



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 5/18

(AktENZEICHEN)

Verkündet am
23. Januar 2020

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2015 037 160

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung am 23. Januar 2020 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Knoll, der Richterin Kriener und des Richters Dr. Nielsen

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die am 28. April 2015 angemeldete Bezeichnung

Capz

ist am 4. November 2015 unter der Nummer 30 2015 037 160 für die Waren der

Klasse 11:

elektrische Kaffeekapselmaschinen; elektrische Teekapselmaschinen; elektrische Espresso-kapselmaschinen; elektrische Kaffeemaschinen; elektrische Teemaschinen; elektrische Espressomaschinen;

Klasse 29:

Milchpulver auf pflanzlicher Basis; Milchpulver auf tierischer Basis; Milchpulver auf pflanzlicher Basis in Kapseln; Milchpulver auf tierischer Basis in Kapseln;

Klasse 30:

Kaffee; Tee; Kaffeekapseln; Teekapseln; Kaffeepads; Teepads

als Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Markenregister eingetragen worden.

Gegen die Eintragung der am 4. Dezember 2015 veröffentlichten Marke hat die Widersprechende aus ihrer seit dem 5. Dezember 2005 unter der Registernummer 305 61 699 eingetragenen Marke

Capsa

sowie aus ihrer seit dem 25. Mai 2007 unter der Registernummer 307 18 296 eingetragenen Marke

Dallmayr Capsa

am 23. Februar 2016 Widerspruch erhoben. Die Widerspruchsmarken sind jeweils geschützt für die Waren der

Klasse 7:
Kaffeeverkaufsautomaten;

Klasse 11:
elektrische Kaffeeautomaten für Heißgetränke; elektrische Kaffeemaschinen, elektrische Kaffeefiltergeräte; Kaffeeröster;

Klasse 30:
Kaffeepulver in Kapselform, Tee in Kapselform, Kakaopulver in Kapselform; kaffee-, kakao- und teehaltiges Getränkpulver in Kapselform.

Die Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit dem Beschluss eines Beamten des höheren Dienstes vom 19. Oktober 2017 eine Verwechslungsgefahr im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG zwischen den sich gegenüberstehenden Marken verneint und die Widersprüche zurückgewiesen. Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke 307 18 296 „Dallmayr Capsa“ sei aufgrund des kennzeichnungskräftigen Bestandteils „Dallmayr“ als normal, die der Widerspruchsmarke 305 61 699 „Capsa“ aufgrund des beschreibenden Anklangs zu den Wörtern „Caps, Capsules“ bzw. „Kapseln“ als leicht geschwächt einzuschätzen. Insoweit sei mit „Capsa“ ein Hinweis darauf, dass die Waren für Kapseln

geeignet bzw. in Kapseln verpackt seien, verbunden. Diese originäre Kennzeichnungsschwäche sei durch die geltend gemachte intensive Benutzung der Marke nicht überwunden worden. Denn aus den von der Widersprechenden umfangreich vorgelegten Unterlagen und dem Vortrag zur Benutzung der Marken ergebe sich nur, dass das Produkt „Dallmayr Capsa“ aufwändig beworben und in den Markt eingeführt worden sei und in der Folge eine starke Stellung im Markt der Nespresso-kompatiblen Kapseln erreicht habe. Eine isolierte Verwendung der Marke „Capsa“ ließe sich daraus aber nicht ersehen. Die Marke „Capsa“ erscheine weder in der Werbung noch auf den Produkten in Alleinstellung. Die herausgehobene Marktstellung der Widersprechenden in nur einem Teilsegment des Marktes für Kaffeekapseln könne eine besondere Stellung im Gesamtmarkt nicht begründen. Zwischen den jeweiligen Vergleichswaren bestehe Identität bezüglich der elektrischen Kaffeekapselmaschinen in der Klasse 11 sowie bezüglich der beiderseits in der Klasse 30 geschützten Waren. Die Zeichen aber würden sich in ihrer Gesamtheit durch den weiteren Bestandteil „Dallmayr“ bei der älteren Widerspruchsmarke „Dallmayr Capsa“ ausreichend unterscheiden. Eine Verwechslungsgefahr bestehe auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Prägung durch einen Zeichenbestandteil. Soweit die Widersprechende ausführe, dass der Bestandteil „Dallmayr“ als Herstellerkennzeichnung und der Bestandteil „Capsa“ als Produktkennzeichen zu verstehen seien, stünde dem entgegen, dass der Bestandteil „Capsa“ und auch die angegriffene Marke „Capz“ aufgrund ihrer Nähe zum beschreibenden Begriff „Caps“ deutlich in der Kennzeichnungskraft geschwächt seien. Zudem seien die angesprochenen Konsumenten der Kaffeeprodukte der Widersprechenden an das Zusammentreffen zweier gleich kennzeichnungskräftiger Bestandteile in einer Kennzeichnung mit einer Aufteilung in Hersteller- und Produktmarke nicht gewöhnt. Vielmehr verwende die Widersprechende auch die Kennzeichnungen „Dallmayr Classic“, „Dallmayr Ethiopia“ oder „Dallmayr Standard“. Bei keiner dieser Kennzeichnungen besäße der neben der Herstellerbezeichnung Dallmayr verwendete weitere Bestandteil eine eigenständige Kennzeichnungskraft, so dass er isoliert als Marke erkennbar sei. Aber selbst bei Annahme einer Prägung der Widerspruchsmarke 307 18 296 durch den Bestandteil „Capsa“ bzw. im Fall der Widerspruchsmarke 305 61 699 „Capsa“

sei eine Zeichenähnlichkeit in schriftbildlicher, klanglicher oder begrifflicher Hinsicht mit der angegriffenen Marke „Capz“ nicht gegeben. Trotz weitgehender Übereinstimmungen jeweils am Zeichenbeginn in den Buchstaben bzw. Lauten „Cap“ sei angesichts der Kürze der Zeichen und der beschreibenden Bedeutung des übereinstimmenden Elements „Cap“ (im Sinn einer Eignung der Waren für Kapseln bzw. die Verpackung in Kapseln) der Unterschied am Zeichenende für ein eindeutiges Auseinanderhalten der Marken ausreichend. Beide Zeichen seien als Abwandlungen des Begriffs „Cap“ bzw. „Caps“ zu verstehen und würden jeweils in der Art der Abwandlung keine Ähnlichkeit aufweisen. Während die angegriffene Marke mit der Verwendung des „z“ statt des „s“, was klanglich kein hörbarer Unterschied bedeute, eher auf einen Aufmerksamkeitsgewinn durch einen gewissen Witz, der sich aus der klanglichen Identität ergebe, setze, stelle die Widerspruchsmarke „Capsa“ eine romanisierende Abwandlung von „Cap“ bzw. „Caps“ dar, die Assoziationen zur Herkunft des Espresso aus Italien auslöse. Die Zeichen kämen sich damit nicht in relevanter Weise nahe.


