



BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 109/12

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
6. Juni 2016

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke 307 09 064

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 27. Januar 2016 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Kortbein, der Richterin Uhlmann und des Richters am Landgericht Dr. Söchtig

beschlossen:

- 1) Auf die Beschwerde der Widersprechenden werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 29 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 16. März 2010 und vom 7. August 2012 aufgehoben, soweit der Widerspruch auch hinsichtlich der nachfolgenden Waren und Dienstleistung zurückgewiesen worden ist:

Klasse 29: Fleisch, Fisch, Geflügel, Wild; Fleischextrakte; konserviertes, tiefgekühltes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Gallerten (Gelees); Konfitüren, Kompotte; Eier, Milch und Milchprodukte; Speiseöle und -fette;

Klasse 30: Kaffee, Tee, Kakao, Zucker, Reis, Kaffee-Ersatzmittel; Mehle und Getreidepräparate; Brot, feine Backwaren und Konditorwaren,

Speiseeis; Honig; Salz, Senf; Essig, Saucen
(Würzmittel); Gewürze;

Klasse 43: Catering.

Für diese Waren und Dienstleistung wird die Löschung der Eintragung der Marke 307 09 064 auf Grund des Widerspruchs aus der Gemeinschaftsmarke 000302380 angeordnet.

- 2) Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.
- 3) Die Anschlussbeschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke wird zurückgewiesen.

Gründe:

I.

Die Wort-/Bildmarke



ist am 8. Februar 2007 angemeldet und am 29. Mai 2007 in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register eingetragen worden. Sie ist für die Waren und Dienstleistungen der

- „Klasse 29: Fleisch, Fisch, Geflügel, Wild; Fleischextrakte; konserviertes, tiefgekühltes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Gallerten (Gelees); Konfitüren, Kompotte; Eier, Milch und Milchprodukte; Speiseöle und -fette
- 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 43: Dienstleistungen zur Verpflegung und Beherbergung von Gästen, Verpflegung von Gästen in Restaurants; Catering“

geschützt.

Gegen diese Marke, deren Eintragung am 29. Juni 2007 veröffentlicht wurde, hat die Beschwerdeführerin am 6. September 2007 Widerspruch erhoben aus ihrer am 30. Oktober 1998 eingetragenen Unionswortmarke „K+K“ (000302380). Die Marke der Widersprechenden beanspruchte ursprünglich Schutz für die nachfolgenden Waren und Dienstleistungen:

- „Klasse 29: Lebensmittelkonserven, tiefgekühlte Nahrungsmittel, Räucherwaren, insbesondere geräucherte Fleisch- und Fischwaren.
- Klasse 30: Konditorwaren.
- Klasse 33: Schnäpse, Weine.
- Klasse 35: Betriebsberatung.

Klasse 42: Restaurants, Hotels, Betrieb von Kur- und Sporteinrichtungen; Datenverarbeitung, insbesondere Entwicklung von Informationssystemen mittels Datenverarbeitungsanlagen, Programmierung von Datenverarbeitungsanlagen.“

Die Markeninhaberin hat die Einrede der mangelnden rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke erhoben.

Zur Begründung ihres Widerspruchs hat die Widersprechende zunächst zahlreiche Werbematerialien und Rechnungen zum Nachweis einer rechtserhaltenden Benutzung ihrer Widerspruchsmarke vorgelegt.

Soweit aus den vorgelegten Unterlagen eine Benutzung der Widerspruchsmarke unter Hinzufügung von Zusätzen ersichtlich sei („Hotels“, „Hotel am Harras“), so die Widersprechende, sei dies unschädlich, da diese Zusätze rein beschreibender Natur seien und auf die herkunftshinweisende Wirkung ihrer Marke keinen Einfluss hätten. Die Benutzung der Widerspruchsmarke sei auch eine markenmäßige.

Ferner hat sie ausgeführt, die von den jeweiligen Marken beanspruchten Waren bzw. Dienstleistungen seien entweder identisch oder es bestehe zwischen ihnen eine (zum Teil hochgradige) Ähnlichkeit. Auch die jeweiligen Zeichen seien „höchstgradig“ ähnlich.

Eine markenrechtliche Verwechslungsgefahr sei vorliegend sowohl in begrifflicher, klanglicher und schriftbildlicher Form gegeben.

Die grafische Ausgestaltung der angegriffenen Marke sei nicht so charakteristisch, dass sie vom Verkehr als das Wesentliche des Zeichens aufgefasst werde und die Wortelemente dagegen zurücktreten würden. Durch die Einbettung des Zeichenbestandteils „K&K“ trete er als wesentliches Erkennungsmerkmal der kombinierten Wort-/Bildmarke nicht in den Hintergrund. Auch komme der stilisierten Aus-

gestaltung des „&“ in keiner Weise eine eigenständig herkunftshinweisende Bedeutung zu. Vielmehr werde der Wortbestandteil der angegriffenen Marke durch die kreisförmige Umrandung noch hervorgehoben.

Zudem könne nicht davon ausgegangen werden, der Verkehr werde die Grafik zwischen den beiden „K“s in der angegriffenen Marke als ein stilisiertes „E“ auffassen. Sie sei als „&“ deutlich zu erkennen, da sie nicht von der eigentlichen Form des „&“ Zeichens abweiche. Vielmehr würden durch die Stilisierung die geschwungenen Bögen des „&“-Zeichens hervorgehoben und somit noch betont.

Folglich seien die beiden Zeichen in ihrer Buchstabenfolge identisch. Dem „&“-Zeichen beziehungsweise dem „+“-Zeichen komme in Bezug auf die Herkunftswirkung lediglich eine nachrangige Funktion zu. Beide Zeichen würden im Wesentlichen durch die Buchstaben „K“ geprägt. Auch seien die Symbole „&“ und „+“ „höchstgradig“ ähnlich, weil sie denselben Bedeutungsgehalt aufwiesen.

Eine begriffliche Ähnlichkeit sei aufgrund der identischen Bedeutung der Zeichen „&“ sowie „+“ gegeben. Gleiches gelte für die klangliche Ähnlichkeit, da die beiden Verbindungszeichen in den jeweiligen Marken bei deren Aussprache einfach weggelassen werden würden. Auch eine schriftbildliche Ähnlichkeit sei vorliegend zu bejahen, da die beiden Zeichen im Buchstaben „K“ völlig übereinstimmten.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat beantragt, den Widerspruch zurückzuweisen, da es schon an einer rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke fehle. Darüber hinaus sei auch nicht von einer Zeichenähnlichkeit auszugehen.

Aus den von der Widersprechenden vorgelegten Benutzungsnachweisen sei ersichtlich, dass diese ihre Marke lediglich in abgeänderter Form, nämlich unter Hinzufügung von Zusätzen, wie beispielsweise „Hotels“ bzw. „Hotel am Harras“, verwendet habe, was den kennzeichnenden Charakter der Widerspruchsmarke

verändert habe und deren rechtserhaltender Benutzung entgegenstehe. Unabhängig hiervon sei die Widerspruchsmarke lediglich firmen-, aber nicht markenmäßig benutzt worden. Selbst wenn man jedoch zugunsten der Widersprechenden eine rechtserhaltende Benutzung ihrer Widerspruchsmarke unterstellen wollte, wäre eine solche lediglich für „Hotels“ nachgewiesen worden.

Die Frage, ob bezüglich der von den beiden Marken beanspruchten Waren bzw. Dienstleistungen von einer Ähnlichkeit auszugehen sei, könne im Ergebnis dahingestellt bleiben, da die Vergleichszeichen nicht als ähnlich zu qualifizieren seien.

Bei der angegriffenen Marke handele es sich um eine Bildmarke, bestehend aus der Kombination zweier Buchstaben, die durch ein Zeichen miteinander verbunden seien, das weniger dem „&“ Zeichen ähnele als vielmehr einem stilisierten, groß geschriebenen „E“. Die Buchstabenkombination und das diese Buchstaben verbindende Zeichen seien von einem schwarzen Kreis umgeben. Das in stilisierter Form gehaltene und die Buchstaben „K“ überragende und mittig platzierte Verbindungszeichen steche dabei geradezu hervor und falle dem Betrachter ins Auge. Auf Grund der Tatsache, dass die drei Elemente der angegriffenen Marke ohne Abstand aneinander gereiht seien, würden diese dem Durchschnittsverbraucher als Einheit gegenüberreten und bei flüchtiger Wahrnehmung als „KEK“ aufgefasst. Damit bestehe ein klarer Unterschied zur Widerspruchsmarke, bei der die Buchstaben „K“ und das mathematische Zeichen „+“ visuell einen deutlichen räumlichen Abstand aufwiesen und damit vom Publikum isoliert als separate Elemente „K“, „+“ und „K“ wahrgenommen würden. Auch seien die in den Vergleichszeichen enthaltenen Sonderzeichen „+“ und „&“ nicht ähnlich. Insgesamt seien die beiden Zeichen in einem Drittel ihrer Elemente unterschiedlich, so dass nicht von einer visuellen Ähnlichkeit ausgegangen werden könne.

