



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 22/22

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt

zugestellt am

21.06.2023

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2016 235 344

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 2. Februar 2023 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Kortbein, der Richterin Dr. Rupp-Swienty, LL.M., sowie des Richters k. A. Staats, LL.M.Eur.,

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde des Widersprechenden wird der Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts, Markenstelle für Klasse 30, vom 22. Dezember 2021 aufgehoben.
2. Die Eintragung der Marke 30 2016 235 344 wird wegen des Widerspruchs aus der Marke 306 43 803 gelöscht.
3. Der Antrag des Inhabers der angegriffenen Marke, dem Widersprechenden die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen, wird als unzulässig verworfen.

Gründe

I.

Am 15. Dezember 2016 ist die Wort-/Bildmarke 30 2016 235 344



von dem Beschwerdegegner angemeldet und am 5. Januar 2017 für nachfolgende Waren eingetragen worden:

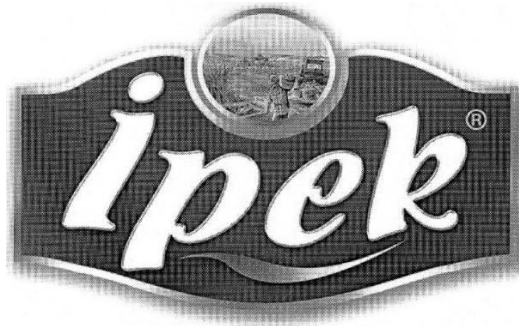
Klasse 30:

Weizengrütze; Grütze für Nahrungszwecke;

Klasse 31:

Grütze für Geflügel.

Am 9. Mai 2017 ist seitens des Beschwerdeführers Widerspruch aus der am 28. November 2006 eingetragenen Marke 306 43 803



eingelegt worden. Der Widerspruch wird zuletzt auf folgende Waren gestützt:

Klasse 30:

Tee; Eistee; Würzmittel; Getreideflocken; Getreidepräparate;
Hafergrütze.

Er richtet sich gegen alle Waren der angegriffenen jüngeren Marke. Ein gegen die Widerspruchsmarke selbst angestrebtes Widerspruchsverfahren ist am 15. Juni 2013 abgeschlossen worden. Mit Schreiben vom 3. April 2018, eingegangen am gleichen Tag beim Deutschen Patent- und Markenamt, hat der Inhaber der angegriffenen Marke die undifferenzierte Einrede der Nichtbenutzung erhoben. Mit Schreiben des Deutschen Patent- und Markenamts vom 9. April 2018 wurde ihm mitgeteilt, dass die Einrede wegen Nichtablaufs der Benutzungsschonfrist unzulässig sei. Mit weiterem Schreiben vom 18. Juni 2018, das am gleichen Tag beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangen ist, wurde die Nichtbenutzungseinrede erneut erhoben. Mit Schreiben vom 3. September 2018 teilte der Widersprechende daraufhin mit, dass mit seiner Zustimmung die Widerspruchsmarke von der I... GmbH, dessen Geschäftsführer er sei, benutzt werde. In der weiterhin vorgelegten eidesstattlichen Versicherung vom 4. September 2018 werden Umsätze in Höhe von ... EUR (2015), ... EUR (2016) und ... EUR (2017) angegeben. Weiterhin wurde eine Rechnung vom 9. April 2018 vorgelegt, die unter den laufenden Nummern 10 bis 17 mehrere „ipek“-Produkte auflistet.

Mit Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts, Markenstelle für Klasse 30, vom 22. Dezember 2021 wurde der Widerspruch durch eine Beamtin des höheren Dienstes zurückgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt, dass die Benutzung der Widerspruchsmarke für den vorliegend maßgeblichen Zeitraum gemäß § 42 Abs. 1 Satz 2 MarkenG a. F. nicht hinreichend glaubhaft gemacht worden sei. Insbesondere könne der eidesstattlichen Versicherung vom 4. September 2018 nicht entnommen werden, ob die darin ausgewiesenen Umsatzzahlen sämtliche Produkte der I... GmbH oder alle Produkte bzw. nur Bulgurprodukte, die unter dem Namen „ipek“ verkauft würden, betreffen. Auch decke sie nicht den maßgeblichen Benutzungszeitraum von Ende Dezember 2016 bis Ende Dezember 2021 ab.

Dagegen hat der Widersprechende mit Schreiben vom 28. Januar 2022 Beschwerde erhoben. Er macht geltend, dass die Widerspruchsmarke seit bald 20 Jahren von der I... GmbH benutzt werde. Mit Schreiben vom 20. Januar 2023 und 31. Januar 2023 wurden weitere Benutzungsunterlagen, u. a. eine weitere eidesstattliche Versicherung vom 19. Januar 2023, vorgelegt. Aus dieser ergibt sich, dass mit der Widerspruchsmarke gekennzeichneten Bulgur-Produkten Umsätze in Höhe von ... EUR (2018), ... EUR (2019), ... EUR (2020) und ... EUR (2021) erzielt wurden.

