



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 23/16

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
27. Dezember 2017

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2009 026 339

hat der 30. Senat (Marken- und Design-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 21. September 2017 unter Mitwirkung der Richter Merzbach, Dr. Meiser und Schödel

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Widersprechenden wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 02 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 22. Juni 2015 aufgehoben, soweit darin der Widerspruch aus der Marke UM 005 137 708 in Bezug auf die Waren „Kochgeräte; Kocher; Kaffeemaschinen [elektrisch]; Geräte und Behälter für Haushalt und Küche“ zurückgewiesen worden ist.

Wegen des Widerspruchs aus der Marke UM 005 137 708 wird die Löschung der Marke 30 2009 026 339 für die Waren

„Klasse 11: Kochgeräte; Kocher; Kaffeemaschinen [elektrisch]

Klasse 21: Geräte und Behälter für Haushalt und Küche“

angeordnet.

Im Übrigen wird die Beschwerde der Widersprechenden zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die am 4. Mai 2009 angemeldete Wortmarke

nivo

ist am 30. November 2009 unter der Nummer 30 2009 026 339 für die Waren und Dienstleistungen

„Klasse 02: Farben, Firnisse, Lacke; Rostschutzmittel, Holzkonservierungsmittel; Färbemittel; Beizen; Naturharze im Rohzustand; Blattmetalle und Metalle in Pulverform für Maler, Dekorateur, Drucker und Künstler;

Klasse 07: Maschinen für die Metall-, Holz-, Kunststoffverarbeitung; Maschinen für die chemische Industrie, die Landwirtschaft, den Bergbau und die Getränkeindustrie; Textilmaschinen, Bau- und Verpackungsmaschinen, Werkzeugmaschinen; Motoren (ausgenommen Motoren für Landfahrzeuge); Kupplungen und Vorrichtungen zur Kraftübertragung (ausgenommen solche für Landfahrzeuge); nicht handbetätigte landwirtschaftliche Geräte; Staubsauger;

Klasse 08: handbetätigte Werkzeuge; handbetätigte Geräte für land-, garten- und forstwirtschaftliche Zwecke; handbetätigte Geräte für den Maschinen-, Apparate- und Fahrzeugbau sowie für die Bautechnik; Messerschmiedewaren, Gabeln und Löffel; Hieb- und Stichwaffen; Rasierapparate;

Klasse 09: wissenschaftliche, Vermessungs-, fotografische, Film-, optische, Wäge-, Mess-, Signal-, Kontroll-, Rettungs- und Unterrichtsapparate und -instrumente; Apparate und Instrumente zum Leiten, Schalten, Umwandeln, Speichern, Regeln und Kontrollieren von Elektrizität; Verkaufsautomaten und Mechaniken für geldbetätigte Apparate; Registrierkassen, Rechenmaschinen, Datenverarbeitungsgeräte und Computer;

Klasse 11: Beleuchtungs-, Heizungs-, Dampferzeugungs-, Koch-, Kühl-, Trocken-, Lüftungsgeräte; Wasserleitungsgeräte (ausgenommen Stahlbeton- und Betonrohre); sanitäre Anlagen (ausgenommen Stahlbeton- und Betonrohre); Lampen (elektrisch), Öllampen, Lampengläser und -schirme, Beleuchtungslampen, Glühbirnen (elektrisch), Brotbackmaschinen, Brunnen (Springbrunnen), Christbaumbeleuchtungen (elektrisch), Desinfektionsapparate, Fackeln, Kocher, Klimaapparate, Ventilatoren (Klimatisierung), Kochherde, Kühlapparate und Kühlschränke, Kleinlektrogeräte, nämlich Toaster, Röster, Fritteusen (elektrisch), Haartrockner, Heizlüfter, Kaffeemaschinen (elektrisch) und Waffeleisen (elektrisch);

Klasse 16: Papier, Pappe (Karton) und Waren aus diesen Materialien, soweit in dieser Klasse enthalten; Druckereierzeugnisse; Buchbinderartikel; Fotografien; Schreibwaren, insbesondere Schreibgeräte, Füllhalter, Bleistifte, Filzmalen, Buntstifte, Tintenkiller, Leuchtmarker und Markierungsstifte; Klebstoffe für Papier- und Schreibwaren oder für Haushaltszwecke; Künstlerbedarfsartikel; Pinsel; Schreibmaschinen und Büroartikel (ausgenommen Möbel); Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate und Druckereierzeugnisse), insbesondere Zeichen-/Kurvenlineale, Zeichenwinkel, Zirkel zum Zeichnen, Zeichenschablonen, Tafeln,

Zeigestäbe [nicht elektronisch]; Verpackungsmaterial aus Kunststoff, soweit in dieser Klasse enthalten; Drucklettern; Druckstöcke;

Klasse 18: Leder und Lederimitationen sowie Waren daraus, soweit in dieser Klasse enthalten; Häute und Felle; Reise- und Handkoffer; Regenschirme, Sonnenschirme und Spazierstöcke;

Klasse 20: Möbel, Spiegel, Bilderrahmen; Waren, soweit in dieser Klasse enthalten, aus Holz, Kork, Rohr, Binsen, Weide, Horn, Knochen, Elfenbein, Fischbein, Schildpatt, Bernstein, Perlmutter, Meerscham und deren Ersatzstoffen oder aus Kunststoffen;

Klasse 21: Geräte und Behälter für Haushalt und Küche; Käämme und Schwämme; Bürsten und Pinsel (ausgenommen für Malzwecke); Bürstenmachermaterial; Putzzeug; Stahlwolle; rohes oder teilweise bearbeitetes Glas (mit Ausnahme von Bauglas); Glaswaren, Porzellan und Steingut, soweit in dieser Klasse enthalten;

Klasse 24: Webstoffe und Textilwaren, soweit in dieser Klasse enthalten; Bett- und Tischdecken;

Klasse 27: Teppiche, Fußmatten, Matten, Linoleum und andere Bodenbeläge; Tapeten (ausgenommen aus textilem Material);

Klasse 35: Werbung; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Büroarbeiten; Einzelhandelsdienstleistungen in den Bereichen: Anstrichmittel, Haushaltswaren, Maschinen, Werkzeuge und Metallwaren, Bauartikel, Heimwerkerartikel und Gartenartikel, Hobbybedarf und Bastelbedarf, Elektrowaren und Elektronikwaren, sanitäre Anlagen, Fahrzeuge und Fahrzeugzubehör,

Feuerwerkskörper, Papierwaren und Schreibwaren, Büroartikel, Einrichtungswaren und Dekorationswaren, Zelte, Planen;

Klasse 36: Versicherungswesen; Finanzwesen; Finanzierungen; Geldgeschäfte; Immobilienwesen“

in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Register eingetragen worden. Die Veröffentlichung erfolgte am 31. Dezember 2009.