In phonetischer Hinsicht bestünden ebenfalls markante Unterschiede zwischen den Vergleichszeichen. So werde die angegriffene Marke mit Blick auf das einem „E“ ähnelnde Verbindungszeichen „KEK“ ausgesprochen oder, sofern man das Verbindungszeichen als ein „&“ erkenne, als „ka-und-ka“. Die Widerspruchsmarke werde hingegen als „ka-plus-ka“ ausgesprochen. Die Annahme der Widersprechenden, der Verkehr werde bei einer Aussprache das kaufmännische „&“ weglassen, sei atypisch und realitätsfern.

Auch in begrifflicher Hinsicht seien die beiden Zeichen unähnlich, da beiden keine klar erkennbare Bedeutung zukomme.

Hinzu komme, dass im einschlägigen Waren- und Dienstleistungsbereich zahlreiche Drittmarken mit der Buchstabenkombination „KK“ existierten, die tatsächlich auch benutzt würden, was eine Kennzeichnungsschwäche der Widerspruchsmarke begründe. Ferner, so die Inhaberin der angegriffenen Marke, werde der Verkehr die Widerspruchsmarke „K+K“ gerade mit Blick auf die dahinterstehenden Dienstleistungen „Hotels“ und damit verbundenen „Beherbergung von Gästen“ als Hinweis darauf verstehen, dass die Hotels in „kaiserlich und königlicher“ Tradition geführt würden und/oder in entsprechenden „k.u.k.“-Bauten vorzufinden seien.

Mit Beschluss vom 16. März 2010 hat die Markenstelle für Klasse 29 des Deutschen Patent- und Markenamtes eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke verneint und den Widerspruch zurückgewiesen. Das wichtigste und unverzichtbare Glaubhaftmachungsmittel hinsichtlich Umfang und Zeitraum der Benutzung sei die eidesstattliche Versicherung. Eine solche habe die Widersprechende aber nicht vorgelegt. Folglich fehlten wichtige Angaben, welche einen hinreichenden Schluss auf die Umsätze zuließen, die mit den unter der Widerspruchsmarke angebotenen Waren beziehungsweise erbrachten Dienstleistungen im maßgeblichen Zeitraum erzielt worden seien. Angaben über den Umfang der Benutzung seien aber im Rahmen einer erforderlichen Glaub-

haftmachung unverzichtbar, was der Annahme des Nachweises einer rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke entgegenstehe.

Im Rahmen ihrer hiergegen eingelegten Erinnerung hat die Widersprechende ergänzend eine eidesstattliche Versicherung des C...

Unternehmensgruppe, K..., vorgelegt, auf die wegen der näheren Einzelheiten verwiesen wird.

Auf die Erinnerung der Widersprechenden hin hat die Markenstelle für Klasse 29 des Deutschen Patent- und Markenamtes mit Beschluss vom 7. August 2012 die Löschung der Eintragung der angegriffenen Marke für die nachfolgenden Dienstleistungen verfügt:

Klasse 43: Dienstleistungen zur Verpflegung und Beherbergung von Gästen, Verpflegung von Gästen in Restaurants.

Die weitergehende Erinnerung hat die Markenstelle zurückgewiesen.

Zur Begründung hat sie ausgeführt, bei zusammenfassender Betrachtung der von der Widersprechenden vorgelegten Benutzungsunterlagen habe diese eine rechtserhaltende Benutzung ihrer Widerspruchsmarke für die Dienstleistungen „Beherbergung und Verpflegung von Gästen in einem Hotel“ belegt. Die Verbindung des Zeichens mit den ergänzenden Zusätzen „Hotel“ bzw. „Hotel am Harras“ sei insoweit unschädlich, da diese lediglich beschreibenden Zusätze den kennzeichnenden Charakter der Marke nicht veränderten. Die Verwendung sei auch nicht nur firmenmäßig erfolgt. Bei einem Hotelbetrieb sei die Anbringung der Marke auf Rechnungen, Briefbögen und Geschäftspapieren grundsätzlich ausreichend, um einen markenmäßigen Bezug des Kennzeichens zur Dienstleistung herzustellen. Die widersprechende Gemeinschaftsmarke sei außer in Deutschland auch in anderen EU-Ländern benutzt worden. Hinsichtlich der weiteren von der

Widerspruchsmarke umfassten Dienstleistungen sei jedoch keine hinreichende Glaubhaftmachung erfolgt.

Zur Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit hat die Markenstelle ausgeführt, die Widerspruchsdienstleistungen seien identisch mit den „Dienstleistungen zur Verpflegung und Beherbergung von Gästen“. Hochgradige Ähnlichkeit bestehe darüber hinaus zu der „Verpflegung von Gästen in Restaurants“. Die Dienstleistung „Catering“ sei zu den Widerspruchsdienstleistungen allenfalls entfernt ähnlich, da es ungewöhnlich sei, dass Hotels auch Cateringdienstleistungen anböten. Auch die Waren der Klasse 29 und 30 seien den Widerspruchsdienstleistungen - wenn überhaupt - nur ganz entfernt ähnlich.

Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sei als durchschnittlich anzusehen. Der Schwächungseinwand der Inhaberin der angegriffenen Marke greife nicht durch, da die von ihr ins Feld geführten Drittzeichen nicht auf gleichen oder eng benachbarten Dienstleistungsgebieten verwendet worden seien bzw. weitere unterscheidungskräftige Wortbestandteile enthielten und gegenüber der Widerspruchsmarke daher keine Ähnlichkeit aufwiesen. Auch eine Anlehnung an die Doppelmonarchie „kaiserlich und königlich“ sei aufgrund der Schreibweise der Widerspruchsmarke mit einem „+“ eher fernliegend, da „kaiserlich und königlich“ in der Regel „k. u. k.“ abgekürzt werde.

Die beiden Vergleichszeichen unterschieden sich in ihrer Gesamtheit durch den umschließenden Kreis und den „E“-förmigen Schnörkel zwischen den zwei Buchstaben „K“ bei der angegriffenen Marke hinreichend deutlich voneinander, so dass eine schriftbildliche Verwechslungsgefahr nicht gegeben sei.

In klanglicher Hinsicht werde die Widerspruchsmarke vom Verkehr unproblematisch als „K plus K“ oder „K und K“ benannt. Bei der angegriffenen Marke jedoch erkenne der Verkehr auf den ersten Blick lediglich die beiden fett gedruckten Buchstaben „K“. Den dünn gehaltenen Schnörkel dazwischen werde

ein Teil des Verkehrs wohl als Buchstaben „E“ auffassen, ein anderer Teil möglicherweise als dekoratives Element. Ein kaufmännisches „&“ werde hingegen kaum ein Verbraucher darin entdecken. Es sei daher davon auszugehen, dass der Verkehr die angegriffene Marke mit „KK“ oder „KEK“ wiedergebe. Somit stünden sich klanglich „K und K“, respektive „K plus K“, und „KK“ beziehungsweise „KEK“ gegenüber. Zumindest wenn die angegriffene Marke „KK“ ausgesprochen werde, bestehe eine entfernte klangliche Ähnlichkeit mit der „K und K“ benannten Widerspruchsmarke. Für die identischen und hochgradig ähnlichen Dienstleistungen, nämlich „Dienstleistungen zur Verpflegung und Beherbergung von Gästen“ und „Verpflegung von Gästen in Restaurants“ könne daher klanglich die Gefahr der Verwechslung nicht ausgeschlossen werden.

