insoweit ohne weiteres von Warenidentität auszugehen ist.

„Kaffeegetränke, auch unter Zusatz von Milchprodukten und/oder Aromatisierungsmitteln und/oder Süßungsmitteln, diese Produkte auch in Instantform“ können gerade auch unter Verwendung von gefriergetrocknetem Kaffee hergestellt werden, zumal die Gefriertrocknung eines der wesentlichen Verfahren bei der Herstellung von löslichem Kaffee darstellt. Bei Kaffeegetränken in Instantform, die mit Aromatisierungs- und/oder Süßungsmitteln versehen werden, ist die Verwendung von gefriergetrocknetem Kaffee als wesentlichem Grundstoff besonders naheliegend. Daher ist insoweit von engster Warenähnlichkeit auszugehen. Gleiches gilt in Bezug auf „Kaffeepräparate für die Herstellung von alkoholfreien und alkoholischen Getränken“, da auch insoweit die Verwendung von gefriergetrocknetem Kaffee als wesentlichem Grundstoff aus den genannten Gründen jedenfalls in Betracht kommt. Schließlich ist engste Warenähnlichkeit auch in Bezug auf die „alkoholfreien Getränke, auch solche unter Zusatz von Kaffee, Kakao, Schokolade, Milchprodukten und/oder Fruchtprodukten“ der angegriffenen Marke zu bejahen. Der Begriff „alkoholfreie Getränke“ stellt einen weiten Oberbegriff dar, unter wel-

chen der Verkehr auch Kaffee bzw. ein in üblicher Weise zubereitetes Kaffeegetränk aus gefriergetrocknetem Kaffee subsumieren wird, zumal die im Warenverzeichnis der angegriffenen Marke in diesem Zusammenhang genannten „Zusätze“ diesen Begriff nicht einschränken, sondern lediglich eine beispielhafte Liste möglicher Zusätze für derartige alkoholfreie Getränke darstellen.

bb) Auch in Bezug auf die Ware „Kaffeeweißler“ der angegriffenen Marke (Klasse 29) liegt eine enge Warenähnlichkeit vor. Kaffeeweißler ist eine pulvrige Substanz aus Milchfett und Milchpulver oder aus pflanzlichen Bestandteilen, die beim Konsum von Kaffee oder Tee verwendet wird und im Vergleich zu Milch lange haltbar ist. Zwar handelt es sich insoweit um eine von der stofflichen Beschaffenheit her gegenüber gefriergetrocknetem Kaffee unterschiedliche Ware. Jedoch ist Kaffeeweißler eine beim Kaffeekonsum typischerweise eingesetzte, ergänzende Ware, die zudem auch gerade für die Ware „Kaffee“ konzipiert ist und deren Verwendung als besonders haltbares Produkt gerade im Zusammenhang mit gefriergetrocknetem Kaffee besonders nahe liegt (z.B. auch beim Betrieb von Kaffeeautomaten).

cc) Eine enge Ähnlichkeit besteht auch in Bezug auf die „Dienstleistungen eines Restaurationsbetriebes“ der angegriffenen Marke. Es ist üblich geworden, dass Kaffeehersteller ihre Produkte, darunter auch „gefriergetrockneten Kaffee“ in Verkaufsstellen anbieten, in denen neben dem Verkauf von Kaffeeprodukten auch Kaffeegetränke zum unmittelbaren Konsum angeboten werden (z.B. Tchibo) oder eigene Kaffeeprodukte über konzerneigene oder lizenzierte Kaffeehäuser vertreibt (z.B. Starbucks). Dann bestehen aber auch in Bezug auf „Dienstleistungen eines Restaurationsbetriebes“ enge Berührungspunkte zu der Ware „gefriergetrockneter Kaffee“.

c) Die Widerspruchsmarke 2 verfügt über durchschnittliche Kennzeichnungskraft.