Gegen die Eintragung ist u. a. Widerspruch erhoben worden aus der für die Waren und Dienstleistungen

„Klasse 03: Putz-, Reinigungs- und Waschmittel, insbesondere Reinigungs- und Entkalkungsmittel für elektrische und elektrothermische Apparate, Geräte und Maschinen;

Klasse 07: Elektrische und nicht-elektrische Haus- und Küchengeräte sowie -maschinen (soweit in Klasse 7 enthalten), insbesondere Staubsauger und Staubsaugeranlagen einschließlich Ersatzteilen und Zubehör, Spülmaschinen einschließlich Geschirrspülmaschinen, Waschmaschinen einschließlich Wäschewaschmaschinen, auch mit Münzbetrieb, Küchenmaschinen, Kaffeemühlen einschließlich Ersatzteilen und Zubehör; elektromotorisch angetriebene Haushaltsmaschinen zum Mixen, Mischen, Rühren, Schlagen, Entsaften, Pressen und Zerkleinern; elektrisch betriebene Hand- und Stabmixer; elektrische Handrührgeräte und Entsafter für Haushaltszwecke; Motoren und Kupplungen (ausgenommen solche für Landfahrzeuge);

Klasse 09: Elektrische und elektrothermische Apparate (soweit in Klasse 9 enthalten), insbesondere elektrische Bügeleisen und Bügelapparate; elektrische Wägeapparate und -instrumente;

Klasse 11: Elektrische Dampferzeugungs- und Kochgeräte, insbesondere Warmwasserbereiter, Wasserkocher; Kaffee- und Espressomaschinen und -automaten einschließlich Ersatzteilen und Zubehör; Herde, Koch- und Küchenherde; Mikrowellenherde, -geräte und -öfen; Kühlschränke; Gefrierschränke und -truhen;

Klasse 21: Geräte und Behälter für Haushalt und Küche, insbesondere Ersatzkannen für Kaffee- und Espressomaschinen, Deckel für Kannen und Reinigungszubehör, Kaffeefilter (nicht elektrisch); Glaswaren;

Klasse 30: Kaffee und Kaffeeersatzmittel einschließlich Kaffeegetränken und Rohkaffee; Kakao und Kakaogetränke; Back- und Konditorwaren

Klasse 35: Dienstleistungen eines Groß- und/oder Einzel- und/oder Versand- und/oder Internetversandhändlers betreffend elektrische und nicht elektrische Haus- und Küchengeräte sowie -maschinen, insbesondere Warmwasserbereiter, Wasserkocher, Kaffee- und Espressomaschinen und -automaten einschließlich Ersatzteilen und Zubehör, Kaffeemühlen einschließlich Ersatzteilen und Zubehör, Staubsauger einschließlich Ersatzteilen und Zubehör, Spülmaschinen einschließlich Geschirrspülmaschinen, Waschmaschinen einschließlich Wäschewaschmaschinen, Bügeleisen und -apparate, Herde, Mikrowellenherde, -geräte und -öfen, Kühl- und Gefrierschränke und -truhen, ferner betreffend Behälter für Haushalt und Küche, insbesondere Kannen einschließlich Er-

satzkannen für Kaffee- und Espressomaschinen, Deckel für Kannen und Reinigungszubehör, Kaffeefilter (nicht elektrisch); Glaswaren, ferner betreffend Putz-, Reinigungs- und Waschmittel, insbesondere Reinigungs- und Entkalkungsmittel für elektrische und elektrothermische Apparate und Geräte und Maschinen, ferner betreffend Kaffee- und Kaffeeersatzmittel einschließlich Kaffeegetränken und Rohkaffee, Kakao und Kakaogetränke, Back- und Konditorwaren; Auswahl und Zusammenstellen dieser Waren für Dritte, um Dritten Ansicht und Erwerb dieser Waren zu erleichtern, Kaufberatung, Wartung, Instandhaltung und Reparatur, Werbung, Verkaufsförderung für Dritte; Veranstaltung von Ausstellungen in Hallen, Verkaufs- und Ausstellungsräumen zu kommerziellen und Werbezwecken; Präsentation und Vorführung von Waren zu kommerziellen Werbezwecken;

Klasse 37: Wartung, Instandhaltung und Reparatur; Installation, Wartung, Instandhaltung, Reparatur und Reinigung von elektrischen und nicht elektrischen Haus- und Küchengeräten sowie -maschinen; Verleih, Vermietung und Dienstleistungen eines Leasinggebers betreffend elektrische und nicht elektrische Haus- und Küchengeräte sowie -maschinen;

Klasse 39: Dienstleistungen eines Versand- und/oder Internetversandhändlers betreffend elektrische und nicht elektrische Haus- und Küchengeräte sowie -maschinen, insbesondere Warmwasserbereiter, Wasserkocher, Kaffee- und Espressomaschinen und -automaten einschließlich Ersatzteilen und Zubehör, Kaffeemühlen einschließlich Ersatzteilen und Zubehör, Staubsauger einschließlich Ersatzteilen und Zubehör, Spülmaschinen einschließlich Geschirrspülmaschinen, Waschmaschinen einschließlich Wäschewaschmaschinen, Bügeleisen und -apparate, Herde, Mikrowellen-

herde, -geräte und -öfen, Kühl- und Gefrierschränke und -truhen, ferner betreffend Behälter für Haushalt und Küche insbesondere Kannen einschließlich Ersatzkannen für Kaffee- und Espressomaschinen, Deckel für Kannen und Reinigungszubehör, Kaffeefilter (nicht elektrisch); Glaswaren, ferner betreffend Putz- Reinigungs- und Waschmittel, insbesondere Reinigungs- und Entkalkungsmittel für elektrische und elektrothermische Apparate und Geräte und Maschinen, ferner betreffend Kaffee- und Kaffeeersatzmittel einschließlich Kaffeegetränke und Rohkaffee, Kakao und Kakaogetränke, Back- und Konditorwaren;

Klasse 41: Veranstaltung und Durchführung von Seminaren und Schulungen, insbesondere Kundendienstschulungen für Techniker und/oder Händler betreffend elektrische und nicht-elektrische Haus- und Küchengeräte sowie maschinen;

Klasse 42: Technische Beratung betreffend elektrischer und nicht elektrischer Haus- und Küchengeräte sowie -maschinen, insbesondere unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln“

seit dem 13. September 2007 eingetragenen Unionsmarke 005 137 708

NIVONA

Der Inhaber der angegriffenen Marke hat vor der Markenstelle mit Schriftsatz vom 13. September 2012 die Benutzung der Widerspruchsmarke UM 005 137 708 bestritten, wobei er die Einrede in der Folgezeit u. a. in den Schriftsätzen vom 24. September 2014 und 20. Juni 2016 wiederholt und aufrechterhalten hat.

Zur Glaubhaftmachung einer rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke hat die Widersprechende mit den Schriftsätzen vom 3. Januar 2014 und

22. Juni 2017 Unterlagen in Form von Produktkatalogen (Anlagen W4 bis W7 zum Schriftsatz vom 3. Januar 2014 sowie W14 bis W17 zum Schriftsatz vom 22. Juni 2017), Prospektmaterialien zur Verwendung im Ausland (Anlagen W9 bis W12) und Rechnungskopien (Anlage W18) sowie eidesstattliche Versicherungen des Geschäftsführers der Widersprechenden zu 1., Herrn W... vom 10. Dezember 2013 (Anlage W8) sowie 19. Juni 2017 (Anlage W19) vorgelegt.