Hiergegen wendet sich die Widersprechende mit ihrer Beschwerde vom 10. September 2012. Sie führt aus, ihre Widerspruchsmarke für sämtliche von dieser umfassten Dienstleistungen rechtserhaltend benutzt zu haben. Zum Beleg legt sie ergänzende Benutzungsunterlagen vor. Insoweit wird auf die von ihr eingereichten Anlagen LS 4 bis LS 37 sowie LS 42 bis LS 142 Bezug genommen. Ferner verweist sie auf eine schriftliche Bestätigung in der von ihr ebenfalls vorgelegten Anlage LS 38, derzufolge sie, die Inhaberin der Widerspruchsmarke, der Benutzung ihres Zeichens seitens der von ihr genannten Drittunternehmen zugestimmt habe, sowie auf eine eidesstattliche Versicherung des ehemaligen Geschäftsführers der K... mbH, K..., in Anlage LS 41, welche die mit der Widerspruchsmarke und mit der Marke 005783485 in den Jahren 2010 bis 2015 für die Dienstleistungen „Hotels“ und „Restaurants“ erzielten Umsätze zum Gegenstand hat. Wegen der näheren Einzelheiten wird auch insoweit auf die Anlagen Bezug genommen.

Weiter führt sie aus, die sich gegenüberstehenden Waren bzw. Dienstleistungen seien teils identisch, teils zumindest hochgradig ähnlich.

Auf Grund der Tatsache, dass im Rahmen der Verpflegung von Gästen regelmäßig auch entsprechende Speisen angeboten würden, bestehe eine hochgradige Ähnlichkeit zu den in die Klassen 29 und 30 fallenden Waren der angegriffenen Marke. Die angesprochenen Verkehrskreise würden davon ausgehen, dass die hierfür verwendeten Waren auch aus dem Unternehmen des Dienstleistungserbringers stammten.

Die Dienstleistungen „Restaurants“ und „Hotels“ seien identisch mit Dienstleistungen der „Verpflegung und Beherbergung von Gästen“. Des Weiteren sei auch die von der angegriffenen Marke in Klasse 43 beanspruchte Dienstleistung „Catering“ hochgradig ähnlich zu den Widerspruchsdienstleistungen eines Restaurants und der Verpflegung von Gästen. Catering-Dienstleistungen würden insbesondere auch von Restaurants erbracht. Dies sei den angesprochenen Verkehrskreisen auch bekannt. Die Beschwerdeführerin verweist in diesem Zusammenhang auf zwei Bestätigungen und eine Rechnung betreffend die Erbringung von Cateringdienstleistungen seitens des K... am W...

(Anlage LS 40 zum Schriftsatz vom 28. August 2014), auf die verwiesen wird.

Selbst wenn man, so die Beschwerdeführerin, davon ausgehen wollte, dass eine rechtserhaltende Benutzung ihrer Widerspruchsmarke nur für die Verpflegung von Gästen im Zusammenhang mit Hotels glaubhaft gemacht worden sei, läge auch insoweit eine hochgradige Dienstleistungsähnlichkeit vor. Den angesprochenen Verkehrskreisen sei nämlich bekannt, dass auch Hotels Catering-Dienstleistungen anbieten würden.

Nicht zuletzt auf Grund ihrer umfassenden Benutzung in der Europäischen Union weise die Widerspruchsmarke auch eine stark erhöhte Kennzeichnungskraft auf.

Die graphische Ausgestaltung der angegriffenen Marke „K&K“ sei nicht so charakteristisch, dass sie vom Verkehr als das Wesentliche des Zeichens aufgefasst werde und die Wortelemente dagegen zurücktreten würden. Durch die Einbettung

des Zeichens „K&K“ in einen Kreis trete der Wortbestandteil nicht als wesentliches Erkennungsmerkmal der kombinierten Wort-/Bildmarke in den Hintergrund. Gleiches gelte für die stilisierte Ausgestaltung des „&“. Auch dieser Stilisierung komme keinerlei eigenständige, herkunftshinweisende Bedeutung zu. Insbesondere werde der Wortbestandteil der angegriffenen Marke „K&K“ durch die kreisförmige Umrandung sogar noch hervorgehoben.

Die angesprochenen Verkehrskreise, so die Beschwerdeführerin, würden das sich zwischen den beiden „K“ befindliche Zeichen in der angegriffenen Marke im Sinne eines „und“ auffassen. Ohne eine analysierende Betrachtung der angegriffenen Marke könne diese nämlich von den angesprochenen Verkehrskreisen nur als „K&K“ wahrgenommen werden. Um in dem Zeichen, welches sich zwischen den beiden Buchstaben „K“ befinde, ein „E“ zu erkennen, müsse eine genaue und analysierende Betrachtungsweise vorgenommen werden. Es sei ein nicht unerhebliches Maß an Fantasie erforderlich, um in diesem Zeichen ein „E“ zu erkennen.

Die bildliche Zeichenähnlichkeit ergebe sich bereits daraus, dass beide Zeichen durch die Buchstabenfolge „KK“ geprägt würden und insoweit absolut identisch seien. Der geringfügige Unterschied bestünde allein in der Art des Bindeglieds, welches die „K“ miteinander verbinde. Die Bindeglieder seien aber Sondersymbole gleichen Bedeutungsgehalts. Dem Bindeglied komme daher nicht im Ansatz die gleiche Bedeutung zu, wie den in beiden Marken identisch enthaltenen Buchstaben.

Auch sei von einer hochgradig klanglichen Ähnlichkeit auszugehen. Es entspreche der allgemeinen Lebenserfahrung, dass der Verkehr bei der Aussprache der Zeichen das Bindeglied der Einfachheit halber weglassen werde. In diesem Zusammenhang sei nochmals darauf hinzuweisen, dass sowohl das „+“ als auch das stilisierte „&“ jeweils bedeutungsidentisch seien. Die beiden sich gegenüberstehenden Marken seien in den Buchstaben „K“ identisch. Lediglich das

Sonderzeichen, welches beide Buchstaben verbinde, sei jeweils anders. Dieses habe aber für die Frage der klanglichen Verwechslungsgefahr außer Acht zu bleiben.

Schließlich liege auch eine begriffliche Ähnlichkeit vor, da sowohl das „&“-Symbol als auch das „+“-Symbol jeweils für eine Verbindung der beiden Buchstaben „K“ stehe. Die angesprochenen Verkehrskreise würden die Marken daher nicht nur unmittelbar miteinander verwechseln, sondern auch dem unzutreffenden Eindruck unterliegen, es bestünden wirtschaftliche und/oder juristische Verflechtungen zwischen den Verfahrensbeteiligten (mittelbare Verwechslungsgefahr).

Die Widersprechende beantragt,

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 29 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 16. März 2010 und vom 7. August 2012 aufzuheben, soweit der Widerspruch hinsichtlich der Waren der Klassen 29 und 30 sowie hinsichtlich der Dienstleistung „Catering“ der Klasse 43 zurückgewiesen worden ist. Wegen des Widerspruchs aus der Gemeinschaftsmarke 000 30 2380 wird die Löschung der Eintragung der Marke 307 09 064 insoweit auch für diese Waren und Dienstleistungen angeordnet.

Die Widersprechende beantragt darüber hinaus,

die Anschlussbeschwerde kostenpflichtig zurückzuweisen.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Im Wege der Anschlussbeschwerde beantragt sie darüber hinaus,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 29 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 7. August 2012 teilweise aufzuheben, soweit die Löschung der Eintragung der Marke 307 09 064 angeordnet worden ist, und den Widerspruch auch insoweit zurückzuweisen.

Des Weiteren regt sie die Zulassung der Rechtsbeschwerde zur Klärung verschiedener Fragen an.

Sie bestreitet weiterhin die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke. Die Marke der Beschwerdeführerin werde zum einen nicht in ihrer eingetragenen, sondern lediglich in einer abgewandelten Form benutzt. Dies geschehe insbesondere mit eigenständigen Zusätzen, die den kennzeichnenden Charakter der Marke veränderten. Zum anderen handele es sich auch lediglich um eine firmenmäßige und nicht um eine markenmäßige Benutzung. Weitere Bedenken hinsichtlich der rechtserhaltenden Benutzung ergäben sich daraus, dass sämtliche vorgelegten Benutzungsnachweise nicht von der Markeninhaberin, sondern von anderen Unternehmen stammten. Zwar könne die Benutzung einer Marke durch einen Dritten mit Zustimmung des Markeninhabers der Benutzung durch letzteren selbst gleichgestellt sein, dazu müsse die Zustimmung jedoch vor Aufnahme der Benutzung vorliegen. Eine entsprechende Benutzung oder die Zustimmung vor deren Aufnahme sei vorliegend aber nicht ersichtlich. In diesem Zusammenhang vermöge auch die als Anlage LS 38 eingereichte „Bestätigung“ der Markeninhaberin kein anderes Ergebnis zu rechtfertigen. Ungewöhnlicherweise sei dieses Schriftstück nämlich nicht datiert. Es werde daher bestritten, dass eine entsprechende Zustimmung vor der Benutzungsaufnahme erteilt worden sei.