Ein Schutzhindernis nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG aufgrund des Sonderschutzes der bekannten Marke scheidet aus, weil die Marke „Capsa“ im Wesentlichen nicht isoliert zur Warenkennzeichnung verwendet werde. Insoweit könne allenfalls die Widerspruchsmarke „Dallmayr Capsa“ als bekannte Marke im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden. Dann sei aber eine Ähnlichkeit der Vergleichszeichen, die eine der in § 9 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG genannten Beeinträchtigungen auslösen könnte, nicht gegeben. Denn die Widerspruchsmarke bestehe zwar aus dem von Haus aus kennzeichnungskräftigen und bekannten Bestandteil „Dallmayr“ und der geschwächten Kennzeichnung „Capsa“. Diese habe mit der angegriffenen Marke „Capz“ aber allein die Anspielung auf die Warenform „Caps“ gemein. Hieraus ergebe sich keine gedankliche Verknüpfung zwischen den Marken, wie sie Voraussetzung für den Tatbestand des § 9 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG sei. Dieser schütze die unternehmerische Leistung, eine bestimmte Kennzeichnung bekannt gemacht zu haben. Vorliegend käme allenfalls eine allgemeine Assoziation zum beschreibenden Begriff „Caps“ in Frage.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden. Zur Begründung ihrer Beschwerde führt sie im Wesentlichen aus, dass eine unmittelbare Verwechslungsgefahr der Zeichen deshalb bestehe, weil die angegriffene Marke „Capz“ einerseits und die Widerspruchsmarke 305 61 699 „Capsa“ und auch der die Widerspruchsmarke 307 18 296 „Dallmayr Capsa“ prägende Bestandteil „Capsa“ andererseits verwechselbar ähnlich seien. Die Widerspruchsmarke 307 18 296 „Dallmayr Capsa“ zerfalle in das Unternehmenskennzeichen „Dallmayr“ und die Produktmarke „Capsa“, die nahezu identisch zu der angegriffenen Marke sei. Auch seien die Voraussetzungen des Sonderschutzes einer bekannten Marke zu bejahen. Durch die Wahl des hochgradig ähnlichen Zeichens „Capz“ für identische oder ähnliche Produkte versuche die Markeninhaberin die von den bekannten Marken ausgehende Wertschätzung für eigene Zwecke zu nutzen.

Die Vergleichsprodukte der sich jeweils gegenüberstehenden Marken seien überwiegend identisch und im Übrigen hochgradig ähnlich. Für sämtliche Waren sei von einer originär durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken auszugehen.

Die Bezeichnung „Capsa“ habe keinen beschreibenden Anklang in Bezug auf den englischen Begriff „Caps“ oder „Capsules“ für Kapsel. Denn bei dem Wort „Cap/Caps“ handle es sich nicht um eine im Deutschen übliche Abkürzung für das Wort „Kapsel“ für Kaffeeprodukte, sondern um die mittlerweile in die deutsche Sprache aufgenommene Bezeichnung für „Baseball Caps“. Soweit daher mit der Markenstelle von einem beschreibenden Anklang von „Capsa“ an das Wort „Caps“ ausgegangen werde, sei von einer gedanklichen Verknüpfung zu „Caps“ im Sinn der Kopfbedeckungen auszugehen. Zu den in Rede stehenden Waren fehlte aber jegliche Verbindung. Zudem habe die Bezeichnung „Capsa“ mit dem Begriff der „Kapsel“, die sich schon durch den Anfangsbuchstaben „C“ anstelle von „K“ unterscheide, wenig gemein. Für die deutschen Verkehrskreise sei der englische Begriff der „capsule“ nicht so gebräuchlich, als dass sie von dem Wort „Capsa“ auf „capsule“ schließen würden. In jedem Fall bedürfe es mehrerer Gedankenschritte und einer

analytischen Betrachtungsweise, um von „Capsa“ zu dem beschreibenden Wort mit dem Begriffsinhalt „Kapsel“ für Kaffeeprodukte zu gelangen.

Den Widerspruchsmarken komme aufgrund intensiver Benutzung eine erhöhte Kennzeichnungskraft zu. Demzufolge würden sie einen erweiterten Schutzzumfang bis hin zu einem Bekanntheitsschutz beanspruchen können. Die Bekanntheit der Widerspruchsmarken sei durch die umfangreich vorgelegten Benutzungsunterlagen belegt worden. Den Unterlagen sei die ausreichende Benutzung von „Capsa“ als Kennzeichen in Alleinstellung zu entnehmen, zudem seien im Übrigen auch Mehrfachkennzeichnungen möglich, bei welchen mehreren Bestandteilen eines Gesamtzeichens ein kennzeichnender Charakter zukomme. So verwende die Widersprechende auf Produktverpackungen eine Vielzahl unterschiedlicher Kennzeichnungen, „Dallmayr“ als Unternehmenskennzeichen bzw. Dachmarke, das „Dallmayr-Logo“  als Dachmarke und „Capsa“ erkennbar zur Bezeichnung der spezifischen Kaffeespezialität. Derartige Mehrfachkennzeichnungen seien branchenüblich. Aus den vorgelegten Unterlagen gehe aber auch die Verwendung von „Capsa“ in Alleinstellung hervor. Die Bezeichnung „Capsa“ sei seit August 2014 und bereits zu einem früheren Zeitpunkt für nicht mit Nespresso-Kaffeemaschinen kompatible Kapseln für den rein gewerblichen Bereich an gewerblichen Verkaufspunkten oder auf Rechnungen und Lieferscheinen angebracht gewesen. Im Markt der Nespresso-kompatiblen Kaffeekapseln habe die Bezeichnung „Capsa“ im April 2015, dem Anmeldezeitpunkt der jüngeren Marke, einen Marktanteil von 44 % (exklusive Discounter sogar von 46 %) innegehabt. Auf diesem abgrenzbaren und für die Käufer auch notwendigerweise abgrenzungsbedürftigen Markt komme „Capsa“ somit ein deutlich erhöhter Schutzzumfang im Umfang eines Bekanntheitsschutzes zu. Zweifel an dem Zuerkennen erhöhter Kennzeichnungskraft seien auch nicht allein deswegen angebracht, weil zwischen der erstmaligen Listung der mit den Widerspruchsmarken gekennzeichneten Produkte im Einzelhandel und dem maßgeblichen Kollisionszeitpunkt eine nur relativ kurze Zeitspanne gelegen habe.