Die mit einer Beamtin des höheren Dienstes besetzte Markenstelle für Klasse 02 des Deutschen Patent- und Markenamts hat den Widerspruch mit Beschluss vom 22. Juni 2015 wegen fehlender Verwechslungsgefahr zurückgewiesen.

Die aufgeworfenen Benutzungsfragen könnten dahingestellt bleiben. Denn auch soweit die Vergleichszeichen sich nach der Registerlage auf identischen Waren und Dienstleistungen begegnen könnten, scheidet eine Verwechslungsgefahr unter Zugrundelegung einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke mangels hinreichender Zeichenähnlichkeit aus.

Durch die abweichende Silben- und Vokalanzahl, die unterschiedlichen Vokale „a“ und „o“ am Ende der Zeichen sowie die unterschiedliche Betonung der Zeichen seien die Marken - trotz der Übereinstimmung in den vier Anfangsbuchstaben und bei Berücksichtigung des Umstandes, dass Wortanfänge regelmäßig stärker beachtet werden als Wortendungen - derart verschieden, dass in klanglicher Hinsicht allenfalls eine entfernte Zeichenähnlichkeit bestehe. Darüber hinaus könne aufgrund der zusätzlichen Buchstaben „na“ am Zeichenende der Widerspruchsmarke keine verwechslungsbegründende schriftbildliche Ähnlichkeit angenommen werden. In begrifflicher Hinsicht bestehe ebenfalls keine Ähnlichkeit zwischen den Vergleichsmarken, da die Zeichen Phantasieworte ohne begrifflichen Inhalt seien.

Hiergegen hat die Widersprechende Beschwerde eingelegt, mit der sie geltend macht, dass sie eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke für die Waren

„Putz-, Reinigungs- und Waschmittel, insbesondere Reinigungs- und Entkalkungsmittel für elektrische und elektrothermische Apparate, Geräte und Maschinen; elektrische und nicht elektrische Haus- und Küchengeräte sowie -maschinen; Küchenmaschinen, Kaffeemühlen, einschließlich Ersatzteile und Zubehör; elektromotorisch angetriebene Haushaltsmaschinen zum Zerkleinern; Kaffee- und Espressoautomaten und -automaten, einschließlich Ersatzteile und Zubehör; Geräte und Behälter für Haushalt und Küche“

sowie für die Dienstleistungen

„Instandhaltung, Reparatur und Reinigung von elektrischen und nicht elektrischen Haus- und Küchengeräten sowie -maschinen“

glaubhaft gemacht habe.

Ausgehend davon könnten sich die Zeichen bei den Waren „Kaffeemaschinen [elektrisch]“ sowie „Geräte für Haushalt und Küche“ auf identischen Marken begegnen. Hinsichtlich weiterer, von ihr im Schriftsatz vom 11. August 2015 näher benannten Waren der angegriffenen Marke der Klassen 02, 07, 08, 09, 11, 21 sowie verschiedener Einzelhandelsdienstleistungen der Klasse 35 bestehe jedenfalls eine Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit.

Was die Zeichenähnlichkeit betreffe, bestehe die Gefahr, dass der angesprochene Verkehr die sich gegenüberstehenden Marken gedanklich in Verbindung bringe. Der Verkehr erkenne sofort und ohne Schwierigkeiten, dass der Wortanfang „nivo“ den von der Länge her dominierenden Eingangsbestandteil von **NIVONA** bildet. Aus diesem Grund liege die Annahme nicht fern, dass die Vergleichszeichen aus demselben Herstellungsbetrieb stammten. Der Zeichenbestandteil **nivo** könne als

Verkürzung von **NIVONA** wahrgenommen werden und die unter **nivo** angebotenen Waren könnten eine spezielle oder modifizierte Produktlinie darstellen.

Vor diesem Hintergrund könne dann aber unter Berücksichtigung einer zumindest durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke eine Verwechslungsgefahr nicht verneint werden, soweit sich beide Marken in vorgenanntem Umfang auf identischen oder zumindest ähnlichen Waren und Dienstleistungen begegnen könnten.

Die Widersprechende beantragt,

unter Aufhebung des Beschlusses der Markenstelle für Klasse 02 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 22. Juni 2015 die angegriffene Marke 30 2009 026 339 zu löschen.

Der Inhaber der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen,

hilfsweise soll das Warenverzeichnis wie folgt eingeschränkt werden:

In der Klasse 11 soll am Ende des Warenverzeichnisses ergänzt werden: „sämtliche vorgenannten Waren ohne elektrische Kaffeemaschinen, elektrische Kaffeevollautomaten und elektrische Kaffeemühlen“. Die Ware „Kaffeemaschinen (elektrisch)“ soll gestrichen werden.

In der Klasse 21 soll der Warenoberbegriff „Geräte und Behälter für Haushalt und Küche“ wie folgt eingeschränkt werden: „Geräte und Behälter für Haushalt und Küche, ausgenommen Behälter für Flüssigkeiten“.

Er sieht bereits eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke in dem von den Widersprechenden geltend gemachten Umfang als nicht glaubhaft gemacht an. Selbst bei Annahme einer rechtserhaltenden Benutzung fehle es an einer zur Begründung einer Verwechslungsgefahr erforderlichen Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Waren und Dienstleistungen bzw. einer hinreichenden Zeichenähnlichkeit. Jedenfalls im Umfang des Hilfsantrags sei eine Verwechslungsgefahr zwischen den Vergleichszeichen nicht gegeben.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Widersprechenden hat in der Sache im tenorierten Umfang Erfolg. Im Übrigen bleibt sie unbegründet, so dass die Markenstelle den Widerspruch insoweit zu Recht zurückgewiesen hat (§ 42 Abs. 2 Satz 2 MarkenG).

A. Ob Verwechslungsgefahr vorliegt, ist nach der Rechtsprechung sowohl des Europäischen Gerichtshofes als auch des Bundesgerichtshofes unter Beachtung aller Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen (vgl. z. B. EuGH GRUR 2010, 1098, Nr. 44 - Calvin Klein/HABM; GRUR 2010, 933, Nr. 32 - BARBARA BECKER; GRUR 2011, 915, Nr. 45 - UNI; BGH GRUR 2012, 1040, Nr. 25 - pjur/pure; GRUR 2012, 930, Nr. 22 - Bogner B/Barbie B; GRUR 2012, 64, Nr. 9 - Maalox/Melox-GRY; GRUR 2010, 235, Nr. 15 - AIDA/AIDU). Von maßgeblicher Bedeutung sind insoweit die Identität oder Ähnlichkeit der zum Vergleich stehenden Marken sowie der von diesen erfassten Waren (oder Dienstleistungen). Darüber hinaus ist die Kennzeichnungskraft der älteren Marke und - davon abhängig - der dieser im Einzelfall zukommende Schutzzumfang in die Betrachtung mit einzubeziehen. Dabei impliziert der Begriff der Verwechslungsgefahr eine gewisse Wechselwirkung zwischen den genannten

Faktoren (st. Rspr., z. B. BGH GRUR 2013, 833, Nr. 30 - Culinaria/Villa Culinaria; GRUR 2012, 1040, Nr. 25 - pjur/pure; GRUR 2012, 930, Nr. 22 - Bogner B/Barbie B; GRUR 2012, 64, Nr. 9 - Maalox/Melox-GRY; GRUR 2010, 1103, Nr. 37 - Pralinenform II; EuGH GRUR 2008, 343 Nr. 48 - Il Ponte Finanziaria Spa/HABM).