Aber selbst wenn man eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke unterstellen wollte, belegten die Unterlagen allenfalls eine Benutzung für die

„Beherbergung und Verpflegung von Gästen in einem Hotel“, nicht jedoch zugleich auch für die Dienstleistung „Restaurants“. Die insoweit vorgelegten Rechnungen belegten nicht Leistungen eines Restaurants, sondern allenfalls solche der Hotelbar und der Minibar. Dass es sich bei dem Betrieb einer Hotelbar und dem Bereitstellen einer Minibar nicht um eine Restaurantdienstleistung handele, sei offensichtlich. Es würden zum einen keine Speisen serviert, was hingegen das Wesen eines Restaurants sei. Zum anderen wäre selbst dann keine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke gegeben. Denn der Verkehr müsse aufgrund der Benutzung ohne Weiteres ersehen können, auf welche konkrete Dienstleistung sich der Zeichengebrauch beziehe. So könne zum Beispiel die Anbringung einer Firmenmarke an dem Geschäftslokal sicherlich nicht ausreichen, eine rechtserhaltende Benutzung für zahlreiche unterschiedliche Dienstleistungen, die in dem Geschäftslokal erbracht werden würden, nachzuweisen. Insoweit sei vielmehr auch eine Kennzeichnung der einzelnen Bereiche geboten. Auch die als Anlage LS 18 überreichte Speisekarte rechtfertige kein anderes Ergebnis. Es handele sich hierbei um die Speisekarte eines Drittunternehmens. Auch die vorgelegten Rechnungen enthielten keinerlei Information darüber, in welchem Umfang die Dienstleistungen angeboten worden seien.

Falls man von der Benutzung der Widerspruchsmarke für die Dienstleistung „Beherbergung und Verpflegung von Gästen in einem Hotel“ ausgehen wollte, so liege allenfalls eine Ähnlichkeit mit der in Klasse 43 der angegriffenen Marke enthaltenen Dienstleistung „Dienstleistungen zur Verpflegung und Beherbergung von Gästen“ vor. Im Hinblick auf die Waren der Klassen 29 und 30 bestehe keinerlei Ähnlichkeit. Bei keiner der Waren werde der Verbraucher davon ausgehen, dass sie vom Betreiber eines Hotels stammten, da dies vollkommen unüblich und abwegig sei.

Ebenfalls liege keine Ähnlichkeit zu der Dienstleistung „Catering“ vor. Während das Wesen des „Catering“ darin bestehe, dass die Dienstleistung an einem beliebigen Ort erbracht werde, werde die Dienstleistung „Beherbergung von

Gästen in einem Hotel“ an einem festgelegten, vom Adressaten der Dienstleistung gerade nicht wählbaren Ort erbracht. Darüber hinaus werde diese Dienstleistung regelmäßig von Gaststätten, Metzgereien oder auch eigenständigen Großküchen erbracht, was den maßgeblichen Verkehrskreisen auch bekannt sei. Es dürfe ferner nicht vergessen werden, dass von der Dienstleistung „Catering“ nicht nur das Anbieten eines Partyservices erfasst sei, sondern vielmehr diesem Begriff auch die Versorgung von Kantinen und Großküchen, die Verpflegung von Großveranstaltungen und insbesondere auch die Versorgung von Fluggesellschaften, Zügen etc. unterfalle. Hieraus werde noch deutlicher, dass keinerlei Ähnlichkeiten und Überschneidungen mit der Dienstleistung eines Hotels bestünden.

Auch fehle es vorliegend an einer relevanten Zeichenähnlichkeit. Die angegriffene Marke sei eine Bildmarke, bestehend aus der Kombination zweier Buchstaben, die durch ein Zeichen miteinander verbunden seien, das weniger dem „&“ Zeichen ähnele, als vielmehr einem stilisierten, groß geschriebenen „E“.

Visuell unterschieden sich die Vergleichszeichen klar voneinander, auch wenn die Buchstaben „K“ sowohl in der angegriffenen Marke als auch in der Widerspruchsmarke vorkämen. So werde die angegriffene Marke in schriftbildlicher Hinsicht durch die beiden Buchstaben „K“ und das mehr einem „E“ als einem „&“ ähnelnde Zeichen geprägt. Diese Bestandteile würden dem Durchschnittsverbraucher als Einheit gegenüberreten und würden bei flüchtiger Wahrnehmung als „KEK“ aufgefasst. Daraus ergebe sich ein klarer Unterschied zur Widerspruchsmarke, bei der die Buchstaben „K“ und das mathematische Zeichen „+“ visuell einen klaren räumlichen Abstand aufwiesen und damit vom Publikum isoliert als separate Zeichen „K“, „+“ und „K“ wahrgenommen würden. Nicht unberücksichtigt bleiben dürfe in diesem Zusammenhang letztlich, dass die in den Vergleichsmarken enthaltenen Sonderzeichen visuell nicht ähnlich seien („E“/„+“).

In phonetischer Hinsicht bestünden ebenfalls markante Unterschiede zwischen den Vergleichszeichen. So werde das angegriffene Zeichen mit Blick auf das einem „E“ ähnelnde Verbindungszeichen als „KEK“ ausgesprochen oder, sofern man das Verbindungszeichen als ein „&“ Zeichen erkenne, als „K&K“ (ka-und-ka). Die Widerspruchsmarke werde hingegen auf Grund des mathematischen Zeichens „+“ und der deutlichen räumlichen Abstände zwischen den drei Zeichenelementen als „ka-plus-ka“ ausgesprochen.

Hinzu komme, so die Inhaberin der angegriffenen Marke abschließend, dass die Widerspruchsmarke über eine äußerst geringe Kennzeichnungskraft verfüge. Sie bestehe nicht nur aus lediglich zwei Buchstaben und einem mathematischen Zeichen, was für sich genommen bereits zu einem geringen Schutzzumfang führe. Vielmehr bestünden auch zahlreiche Drittmarken im einschlägigen Waren- und Dienstleistungsbereich, was weiter zu einer Schwächung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke beitrage.

Im Laufe vorliegenden Verfahrens hat das EUIPO (vormals HABM) mit Beschlüssen vom 14. Mai 2014 und vom 6. Juli 2015 die Widerspruchsmarke hinsichtlich sämtlicher von dieser Marke beanspruchten Waren und Dienstleistungen gelöscht, mit Ausnahme der nachfolgenden Dienstleistungen:

Klasse 42: Restaurants, Hotels.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist insoweit begründet, als die Markenstelle in ihren angegriffenen Beschlüssen den Widerspruch der Beschwerdeführerin auch hinsichtlich der Waren und Dienstleistung der Klassen:

- Klasse 29: Fleisch, Fisch, Geflügel, Wild; Fleischextrakte; konserviertes, tiefgekühltes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Gallerten (Gelees); Konfitüren, Kompotte; Eier, Milch und Milchprodukte; Speiseöle und -fette;
- Klasse 30: Kaffee, Tee, Kakao, Zucker, Reis, Kaffee-Ersatzmittel; Mehle und Getreidepräparate; Brot, feine Backwaren und Konditorwaren, Speiseeis; Honig; Salz, Senf; Essig, Saucen (Würzmittel); Gewürze;
- Klasse 43: Catering,

zurückgewiesen hat, da auch insoweit die Voraussetzungen einer zeichenrechtlichen Verwechslungsgefahr gemäß §§ 125b Ziffer 1, 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG vorliegen. Die weitergehende Beschwerde ist hingegen unbegründet.

Die Anschlussbeschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke ist zulässig, da sie bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung eingelegt werden kann (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 11. Auflage, 2015, § 66, Rdnr. 52). Sie ist aber unbegründet.

Vorliegend finden noch die Regelungen der GMV Anwendung, da die Verordnung über die Unionsmarke (UMV – Verordnung (EU) 2015/2424) erst mit Wirkung zum 23. März 2016 in Kraft getreten ist.

1.

Die Beschwerde ist im tenorierten Umfang begründet, da auch hinsichtlich der aus dem Tenor ersichtlichen Waren und Dienstleistung die Gefahr einer Verwechslung der sich gegenüberstehenden Vergleichszeichen besteht. Die weitergehende Beschwerde ist hingegen unbegründet.

a.