Beim Zeichenvergleich sei davon auszugehen, dass die Widerspruchsmarke „Dallmayr Capsa“ in zwei Teile, nämlich in die Herstellermarke Dallmayr und die prägende Produktbezeichnung „Capsa“ zerfalle. Das Herstellerkennzeichen

„Dallmayr“ sei zu vernachlässigen, weil sich die Verbraucher in erster Linie an den prägenden Produktkennzeichnungen orientierten. Die sich insoweit gegenüberstehenden Zeichen „Capsa“ und „Capz“ stimmten sowohl in schriftbildlicher Hinsicht als auch in klanglicher Hinsicht durch den ohnehin stärker beachteten identischen Wortanfang „Cap“ bzw. „Caps/z“ weitestgehend überein, wohingegen die Zeichenunterschiede nicht zu einem ausreichenden Abstand führten, nachdem der Endungsvokal „a“ insbesondere auch bei der klanglichen Wiedergabe häufig verschluckt werde. Die Bezeichnungen „Cap“ bzw. „Caps“ hätten keinen beschreibenden Anklang. Es sei von einer durchschnittlichen Zeichenähnlichkeit auszugehen.

Auch sei eine Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt der Marken usurpation gegeben. Die Widerspruchsmarke „Capsa“ verfüge über einen deutlich erweiterten Schutzzumfang aufgrund gesteigerter Kennzeichnungskraft und sogar über Bekanntheitsschutz. Das bekannte und produktbezogene Zeichenelement „Capsa“ sei in identischer oder wesensgleicher Form zum Gegenstand der jüngeren Marke gemacht worden. Insoweit sei vom Vorliegen einer Verwechslungsgefahr gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG auszugehen. Ebenso seien die Voraussetzungen von § 9 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG erfüllt, nachdem den Widerspruchsmarken eine erhöhte Bekanntheit zukomme.

Die Widersprechende beantragt,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 19. Oktober 2017 in der Hauptsache aufzuheben und wegen der Widersprüche aus den Marken 305 61 699 „Capsa“ und 307 18 296 „Dallmayr Capsa“ die Löschung der angegriffenen Marke 30 2015 037 160 „Capz“ anzuordnen.

Sie regt zudem die Zulassung der Rechtsbeschwerde an und meint, zum einen sei bei der Frage der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke klärungsbedürftig

auf welche Produktgruppe abzustellen sei, auf den Markt der Kaffeekapseln allgemein oder den abgrenzbaren Produktbereich der Nespresso-kompatiblen Kaffeekapseln. Zum anderen sei höchstrichterlich zu klären, welches Gewicht der Frage des Zeitraums zukomme, der zwischen der Markteinführung eines Produkts und einer etwaigen gesteigerten Kennzeichnungskraft einer Marke liege, wenn mit den so gekennzeichneten Waren innerhalb eines sehr kurzen Zeitraums nach Produkteinführung bereits hohe Umsatzzahlen erreicht würden. Zudem sei höchstrichterlich abzuklären, welche eigenen Ermittlungen der erkennende Senat bei verbleibenden Zweifeln am Vorliegen einer geltend gemachten gesteigerten Kennzeichnungskraft durchzuführen habe.

Den mit Schriftsatz vom 20. März 2018 gestellten Antrag, der Markeninhaberin die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen, hat die Widersprechende in der mündlichen Verhandlung vom 23. Januar 2020 zurückgenommen.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat sich zu der ihr am 1. März 2018 zugestellten Beschwerde der Widersprechenden vom 24. November 2017 und der umfangreichen Beschwerdebegründung nicht geäußert und auch keine Anträge gestellt. An der auf Antrag der Widersprechenden anberaumten mündlichen Verhandlung hat die Markeninhaberin nicht teilgenommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss der Markenstelle für Klasse 30, auf die Schriftsätze der Widersprechenden sowie den Ladungszusatz des Senats vom 18. Dezember 2019 nebst Anlagen und den weiteren Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die nach § 66 Abs. 1 Satz 1 MarkenG statthafte und auch ansonsten zulässige Beschwerde der Widersprechenden hat in der Sache keinen Erfolg. Entgegen der

Auffassung der Widersprechenden besteht zwischen den Vergleichsmarken keine Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG oder § 9 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG i.V.m. § 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, so dass die Markenstelle die Widersprüche aus den Widerspruchsmarken „Capsa“ und „Dallmayr Capsa“ zu Recht zurückgewiesen hat, § 43 Abs. 2 Satz 2 MarkenG.

Da die Anmeldung der angegriffenen Marke am 28. April 2015 und damit zwischen dem 1. Oktober 2009 und dem 14. Januar 2019 eingereicht worden ist, ist gemäß § 158 Abs. 3 MarkenG für den gegen die Eintragung erhobenen Widerspruch § 42 Abs. 1 und Abs. 2 in der bis zum 14. Januar 2019 geltenden Fassung (MarkenG aF) anzuwenden.