Ausgehend von den vorgenannten Grundsätzen besteht entgegen der Auffassung der Markenstelle in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang zwischen der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke eine unmittelbare markenrechtliche Verwechslungsgefahr i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2, § 125 b Nr. 1 MarkenG. Insoweit war der Beschluss der Markenstelle aufzuheben und die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen, vgl. § 43 Abs. 2 Satz 1 MarkenG. Im Übrigen reicht bei allenfalls durchschnittlicher Waren-/Dienstleistungsähnlichkeit der Abstand der angegriffenen Marke von der Widerspruchsmarke aus, um eine markenrechtliche Verwechslungsgefahr auszuschließen, so dass der angegriffene Beschluss insoweit Bestand hat (vgl. § 43 Abs. 2 Satz 2 MarkenG).

1. Mit der Markenstelle ist zunächst davon auszugehen, dass die Widerspruchsmarke von Haus aus über eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft verfügt. Der tatsächlichen Benutzungslage kommt insoweit entgegen der Auffassung des Inhabers der angegriffenen Marke keine Bedeutung zu. Für eine gesteigerte Kennzeichnungskraft in Bezug auf einzelne Waren und/oder Dienstleistungen liegen keine Anhaltspunkte vor.

2. Was die Zeichenähnlichkeit betrifft, weisen beide Marken jedenfalls in klanglicher Hinsicht keinen so deutlichen Abstand auf wie ihn die Markenstelle angenommen hat.

a. Bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit ist grundsätzlich vom jeweiligen Gesamteindruck der einander gegenüberstehenden Zeichen auszugehen (vgl. z. B. BGH GRUR 2013, 833, Nr. 45 - Culinaria/Villa Culinaria; GRUR 2012, 1040,

Nr. 25 - pjur/pure; GRUR 2012, 930, Nr. 22 - Bogner B/Barbie B; GRUR 2012, 64, Nr. 15 - Maalox/Melox-GRY; GRUR 2010, 729, Nr. 23 - MIXI). Dabei ist von dem allgemeinen Erfahrungssatz auszugehen, dass der Verkehr eine Marke so aufnimmt, wie sie ihm entgegentritt, ohne sie einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterwerfen. Die Frage der Ähnlichkeit sich gegenüberstehender Zeichen ist nach deren Ähnlichkeit in Klang, (Schrift-)Bild und Sinngesamt zu beurteilen, weil Marken auf die mit ihnen angesprochenen Verkehrskreise in klanglicher, bildlicher und begrifflicher Hinsicht wirken (vgl. EuGH GRUR 2006, 413, Nr. 19 - ZIRH/SIR; GRUR 2005, 1042, Nr. 28 - THOMSON LIFE; GRUR Int. 2004, 843, Nr. 29 - MATRATZEN; BGH GRUR 2015, 1009 Nr. 24 - BMW-Emblem; GRUR 2010, 235, Nr. 15 - AIDA/AIDU; GRUR 2009, 484, Nr. 32 - METROBUS; GRUR 2006, 60, Nr. 17 - coccodrillo; GRUR 2004, 779, 781 - Zwilling/Zweibrüder). Dabei genügt für die Annahme einer Verwechslungsgefahr regelmäßig bereits die hinreichende Übereinstimmung in einer Richtung (st. Rspr. vgl. z. B. BGH GRUR 2015, 1009, Nr. 24 - BMW-Emblem; GRUR 2015, 1114, Nr. 23 - Springender Pudel; GRUR 2010, 235, Nr. 18 - AIDA/AIDU m. w. N.; vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 11. Aufl. § 9 Rdnr. 254 m. w. N.).

b. Ausgehend davon ist bereits die klangliche Ähnlichkeit der Vergleichszeichen nach Auffassung des Senats keineswegs so gering wie die Markenstelle es in ihrem Beschluss vom 22. Juni 2015 angenommen hat. Denn die angegriffene Marke ist vollständig mit identischer Silbengliederung sowie weitgehend übereinstimmenden Sprech- und Betonungsrhythmus in der Widerspruchsmarke enthalten und bildet deren Wortanfang; beide Zeichen unterscheiden sich lediglich durch die zusätzliche Endsilbe „-na“ der letzteren. Wenngleich die durch die zusätzliche Silbe „-na“ vorhandenen Unterschiede in Wortlänge und Silbenzahl letztlich weder überhört noch übersehen werden, bleibt gleichwohl die Übereinstimmung in den ersten vier Buchstaben nicht unbemerkt, zumal sie sich am in aller Regel stärker beachteten Wortanfang befinden, so dass die Ähnlichkeit beider Zeichen insgesamt als leicht unterdurchschnittlich zu bewerten ist.

c. Ein höherer Grad an Ähnlichkeit lässt sich entgegen der Auffassung der Widersprechenden zu 1. auch nicht unter dem Gesichtspunkt eines gedanklichen Inverbindungbringens beider Marken begründen. Ein von der Widersprechenden zu 1. herangezogener Vergleich der Vergleichswörter **nivo** und **NIVONA** mit den in der Entscheidung BPatG 32 W (pat) 1/06 (veröffentlicht auf der Internetseite des BPatG) entscheidungserheblichen Markennwörtern „ANIMA“ und „ANIMATIC“, welche nach der vorgenannten Entscheidung beim Verkehr den Eindruck erwecken können, „ANIMA“ sei eine Verkürzung von „ANIMATIC“ bzw. das etwas „technisch“ klingende Wort „ANIMATIC“ bezeichne eine weiterentwickelte oder modernisierte Produktlinie des Ausgangserzeugnisses „ANIMA“ (vgl. BPatG a. a. O., Seite 10), verbietet sich schon deshalb, weil es sich bei der Widerspruchsmarke **NIVONA** um ein einheitliches Markenwort handelt, bei welchem anders als bei „ANIMA“ und „ANIMATIC“ - gerade nicht der Eindruck entstehen kann, es handele sich bei **nivo** um die Kurzform von **NIVONA** bzw. bei der Widerspruchsmarke um die durch die Silbe „-na“ ergänzte Marke nivo.

3. Unter Beachtung dieser leicht unterdurchschnittlichen Zeichenähnlichkeit sowie einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ist dann aber in der Gesamtabwägung eine markenrechtlich relevante unmittelbare Verwechslungsgefahr zwischen den Vergleichsmarken anzunehmen, soweit sie sich auf identischen oder jedenfalls überdurchschnittlich ähnlichen Waren begegnen können. Im Übrigen reicht bei geringerer Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit der Abstand der angegriffenen Marke von der Widerspruchsmarke aus, um eine markenrechtliche Verwechslungsgefahr auszuschließen.