Der Beschwerdeführer beantragt:

1. Der Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts, Markenstelle für Klasse 30, vom 22. Dezember 2021 wird aufgehoben.
2. Die Eintragung der Marke 30 2016 235 344 wird aufgrund des Widerspruchs aus der Marke 306 43 803 gelöscht.

Der Beschwerdegegner beantragt:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Mit weiterem Schriftsatz vom 22. Februar 2023 beantragt er,

den Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren festzusetzen.

Mit nachgelassenem Schriftsatz vom 15. März 2023 beantragt er darüber hinaus:

Dem Beschwerdeführer werden die Kosten des Verfahrens auferlegt.

Er rügt das gesamte in den Schriftsätzen vom 20. Januar 2023 beziehungsweise 31. Januar 2023 enthaltene Vorbringen des Beschwerdeführers als verspätet, da der Vortrag nicht innerhalb der vom Gericht bis zum 24. September 2022 gesetzten Frist erfolgt sei. Darüber hinaus nimmt er ergänzend auf seine vor dem Deutschen Patent- und Markenamt eingereichten Schriftsätze Bezug. Darin hat er u. a. ausgeführt, dass der Verkehr, der der türkischen Sprache nicht mächtig sei, mit den beiden Wortbestandteilen der angegriffenen Marke nicht viel anfangen könne. Das Wort „Bulgur“ habe sich im deutschsprachigen Raum noch nicht soweit durchgesetzt, dass jeder sofort wisse, dass es sich um eine Zubereitungsart des Hartweizens handele. Neben „Bulgur“ sei des Weiteren auch „ipek“ mit der Bedeutung „Seide“ beschreibend, da damit eine bestimmte Oberflächenkonsistenz des Bulgurs umschrieben werden könne.

Den in der mündlichen Verhandlung am 2. Februar 2023 geschlossenen Vergleich hat der Beschwerdeführer innerhalb der am 20. Februar 2023 endenden Frist am 17. Februar 2023 wirksam widerrufen. Die Beteiligten haben keine Ausführungen zum Gegenstandswert gemacht. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die nach § 66 Abs. 1 Satz 1 MarkenG statthafte und auch ansonsten zulässige Beschwerde des Widersprechenden führt zur Aufhebung des Beschlusses des Deutschen Patent- und Markenamts vom 22. Dezember 2021 und zur Anordnung der Löschung der Eintragung der angegriffenen Marke.

1. Im Laufe des Widerspruchsverfahrens haben sich die Vorschriften des Markengesetzes mit Wirkung zum 14. Januar 2019 geändert. Eine für die Beurteilung des Streitfalls maßgebliche Änderung der Rechtslage folgt daraus nicht. Da die angegriffene Marke am 15. Dezember 2016 und somit zwischen dem 1. Oktober 2009 und dem 14. Januar 2019 angemeldet worden ist, ist gemäß § 158 Abs. 3 MarkenG auf gegen ihre Eintragung erhobene Widersprüche § 42 Abs. 1 und 2 MarkenG in der bis einschließlich 13. Januar 2019 jeweils geltenden Fassung anzuwenden. Da der Widerspruch am 9. Mai 2017 und damit vor dem 14. Januar 2019 erhoben wurde, sind §§ 26 und 43 Abs. 1 MarkenG a. F. einschlägig (§ 158 Abs. 5 MarkenG).

2. Die Verspätungsrüge des Beschwerdegegners greift nicht durch. Zwar hat der Widersprechende erst nach der bis zum 24. September 2022 eingeräumten Frist zur Beschwerdebegründung seine Beschwerde mit Schriftsätzen vom 20. Januar 2023 sowie 31. Januar 2023 begründet. Diese Fristüberschreitung wirkt sich hinsichtlich des Schriftsatzes vom 20. Januar 2023 aber schon deswegen nicht aus, weil das Gericht mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung den Beteiligten gemäß § 129 Abs. 2 ZPO i. V. m. § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG aufgegeben hatte, diese bis zum 27. Januar 2023 schriftsätzlich vorzubereiten. Der Schriftsatz vom 20. Januar 2023 ist am gleichen Tag beim Bundespatentpatentgericht und damit fristwährend eingegangen.