Das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr für das Publikum ist nach ständiger Rechtsprechung sowohl des Europäischen Gerichtshofes als auch des Bundesgerichtshofes unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (vgl. hierzu z. B. EuGH GRUR 2010, 933 Rn. 32 - BARBARA BECKER; GRUR 2010, 1098 Rn. 44 - Calvin Klein/HABM; BGH GRUR 2012, 64 Rn. 9 - Maalox/Melox-GRY; GRUR 2012, 1040 Rn. 25 - pjur/pure; GRUR 2013, 833 Rn. 30 - Culinaria/Villa Culinaria; GRUR 2016, 382 Rn. 19 - BioGourmet; GRUR 2018, 79 Rn. 9 - Oxford/Oxford Club). Von maßgeblicher Bedeutung sind insoweit insbesondere die Identität oder Ähnlichkeit der relevanten Vergleichsprodukte (Waren und/oder Dienstleistungen), die Identität oder Ähnlichkeit der Marken sowie die Kennzeichnungskraft und der daraus folgende Schutzzumfang der Widerspruchsmarke. Diese einzelnen Faktoren sind zwar für sich gesehen voneinander unabhängig, bestimmen aber in ihrer Wechselwirkung den Rechtsbegriff der Verwechslungsgefahr (vgl. dazu EuGH GRUR 2008, 343 Rn. 48 - Il Ponte Finanziaria Spa/HABM; BGH GRUR 2012, 64 Rn. 9 - Maalox/Melox-GRY; GRUR 2012, 1040 Rn. 25 - pjur/ pure; siehe auch Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 12. Aufl., § 9 Rn. 41 ff. m. w. N.). Darüber hinaus können sich für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr weitere Faktoren entscheidungserheblich auswirken, wie u. a. etwa die Art der Ware, die im Einzelfall angesprochenen Verkehrskreise und daraus

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

1. Nach diesen Grundsätzen besteht zwischen der angegriffenen Wortmarke „Capz“ und den älteren Widerspruchsmarken „Capsa“ und „Dallmayr Capsa“ keine Verwechslungsgefahr gemäß §§ 9 Abs. 1 Nr. 2, 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

a. Da Benutzungsfragen nicht aufgeworfen sind, ist auf Seiten der Widerspruchsmarken von der Registerlage auszugehen. Die Vergleichsmarken können zur Kennzeichnung identischer Waren der Klassen 11 sowie 30 verwendet werden. Hinsichtlich der Waren der Klasse 29 (Milchpulver) der angegriffenen Marke besteht zu den Widerspruchswaren der Klasse 30 (Kaffeepulver in Kapselform) eine jedenfalls noch durchschnittliche Ähnlichkeit, nachdem diese häufig zusammen verwendet und entsprechend angeboten werden, zum Teil sogar bereits vorgefertigt und vorportioniert in einer Kaffeekapsel oder einem Kaffeepad.

b. Bei den Widerspruchsmarken ist anders, als die Widersprechende meint, von einer originär unterdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke „Capsa“ und einer originär durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke „Dallmayr Capsa“ auszugehen.

Die originäre Kennzeichnungskraft einer Marke wird durch die Eignung einer Marke bestimmt, sich unabhängig von der jeweiligen Benutzungslage als Unterscheidungsmittel für die Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens bei den beteiligten Verkehrskreisen einzuprägen und die Waren und Dienstleistungen damit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. BGH GRUR 2017, 75 Rn 19 – Wunderbaum II; GRUR 2016, 283 Rn. 10 – BSA/DSA DEUTSCHE SPORTMANAGEMENTAKADEMIE). Bei der Bestimmung der tatsächlichen im Verfahren maßgeblichen Kennzeichnungskraft sind alle relevanten Umstände zu berücksichtigen, zu denen insbesondere die Eigenschaften, die die Marke von Haus

aus besitzt, der von der Marke gehaltene Marktanteil, die Intensität, die geographische Verbreitung und die Dauer der Benutzung der Marke, der Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke und der Teil der beteiligten Verkehrskreise gehören, die die Waren oder Dienstleistungen auf Grund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen (st. Rspr.; EuGH GRUR Int 1999, 734 – Lloyd; GRUR Int 2000, 73 – Chevy; GRUR 2005, 763 – Nestle/Mars; BGH GRUR 2013, 833 Rn 41 – Culinaria/Villa Culinaria; GRUR 2007, 1071 Rn. 27 – Kinder II; GRUR 2007, 1066 Rn. 33 – Kinderzeit; GRUR 2009, 766 Rn. 30 – Stofffähnchen I; GRUR 2009, 672 Rn. 21 – OSTSEE-POST). Entgegen der Auffassung der Widersprechenden liegen Umstände vor, die zu einer Schwächung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken bzw. des Zeichenbestandteils „Capsa“ führen, wohingegen die von Seiten der Widersprechenden für Kaffeekapseln geltend gemachte Steigerung der Kennzeichnungskraft der Bezeichnung „Capsa“ nicht vorliegt bzw. im Rahmen der Gesamtbeurteilung der Verwechslungsgefahr nicht anerkannt werden kann.

aa. Die Bezeichnung „Capsa“ enthält vollständig das Wort „Caps“ und damit die englische Kurzbezeichnung für „Capsule“, also Kapsel, die in Deutschland wegen der vielfachen Verwendung durch unterschiedliche Hersteller für verschiedene Produktgruppen als Hinweis auf deren Darreichung in Kapselform problemlos verstanden wird. Das Wort „Caps“ wird im Bereich der Kosmetik, der Nahrungsergänzungsmittel und nicht zuletzt auch für Tee- und Kaffeekapseln umfangreich verwendet. Die Beliebtheit des Zusatzes „Caps“ für in Kapselform vertriebene Produkte zeigt sich auch in der Vielzahl der allein in der Klasse 30 eingetragenen Marken mit dem Zusatz „Caps“. Insoweit wird auf die den Beteiligten mit dem Ladungszusatz vom 18. Dezember 2019 übersandten umfangreichen Rechercheunterlagen des Senats verwiesen. Der zutreffende Hinweis der Widersprechenden, dass die Bezeichnung „Caps“ auch für die in Deutschland beliebten „Baseballcaps“ verwendet wird, hat vorliegend keinen Einfluss auf das Verständnis der inländischen Verkehrskreise, nachdem eine dementsprechende Deutung im Zusammenhang mit den einschlägi-