4. Beide Marken können sich in Bezug auf die im Tenor genannten Waren Kochgeräte; Kocher; Kaffeemaschinen [elektrisch]; Geräte und Behälter für Haushalt und Küche“ der angegriffenen Marke auf identischen bzw. im engeren Ähnlichkeitsbereich liegenden Waren begegnen. In Bezug auf die übrigen Waren und Dienstleistungen der angegriffenen Marke besteht hingegen ein allenfalls mittlerer

Ähnlichkeitsgrad zu den auf Seiten der Widerspruchsmarke zu berücksichtigenden Waren und Dienstleistungen.

a. Der Inhaber der angegriffenen Marke hat mit einem Schriftsatz vom 13. September 2012, welcher per Fax am 13. September 2012 und im Original am 15. September 2012 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangen ist, die Benutzung der (Unions-)Widerspruchsmarke unbeschränkt bestritten, wobei er die Einrede in den Schriftsätzen vom 24. September 2014 und 20. Juni 2016 wiederholt hat. Die Einrede ist wirksam erhoben worden, da die am 13. September 2007 eingetragene Widerspruchsmarke **NIVONA** jedenfalls zum Zeitpunkt des Eingangs der vorgenannten Schriftsätze, in denen der Markeninhaber ausdrücklich an der Einrede festgehalten hat, bereits länger als fünf Jahre eingetragen war.

Auf Seiten der Widerspruchsmarke sind daher gemäß § 43 Abs. 1 S. 3 i. V. m. § 125b Nr. 4 MarkenG nur die Produkte bzw. die Waren zu berücksichtigen, für die eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke glaubhaft gemacht worden ist. Da die am 5. Januar 2009 eingetragene Widerspruchsmarke zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Eintragung der jüngeren Marke am 18. Dezember 2009 noch nicht 5 Jahre im Markenregister eingetragen war (§§ 43 Abs. 1 Satz 1, 125 b Nr. 4 MarkenG), erstreckt sich die Einrede nur auf den nach §§ 43 Abs. 1 Satz 2, 125 b Nr. 4 MarkenG maßgeblichen Zeitraum.

Nach § 125b Nr. 4 MarkenG sind für den Fall, dass ein Widerspruch auf eine ältere Gemeinschaftsmarke gestützt wird (vgl. § 42 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 125b Nr. 1 MarkenG), die Glaubhaftmachungsregeln des § 43 Abs. 1 MarkenG entsprechend anzuwenden mit der Maßgabe, dass an die Stelle der Benutzung der Marke gemäß § 26 MarkenG die Benutzung der Gemeinschaftsmarke gemäß Art. 15 der Verordnung über die Gemeinschaftsmarke (GMV) tritt. Danach muss die Marke in der Gemeinschaft ernsthaft benutzt worden sein. Eine Marke wird ernsthaft benutzt, wenn sie entsprechend ihrer Hauptfunktion - die Ursprungsidentität der Waren (oder Dienstleistungen), für die sie eingetragen wurde, zu garantie-

ren - benutzt wird, um für diese Waren (oder Dienstleistungen) einen Absatzmarkt zu erschließen oder zu sichern, unter Ausschluss symbolischer Verwendungen, die nur zu dem Zweck vorgenommen werden, die Marke um ihrer selbst willen zu erhalten. Die Frage, ob die Benutzung der Marke ernsthaft ist, ist anhand sämtlicher Umstände zu prüfen, die belegen können, dass die Marke tatsächlich geschäftlich verwertet wird; dazu gehören vor allem Dauer und Intensität der Benutzung sowie die Art der Waren bzw. Dienstleistungen (vgl. EuGH GRUR 2003, 425, 428, Rn. 38 - Ajax/Ansul; GRUR 2006, 582, 584, Rn. 70 - VITAFRUIT). Nach der europäischen Spruchpraxis ist davon jedenfalls auszugehen, wenn die Marke „tatsächlich, stetig und mit stabilem Erscheinungsbild auf dem Markt präsent ist“ (vgl. EuGH GRUR 2008, 343, 346, Nr. 74 - I Ponte Finanziaria SpA/HABM).

b. Ausgehend davon hat die Widersprechende zu 1 zunächst eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke **NIVONA** gemäß Art. 15 GMV in der Gemeinschaft für den nach §§ 43 Abs. 1 Satz 2, 125 b Nr. 4 MarkenG zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung mittlerweile maßgeblichen Fünfjahreszeitraum September 2012 bis September 2017 ungeachtet der von ihr mit Schriftsatz vom 3. Januar 2014 für den Zeitraum 2011 bis 1. Halbjahr 2013 eingereichten Unterlagen (Anlagen W4 - W12) jedenfalls mit den im Beschwerdeverfahren mit Schriftsatz vom 22. Juni 2017 für den Zeitraum 2014 - 2016 eingereichten Unterlagen W14 bis W17, insbesondere der weiteren eidesstattlichen Versicherung des Geschäftsführers W... vom 19. Juni 2017 (Anlage W19) für die konkreten Waren zunächst für „elektrische Kaffeefullautomaten, elektrische Kaffeemühlen; Reinigungsmittel und Entkalkungsmittel (Reinigungstabs, CreamCleaner und Entkalker) sowie Milchbehälter“ glaubhaft gemacht.

aa. Die eidesstattliche Versicherung vom 19. Juni 2017 enthält für „elektrische Kaffeefullautomaten“ jährliche Umsatzzahlen allein für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland für die Jahre 2014 bis 2016 zwischen ... € und ... €. Für „elektrische Kaffeemühlen“ weist die eidesstattliche Versicherung Umsatzzahlen für diesen Zeitraum zwischen ... € und... €, für „Milchcooler

und Milch Container“ zwischen ... und ... €, für „Entkalker“ zwischen ... € und ... € sowie für „Creamcleaner und Reinigungstabs“ zwischen ... € und ... € aus. Wenngleich die Umsätze bei den Waren „elektrische Kaffeemühlen“ und „Milchcooler und Milchbehälter“ nicht besonders hoch erscheinen, gehen sie gleichwohl immer noch deutlich über eine lediglich der rein formalen Aufrechterhaltung der Marke dienende Scheinbenutzung hinaus, zumal der Absatz dieser Produkte auch kontinuierlich über mehrere Jahre hinweg erfolgte. Zudem braucht die Benutzung einer Marke nicht immer umfangreich zu sein, um als ernsthaft eingestuft zu werden, da ein geringerer Benutzungsumfang nicht zwangsläufig auf einen fehlenden Benutzungswillen hindeutet, sondern z. B. auch auf einem unzureichenden wirtschaftlichen Erfolg des entsprechenden Produkts beruhen kann (vgl. dazu EuGH, GRUR 2003, 425, 428 Rdnr. 39 - An-sul/Ajax; BGH GRUR 2006, 152, 154 - GALLUP).