Der Schriftsatz vom 31. Januar 2023, eingegangen im Bundespatentgericht am 1. Februar 2023, wahrt die mit der Ladung gesetzte Frist hingegen nicht, so dass er gemäß §§ 282 Abs. 2, 296 Abs. 2 ZPO i. V. m. § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG als verspätet anzusehen ist. Die Verspätung beruht indes nicht auf grober Nachlässigkeit des Beschwerdeführers. In dem Schriftsatz vom 31. Januar 2023 hat er zu dem Schreiben des Beschwerdegegners vom 27. Januar 2023 Stellung genommen, in dem dieser beanstandet hatte, dass den dem Schriftsatz des Beschwerdeführers vom 20. Januar 2023 beigefügten Ablichtungen nicht entnommen werden könne, aus welcher Zeit sie stammten. Das Schreiben des Beschwerdegegners vom 27. Januar 2023 war dem Beschwerdeführer vorab per Fax am 30. Januar 2023 durch das Gericht übermittelt worden. Somit konnte der Beschwerdeführer nicht früher auf den Einwand des Beschwerdegegners reagieren.

Darüber hinaus ist mit der Zulassung des (verspäteten) Schriftsatzes des Beschwerdeführers vom 31. Januar 2023 keine Verzögerung der Erledigung des Rechtsstreites verbunden. Auf die mit ihm übersandten Abbildungen von Produkten mit dem Datum ihrer Herstellung kommt es nicht an. Maßgeblich ist bei der Frage der Benutzung einer Marke auf den Zeitpunkt ihrer Verwendung zur kennzeichenmäßigen Unterscheidung der Waren oder Dienstleistungen des Benutzers von den Produkten oder Leistungen anderer Unternehmen abzustellen (vgl. u. a. EuGH GRUR 2003, 425, Rn. 36 - Ansul/Ajax; GRUR 2006, 582, Rn. 70 - VITAFRUIT). Insofern ist nicht das Produktionsdatum, sondern der Zeitraum maßgebend, in dem mit unter der Marke vertriebenen Produkten Umsätze erzielt worden sind. Diese ergeben sich jedoch aus den vor dem 27. Januar 2023 bereits eingereichten eidesstattlichen Versicherungen vom 4. September 2018 und vom 19. Januar 2023.

3. Auf die wirksam erhobene Einrede der Nichtbenutzung hat der Beschwerdeführer die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke 306 43 803 jedenfalls für die Ware „Bulgur“ (Weizengrütze) glaubhaft gemacht.

a) Mit Schreiben vom 3. April 2018 und 18. Juni 2018 wurde die Benutzung der Widerspruchsmarke undifferenziert bestritten, so dass von der Erhebung beider Einreden gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG a. F. und § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG a. F. auszugehen ist (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 13. Auflage, § 43 MarkenG, Rn. 30 mit Rechtsprechungsnachweisen).

(1) Die Nichtbenutzungseinrede gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG a. F. ist - wie die Markenstelle für Klasse 30 in dem angegriffenen Beschluss vom 22. Dezember 2021 zutreffend ausgeführt hat - unzulässig. Gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG a. F. ist die Benutzung im Falle des Bestreitens für die letzten fünf Jahre vor der Veröffentlichung der Eintragung der angegriffenen Marke glaubhaft zu machen, sofern die Widerspruchsmarke zu diesem Zeitpunkt mindestens fünf Jahre eingetragen ist. Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der angegriffenen Marke am 10. Februar 2017 war die Widerspruchsmarke zwar bereits fünf Jahre eingetragen. Allerdings wurde gegen ihre am 28. November 2006 erfolgte Eintragung Widerspruch eingelegt, so dass gemäß § 26 Abs. 5 MarkenG a. F. nicht auf ihre Eintragung, sondern auf den Abschluss des gegen sie laufenden Widerspruchsverfahrens am 15. Juni 2013 abzustellen ist. Die fünfjährige Benutzungsschonfrist der Widerspruchsmarke endete somit am 15. Juni 2018. Sie lief folglich noch, als die angegriffene Marke am 10. Februar 2017 veröffentlicht wurde.

(2) Die am 3. April 2018 erhobene Nichtbenutzungseinrede gemäß § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG a. F. ist ebenfalls unzulässig. Die Benutzungsschonfrist der Widerspruchsmarke endete zwar nach der Veröffentlichung der Eintragung der angegriffenen Marke, allerdings erst nach dem 3. April 2018.