Die Frage der Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG ist nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der zueinander in Wechselbeziehung stehenden Faktoren der Ähnlichkeit der Marken, der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen sowie der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke zu beurteilen, wobei insbesondere ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Marken durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen oder durch eine erhöhte Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (EuGH GRUR 2010, 1098, Rdnr. 44 - Calvin Klein/HABM; GRUR 2010, 933, Rdnr. 32 - Barbara Becker; GRUR 2006, 237 – PICARO/PICASSO; BGH GRUR 2014, 488, Rdnr. 9 - DESPERADOS/DESPERADO; GRUR 2012, 1040, Rdnr. 25 - pjur/pure; GRUR 2010, 235, Rdnr. 15 - AIDA/AIDU; GRUR 2009, 484, Rdnr. 23 - METROBUS; GRUR 2008, 905, Rdnr. 12 - Pantohexal; GRUR 2008, 258, Rdnr. 20 - INTERCONNECT/T-InterConnect; GRUR 2006, 859, Rdnr. 16 – Malteserkreuz I; GRUR 2006, 60, Rdnr. 12 - coccodrillo m. w. N.). Bei dieser umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist auf den durch die Zeichen hervorgerufenen Gesamteindruck abzustellen, wobei insbesondere ihre unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind (vgl. EuGH, a. a. O. - Barbara Becker; GRUR Int. 2010, 129, Rdnr. 60 - Aceites del Sur-Coosur SA/Koipe Corporación [Carbonell/La Española]; BGH GRUR 2013, 833, Rdnr. 30 - Culinaria/Villa Culinaria; a. a. O. - pjur/pure).

b.

Die Beschwerdegegnerin hat die (unbeschränkte) Einrede der Nichtbenutzung erhoben. Demgemäß muss die Inhaberin der Widerspruchsmarke vorliegend glaubhaft machen, dass sie ihre Marke innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Veröffentlichung der Eintragung der Marke, gegen die sich der Widerspruch

richtet, in der Europäischen Gemeinschaft rechtserhaltend benutzt hat (Art. 15 GMV i. V. m. §§ 125b Ziffer 4, 43 Abs. 1 S. 1 MarkenG). Darüber hinaus muss die Inhaberin der Widerspruchsmarke glaubhaft machen, dass die Marke innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Entscheidung über den Widerspruch rechtserhaltend benutzt worden ist (Art. 15 GMV i. V. m. §§ 125b Ziffer 4, 43 Abs. 1 S. 2 MarkenG). Da die Eintragung der angegriffenen Marke der Beschwerdegegnerin am 29. Juni 2007 veröffentlicht worden ist, läuft der erste diesbezügliche Benutzungszeitraum von Juni 2002 bis Juni 2007. Auf Grund der Tatsache, dass als „Entscheidung“ gemäß Art. 15 GMV, §§ 125b Ziffer 4, 43 Abs. 1 S. 2 MarkenG die das jeweilige Verfahren abschließende Entscheidung zu verstehen ist, also ggf. erst die Beschwerdeentscheidung (Ströbele/Hacker, a. a. O., § 43, Rdnr. 17), beläuft sich der zweite Benutzungszeitraum von Januar 2011 bis Januar 2016.

Nach erfolgter Teillöschung durch das EUIPO beansprucht die Marke der Widersprechenden nunmehr lediglich noch Schutz für die Dienstleistungen in Klasse 42 „Restaurants, Hotels“. Die zum Eintragungszeitpunkt der Widerspruchsmarke gültige Nizza-Klassifikation 7-1997 lautete (soweit für vorliegendes Verfahren von Relevanz) wie folgt (Unterstreichung durch das Gericht):

- services rendered in procuring lodgings, rooms and meals, by hotels, boarding houses, tourist camps, tourist houses, dude ranches, sanatoria, rest homes and convalescence homes;
- services rendered by establishments essentially engaged in procuring food or drink prepared for consumption; such services can be rendered by restaurants, self service restaurants, canteens, etc;

Hiervon ausgehend ist festzustellen, dass die Dienstleistung „Hotels“ (u. a.) die „Beherbergung und Verpflegung von Gästen in einem Hotel“ und die Dienstleistung „Restaurants“ (u. a.) die „Verpflegung von Gästen“ zum Gegenstand haben. Insoweit hat die Beschwerdeführerin eine rechtserhaltende Benutzung

ihrer Widerspruchsmarke hinreichend glaubhaft gemacht. Ob im Sinne der erweiterten Minimallösung (vgl. hierzu Ströbele/Hacker, a. a. O., § 26, Rdnr. 260) auch noch weitere gleiche Dienstleistungen den Begriffen „Restaurants“ und „Hotels“ unterfallen, kann im Ergebnis dahingestellt bleiben, da die Beschwerdeführerin die Erbringung solcher Dienstleistungen eines „Hotels“ und eines zum gleichen Bereich gehörenden „Restaurants“ nicht geltend gemacht und daher insoweit - konsequenterweise - auch keine entsprechenden Benutzungsnachweise vorgelegt hat.

Die Beschwerdeführerin hat durch Vorlage der Anlagen LS 4 bis LS 22 sowie LS 24 und LS 25 umfassend belegt, dass sie ihr Zeichen für die Dienstleistungen „Beherbergung von Gästen in einem Hotel“ und „Verpflegung von Gästen“ in beiden Benutzungszeiträumen umfassend in der Europäischen Gemeinschaft, nämlich unter anderem in Paris, Prag, Budapest, Bukarest, London, Wien, Barcelona und München, benutzt hat (Art. 15 GMV i. V. m. §§ 125b Ziffer 4, 43 Abs. 1 MarkenG). Dies belegen auch die ergänzend vorgelegten Nachweise gemäß den Anlagen LS 41 bis LS 142. Insbesondere aus der als Anlage LS 41 vorgelegten eidesstattlichen Versicherung des (ehemaligen) Geschäftsführers K... der K... mbH, welche beide Benutzungszeiträume zum Gegenstand hat, geht hervor, dass die Beschwerdeführerin in dem Zeitraum vom 1. April 2006 bis 31. März 2015 mit dem Betrieb von Hotels und Restaurants unter Verwendung der Widerspruchsmarke jeweils Jahresumsätze in Millionenhöhe erzielt hat.

Soweit die Beschwerdegegnerin insbesondere hinsichtlich der Dienstleistung „Restaurants“ eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke auch unter Berücksichtigung der von der Beschwerdeführerin diesbezüglich vorgelegten Unterlagen in Abrede stellt, ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin durch Vorlage zahlreicher Speisekarten hinreichend glaubhaft gemacht hat, dass sie ihre Widerspruchsmarke gemeinschaftsweit für die Erbringung von Restaurantdienstleistungen rechtserhaltend benutzt hat. Dies gilt zunächst für das

entsprechende Angebot im Restaurant am Waagplatz (Anlagen LS 99 bis LS 102). Entsprechend verhält es sich aber auch für Restaurantdienstleistungen in zahlreichen anderen europäischen Hotels. Lediglich exemplarisch wird insoweit auf die Anlagen LS 43, LS 48, LS 53, LS 59 und LS 64 verwiesen. Bei den aus den Anlagen ersichtlichen Speise- und Getränkeangeboten handelt es sich auch nicht um solche einer „einfachen“ Hotelbar, respektive einer Minibar. Aus den vorgelegten Speisekarten ist vielmehr ersichtlich, dass das jeweils vorgehaltene Angebot an Speisen und Getränken einen Umfang und eine Variationsbreite aufweist, welche sogenannten „klassischen“ Restaurationsbetrieben entsprechen, diese teilweise sogar noch übersteigen. Allein der Umstand, dass dieses Dienstleistungsangebot in einem Hotel angeboten wird, führt nicht zwangsläufig dazu, dass es seine Eigenständigkeit verliert und ausschließlich der Dienstleistung „Hotels“ unterfällt. Der Verkehr ist daran gewöhnt, dass zumindest in mittleren und gehobenen Hotels eigenständige Restaurationsbetriebe existieren, die unabhängig von ersteren betrieben werden und damit beispielsweise auch Gästen offenstehen, die keine Hoteldienstleistungen in Anspruch nehmen.