bb. Die Form der Benutzung ist insoweit jeweils glaubhaft gemacht durch die als Anlagen W14 bis W17 vorgelegten Produktkataloge aus dem vorliegend relevanten Benutzungszeitraum mit Abbildungen einer Vielzahl von (elektrischen) Kaffeemaschinen, Kaffeemühlen, Milchbehälter („Milchcooler“) sowie Verpackungen/Behälter von Reinigungstabs, CreamCleaner und Entkalker, auf denen die Widerspruchsmarke in einer ohne weitere besondere graphische Ausgestaltungselemente enthaltenden und damit in einer den kennzeichnenden Charakter der eingetragenen Marke nicht verändernden Form i. S. von § 26 Abs. 3 MarkenG deutlich sichtbar abgebildet ist.

cc. In quantitativer Hinsicht ist mit diesen für die Bundesrepublik Deutschland, der gemessen am Bruttoinlandsprodukt größten Volkswirtschaft in Europa, glaubhaft gemachten Mindestumsatzzahlen von einer ernsthaften Benutzung für die genannten Waren in der Gemeinschaft auszugehen (vgl. EuGH GRUR 2013,182 - OMEL/ONEL; OLG Hamburg GRUR-RR 2005, 312, 314 - NEWS; OLG Düsseldorf GRUR-RR 2011, 172, 173 - ZAPPA; BPatG 24 W (pat) 35/07 - Stradivari; 30 W (pat) 1/10 - TOLTEC/TOMTEC; Ingerl/Rohnke,

MarkenG, 3. Aufl., § 125b Rn. 20). Ob daher darüber hinaus auch eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke **NIVONA** durch deren Verwendung für die o. g. Waren in den Unionsländern Österreich und Polen stattgefunden hat, kann daher offen bleiben.

c. Im Rahmen der Frage der Integration in Bezug auf die zugehörige oberbegriffliche Warenangabe ist anerkanntermaßen die sog. erweiterte Minimallösung anzuwenden, nach der zwar im Ansatz von der tatsächlich benutzten Ware auszugehen ist, andererseits dem legitimen Interesse der Widersprechenden, das tatsächlich benutzte Produkt fortzuentwickeln, durch maßvolle Ausdehnung des Schutzes auf gleiche Waren Geltung zu verschaffen ist (vgl. auch BGH GRUR 203, 833, Rdn. 61 - Culinaria/Villa Culinaria).

aa. Danach rechtfertigt die glaubhaft gemachte Verwendung der Widerspruchsmarke **NIVONA** für „elektrische Kaffeevollautomaten“ die Anerkennung einer rechtserhaltenden Benutzung für die zu Klasse 11 beanspruchten Waren *„Kaffee- und Espressomaschinen und – automaten einschließlich Ersatzteilen und Zubehör“*.

bb. Die weiterhin zu berücksichtigenden „elektrische Kaffeemühlen“ fallen unter die zu Klasse 7 registrierten Waren *„Elektrische und nicht-elektrische Haus- und Küchengeräte sowie -maschinen (soweit in Klasse 7 enthalten), insbesondere ..., Kaffeemühlen einschließlich Ersatzteilen und Zubehör“*, wobei auch unter Beachtung der „erweiterten Minimallösung“ lediglich eine Benutzung für die zu diesem uneingeschränkt beanspruchten Warenoberbegriff beispielhaft („insbesondere“) aufgezählte Ware „Kaffeemühlen einschließlich ..“ und damit für *„Elektrische Haus- und Küchengeräte sowie -maschinen (soweit in Klasse 7 enthalten), nämlich Kaffeemühlen einschließlich Ersatzteilen und Zubehör“* anerkannt werden kann.

cc. Soweit die letztgenannten Waren auch unter den Warenoberbegriff *„elektromotorisch angetriebene Haushaltsmaschinen zumZerkleinern“* fallen, kann eine (gleichzeitige) Benutzung dafür hingegen nicht anerkannt werden. Denn in der Benutzung einer Marke für Waren, die unter einen Oberbegriff des Warenverzeichnisses fallen, kann zwar zugleich eine rechtserhaltende Benutzung dieser Marke für andere Waren liegen, die unter denselben Oberbegriff des Warenverzeichnisses fallen. In einer solchen Benutzung liegt jedoch regelmäßig keine rechtserhaltende Benutzung dieser Marke für Waren, die unter einen anderen Oberbegriff des Warenverzeichnisses fallen (vgl. BGH GRUR 2013, 833 Tz. 64 - Culinaria/Villa Culinaria)

Dies gilt auch in Bezug auf die nach § 43 Abs. 1 S. 3 i. V. m. § 125b Nr. 4 MarkenG bei der Widerspruchsmarke zu berücksichtigenden *„Kaffee- und Espressomaschinen und – automaten einschließlich Ersatzteilen und Zubehör“*, welche sowohl unter den zu Klasse 7 eingetragenen Waren *„Elektrische und nicht-elektrische Haus- und Küchengeräte sowie -maschinen (soweit in Klasse 7 enthalten), insbesondere“* sowie unter den zu Klasse 11 beanspruchten Waren *„Kochgeräte“* fallen, zumal bei beiden weiten Warenoberbegriffen unter Beachtung der Grundsätze der erweiterten Minimallösung eine Benutzung im Wesentlichen ebenfalls nur für *„Kaffee- und Espressomaschinen und – automaten einschließlich Ersatzteilen und Zubehör“* anzuerkennen wäre.

dd. Die Benutzung der Widerspruchsmarke für *„Reinigungsmittel und Entkalkungsmittel (Reinigungstabs, CreamCleaner und Entkalker)“* rechtfertigt allerdings nicht die Anerkennung einer Benutzung für die zu Klasse 3 beanspruchten und durch die mit „insbesondere“ eingeleitete beispielhafte Aufzählung nicht eingeschränkten weiten Warenoberbegriffe *„Putz-, Reinigungs- und Waschmittel, insbesondere Reinigungs- und Entkalkungsmittel für elektrische und elektrothermische Apparate, Geräte und Maschinen“*, sondern konkret für *„Putz-, Reinigungs- und Waschmittel, nämlich Reinigungs- und Entkalkungsmittel für elektrische und elektrothermische Apparate, Geräte und Maschinen“* .

ee. Die weiterhin zu berücksichtigenden „*Milchbehälter*“ fallen unter die zu Klasse 21 registrierten Waren „*Behälter für Haushalt und Küche*“ und sind auch in diesem Umfang anzuerkennen.

d. Ausgehend von diesen danach auf Seiten der Widerspruchsmarke gemäß § 43 Abs. 1 S. 3 i. V. m. § 125b Nr. 4 MarkenG zu berücksichtigenden Waren können sich die Vergleichszeichen in Bezug auf die im Tenor genannten Waren auf identischen bzw. eng ähnlichen und ansonsten lediglich durchschnittlich ähnlichen Waren und Dienstleistungen begegnen.