In einer zergliedernden Betrachtungsweise setzt sich die Widerspruchsmarke 2 aus den Bestandteilen „Buen“ und „Dia“ zusammen. Wie sich insbesondere aus den von der Markeninhaberin vorgelegten Unterlagen ergibt, stellt die Wortkombination „Buen Dia“ eine Grußformel dar, die aus der spanischen Sprache stammt und eine Abkürzung von „Buenos Dias“ darstellt (vgl. z.B. die Anlagen zum Schriftsatz der Markeninhaberin vom 18. Juni 2007, Bl. 99 ff. der patentamtlichen Akten, insbesondere dort Anlage 1, ferner den in der mündlichen Verhandlung vom 9. Januar 2014 von der Markeninhaberin übergebenen Wikipedia-Auszug). Jedoch lässt sich hieraus nicht mit hinreichender Sicherheit ableiten, dass den maßgeblichen inländischen Verkehrskreisen die Wortkombination „Buen Dia“ i.S.e. Grußformel, und zwar insbesondere als Abwandlung bzw. Abkürzung der auch im Inland etwa durch Verwendung u.a. in Liedtexten bekannten Grußformel „Buenos Dias“ in relevantem Umfang bekannt ist. Insbesondere gehört Spanisch nicht zu den ersten Fremdsprachen in Deutschland und ist insoweit nicht mit stärker verbreiteten Fremdsprachen wie Englisch oder Französisch zu vergleichen. Vielmehr stellt die spanische Sprache in Deutschland ungeachtet des Fortschritts des Wirtschaftsverkehrs innerhalb des europäischen Binnenmarktes und auch der großen Zahl von Deutschen, die als Touristen nach Spanien reisen, keine allgemein oder in besonderem Maße geläufige Fremdsprache dar. Dann kann aber auch nicht davon ausgegangen werden, dass inländische Verkehrskreise in relevantem Umfang das Markenwort „Buendia“ ohne weiteres als eine Kombination aus den Wortelementen „Buen“ und „Dia“ erkennen und dieses ohne weiteres als bloße Grußformel auffassen.

d) Ausgehend von Warenidentität bzw. enger Warenähnlichkeit und durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sind an den Markenabstand strenge Voraussetzungen zu stellen, denen die angegriffene Marke in Bezug auf die in Ziffer 1 des Tenors genannten Waren und Dienstleistungen nicht gerecht wird.

Eine für das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr relevante Markenähnlichkeit kann in klanglicher, schriftbildlicher oder begrifflicher Hinsicht bestehen, wobei es für die Annahme einer Verwechslungsgefahr grundsätzlich ausreicht, wenn zwischen den jeweiligen Vergleichsmarken nur in einer dieser Kategorien ausreichende Übereinstimmungen festzustellen sind (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 10. Aufl., § 9, Rdn. 224 m.w.N.). Insoweit ist eine relevante Markenähnlichkeit in klanglicher Hinsicht auch bei „auf Sicht“ gekauften Waren nicht vernachlässigbar (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 10. Aufl., § 9, Rdn. 228 ff., insbes. Rdn. 230 m.w.N.). Hiervon ausgehend weist die angegriffene Marke jedenfalls in klanglicher Hinsicht im Zusammenhang mit den vorgenannten Waren und Dienstleistungen eine relevante Ähnlichkeit mit der Widerspruchsmarke 2 auf. Bei der Beurteilung der klanglichen Ähnlichkeit der Vergleichsmarken sind die dem Sprachgefühl entsprechenden und im Bereich der Wahrscheinlichkeit liegenden Möglichkeiten der Aussprache von Markenwörtern zu berücksichtigen (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 10. Aufl., § 9, Rdn. 245). Im vorliegenden Fall kann auf Seiten der angegriffenen Marke nicht nur eine vor allem in Bezug auf die in der angegriffenen Marke enthaltenen Vokale pronuncierte Aussprache „Bu – en – di – a“ zu Grunde gelegt werden. Bei einer nur leicht verschliffenen Sprachweise, die auch vorliegend durchaus nahe liegt, verschmelzen die auf den Anfangskonsonanten folgenden Vokale „u – e“ miteinander, so dass sich eine Aussprache ähnlich wie „Bwenn-di-a“ ergibt und bei der der Vokal „u“ kaum mehr als eigenständiger Laut wahrgenommen wird. Damit kann bei den im Bereich der Wahrscheinlichkeit liegenden Aussprachevarianten, die keine abweichende Betonung der Markenwörter auf unterschiedlichen Sprechsilben zwingend oder auch nur nahelegend erscheinen lässt, eine starke Annäherung der Aussprache der Vergleichsmarken insbesondere hinsichtlich Betonung und Sprachrhythmus stattfinden, wobei die weiteren Übereinstimmungen in Bezug auf den identischen Anfangsbuchstaben und die identischen Endsilben „di-a“ noch stärker ins Gewicht fallen. Hingegen fällt der unterschiedliche Vokallaut nach dem Anfangsbuchstaben demgegenüber nicht ausreichend ins Gewicht, um jedenfalls im Zusammenhang