Die Beschwerdeführerin hat durch Vorlage der Anlage LS 38 ferner dargetan, dass die vorstehend angeführten Benutzungshandlungen betreffend die Dienstleistungen in Klasse 42 „Restaurants“ und „Hotels“ durch Drittunternehmen mit ihrer Zustimmung erfolgt sind (Art. 15 Abs. 2 GMV i. V. m. § 125b Ziffer 4 MarkenG). Die diesbezügliche Erklärung ist zwar undatiert. Zutreffend hat die Beschwerdegegnerin darauf hingewiesen, dass zur Vermeidung von Missbräuchen für eine rechtserhaltende Drittbenutzung die vorherige Zustimmung des jeweiligen Markeninhabers erforderlich ist (Büscher/Kochendörfer, BeckOK GMV, 1. Edition, Stand 15. Juni 2015, Art. 15, Rdnr. 154). Allerdings sind regelmäßig keine überzogenen Anforderungen an den erforderlichen Nachweis der Zustimmung zu stellen. Ausreichend ist insofern auch eine mündliche oder konkludent ausgedrückte Zustimmung, wenn - wie vorliegend der Fall - die Umstände und Anhaltspunkte vor, bei oder nach der Benutzung der fraglichen Marke durch einen Dritten mit Bestimmtheit einen Verzicht des Inhabers auf sein Verbotsrecht

gegenüber dem Dritten erkennen lassen (Büscher/Kochendörfer, a. a. O., Rdnr. 155). Mit Vorlage der ergänzenden eidesstattlichen Versicherung gemäß Anlage LS 41 hat die Beschwerdeführerin glaubhaft gemacht, dass die vorgelegten Benutzungshandlungen im Rahmen von Lizenzverträgen und folglich mit ihrer Zustimmung erfolgt sind.

Die Benutzung der Widerspruchsmarke erfolgte dabei auch markenmäßig. Die Benutzung des Zeichens in der Geschäftskorrespondenz, auf Briefbögen und Umschlägen, auf Visitenkarten und Rechnungen oder Bestellformularen ist diesbezüglich regelmäßig ausreichend (Büscher/Kochendörfer, a. a. O., Rdnr. 19). Eine solche (markenmäßige) Verwendung des Zeichens „K+K“ hat die Beschwerdeführerin belegt.

Soweit die Beschwerdegegnerin eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke auch deshalb bestritten hat, weil diese nicht in der eingetragenen Form erfolgt sei, vermag auch dies ihr nicht zum Erfolg zu verhelfen.

Gemäß Art. 15 Abs. 1 lit. a GMV gilt als Benutzung einer eingetragenen Marke auch die Benutzung der Marke in einer Form, die von der Eintragung abweicht, soweit die Abweichung die Unterscheidungskraft nicht verändert. Entscheidend ist, ob eine Abweichung nur in geringfügigen Bestandteilen vorliegt und die beiden Zeichen somit als insgesamt gleichwertig betrachtet werden können (Büscher/Kochendörfer, a. a. O., Rdnr. 104).

Zutreffend hat die Markenstelle in ihrem Erinnerungsbeschluss ausgeführt, dass die Verwendung des eingetragenen Zeichens in Verbindung mit Zusätzen wie „K+K Hotels“ oder „K+K Hotels am Harras“ unschädlich ist, da hierin lediglich eine Beschreibung der Art der Dienstleistung und des Ortes, an dem diese erbracht wird, liegt. Entsprechend verhält es sich auch bei den anderweitigen Angaben wie beispielsweise „K+K Hotel George“ oder „K+K Hotel Central“. Soweit das verwendete Zeichen ein ergänzendes Bildelement aufweist, steht auch dies der

Annahme einer rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke nicht entgegen. Bei Bildelementen in Form schlichter Umrahmungen - wie vorliegend der Fall - handelt es sich um einfache Gestaltungen, welche der Verbraucher regelmäßig nicht als unterscheidungskräftig wahrnimmt, zumal er sich bei einer Kombination aus Wort- und Bildelementen regelmäßig am Wortbestandteil als der einfachsten Form der Benennung orientiert.

c.

Mit der Markenstelle ist weiterhin davon auszugehen, dass die Widerspruchsmarke über eine (zumindest) durchschnittliche Kennzeichnungskraft verfügt. Die Annahme der Beschwerdegegnerin, das Zeichen „K+K“ der Widerspruchsführerin beinhalte eine Anlehnung an die Doppelmonarchie, ist fernliegend, da „kaiserlich und königlich“ regelmäßig mit „k. u. k.“ abgekürzt wird, worauf das Amt in seinem Beschluss vom 7. August 2012 zutreffend hingewiesen hat. Auch die von der Beschwerdegegnerin ins Feld geführten Drittzeichen vermögen eine Schwächung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke nicht zu begründen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die diesbezüglichen - zutreffenden - Ausführungen der Markenstelle in dem oben genannten Beschluss verwiesen.

d.

Die Ähnlichkeit einander gegenüberstehender Marken ist nach deren Ähnlichkeit im (Schrift-)Bild, im Klang und im Bedeutungs- oder Sinngehalt zu beurteilen, weil Marken auf die von ihnen angesprochenen Verkehrskreise in bildlicher, klanglicher und begrifflicher Hinsicht wirken können. Dabei genügt für die Bejahung der Markenähnlichkeit regelmäßig bereits die Ähnlichkeit in einem der genannten Wahrnehmungsbereiche (vgl. BGH GRUR 2014, 382, Rdnr. 25 - REAL-Chips; GRUR 2011, 824, Rdnr. 25f. - Kappa m. w. N.). Die sich gegenüberstehenden Kennzeichen sind dabei jeweils als Ganzes zu betrachten und in ihrem Gesamteindruck miteinander zu vergleichen. Das schließt nicht aus, dass unter

Umständen ein oder mehrere Bestandteile einer komplexen Marke für den durch das Kennzeichen im Gedächtnis der angesprochenen Verkehrskreise hervorgerufenen Gesamteindruck prägend sein können (vgl. EuGH GRUR 2005, 1042 - THOMSON LIFE; BGH GRUR 2006, 859, Rdnr. 18 – Malteserkreuz I). Weiter ist es möglich, dass ein Bestandteil einer zusammengesetzten Marke oder einer komplexen Kennzeichnung eine selbstständig kennzeichnende Stellung behält, ohne dass er das Erscheinungsbild der zusammengesetzten Marke oder komplexen Kennzeichnung dominiert oder prägt (EuGH a. a. O., Rdnr. 30 - THOMSON LIFE; BGH, GRUR 2004, 865 - Mustang). Bei Identität oder Ähnlichkeit dieses selbstständig kennzeichnenden Bestandteils mit einer Marke älteren Zeitrangs kann Verwechslungsgefahr zu bejahen sein, weil dadurch bei den angesprochenen Verkehrskreisen der Eindruck hervorgerufen werden kann, dass die fraglichen Waren oder Dienstleistungen zumindest aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen (BGH GRUR 2013, 833, Rdnr. 45 - Culinaria/Villa Culinaria).

Im Streitfall stehen sich die Wort-/Bildmarke



sowie die Wortmarke

K+K

gegenüber.

Dabei erweisen sich die beiden Vergleichszeichen zumindest in klanglicher und begrifflicher Hinsicht als identisch.

In klanglicher Hinsicht wird der angesprochene Verkehr das Widerspruchszeichen als „k plus k“ bzw. als „k und k“ aussprechen.

Die jüngere Marke der Beschwerdegegnerin wird von den Wortbestandteilen „K&K“ geprägt. Einer Prägung der jüngeren Marke durch die in ihr enthaltenen Wortbestandteile in klanglicher Hinsicht steht auch nicht der Bildbestandteil des diese umschließenden Kreises entgegen, da der Verkehr dem Wort beim Zusammentreffen von Wort- und Bildbestandteilen als einfachste und kürzeste Bezeichnungsform die prägende Bedeutung zumisst (BPatG 27 W (pat) 78/09 m. w. N.).

Entgegen dem anders lautenden Vorbringen der Beschwerdegegnerin wird der Verkehr das zwischen den beiden Buchstaben „K“ in der angegriffenen Marke befindliche und diese verbindende weitere Zeichenelement nicht als ein „E“, sondern vielmehr als ein kaufmännisches „&“-Symbol auffassen. An die historische Form dieses Zeichens erinnert das Verbindungselement. Seine konkrete Ausgestaltung führt zu keiner so starken Verfremdung, die es dem Verkehr nicht mehr erlauben würde, das (aktuelle) kaufmännische „&“-Symbol zu erkennen.

Im Ergebnis wird das angegriffene Zeichen der Beschwerdegegnerin somit „k und k“ ausgesprochen werden.