Eine Ähnlichkeit einander gegenüberstehender Waren und/oder Dienstleistungen ist grundsätzlich anzunehmen, wenn diese unter Berücksichtigung aller für die Frage der Verwechslungsgefahr erheblicher Faktoren wie insbesondere ihrer Beschaffenheit, ihrer regelmäßigen betrieblichen Herkunft, ihrer regelmäßigen Vertriebs- und Erbringungsart, ihres Verwendungszwecks und ihrer Nutzung, ihrer wirtschaftlichen Bedeutung, ihrer Eigenart als miteinander konkurrierender oder einander ergänzender Produkte oder Leistungen so enge Berührungspunkte aufweisen, dass die beteiligten Verkehrskreise der Meinung sein könnten, sie stammten aus demselben Unternehmen oder wirtschaftlich verbundenen Unternehmen (vgl. EuGH, Urteil vom 11. Mai 2006 - C-416/04 P, Slg. 2006, I-4237 = GRUR 2006, 582 Rn. 85 = WRP 2006, 1102 - VITAFRUIT; EuGH, GRUR-RR 2009, 356 Rn. 65 - Éditions Albert René/HABM [OBELIX/MOBILIX]; BGH, GRUR 2007, 1066 Rn. 23 - Kinderzeit; GRUR 2014, 488 Rn. 12 - DESPERADOS/DESPERADO). Von einer absoluten Warenunähnlichkeit kann dabei nur dann ausgegangen werden kann, wenn die Annahme einer Verwechslungsgefahr trotz (unterstellter) Identität der Marken wegen des Abstands der Waren von vornherein ausgeschlossen ist (vgl. BGH, GRUR 2006, 941 Rn. 13 - TOSCA BLU; GRUR 2007, 321 Rn. 20 - COHIBA; GRUR 2008, 714 Rn. 32 - idw; GRUR 2009, 484 Rn. 25 - METROBUS; GRUR 2012, 1145 Rn. 34 - Pelikan; GRUR 2014, 488 Rn. 12 - DESPERADOS/ DESPERADO).

aa. Ausgehend von diesem rechtlichen Hintergrund besteht zunächst zwischen den auf Seiten der Widerspruchsmarke zu berücksichtigenden „Kaffee- und Espressomaschinen und – automaten einschließlich Ersatzteilen und Zubehör“ und den von der angegriffenen Marke konkret zu Klasse 11 beanspruchten Waren „Kaffeemaschinen [elektrisch]“ Identität.

bb. Dies gilt auch in Bezug auf die Waren „Elektrische Haus- und Küchengeräte sowie -maschinen (soweit in Klasse 7 enthalten), nämlich Kaffeemühlen einschließlich Ersatzteilen und Zubehör“, sofern man Kaffeemühlen, mit denen Kaffee allein nicht zubereitet werden kann, auch als „Kaffeemaschinen“ betrachtet. Dies kann letztlich aber im Hinblick auf die beiderseits identisch beanspruchten „Kaffeemaschinen [elektrisch]“ auch offen bleiben.

cc. Die von der angegriffenen Marke in Klasse 11 beanspruchten Warenoberbegriffe „Kochgeräte“ und „Kocher“ umfassen ebenfalls die „Kaffee- und Espressomaschinen und – automaten einschließlich Ersatzteilen und Zubehör“ der Widerspruchsmarke, so dass sich beide Marken auch insoweit auf identischen Waren begegnen können. Unerheblich ist, dass diese von der angegriffenen Marke beanspruchten Warenoberbegriffe nicht auf die bei der Widerspruchsmarke zur berücksichtigenden Waren beschränkt sind. Weisen bei den jeweiligen Oberbegriffen der Vergleichsmarken nur einzelne Waren oder Dienstleistungen Identität oder Ähnlichkeit auf, führt dies bei Bestehen einer Verwechslungsgefahr gleichwohl zur Löschung der jüngeren Marke für den gesamten Oberbegriff (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 9 Rdnr. 77).

dd. Identität besteht ferner auch zwischen den von beiden Marken beanspruchten „Behälter für Haushalt und Küche“; in Bezug auf die „Geräte für Haushalt und Küche“ der angegriffenen Marke besteht insoweit eine enge Ähnlichkeit.

ee. Zu sämtlichen übrigen Waren und Dienstleistungen der angegriffenen Marke besteht hingegen eine allenfalls durchschnittliche Ähnlichkeit zu den bei der Wi-

derspruchsmarke zu berücksichtigenden Waren *„Kaffee- und Espressomaschinen und – automaten einschließlich Ersatzteilen und Zubehör; Elektrische Haus- und Küchengeräte sowie -maschinen (soweit in Klasse 7 enthalten), nämlich Kaffeemühlen einschließlich Ersatzteilen und Zubehör; Putz-, Reinigungs- und Waschmittel, insbesondere Reinigungs- und Entkalkungsmittel für elektrische und elektrothermische Apparate, Geräte und Maschinen; Behälter für Haushalt und Küche“*.

Sie weisen zwar teilweise Überschneidungen auf, als es sich z. B. bei einigen weiteren von der angegriffenen Marke zu Klasse 11 beanspruchten Waren wie z. B. *„Kühl-, Trockengeräte, Kocher, Toaster, Röster“* ebenso wie bei (elektrischen) Kaffeemaschinen und elektrischen Kaffeemühlen um Haus- und Küchengeräte handeln kann, so dass ohne weiteres von einer durchschnittlichen Ähnlichkeit ausgegangen werden; jedoch kann aufgrund der Unterschiede in der Beschaffenheit sowie dem Bestimmungszweck- und Verwendungszweck - die weiteren Waren der Klasse 11 weisen keinen Bezug zu einer Zubereitung von Kaffee auf - nicht von einer engen (überdurchschnittlichen) Ähnlichkeit ausgegangen werden.

Auch die auf Seiten der Widerspruchsmarke zu berücksichtigenden Waren *„Putz-, Reinigungs- und Waschmittel, nämlich Reinigungs- und Entkalkungsmittel für elektrische und elektrothermische Apparate, Geräte und Maschinen“* sind im Waren- und Dienstleistungsverzeichnis der angegriffenen Marke weder in identischer Form vorhanden noch liegt für den Verkehr in Bezug auf die von der angegriffenen Marke beanspruchten Waren und Dienstleistungen, insbesondere den zu den Klassen 2 und 21 beanspruchten Waren *„Farben, Firnisse, Lacke; Rostschutzmittel, Holzkonservierungsmittel; Färbemittel; Beizen; Naturharze im Rohzustand; Blattmetalle und Metalle in Pulverform für Maler, Dekorateur, Drucker und Künstler; Käbme und Schwämme; Bürsten und Pinsel (ausgenommen für Malzwecke); Bürstenmachermaterial; Putzzeug; Stahlwolle“* angesichts des speziellen Einsatz- und Verwendungsbereichs der auf Seiten der Widerspruchsmarke zu be-

rücksichtigenden Waren eine gemeinsame betriebliche Herkunft so nahe, wie es für eine erhebliche, überdurchschnittliche Ähnlichkeit Voraussetzung wäre, so dass auch insoweit eine allenfalls durchschnittliche Ähnlichkeit zwischen diesen Waren in Betracht kommt.