(3) Demgegenüber wurde die Nichtbenutzungseinrede gemäß § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG a. F. vom 18. Juni 2018 drei Tage nach Ablauf der Benutzungsschonfrist der Widerspruchsmarke erhoben, so dass ihre Zulässigkeit zu bejahen ist. Hierbei ist es nicht zu beanstanden, wenn eine innerhalb der Benutzungsschonfrist erhobene und damit zunächst unzulässige Einrede nach deren Ablauf erneut geltend gemacht wird. Demzufolge hat der Widersprechende die Benutzung seiner Marke in den letzten fünf Jahre vor der Entscheidung über den Widerspruch glaubhaft zu machen. Hierbei kommt es vorliegend auf die mündliche Verhandlung vom 2. Februar 2023 an, selbst wenn die Entscheidung nicht verkündet wurde, sondern gemäß § 79 Abs. 1 Satz 3 zugestellt wird (vgl. BPatG GRUR 2001, 166, 168 - VISION). Damit erstreckt sich der Benutzungszeitraum von Anfang Februar 2018 bis Anfang Februar 2023.

b) Bei der Glaubhaftmachung der bestrittenen Benutzung handelt es sich um eine verfahrensrechtliche Obliegenheit des Widersprechenden, so dass dieser die volle Verantwortung für eine vollständige Glaubhaftmachung trägt (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 43, Rn. 64 und 65). Glaubhaftmachung gemäß § 43 Abs. 1 MarkenG a. F. i. V. m. § 294 ZPO verlangt keine volle Beweisführung. Vielmehr genügt eine geringere, lediglich überwiegende Wahrscheinlichkeit der (bestrittenen) Benutzung (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 43, Rn. 60 ff.). Der Widersprechende hat dazu die wesentlichen Umstände der Benutzung seiner Marke 306 43 803, insbesondere nach Art, Zeit, Ort und Umfang in dem maßgeblichen Benutzungszeitraum darzutun und glaubhaft zu machen. Ernsthaft benutzt wird die Marke, wenn sie in üblicher und sinnvoller Weise für die Waren, für

die sie eingetragen ist und auf die der Widerspruch gestützt wird, im Inland verwendet wird, um für diese einen Absatzmarkt zu erschließen oder zu sichern, wobei die Fälle ausgeschlossen sind, in denen die Marke nur symbolisch verwendet wird, um die durch sie begründeten Rechte zu wahren. Die Ernsthaftigkeit der Benutzung ist anhand sämtlicher Tatsachen und Umstände zu beurteilen, durch die die wirtschaftliche Verwertung der Marke im Geschäftsverkehr belegt werden kann. Dazu gehören vor allem Dauer und Intensität der Benutzung sowie die Art der Waren (vgl. EuGH GRUR 2003, 425, Rn. 38 - Ajax/Ansul; GRUR 2006, 582, 584, Rn. 70 - VITAFRUIT; BGH GRUR 2014, 662, Rn. 12 - Probiotik; GRUR 2013, 925, Rn. 37 - VOODOO). Die Frage der Benutzung der Widerspruchsmarke unterliegt abweichend von dem das patentamtliche und das patentgerichtliche Verfahren ansonsten beherrschenden Untersuchungsgrundsatz dem Beibringungs- und Verhandlungsgrundsatz (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 43, Rn. 6). Für die Glaubhaftmachung einer bestrittenen Benutzung kommt insbesondere die eidesstattliche Versicherung in Betracht. Daneben können auch sonstige Unterlagen, wie z. B. Preislisten, Rechnungskopien, Etiketten, Prospekte oder sonstige Veröffentlichungen als Glaubhaftmachungsmittel geeignet sein, insbesondere zur Erläuterung, Ergänzung und Verdeutlichung einer eidesstattlichen Versicherung dienen (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 43, Rn. 80). Die vorgelegten Glaubhaftmachungsmittel sind dabei in einer Gesamtschau zu bewerten, die vorliegend zu dem Ergebnis führt, dass lediglich die Benutzung der Widerspruchsmarke für Bulgur anzuerkennen ist.

(1) In der mündlichen Verhandlung wurde die eidesstattliche Versicherung des Widersprechenden vom 19. Januar 2023 im Original zur Akte gereicht. Aus ihr ergibt sich, dass er bis Anfang 2019 Geschäftsführer der I... GmbH gewesen und derzeit ihr Gesellschafter ist. Damit kann er als natürliche Person aus unmittelbarer Wahrnehmung erlangtes Wissen über tatsächliche Verhältnisse und Ereignisse erklären (vgl. hierzu Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 43, Rn. 83).

(2) Ausweislich der eidesstattlichen Versicherung benutzt die I... GmbH die Marke 306 38 038 mit Zustimmung des Widersprechenden. Diese Marke entspricht jedoch nicht der Widerspruchsmarke und ist für einen völlig anderen Markeninhaber (D...) eingetragen. Insofern ist davon auszugehen, dass es sich um einen Schreibfehler handelt, zumal in der eidesstattlichen Versicherung vom 19. Januar 2023 durchgehend auf die Marke „ipek“ Bezug genommen wird. Zwar ist der Widersprechende auch Inhaber der „ipek“- bzw. „IPEK“-Marken 30 2017 111 250, 30 2018 114 133 und UM 018 730 632. Da diese jedoch einen jüngeren Zeitrang als die angegriffene Marke aufweisen, ist ausgeschlossen, dass sich der Widersprechende auf diese Marken und nicht auf die Widerspruchsmarke bezogen hat.