gen Produkten der Kaffee(kapsel)maschinen und Kaffee- oder Teekapseln fernliegend ist. Das Wort bzw. der Begriff „Caps“ beschreibt die (vorportionierte) Verpackungs- und Gebrauchsform der Waren der Klasse 30 und damit die Art und Form der Waren sowie die Funktionsweise der Waren der Klasse 11 und 7 als solche, die mit vorportionierten Kapseln funktionieren bzw. betrieben werden. Die Widerspruchsbezeichnung ist mit der wesentlichen Übernahme des Wortes deutlich und erkennbar an die beschreibende Angabe „Caps“, also Kapsel, angelehnt und unterscheidet sich von dieser allein durch den am Ende angehängten Buchstaben „a“. Damit ist von einer unterdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke „Capsa“ bzw. des Markenbestandteils „Capsa“ auszugehen, zumal die zweisilbige Bezeichnung „Capsa“ klanglich auch noch deutlich an den einschlägigen deutschen Begriff „Kapsel“ angenähert ist.

Die Widerspruchsmarke „Dallmayr Capsa“ weist mit dem für Kaffee allgemein bekannten und im Sinn von § 291 ZPO gerichtsbekanntem Markenbestandteil „Dallmayr“ einen Markenbestandteil mit erhöhter Kennzeichnungskraft auf. Das allein rechtfertigt allerdings noch keine erhöhte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke „Dallmayr Capsa“ insgesamt und erst Recht keine erhöhte Kennzeichnungskraft des darin enthaltenen Markenbestandteils „Capsa“. Denn die Kennzeichnungskraft zusammengesetzter Marken bestimmt sich nach ihrem Gesamteindruck (vgl. BGH GRUR 2008, 505, 507 Rn. 23 - TUC-Salzcracker; Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl., § 9 Rn. 141).

bb. Soweit die Widersprechende die Auffassung vertritt, durch die dargelegte Benutzung der Widerspruchsmarken sei deren Kennzeichnungskraft für Kaffeekapseln als überdurchschnittlich kennzeichnungskräftig zu beurteilen, kann dem nicht gefolgt werden.

Für die Annahme einer gesteigerten Kennzeichnungskraft durch intensive Benutzung bedarf es konkreter Angaben zum Marktanteil im Inland, zur Dauer der Benutzung, zum Umsatz, zur geografischen Verbreitung und zum Werbeaufwand einschließlich dem Investitionsumfang zur Förderung der Marke (vgl. BGH GRUR

2013, 833 Rn. 41 – Culinaria/Villa Culinaria). Eine Steigerung der Kennzeichnungskraft durch intensive Benutzung ist darzulegen und glaubhaft zu machen, soweit die Benutzungslage nicht im Einzelfall amts- oder gerichtsbekannt ist (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 12. Aufl., § 9 Rn. 163 ff m.w.N.). Der Nachweis einer erhöhten Kennzeichnungskraft unterliegt grundsätzlich dem Beibringungsgrundsatz (st. Rspr., vgl. hierzu BGH GRUR 2006, 859 Rn. 33 – Malteserkreuz; BGHZ 46, 152, 160 – Vitapur sowie Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 12. Aufl., § 9 Rn. 178, 179). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung einer in Folge der Benutzung gesteigerten Kennzeichnungskraft ist grundsätzlich der Anmeldetag der angegriffenen Marke (BGH GRUR 2008, 903 Rn. 14 – SIERRA ANTIGUO). Zudem muss die erhöhte Kennzeichnungskraft bis zum Entscheidungszeitpunkt fortbestehen (vgl. BGH GRUR 2019, 1316, Rn. 14 - KNEIPP), um im Widerspruchsverfahren Berücksichtigung finden zu können.

Die erforderliche Gesamtschau der zu würdigenden Aspekte einer durch Benutzung gesteigerten Kennzeichnungskraft lässt einen solchen Schluss nicht zu. Maßgebliche Zeitpunkte für das Vorliegen der gesteigerten Kennzeichnungskraft sind vorliegend der Prioritätszeitpunkt der jüngeren Marke, der Tag der Anmeldung am 28. April 2015 und der Zeitpunkt der Entscheidung. Die Widersprechende hat bezogen auf den Anmeldetag am 28. April 2015 vorgetragen, mit den ab August 2014 für die Endverbraucher erhältlichen Nespresso-kompatiblen Kaffeekapseln einen Nettoumsatz von über ... im Jahr 2014 und von Januar bis Juni 2015 von mehr als ... Euro erzielt zu haben (gemäß eidesstattlicher Versicherung eines Mitglieds der Geschäftsleitung vom 30. September 2016, bezeichnet als Anlage 2 der Widersprechenden/Beschwerdeführerin) und bis zum April 2015 für Nespresso-kompatible Kapseln im Lebensmittelhandel inklusive Discount einen Marktanteil von 44,0 % erreicht zu haben (gemäß Kapselübersicht IRI XleratePlus Jan – April 2015, Anlage 69 zum Schriftsatz von 22. Januar 2020). Ebenso sei die Widersprechende im Jahr 2014 und im ersten Tertial 2015 mit Abstand die größte Werbetreibende auf dem Nespresso-kompatiblen Markt gewesen (gemäß Quelle Nielsen AdEx, Anlage 70 zum Schriftsatz vom 22. Januar 2020).