Auf Grund der Tatsache, dass relevante Teile des angesprochenen Verkehrs das Zeichen der Widersprechenden – wie auch das der Inhaberin der angegriffenen Marke – jeweils mit „k und k“ aussprechen werden, sind die Voraussetzungen einer klanglichen Identität gegeben.

Auch begrifflich sind die beiden Marken identisch, da beide inhaltlich die Bedeutung „zwei Mal K“ aufweisen.

e.

Nach gefestigter Rechtsprechung ist eine Ähnlichkeit der beiderseitigen Waren und Dienstleistungen anzunehmen, wenn diese unter Berücksichtigung aller erheblichen Faktoren, die ihr Verhältnis zueinander kennzeichnen - insbesondere ihrer Beschaffenheit, ihrer regelmäßigen betrieblichen Herkunft, ihrer regelmäßigen Vertriebs- oder Erbringungsart, ihres Verwendungszwecks und ihrer Nutzung, ihrer wirtschaftlichen Bedeutung, ihrer Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Produkte und Leistungen oder anderer für die Frage der Verwechslungsgefahr wesentlicher Gründe - so enge Berührungspunkte aufweisen, dass die beteiligten Verkehrskreise der Meinung sein könnten, sie stammten aus denselben oder gegebenenfalls wirtschaftlich verbundenen Unternehmen (BGH GRUR 2007, 321 - COHIBA; GRUR 2007, 1066 - Kinderzeit; GRUR 2009, 484 - Metrobus; GRUR 2012, 1145 - Pelikan; GRUR 2014, 378 - OTTO CAP; GRUR 2014, 488 - DESPERADOS/DESPERADO).

Basierend auf der klanglichen sowie begrifflichen Identität der Vergleichszeichen sind hohe Anforderungen an den von der angegriffenen Marke einzuhaltenden Waren- respektive Dienstleistungsabstand zu stellen, um eine Verwechslungsgefahr zu vermeiden. Diesen insoweit erforderlichen Waren- beziehungsweise Dienstleistungsabstand hält das angegriffene Zeichen der Beschwerdegegnerin jedoch nicht vollumfänglich ein.

Die Marke der Beschwerdeführerin beansprucht u. a. Schutz für die Dienstleistung „Restaurants“ in Klasse 42. Die darunter fallende benutzte Dienstleistung „Verpflegung von Gästen“ weist eine hochgradige Ähnlichkeit zu der Dienstleistung „Catering“ auf, für welche die angegriffene Marke in der Klasse 43 Schutz

beansprucht (BPatG 27 W (pat) 116/10). Die Beschwerdeführerin hat durch Vorlage der Anlagen LS 40 sowie LS 110 auch belegt, dass Restaurants auch Cateringdienstleistungen anbieten und durchführen.

Hinsichtlich der von der angegriffenen Marke beanspruchten Waren in den Klassen 29 und 30 gilt es hingegen zu differenzieren:

Grundsätzlich sind Lebensmittel in der Klasse 29 und der Klasse 30 mit der Dienstleistung „Verpflegung von Gästen“ („Restaurants“) als ähnlich anzusehen (EuG GRUR-RR 2011, 253; BPatG 32 (W) pat 116/06). Hinsichtlich der Waren der Klasse 29 gilt dies insbesondere für „Käse“ (mithin also „Milchprodukte“ - BPatG 32 W (pat) 129/99), „Konfitüren“ (BPatG 26 W (pat) 82/94) sowie „Gelees“ (BPatG 29 W (pat) 53/85). Entsprechend verhält es sich auch bezüglich der weiteren Waren, für welche die angegriffene Marke in der Klasse 29 Schutz beansprucht. Dies, da Restaurationsbetriebe, speziell in dörflichen Regionen, ergänzend zu ihrem Speiseangebot auch hierzu verwendete Produkte, wie etwa Fleisch, Fisch, Geflügel und Wild, Fleischextrakte, Obst, Gemüse, Kompotte, Eier, Milch, Speiseöle und -fette zum separaten Erwerb anbieten. Speziell das seit geraumer Zeit gesteigerte Interesse eines Großteils der Bevölkerung an einer gesunden und nachhaltigen Ernährung hat dazu geführt, dass das Angebot solcher lokaler Erzeugnisse stark zugenommen hat, mit der Folge, dass auch und gerade Restaurationsbetriebe der hier in Rede stehenden Art ihr entsprechendes Angebot - als Ergänzung ihres stationären Angebots eines Restaurationsbetriebes - an Lebensmitteln weiter ausgebaut haben.

Hinsichtlich der Klasse 30 ist zwar auch insoweit grundsätzlich von einer Ähnlichkeit auszugehen (vgl. EuG a. a. O.; BPatG 32 (W) pat 116/06) - gleichwohl gilt dies vorliegend nicht für sämtliche der von der angegriffenen Marke umfassten Waren der Klasse 30. Ohne Weiteres als ähnlich einzustufen sind diesbezüglich „Kaffee, Tee und Kakao“ (BPatG 32 W (pat) 129/99; BPatG 28 W (pat) 9/04 - hierauf basierend liegt auch hinsichtlich „Kaffe-Ersatzmittel“ eine Ähnlichkeit

vor). Ebenso „Speiseeis“ (BPatG 27 W (pat) 46/83; BPatG GRUR 1987, 239) und „feine Backwaren und Konditorwaren“ (BPatG 29 W (pat) 93/99; BPatG 25 W (pat) 156/03). Auf Grund der vorhandenen Ähnlichkeit zu „feinen Backwaren und Konditorwaren“ gilt dies gleichermaßen auch für „Brot, Mehle und Getreidepräparate“. Speziell in Betrieben der gehobenen Gastronomie werden vielfach auch Lebensmittel wie etwa „Zucker“, „Reis“, „Honig“, „Salz“, „Senf“, „Essig“, „Saucen“ und „Gewürze“ unter der Marke der Gaststätte oder dem Namen des jeweiligen Kochs angeboten, die zumeist von besonders gehobener Qualität sind und oftmals auch im Rahmen einer eigenen Produktlinie angeboten sowie vertrieben werden. Anders verhält es sich hingegen hinsichtlich der Waren „Tapioka, Sago, Melassesirup, Hefe, Backpulver und Kühleis“. Diese Produkte sind regelmäßig ausschließlich außerhalb von Restaurationsbetrieben in eigenen Lebensmittelmärkten zu erwerben, was der Annahme einer Ähnlichkeit zu der Dienstleistung „Verpflegung von Gästen“ entgegensteht.

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde mithin lediglich im tenorierten Umfang als begründet.

2.

Die Anschlussbeschwerde ist hingegen unbegründet. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird hinsichtlich der rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke sowie des Vorliegens einer klanglichen und begrifflichen Identität auf obige Ausführungen verwiesen.

Die Widerspruchsmarke wird für die Dienstleistungen „Beherbergung von Gästen in einem Hotel“ und „Verpflegung von Gästen“ benutzt. Diese sind identisch mit den „Dienstleistungen zur Verpflegung und Beherbergung von Gästen“ sowie mit der „Verpflegung von Gästen in Restaurants“, wie sie von der angegriffenen Marke der Beschwerdegegnerin in Klasse 43 beansprucht werden. Hiervon ausgehend und basierend auf dem Vorliegen einer klanglichen und begrifflichen Identität sind

insoweit die Voraussetzungen einer zeichenrechtlichen Verwechslungsgefahr gegeben.

3.

Hinsichtlich der Kosten des Beschwerdeverfahrens verbleibt es bei der gesetzlichen Regelung des § 71 Abs. 1 Satz 2 MarkenG, da Billigkeitsgründe für die Auferlegung der Kosten auf einen Beteiligten weder vorgetragen noch ersichtlich sind.

4.

Soweit die Beschwerdegegnerin die Zulassung der Rechtsbeschwerde angeregt hat, sind die hierfür erforderlichen Voraussetzungen nicht gegeben - weder hat der vorliegende Fall Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zum Gegenstand (§ 83 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) noch ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 83 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG).

Dies gilt zunächst hinsichtlich der von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Fragestellungen: „Muss im Falle des Bestreitens der vorherigen Zustimmung zur Benutzung durch Dritte der Widersprechende entsprechende Belege vorlegen, um die rechtserhaltende Benutzung glaubhaft zu machen?“, „Umfasst die Dienstleistung „Beherbergung und Verpflegung von Gästen in Hotels“ die Dienstleistung „Restaurants“?“ sowie „Ist die Dienstleistung „Beherbergung und Verpflegung von Gästen in Hotels“ ähnlich zu der Dienstleistung „Catering“?“.