(3) Aus der besagten eidesstattlichen Versicherung ergibt sich weiterhin, dass in Deutschland mit Bulgur-Produkten, die mit der Widerspruchsmarke gekennzeichnet waren, Umsätze im Jahr 2018 in Höhe von ... EUR, im Jahr 2019 in Höhe von ... EUR, im Jahr 2020 in Höhe von ... EUR und im Jahr 2021 in Höhe von ... EUR erzielt wurden. Damit ist fast der gesamte Benutzungszeitraum abgedeckt. Die genannten Zahlen sind angesichts des eher geringen Preises für Bulgur erheblich und schließen eine Scheinbenutzung aus, so dass insoweit Dauer und Umfang der Benutzung nicht in Frage stehen.

(4) Die Benutzung der Widerspruchsmarke erfolgte auch markenmäßig. Diese ist ausweislich des Schriftsatzes des Widersprechenden vom 20. Januar 2023 und der der eidesstattlichen Versicherung vom 19. Januar 2023 beigefügten Abbildung mittig auf der Vorderseite der Bulgurverpackung angebracht:



An dieser Stelle erwartet der Verkehr regelmäßig herkunftsidifizierende Kennzeichen. Da es sich bei Bulgur um eine Ware handelt, die eine Verpackung erfordert, und die Widerspruchsmarke keinen eine firmenmäßige Verwendung naheliegenden Bezug zu einem Geschäftsbetrieb aufweist, liegt ein markenmäßiger Gebrauch vor.

(5) Die Widerspruchsmarke ist in Schwarz-Weiß im Register eingetragen. Den eingereichten Unterlagen kann entnommen werden, dass sie – wie oben dargestellt – farbig mit weißer Schrift und rotem Hintergrund verwendet wird. Nach § 26 Abs. 3 MarkenG a. F. gilt jedoch auch die Benutzung einer Marke in einer Form, die von der Eintragung abweicht, als rechtserhaltend, soweit die Abweichung den kennzeichnenden Charakter der Marke nicht verändert. Eine in Schwarz-Weiß eingetragene Wort-/Bildmarke wird somit auch dann rechtserhaltend benutzt, wenn durch eine andere Farbgestaltung die Hell-Dunkel-Charakteristik der Marke nicht verändert oder keine besondere Bildwirkung hervorgerufen wird (vgl. BGH GRUR 2006, 859, Rn. 34 - Malteserkreuz; BPatG BeckRS 2013, 19088 - Ls.). Vorliegend lässt die farbige Darstellung den kennzeichnenden Charakter der Widerspruchsmarke unberührt. Insbesondere erscheint die Schrift - wie im Register - weiterhin in Weiß und der Rotton der schildartigen Umrahmung hebt - wie der Grauton im Register - ebenfalls in dekorativer Art und Weise das Wort „ipek“ hervor.

4. Bei der Frage, ob die tatsächlich mit der Widerspruchsmarke gekennzeichneten Waren unter entsprechende Begriffe in ihrem Warenverzeichnis fallen, ist zum einem vom allgemeinen Sprachgebrauch auszugehen und zum anderen die Fachterminologie zu beachten (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 26, Rn. 289). Danach kann Bulgur nur unter den Warenbegriff „Getreidepräparate“ subsumiert werden. Bulgur ist ein mit Dampf unter Druck vorgekochter Weizen, der anschließend grob oder fein mit einem Grützeschneider geschnitten wird (vgl. „de.wikipedia.org/wiki/Bulgur“). Der Begriff „Bulgur“ selbst stammt aus dem Türkischen und wird mit „Weizengrütze“ übersetzt (vgl. „de.langenscheidt.com/tuerkisch-deutsch/bulgur“). Er hat mittlerweile als Lehnwort mit derselben Bedeutung Eingang in die deutsche Sprache gefunden. Bulgur wird nach obiger Definition nicht aus Hafer, sondern aus Weizen hergestellt. Er ist damit keine „Hafergrütze“. Weiterhin wird im Gegensatz zu „Getreideflocken“ für die Herstellung von Grütze das Korn nicht flach gepresst, sondern lediglich in einer Mühle grob gemahlen. Damit kann Bulgur nicht unter weitere Waren, auf die der Widerspruch gestützt ist, subsumiert werden.