Die von der Widersprechenden eingereichten Unterlagen beziehen sich nahezu ohne Ausnahme erkennbar auf die Bezeichnung „Dallmayr Capsa“, nicht auf „Capsa“ in Alleinstellung (vgl. u.a. die zuletzt eingereichten Anlagen 69, Anlage 70, Anlage 71). Lediglich ein Beleg, der eine Kaffeekapsel selbst zeigt, enthält auf dem Deckel bzw. der die Kapsel verschließenden Abdeckfolie die Bezeichnung „Capsa“ neben dem Dallmayr Bildlogo ohne den Zusatz „Dallmayr“ (vgl. Anlage 16 zum Schriftsatz der Widersprechenden und Beschwerdeführerin zum Schriftsatz vom 19. Oktober 2016). In dieser quasi „unverpackten“ Form der Einzelkapsel begegnen die Waren der Klasse 30 den angesprochenen Verbrauchern in der Regel erst unmittelbar vor dem Gebrauch, so dass schon deshalb durchgreifende Bedenken dahingehend bestehen, dass der Verkehr die Bezeichnung „Capsa“ in relevantem Umfang als isoliertes bzw. eigenständiges Kennzeichen wahrnehmen kann.

Zudem sind die erzielten Marktanteile bezogen auf den Prioritätszeitpunkt der angegriffenen Marke, die sich nur auf das Produktsegment der Nespresso-kompatiblen Kaffeekapseln beziehen, nicht ausreichend aussagekräftig für die insoweit nicht darauf beschränkten Widerspruchswaren des „Kaffeepulvers in Kapselform“. Denn insoweit betreffen sie einen nur eingeschränkten zu engen und zu speziellen Teilbereich dieser Waren. Auch wenn für den Verbraucher das Kriterium der Kompatibilität mit einer bestimmten Kaffeemaschinenform ein kaufbestimmendes Merkmal sein mag, müssen Umsatzzahlen und Marktanteil im jeweiligen Marktumfeld gesehen werden. Das jeweilige Marktsegment darf weder zu Lasten des Markeninhabers zu weit ausgedehnt, noch zu seinen Gunsten zu sehr eingeschränkt werden (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 12. Aufl., § 9 Rn. 166). Eine Verengung auf den Markt der Nespresso-kompatiblen Kapseln entspricht weder objektiv-wirtschaftlichen Gesichtspunkten, noch den im Register geschützten Produktangaben und kann deshalb im Zusammenhang mit der Beurteilung der Kennzeichnungskraft nicht als relevant angesehen werden. Entsprechendes gilt im Zusammenhang etwa mit fabrikatskompatiblen Druckerpatronen oder Staubsaugerbeuteln. Auch wenn die Firma N... mit ihren Kapselkaffeemaschinen als erste und aktuell immer noch als Marktführer in diesem Produktbereich verhältnismäßig bedeutend sein mag, kann in dem Produktsegment der Nespresso-kompatiblen

Kaffeekapseln markenrechtlich kein eigenständiger und isoliert zu betrachtendes Produktsegment gesehen werden.

Nicht zuletzt kann der Widerspruchsmarke bzw. der Bezeichnung „Capsa“ keine gesteigerte Kennzeichnungskraft zuerkannt werden, weil die produktrelevante Benutzung dieser Bezeichnung erst seit August 2014 und damit gerade einmal acht Monate vor dem maßgeblichen Prioritätszeitpunkt im Markt für die Endverbraucher begonnen hatte. Nach gefestigter Rechtsprechung rechtfertigt die Benutzung eines Kennzeichens über längere Zeit und intensiv im Markt das Zuerkennen eines erweiterten Schutzzumfangs einer älteren Marke gegen Verwechslungsgefahr (vgl. auch BGH GRUR 2003, 1040 Rn 41 – Kinder I). Insoweit ist der Aspekt der Verwendung der Bezeichnung „Capsa“ über einen verhältnismäßig sehr kurzen Zeitraum vor dem relevanten Prioritätszeitpunkt ein maßgeblicher Umstand, der gegen die Annahme der gesteigerten Kennzeichnungskraft der älteren Marke spricht. Anders als die Widersprechende meint, ist der Entscheidung des BGH vom 15. Dezember 2005 (BGH GRUR 2006, 679 – Porsche Boxster) Gegenteiliges nicht zu entnehmen. Zum einen bezogen sich die Ausführungen, wonach sich die Form des als dreidimensionale Marke angemeldeten Modells eines (hochpreisigen) Kraftfahrzeugs ein knappes Jahr nach seiner Markteinführung im Verkehr als Herkunftshinweis durchsetzen kann, auf die Frage der Verkehrsdurchsetzung. Zudem handelt es sich um eine Entscheidung, die erkennbar auf die speziellen Modalitäten im Kraftfahrzeugbereich bei der in der Regel äußerst pressewirksam begleiteten Einführung eines neuen Automodells eines bekannten Herstellers abstellt, der bekannte charakteristische (herstellertypische) Merkmale mit neuen Gestaltungsmerkmalen in der neuen Ausgestaltung des Fahrzeugs verbindet (vgl. hierzu BGH a.a.O. Rn. 18, 23, 24 – Porsche Boxter). Solche besonderen Umstände, die es rechtfertigen könnten, den Widerspruchsmarken eine gesteigerte Verkehrsbekanntheit und damit eine gesteigerte Kennzeichnungskraft zuzubilligen, obwohl angesichts der hier maßgeblichen Datenlage nur ein sehr kurzer Verwendungszeitraum seit der Markteinführung im einschlägigen Produktbereich von deutlich unter einem Jahr berücksichtigt werden kann, sind nicht gegeben.

Aus den oben genannten Umständen ergibt sich für den Senat in der Gesamtschau nicht mit hinreichender Eindeutigkeit, dass der Widerspruchsmarke „Capsa“ oder dem Markenbestandteil „Capsa“ innerhalb der Widerspruchsmarke „Dallmayr Capsa“ auch nur für die Waren der Klasse 30 eine durch Benutzung gesteigerte Kennzeichnungskraft zum Prioritätszeitpunkt im April 2015 zukommt. Insoweit verbleibt es bei der unterdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke „Capsa“ und einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke „Dallmayr Capsa“.

c. Den bei dieser Ausgangslage - teilweise identische Waren und unterdurchschnittliche bzw. durchschnittliche Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken - zu fordernden teilweise noch strengen und im Bereich unterdurchschnittlicher Kennzeichnungskraft durchschnittlichen Anforderungen an den Markenabstand wird die jüngere Marke indes in jeder Hinsicht gerecht.