Weiterhin kommt zwischen den auf Seiten der Widerspruchsmarke zu berücksichtigenden Waren und den von der angegriffenen Marke zu Klasse 35 beanspruchten „*Einzelhandelsdienstleistungen*“, auch soweit sie sich auf Elektro- und Elektronikwaren beziehen, schon wegen der prinzipiellen Unterschiede zwischen der Herstellung einer Ware und dem Einzelhandel mit dieser Ware ebenfalls eine maximal durchschnittliche Ähnlichkeit in Betracht (vgl. dazu Ströbele/Hacker, a. a. O., § 9 Rdnr. 114 f.)

In Bezug auf die weiteren von der angegriffenen Marke beanspruchten Waren der Klassen 07, 08, 09, 16, 18, 20, 21, 24, 27 sowie den Dienstleistungen der Klasse 35 liegen keine oder allenfalls so geringe Berührungspunkte und/oder Überschneidungen vor, dass keinesfalls ein höherer als durchschnittlicher Ähnlichkeitsgrad in Betracht kommt.

ff. Soweit sich die Widersprechende im Beschwerdeverfahren ferner unter Bezug auf die Rechnungen gemäß Anlage W18 auf eine rechtserhaltende Benutzung für Reparaturdienstleistungen beruft, kann zugunsten der Widersprechenden eine Benutzung der Marke dafür in der Gemeinschaft im vorliegend nach §§ 43 Abs. 1 Satz 2, 125 b Nr. 4 MarkenG maßgeblichen Zeitraum in einer den Anforderungen des § 26 MarkenG entsprechenden Form unterstellt werden, allerdings nur für die in den Rechnungen als Gegenstand der Reparatur ausgewiesenen Kaffeefullautomaten. Daraus ergibt sich dann nach den Grundsätzen der erweiterten Minimallösung eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke für die zu Klasse 37 eingetragenen Dienstleistungen „*Instandhaltung, Reparatur und Reinigung von elektrischen und nicht elektrischen Haus- und Küchengeräten sowie - maschinen, nämlich Kaffeemaschinen und Kaffeefullautomaten*“. Diese

weisen jedoch jedenfalls außerhalb der dienstleistungsgegenständlichen und als Ware der Löschung unterfallenden Waren „*Kaffeemaschinen und -vollautomaten*“ weder eine Identität noch eine enge Ähnlichkeit zu den Waren und Dienstleistungen der angegriffenen Marke auf, insbesondere auch nicht zu den von der angegriffenen Marke zu Klasse 35 beanspruchten Einzelhandelsdienstleistungen.

5. Es verbleibt daher dabei, dass eine Verwechslungsgefahr nur in Bezug auf die im Identitäts- bzw. engen Ähnlichkeitsbereich liegenden Waren der Klasse 11 „*Kochgeräte; Kocher; Kaffeemaschinen [elektrisch]*“ sowie der Klasse 21 „*Geräte und Behälter für Haushalt und Küche*“ der angegriffenen Marke zu besorgen ist. Im Übrigen reicht - wie bereits dargelegt - bei allenfalls durchschnittlicher Waren-/Dienstleistungsähnlichkeit der Abstand der angegriffenen Marke von der Widerspruchsmarke **NIVONA** aus, um eine markenrechtliche Verwechslungsgefahr auszuschließen.

6. An der Feststellung einer unmittelbaren Verwechslungsgefahr in dem aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Umfang ändert auch der seitens des Inhabers der angegriffenen Marke in der mündlichen Verhandlung gestellte Hilfsantrag nichts, mit dem er in der Sache eine Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses der angegriffenen Marke durch Herausnahme der Waren „*elektrische Kaffeemaschinen, elektrische Kaffeevollautomaten und elektrische Kaffeemühlen*“ sowie die Beschränkung des Warenoberbegriffs „*Geräte und Behälter für Haushalt und Küche*“ auf „*Geräte und Behälter für Haushalt und Küche, ausgenommen Behälter für Flüssigkeiten*“ verfolgt.

a. So bestehen seitens des Senats bereits erhebliche Bedenken, ob eine bedingte Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses überhaupt wirksam abgegeben werden kann, da mit einer Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses regelmäßig ein (Teil)Verzicht nach § 48 Abs. 1 MarkenG verbunden ist, welcher ohne weiteres zum teilweisen Erlöschen der

Marke führt und daher grundsätzlich nicht bedingt erklärt werden kann (BGH GRUR 2011, 654 Nr. 14 - Yoghurt-Gums).

b. Letztlich kann dies vorliegend aber offen bleiben, da auch das dahingehend modifizierte Warenverzeichnis den Inhaber der angegriffenen Marke nicht günstiger stellt. So unterfallen die im Warenverzeichnis der angegriffenen Marke aufgeführten *„(elektrische) Kaffeemaschinen“* ohnehin der Löschung. Die weiteren herausgenommenen Waren *„elektrische Kaffeefullautomaten“* sowie *„elektrische Kaffeefullautomaten“* werden von der angegriffenen Marke nicht explizit beansprucht, sondern nur von den – ebenfalls der Löschung unterfallenden - Warenoberbegriffen *„Kochgeräte; Kocher“* der Klasse 11 umfasst. Insoweit ändert sich die Beurteilung der Warenähnlichkeit in Bezug auf *„Kochgeräte; Kocher“* jedoch in der Sache nur insoweit, als zwar durch die Herausnahme der vorgenannten Waren keine Identität mehr zu den auf Seiten der Widerspruchsmarke zu berücksichtigenden Waren *„Kaffee- und Espressomaschinen und – automaten einschließlich Ersatzteilen und Zubehör“* bzw. *„Elektrische Haus- und Küchengeräte sowie -maschinen (soweit in Klasse 7 enthalten), nämlich Kaffeemühlen einschließlich Ersatzteilen und Zubehör“* besteht; jedoch umfassen die Oberbegriffe *„Kochgeräte; Kocher“* auch dann noch Waren, die im für eine Verwechslungsgefahr relevanten engen Ähnlichkeitsbereich zu den auf Seiten der Widerspruchsmarke zu berücksichtigenden Waren liegen können, wie es z. B. in Bezug auf Wasserkocher der Fall ist.

Irrelevant ist auch die Einschränkung auf *„Geräte und Behälter für Haushalt und Küche, ausgenommen Behälter für Flüssigkeiten“*, da die auf Seiten der Widerspruchsmarke anzuerkennende Benutzung der Widerspruchsmarke für *„Behälter für Haushalt und Küche“* auch solche umfasst, die nicht oder jedenfalls nicht nur für die Aufnahme von Flüssigkeiten bestimmt sind, so dass auch nach der Fassung des Hilfsantrags insoweit eine Warenidentität besteht und demnach auch der entsprechend eingeschränkte Warenbegriff der angegriffenen Marke zu löschen wäre.

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

III.

Rechtsmittelbelehrung

(bei nicht zugelassener Rechtsbeschwerde)

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 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 einzulegen.

Merzbach

Dr. Meiser

Schödel

Pr