Von der Subsumtionsfrage ist die Integrationsfrage zu unterscheiden. Wie der Bundesgerichtshof hierzu entschieden hat (vgl. BGH GRUR 2020, 870, Rn 33 - INJEKT/INJEX), wirkt die Benutzung für eine Spezialware auch für einen umfassenderen, nicht zu breiten Warenoberbegriff rechtserhaltend. Die gebotene wirtschaftliche Betrachtungsweise und das berechnigte Interesse des Markeninhabers, in seiner geschäftlichen Bewegungsfreiheit nicht ungebührlich eingeeengt zu werden, rechtfertigen es, auch die Waren im Warenverzeichnis zu belassen, die nach der Verkehrsauffassung gemeinhin zum gleichen Warenbereich gehören. Zum gleichen Warenbereich gehören Waren, die in ihren Eigenschaften und ihrer Zweckbestimmung weitgehend übereinstimmen. Diese das Lösungsverfahren betreffende Rechtsprechung kann auf das ebenfalls die Löschung der Eintragung einer Marke bezweckende Widerspruchsverfahren übertragen werden. Damit ginge es vorliegend zu weit, den gesamten Warenoberbegriff „Getreidepräparate“ als benutzt anzusehen. Zum einen umfasst

er alle möglichen Erzeugnisse aus Getreide, wozu neben Weizen beispielsweise auch Roggen, Gerste, Hafer oder Hirse gehören. Zum anderen kann das Getreide - wie bei Weizengrütze - nicht nur erhitzt und zerkleinert, sondern auch gemahlen oder gequetscht werden. Unter „Getreidepräparate“ fallen somit neben Grützen auch Mehle, Backschrote oder Grieße mit jeweils unterschiedlichen Einsatzzwecken. So dienen sie der Feinbäckerei, dem Brotbacken oder der Zubereitung von Süßspeisen bzw. Suppen. Angesichts dieses sehr weitreichenden Begriffsgehalts kann im Rahmen der Integration die Benutzung der Widerspruchsmarke allenfalls für „Getreidegrütze“ anerkannt werden.

5. Zwischen der angegriffenen Marke 30 2016 235 344 und der Widerspruchsmarke 30 643 803 besteht Verwechslungsgefahr gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG i. V. m. § 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG a. F..

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 2019, 173 - Combit/Commit). Von maßgeblicher Bedeutung sind 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. 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). Darüber hinaus können für die Beurteilung

der Verwechslungsgefahr weitere Faktoren entscheidungserheblich sein, wie u. a. etwa die Art der Waren oder der Dienstleistungen, die im Einzelfall angesprochenen Verkehrskreise und daraus folgend die zu erwartende Aufmerksamkeit und das anzunehmende Differenzierungsvermögen dieser Verkehrskreise bei der Wahrnehmung der Kennzeichen.

a) Zwischen der Ware „Getreidegrütze“, für die die Widerspruchsmarke als benutzt anzusehen ist, und den Waren der angegriffenen Marke besteht Identität.

„Getreidegrütze“ auf Seiten der Widerspruchsmarke und die Waren der Klasse 30 „Weizengrütze; Grütze für Nahrungszwecke“ sowie der Klasse 31 „Grütze für Geflügel“ auf Seiten der jüngeren Marke sind identisch. Es handelt sich bei allen Produkten um Grütze, die aus grob zerkleinerten Getreidekörnern wie Hafer, Gerste, Hirse, Mais, Roggen oder Weizen hergestellt wird (vgl. „de.wikipedia.org/wiki/Grütze“). Somit fällt unter „Getreidegrütze“ auch „Weizengrütze“. Zudem kommt es nicht darauf an, dass bei den Waren „Grütze für Geflügel“ der Verwendungszweck ausdrücklich genannt wird. Auch „Getreidegrütze“ kann an Tiere und insbesondere Geflügel verfüttert werden. Vielmehr ist vorliegend darauf abzustellen, dass die beiderseitigen Produkte aus Getreide im Allgemeinen bzw. Weizen im Besonderen bestehen und die gleiche Konsistenz aufweisen.

Damit kommt es auf die Benutzung der Widerspruchsmarke für weitere Waren, auf die der Widerspruch gestützt wird, nicht an.

b) Die identischen Vergleichswaren richten sich an breite Verkehrskreise, nämlich sowohl an den normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher als auch an Fachleute (vgl. EuGH GRUR 2006, 411, Rn. 24 - Matratzen Concord/Hukla; EuGH GRUR 1999, 723, Rn. 29 - Windsurfing Chiemsee). Die Aufmerksamkeit des Publikums ist dabei überwiegend als durchschnittlich zu bewerten.

c) Die Widerspruchsmarke 306 43 803 verfügt über durchschnittliche Kennzeichnungskraft. Ihr Wortbestandteil „ipek“ hat im Türkischen zwar die Bedeutung „Seide“ (vgl. „de.pons.com/übersetzung/türkisch-deutsch/ipek“). Diese vermittelt jedoch in Verbindung mit „Getreidegrütze“ keinen beschreibenden Sinngehalt. Entsprechendes gilt, wenn „ipek“ als türkischer Vor- oder Nachname interpretiert wird (vgl. hierzu „<https://de.wikipedia.org/wiki/ipek>“).