Die Frage der Ähnlichkeit einander gegenüberstehender Zeichen ist nach deren Ähnlichkeit im (Schrift-)Bild, im Klang und im Bedeutungs- oder Sinngehalt zu beurteilen, weil Marken auf die mit ihnen angesprochenen Verkehrskreise in bildlicher, klanglicher und begrifflicher Hinsicht wirken können. Dabei genügt für die Bejahung der Zeichenähnlichkeit regelmäßig bereits die Ähnlichkeit in einem der genannten Wahrnehmungsbereiche. Bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit ist auf den durch die Zeichen hervorgerufenen Gesamteindruck abzustellen, wobei insbesondere ihre unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind (vgl. z.B. BGH GRUR 2018, 79 Rn. 37 – Oxford/Oxford Club). Abzustellen ist dabei auf die Wahrnehmung des angesprochenen Durchschnittsverbrauchers, der eine Marke regelmäßig in ihrer Gesamtheit erfasst und nicht auf die verschiedenen Einzelheiten achtet (so z.B. BGH in GRUR 2016, 283 Rn. 37 – BioGourmet m.w.N.).

Maßgebend für die Beurteilung der Markenähnlichkeit ist der Gesamteindruck der Vergleichsmarken unter Berücksichtigung der unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente.

aa. Zunächst ist keine unmittelbare Verwechslungsgefahr der Zeichen gegeben.

Vorliegend stehen sich die angegriffene Wortmarke „Capz“ und die Widerspruchsmarken „Capsa“ bzw. „Dallmayr Capsa“ gegenüber.

1) Soweit die Vergleichszeichen in ihrer Gesamtheit gegenübergestellt werden, kommt eine Verwechslungsgefahr zwischen der angegriffenen Marke „Capz“ und der Widerspruchsmarke „Dallmayr Capsa“ angesichts des zusätzlich vorhandenen Markenbestandteils „Dallmayr“ bereits offenkundig nicht in Betracht.

2) Aber auch unter dem Gesichtspunkt, dass die Vergleichszeichen Ähnlichkeiten in den Wortbestandteilen „Capz“ bei der jüngeren Marke und „Capsa“ bei der älteren bzw. als prägender Wortbestandteil der Widerspruchsmarke „Dallmayr Capsa“ aufweisen, ergibt sich vorliegend keine unmittelbare Verwechslungsgefahr.

Von einer Prägung der Widerspruchsmarke „Dallmayr Capsa“ durch den Wortbestandteil „Capsa“ kann schon nicht ausgegangen werden. Denn dies würde voraussetzen, dass dieser Bestandteil das zusammengesetzte Zeichen dominiert, wobei der andere Bestandteil weitgehend in den Hintergrund tritt und den Gesamteindruck nicht mitbestimmt. Der weitere Bestandteil muss im Gesamteindruck soweit zurücktreten, dass er zu vernachlässigen ist (vgl. u.a. BGH GRUR 2019, 1316 Rn. 38 – KNEIPP; GRUR 2016, 283 Rn. 14 – BSA/DSA DEUTSCHE SPORTMANAGEMENT AKADEMIE; GRUR 2013, 833 Rn. 45 – Culinaria/Villa Culinaria). Bei dem weiteren Markenbestandteil „Dallmayr“ der Widerspruchsmarke handelt es sich um das Unternehmenskennzeichen der Widersprechenden, ein überregional sehr bekanntes Unternehmen für Kaffee und Feinkost. Dem Bestandteil „Dallmayr“ kommt eine überdurchschnittliche Kennzeichnungskraft zu, so dass

auch bereits deshalb nicht davon ausgegangen werden kann, dass die angesprochenen Verkehrskreise diesen Bestandteil vernachlässigen werden.

Aber auch wenn sich die Bezeichnungen „Capz“ der angegriffenen Marke und „Capsa“ jedenfalls im Fall der Widerspruchsmarke 305 61 699 isoliert gegenüberstehen, kommt eine unmittelbare Verwechslungsgefahr nicht in Betracht. Denn insoweit ist zu berücksichtigen, dass beide Bezeichnungen im Hinblick auf die beschreibende Abkürzung „Caps“ bei der Kennzeichnung von Waren mit einem Zusammenhang zu (Kaffee-)Kapseln bzw. (Getränke-)Kapseln bzw. entsprechenden (Kapsel-)Geräten für Getränke eine originäre Kennzeichnungsschwäche aufweisen.

Das englische Kurzwort „Caps“ für Capsule oder Kapsel eignet sich dazu, die geschützten Waren, die in vorportionierten Kapseln angeboten und vertrieben werden (Waren der Klasse 30) bzw. mit Kapseln funktionieren können (Waren der Klasse 11 und 7), nach ihrer vorportionierten Verpackungs- und Gebrauchsform bzw. ihrer Funktionsweise zu beschreiben. Das Wort „Capz“ unterscheidet sich demgegenüber nur durch die Veränderung in dem Endbuchstaben „z“ und lehnt sich insoweit deutlich an die beschreibende Bezeichnung „Caps“ an. Gleiches gilt für die Widerspruchsbezeichnung „Capsa“, die sich nur durch den zusätzlich vorhandenen Vokal „-a“ am Wortende von der beschreibenden Bezeichnung „Caps“ unterscheidet. Die Übereinstimmungen der Bezeichnungen „Capz“ und „Capsa“ beschränken sich im Wesentlichen auf den Teil der Zeichen, der beschreibend auf die Verpackungs- und Gebrauchsform der Ware (Caps/Capsules) bzw. hinsichtlich der Kaffeemaschinen auf deren Funktionsweise mit Kapseln (Caps/Capsules) hinweist. Beide Bezeichnungen sind letztlich erkennbare Abwandlungen der auf dem relevanten Produktbereich beschreibenden Bezeichnung der „Caps“ im Sinn einer Kaffeemaschine für Kaffeekapseln bzw. der Portionierung oder Darreichung von Kaffee, Tee, Milchpulver oder Getränkepulver in der Portionsform der Kapsel. Insoweit ist der Schutzbereich der Widerspruchsmarke „Capsa“ eng nach Maßgabe der schutzbegründenden Eigenprägung zu begrenzen und so kann der Umstand der Übereinstimmung der Bezeichnungen in „Cap“ oder „Caps“ nicht dazu führen, dass