mit identischen oder eng ähnlichen Waren und Dienstleistungen eine relevante Markenähnlichkeit verneinen zu können.

Unter Abwägung aller vorgenannten Umstände ist nach alledem eine Verwechslungsgefahr zwischen den Vergleichsmarken in Bezug auf die in Ziffer 1 des Tenors genannten Waren und Dienstleistungen zu bejahen, so dass insoweit die angefochtenen Beschlüsse der Markenstelle aufzuheben und hinsichtlich dieser Waren und Dienstleistungen die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen waren.

3. Hinsichtlich der weiteren streitgegenständlichen Waren der angegriffenen Marke, nämlich „synthetisch hergestellte Süßstoffe und Süßungsmittel“ (Klasse 1), „Kakao- und Schokoladengetränke, auch unter Zusatz von Milchprodukten und/oder Aromatisierungsmitteln und/oder Süßungsmitteln, diese Produkte auch in Instantform; natürliche Süßstoffe und Süßungsmittel“ (Klasse 30), „Kakao- und Schokoladenpräparate für die Herstellung von alkoholfreien Getränken, Kakao- und Schokoladenpräparate für die Herstellung von alkoholischen Getränken“ (Klasse 32) ist das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr in Bezug auf die Widerspruchsmarke 2 nicht gegeben.

a) „Synthetisch hergestellte Süßstoffe und Süßungsmittel“ (Klasse 1) und „natürliche Süßstoffe und Süßungsmittel“ (Klasse 30) stellen zwar Produkte dar, die regelmäßig auch beim der Zubereitung von Kaffee bzw. Kaffeegetränken konsumiert werden und insoweit zu „gefriergetrocknetem Kaffee“ in einem Ergänzungsverhältnis stehen. Jedoch weisen diese Waren von ihrer stofflichen Beschaffenheit erhebliche Unterschiede zu „gefriergetrocknetem Kaffee“ auf und stammen regelmäßig auch von anderen Herstellern als „gefriergetrockneter Kaffee“. Ferner können „synthetisch hergestellte Süßstoffe und Süßungsmittel“ und „natürliche Süßstoffe und Süßungsmittel“ bei der Zubereitung von Getränken und Speisen als geschmackgebender Stoff in einer nahezu universellen Weise zum

Einsatz kommen und sind daher – anders als z.B. die o.g. Ware „Kaffeeweißler“ gerade nicht in besonderer Weise als Zutat zu Kaffee konzipiert. Vor diesem Hintergrund weisen die „synthetisch hergestellten Süßstoffe und Süßungsmittel“ und die „natürlichen Süßstoffe und Süßungsmittel“ der angegriffenen Marke gegenüber „gefriergetrocknetem Kaffee“ einen weitaus deutlicheren Abstand auf als die in Ziff. 1 des Tenors genannten Waren. Dies gilt auch dann, wenn man von einer Benutzung der Widerspruchsmarke 2 generell für „Kaffee“ ausgehen würde. Dieser deutliche Warenabstand fällt im Rahmen der für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr maßgebenden Gesamtabwägung als erheblich verwechslungsmindernder Aspekt ins Gewicht, so dass in Abwägung der vorgenannten Umstände insoweit Verwechslungsgefahr nicht zu bejahen ist, zumal die Markennamen auch im klanglichen Gesamteindruck, wo die Zeichenähnlichkeit vergleichsweise am größten ist, im Zusammenhang mit Waren, die einen größeren Abstand aufweisen, nicht nur unerhebliche Abweichungen insbesondere in der Vokalfolge aufweisen.