Anhaltspunkte für eine Steigerung der Kennzeichnungskraft der älteren Marke aufgrund intensiver Benutzung sind nicht ersichtlich.

d) Zwischen den Vergleichsmarken besteht zumindest klangliche Ähnlichkeit.

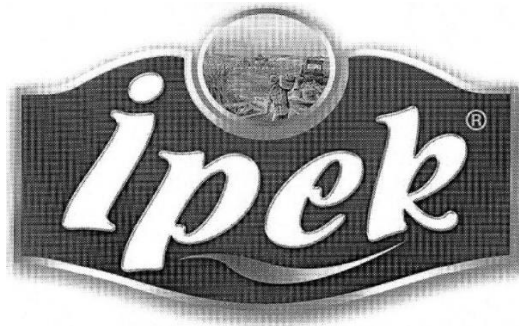
Die Ähnlichkeit von Kollisionszeichen ist nach deren Ähnlichkeit im (Schrift)Bild, im Klang und im Bedeutungs- oder Sinngehalt zu beurteilen, weil Marken auf die von ihnen angesprochenen Verkehrskreise in bildlicher, klanglicher und begrifflicher Hinsicht wirken können. Dabei genügt für die Bejahung der Zeichenähnlichkeit regelmäßig bereits die Ähnlichkeit in einem der genannten Wahrnehmungsbereiche. Bei ihrer Beurteilung ist auf den durch die Zeichen hervorgerufenen Gesamteindruck abzustellen, wobei insbesondere ihre unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind. Auszugehen ist dabei auf die Wahrnehmung der angesprochenen Verkehrskreise, die eine Marke regelmäßig in ihrer Gesamtheit erfassen und nicht auf die

verschiedenen Einzelheiten achten (vgl. BGH GRUR 2016, 283, Rn. 37 - BioGourmet m. w. N.). Allerdings ist zu berücksichtigen, dass unter Umständen ein oder mehrere Bestandteile eines komplexen Zeichens für den Gesamteindruck prägend sein können, den es im Gedächtnis der angesprochenen Verkehrskreise hervorruft (vgl. BGH GRUR 2021, 482, Rn. 31 - RETROLYMPICS). Der Gesamteindruck einer zusammengesetzten Marke wird durch einen oder mehrere Bestandteile geprägt, wenn aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise alle anderen Markenelemente weitgehend in den Hintergrund treten und daher vernachlässigt werden können (vgl. EuGH GRUR 2007, 700, Rn. 42 - HABM/Shaker [Limoncello/LIMONCHELO]; GRUR 2016, 80, Rn. 37 - BGW/Scholz; BGH GRUR 2012, 64, Rn. 15 - Maalox/Melox-GRY). Dass im Bereich der klanglichen Ähnlichkeit der Gesamteindruck von Wort-/Bildmarken regelmäßig durch ihre Wortbestandteile als deren einfachster Form der Benennung geprägt wird, entspricht der ständigen Rechtsprechung (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 9, Rn. 459 mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen).

Vorliegend stehen sich die Marken



und



gegenüber. Das Element „BULGUR“ in der angegriffenen Marke benennt die für sie eingetragenen Waren „Weizengrütze; Grütze für Nahrungszwecke“ und „Grütze für Geflügel“, indem es deutlich macht, dass sie aus grob zerkleinertem Weizen bestehen. Dem Vorbringen des Inhabers der angegriffenen Marke, es sei im deutschsprachigen Raum kaum bekannt, dass mit dem Wort „Bulgur“ eine Zubereitungsart des Hartweizens bezeichnet werde, kann nicht beigetreten werden. Bulgur ist ausweislich der bereits in das Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt eingeführten Belege ein auch in Deutschland im allgemeinen Verkehr verwendetes Wort (vgl. Angebote von LIDL zu Bulgursalat als Anlage 2 zum Schriftsatz des Beschwerdeführers vom 10. Juli 2017; Angebote von ALDI und REWE im Schriftsatz des Beschwerdeführers vom 10. Dezember 2017). Zudem ist davon auszugehen, dass die vorliegend bereits für sich allein maßgeblichen Fachkreise, also die Im- und Exporteure sowie Vertreiber von Bulgur, dessen Bedeutung und damit seinen beschreibenden Sinngehalt kennen.