die Marken insgesamt als verwechselbar eingestuft werden (siehe hierzu BGH GRUR 2013, 631 Rn. 66 AMARULA/Marulablu (Marula); BPatG FITAMIN/VIT-H-MIN; Vitaminis/Vitaminos; Panero/Panerie – die Entscheidungen sind über die Entscheidungsdatenbank der Homepage öffentlich zugänglich; Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl., § 9 Rn. 195 m.w.N.). Weitergehende Gemeinsamkeiten der Zeichen bestehen nicht, insbesondere bewirkt der Klang bestimmende und klangstarke Vokal „a“ bei „Cap-sa“ eine besondere Betonung auf der zweiten Wortsilbe und dem Wortende, die sich in der angegriffenen Marke „Capz“ nicht wiederfindet. Deren Eigenprägung ist auf die Verwendung des Endbuchstabens „z“ anstelle des in „Caps“ verwendeten Buchstabens „s“ beschränkt.

Mit den Vergleichszeichen „Capz“ einerseits und „Capsa“ bzw. „Dallmayr Capsa“ andererseits stehen sich somit klanglich und schriftbildlich ausreichend unterschiedliche Zeichen gegenüber.

Soweit die Vergleichsbezeichnungen „Capz“ und „Capsa“ begrifflich übereinstimmend auf „Kapseln“ und damit beschreibend auf die Verpackungs- und Gebrauchsform bzw. die Funktionsweise der Waren hinweisen, kommt insoweit aus Rechtsgründen die Bejahung einer begrifflichen Verwechslungsgefahr nicht in Betracht, weil warenbeschreibende Begrifflichkeiten nicht monopolisiert werden dürften.

Eine unmittelbare Verwechslungsgefahr ist daher in keiner Hinsicht gegeben.

bb. Anhaltspunkte für das Vorliegen einer mittelbaren Verwechslungsgefahr etwa unter dem Gesichtspunkt einer Markenserie der Widersprechenden mit dem Stammbestandteil „Capsa“ liegen nicht vor.

Auch liegt kein Fall einer Verwechslungsgefahr im weiteren Sinn etwa unter der Annahme einer selbständig kennzeichnenden Stellung vor. Die Bejahung einer selbständig kennzeichnenden Stellung eines Bestandteils (Capsa) kommt nur bei einer jüngeren komplexen Marke in Betracht.

Die Fallgestaltung, dass die Widerspruchsmarke ein Unternehmenskennzeichen (hier „Dallmayr“) enthält, mit der Folge, dass dann dem weiteren Bestandteil (hier „Capsa“) eine selbständig kennzeichnende Stellung zukommen könnte, kommt nicht in Betracht. Ein Zeichenbestandteil einer älteren Marke kann – ohne dass er diese prägt oder dominiert – innerhalb dieser Marke keine selbständig kennzeichnende Stellung einnehmen. Denn dies würde andernfalls auf einen unzulässigen Elementenschutz hinauslaufen (so st. Rspr., vgl. z.B. BGH GRUR 2008, 903 Rn. 34 - SIERRA ANTIGUO; GRUR 2009, 1055 Rn. 31 - airdsl).

d. Der von der Widersprechenden weiter geltend gemachte Lösungsgrund des Sonderschutzes der bekannten Marke gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG ist vorliegend offensichtlich nicht gegeben. Dies könnte nur dann bejaht werden, wenn es sich bei der Widerspruchsmarke um eine bekannte Marke handelt und die Inhaberin der jüngeren Marke durch die Benutzung einer dazu identischen oder ähnlichen Marke die Unterscheidungskraft und die Wertschätzung dieser bekannten Widerspruchsmarke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt. Bei den Widerspruchsmarken „Capsa“ und „Dallmayr Capsa“ handelt es sich im jedenfalls auch maßgeblichen Prioritätszeitpunkt der jüngeren Marke (gemäß § 51 Abs. 3 MarkenG), wie oben bereits festgestellt wurde, zum einen nicht um bekannte Marken, d.h. um Marken, die aufgrund der Dauer und Intensität der Benutzung einem bedeutenden Teil des Publikums bekannt sind (vgl. hierzu Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 12. Aufl., § 14 Rn. 359 ff m.w.N.) bzw. noch nicht einmal um solche, denen eine gesteigerte Kennzeichnungskraft und damit ein erweiterter Schutzzumfang zugewilligt werden kann. Insoweit kann auf die Ausführungen zur gesteigerten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken Bezug genommen werden. Aber selbst wenn zugunsten der Widersprechenden aufgrund der sehr bekannten Unternehmensbezeichnung „Dallmayr“ von einer ausreichenden Bekanntheit der Widerspruchsmarke „Dallmayr Capsa“ ausgegangen wird, handelt es sich gerade nicht um den Fall, in dem die Wertschätzung des bekannten Markenbestandteils „Dallmayr“ durch die jüngere Marke „Capz“ ausgenutzt wird. Insoweit ist vorliegend auch kein Fall des § 9 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG gegeben.

Die Beschwerde der Widersprechenden war daher zurückzuweisen.

2. Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bietet der Streitfall keinen Anlass (§ 71 Abs. 1 MarkenG). Den zunächst von der Widersprechenden gestellten Kostenantrag hat die Widersprechende in der mündlichen Verhandlung zurückgenommen.

3. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde war nicht veranlasst, da der Ausgang des Verfahrens im Wesentlichen von der tatrichterlichen Bewertung der geltend gemachten Umstände im Zusammenhang mit der gesteigerten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken abhängig war. Die dazu erfolgte Bewertung wie auch die Entscheidung des Senats im Übrigen steht dabei im Einklang mit der ständigen und gefestigten Rechtsprechung der anderen Senate des Bundespatentgerichts, des Bundesgerichtshofs und des Europäischen Gerichtshofs (§ 83 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG).

III.

Rechtsmittelbelehrung

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

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,

3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

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

Knoll

Kriener

Dr. Nielsen

Fa