Dass die Beschwerdeführerin eine mit ihrer (vorherigen) Zustimmung erfolgte rechtserhaltende Benutzung ihrer Widerspruchsmarke - speziell auch für die Dienstleistung „Verpflegung von Gästen“ - insbesondere durch die Vorlage der eidesstattlichen Versicherung des ehemaligen Geschäftsführers Koller der K+K

Hotelgesellschaft mbH (Anlage 41) hinreichend glaubhaft gemacht hat, ist bereits ausgeführt worden. Weiterer Belege bedurfte es nicht. Auch dass der für die Widerspruchsmarke eingetragenen Dienstleistung „Restaurants“ die „Verpflegung von Gästen“ unterfällt, ist bereits ausführlich dargetan worden. Entsprechendes gilt gleichermaßen für das Vorliegen einer Dienstleistungsähnlichkeit zwischen der Dienstleistung „Verpflegung von Gästen“ und der Dienstleistung „Catering“ in Klasse 43, so dass insoweit für die Zulassung der Rechtsbeschwerde kein Raum ist.

Dies gilt auch unter Berücksichtigung des ergänzenden Vorbringens der Beschwerdegegnerin im Rahmen ihres nicht nachgelassenen Schriftsatzes vom 29. Januar 2016, in dem sie unter anderem die in der mündlichen Verhandlung vom 27. Januar 2016 aufgeworfenen Fragen zu Ziffer 4 und Ziffer 5 näher konkretisiert hat.

Die vermeintlich vom Bundesgerichtshof zu klärenden Fragen „Sind die von der Widerspruchsmarke GM 000 302 380 beanspruchten Dienstleistungen „Restaurants, Hotels“ hinreichend klar und bestimmt, so dass der Schutzzumfang der Widerspruchsmarke schnell, umfassend und unmissverständlich feststellbar ist? Entsprechen die Dienstleistungen „Restaurants“ und „Hotels“ nicht dem Bestimmtheitsgebot, kann aus einer Marke, die Schutz für solch unbestimmten Dienstleistungsbegriffe beansprucht, überhaupt ein Schutz beansprucht werden?“ vermögen gleichermaßen die Zulassung der Rechtsbeschwerde nicht zu begründen. Die Widerspruchsmarke der Beschwerdeführerin ist für die Dienstleistungen „Hotels“ und „Restaurants“ in Klasse 42 in das Markenregister eingetragen worden. Der Senat hat bereits unter Verweis auf die zum Eintragungszeitpunkt der Widerspruchsmarke gültige Nizza-Klassifikation dargelegt, dass von der Dienstleistung „Hotels“ die Leistungen „services rendered in procuring lodgings, rooms and meals, by hotels“ - mithin die „Beherbergung und Verpflegung von Gästen in Hotels“ umfasst sind. Ferner, dass von der Dienstleistung „Restaurants“ die Leistungen „services rendered by establishments

essentially engaged in procuring food or drink prepared for consumption; such services can be rendered by restaurants” - mithin die “Verpflegung von Gästen (in Restaurants)” erfasst sind. Die inhaltliche Bestimmtheit des Dienstleistungsverzeichnis der Widerspruchsmarke unterliegt daher keinen Bedenken, so dass auch insoweit für die Zulassung der Rechtsbeschwerde kein Raum ist.

Entsprechend verhält es sich auch bezüglich der weiter aufgeworfenen Fragestellung hinsichtlich der Annahme einer rechtserhaltenden Benutzung einer Marke bei Verwendung derselben lediglich mit ergänzenden Zusätzen. Im Hinblick auf die Annahme einer rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke auch im Rahmen einer Verwendung unter Hinzufügung ergänzender - lediglich beschreibender - Zusätze entspricht die Rechtsauffassung des Senats - wie bereits dargelegt der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung, so dass auch insoweit für die Zulassung der Rechtsbeschwerde kein Raum ist.

Soweit die Beschwerdegegnerin unter Verweis auf die von europäischen Gerichten vertretene Neutralisierungslehre im vorliegenden Fall die weitere Frage aufgeworfen hat: „Können bei der Gesamtabwägung aller für die Bejahung einer Verwechslungsgefahr zu berücksichtigenden Gesichtspunkte bei anzunehmender klanglicher Zeichenähnlichkeit diese durch markante Unterschiede der Vergleichszeichen im bildlichen Eindruck in einer Weise neutralisiert werden, dass eine Verwechslungsgefahr der sich gegenüber stehenden Zeichen auszuschließen ist?“, vermag auch dieser Gesichtspunkt die Zulassung der Rechtsbeschwerde nicht zu rechtfertigen. Zum einen ist in vorliegendem Fall neben einer klanglichen auch eine begriffliche Ähnlichkeit gegeben. Zum anderen entspricht die Rechtsauffassung des Senats der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, derzufolge weiterhin daran festzuhalten ist, dass für die Feststellung einer markenrechtlichen Verwechslungsgefahr eine Übereinstimmung in nur einer der drei Wahrnehmungsrichtungen (klanglich, bildlich, begrifflich) ausreichend ist (vgl. zuletzt BGH GRUR 2014, 382 - REAL-Chips).

Bei der in diesem Zusammenhang weiter aufgeworfenen Fragestellung: „Werden Dienstleistungen „Verpflegung von Gästen in Hotels, Beherbergung von Gästen in Hotels, Cateringdienstleistungen“ regelmäßig auf Sicht in Anspruch genommen?“ handelt es sich schon nicht um eine Rechtsfrage gemäß § 83 MarkenG, was der Zulassung der Rechtsbeschwerde entgegensteht.

Schließlich vermag auch die weitere Fragestellung, ob der angesprochene Verkehr auf Unterschiede in der Bezeichnung von Dienstleistungen sehr viel genauer achten wird, also von einer gesteigerten Aufmerksamkeit der Verbraucher ausgegangen werden müsse, wenn es um die Dienstleistungen „Beherbergung von Gästen“ und/oder „Verpflegung von Gästen in Hotels“ gehe, die Zulassung der Rechtsbeschwerde nicht zu rechtfertigen. Die Reduktion der „Hotel-“ beziehungsweise „Restaurant-Marke“ auf einen bloßen Identitätsschutz lässt sich nämlich nicht mit der behaupteten Verbrauchererwartung rechtfertigen, dass Restaurants/Hotels mit gleichem Namen an verschiedenen Orten wahrscheinlich nichts miteinander zu tun haben. Bereits die Existenz einer derartigen Verbrauchererwartung vermag der Senat nicht festzustellen. Zwar wird der Schutzzumfang einer Marke auch über das Verständnis und die Aufmerksamkeit des angesprochenen Verkehrs bestimmt. Daraus folgt aber nicht, dass das Recht an einer Marke auf ein Mittel des Verbraucherschutzes beschränkt werden könnte. Die Marke ist ein gewerbliches Schutzrecht des Markeninhabers. Der Sinn und Zweck der Marke besteht darin, für Waren und Dienstleistungen, die mit der Marke versehen sind, gegenüber Waren und Dienstleistungen anderer Unternehmer einen Absatzmarkt zu erschließen oder zu sichern (EuGH GRUR 2003, 425 - Ansul). Diese Möglichkeit bietet sich aber nur, wenn sie in dem gesamten Territorium, für das sie geschützt ist, auch geschützt wird, so dass ein Markeninhaber (oder ein Lizenznehmer) nicht Gefahr läuft, prioritätsjüngere verwechslungsfähige Zeichen hinnehmen zu müssen (Omsels, jurisPR-WettbR, 1/2016, Anm. 3). Dies wäre bei einer Beschränkung auf bloßen Identitätsschutz aber der Fall, was dem vorstehend angeführten und höchstrichterlich anerkannten

Sinn und Zweck des Markenschutzes zuwiderlaufen würde, so dass auch insoweit für die Zulassung der Rechtsbeschwerde kein Raum ist.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss steht den am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. 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 Rechtsbeschwerdeschrift muss von einer beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältin oder von einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet und innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe, eingereicht werden. Die Frist ist nur gewahrt, wenn die Rechtsbeschwerde vor Fristablauf beim Bundesgerichtshof eingeht. Die Frist kann nicht verlängert werden.

Dr. Kortbein

Uhlmann

Dr. Söchtig

Me