Demgegenüber vermittelt die Markenkomponente „ipek“ - wie bereits oben bei der Kennzeichnungskraft ausgeführt - keinerlei Sachaussage.

Die beiden Bestandteile „ipek“ und „BULGUR“ verbinden sich in der angegriffenen Marke auch nicht zu einem Gesamtbegriff. Zum einen sind sie optisch deutlich voneinander getrennt, was die angesprochenen Verkehrskreise dazu veranlassen

wird, sie gesondert wahrzunehmen. Während das Element „ipek“ in das rote Rechteck eingebunden ist, findet sich darunter und farblich deutlich abgesetzt das weitere Element „BULGUR“. Zum anderen vermitteln die vom Inhaber der angegriffenen Marke angeführten Bedeutungen „Seidenbulgur“ oder „seidenweicher Bulgur“ keinen nachvollziehbaren Sinngehalt. Es bleibt somit völlig offen, was sich der Verkehr hierunter vorstellen soll.

Die Bildbestandteile der sich gegenüberstehenden Marken weisen keinen bezeichnungsfähigen Inhalt auf. Dementsprechend wird sich der Verkehr bei ihrer wörtlichen Benennung ausschließlich am identischen Wortbestandteil „ipek“ orientieren.

e) Angesichts der sich gegenüberstehenden identischen Waren, der durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sowie der klanglichen Identität der Vergleichsmarken besteht die Gefahr unmittelbarer Verwechslungen. Der Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts vom 22. Dezember 2021 war daher aufzuheben und die Eintragung der angegriffenen Marke zu löschen.

6. Der nach der mündlichen Verhandlung am 2. Februar 2023 mit Schriftsatz vom 15. März 2023 gestellte Antrag des Inhabers der angegriffenen Marke, dem Widersprechenden die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, war als unzulässig zu verwerfen. Nach Schluss der mündlichen Verhandlung sind gemäß § 296a ZPO i. V. m. § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG sachliches Vorbringen und damit die Stellung von Sachanträgen, zu denen auch Kostenanträge zählen, ausgeschlossen, soweit es nicht im Zusammenhang mit nachgelassenen Schriftsätzen im Sinne von § 283 ZPO i. V. m. § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG steht (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 76, Rn. 7). Vorliegend ist zwar dem Inhaber der angegriffenen Marke eine Frist bis zum 15. März 2023 eingeräumt worden, um zu den Schriftsätzen des

Widersprechenden vom 20. Januar 2023 und vom 31. Januar 2023 Stellung nehmen zu können. Diese bezogen sich allerdings auf die Frage der Benutzung der Widerspruchsmarke und nicht auf die Auferlegung von Kosten. Insofern liegt das Begehren des Inhabers der angegriffenen Marke außerhalb des Themenkreises, zu dem ihm Gelegenheit gegeben worden war, sich zu äußern.

Der Senat sieht darüber hinaus keine Veranlassung, wegen der Kostenfrage die Verhandlung wiederzueröffnen, zumal der Kostenantrag auch unbegründet ist. Er ist dahingehend auszulegen, dass dem Widersprechenden die Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt werden sollen, da sein Vortrag gemäß Schriftsätzen vom 20. Januar 2023 beziehungsweise 31. Januar 2023 nicht innerhalb der Beschwerdebegründungsfrist erfolgt sei. Dieses Vorbringen alleine lässt es nicht als billig erscheinen, die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Widersprechenden aufzuerlegen. Eine solche Pflicht zur Kostentragung kommt gemäß § 71 Abs. 1 Satz 1 MarkenG vielmehr erst dann in Betracht, wenn ein Verfahrensbeteiligter in einer nach anerkannten Beurteilungsgesichtspunkten aussichtslosen oder zumindest kaum Aussicht auf Erfolg versprechenden Situation sein Interesse an dem Erhalt oder dem Erlöschen des Markenschutzes durchzusetzen versucht (vgl. BPatGE 8, 60, 62; 12, 238, 240). Ein solcher Vorwurf kann dem Widersprechenden jedoch nicht gemacht werden, insbesondere da seine Beschwerde Erfolg hat. Insofern verbleibt es bei dem Grundsatz, dass die Beteiligten die ihnen erwachsenen Kosten selbst zu tragen haben (§ 71 Abs.1 Satz 2 MarkenG).

7. Der Gegenstandswert wird durch gesonderten Beschluss festgesetzt.

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. 45a, 76133 Karlsruhe, durch eine beim Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwältin als Bevollmächtigte oder einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten in elektronischer Form einzulegen.