b) Das Gleiche gilt in Bezug auf die Waren „Kakao- und Schokoladengetränke, auch unter Zusatz von Milchprodukten und/oder Aromatisierungsmitteln und/oder Süßungsmitteln, diese Produkte auch in Instantform“ (Klasse 30) und „Kakao- und Schokoladenpräparate für die Herstellung von alkoholfreien Getränken, Kakao- und Schokoladenpräparate für die Herstellung von alkoholischen Getränken“ (Klasse 32) der angegriffenen Marke. Zwar werden Kakao- und Schokoladengetränke häufig ähnlich wie Kaffee bzw. Kaffeegetränke z.B. zum Frühstück oder auch im Rahmen von „Kaffeepausen“ tagsüber konsumiert, so dass etwa mit Blick auf den Verwendungszweck Berührungspunkte vorliegen. Dies ist auch hinsichtlich der Vertriebswege dieser Waren und derjenigen von „gefriergetrocknetem Kaffee“ der Fall. Jedoch bestehen insoweit andererseits erhebliche Unterschiede in der stofflichen Beschaffenheit, auch werden Kakao- und Schokoladengetränke bzw. Präparate zur Herstellung dieser Getränke regelmäßig von anderen Produzenten hergestellt als „gefriergetrockneter Kaffee“. Letztlich fällt auch ins Gewicht, dass es sich bei Kakao- und Schokoladengetränken“ und „Kakao- und Schokola-

denpräparaten für die Herstellung von alkoholfreien oder alkoholischen Getränken“ einerseits und „gefriergetrocknetem Kaffee“ andererseits um konkurrierende Produkte handelt. Mithin liegen auch insoweit erhebliche Abweichungen vor, die auch in Bezug auf diese Waren zu einem relevanten Warenabstand führen, wobei dieser relevante Warenabstand bei der markenrechtlichen Gesamtabwägung ebenfalls in erheblich verwechslungsmindernder Weise ins Gewicht fällt. Daher ist auch insoweit Verwechslungsgefahr zu verneinen.

4. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde war nicht geboten. Weder war über eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden (§ 82 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) noch ist die Zulassung der Rechtsbeschwerde zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung als erforderlich zu erachten (§ 82 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG). Dies gilt auch, soweit der Senat die Verwechslungsgefahr in Bezug auf einzelne Waren der angegriffenen Marke anders entschieden hat als die Beschwerdekammer des HABM in der Parallelentscheidung Nr. B 1 109 760 vom 30. Juni 2009 (Bl. 114 ff. d.A.), in welcher die Beschwerdekammer eine Verwechslungsgefahr zwischen der Gemeinschaftsmarkenmeldung 5 146 410 Bondia, angemeldet für die identischen Waren und Dienstleistungen wie die vorliegend angegriffene Marke, und der Widerspruchsmarke 2 in vollem Umfang bejaht hat. Der Senat hat bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr die hierfür von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien insbesondere zur Berücksichtigung aller relevanten Fallumstände und zur Wechselwirkung der einzelnen Kriterien angewendet. Eine Abweichung beim Ergebnis der danach gebotenen Gesamtabwägung stellt aber keine Abweichung dar, die die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 82 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG als geboten erscheinen lässt. Aus diesen Gründen war auch eine Vorlage an den EuGH gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV nicht geboten.

5. Eine Auferlegung von Kosten gemäß § 71 Abs. 1 Satz 1 MarkenG war nicht veranlasst.

6. Rechtsmittelbelehrung: Gegen diesen Beschluss können die am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde einlegen. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form einzulegen.

Knoll

Grote-Bittner

Metternich

Hu