

BUNDESPATENTGERICHT

33 W (pat) 137/01

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 2 911 421

hat der 33. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 23. April 2002 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Winkler, des Richters v. Zglinitzki und der Richterin Dr. Hock

beschlossen:

- 1 Auf die Beschwerde der Widersprechenden wird der Beschluß der Markenstelle für Klasse 1 vom 26. Oktober 2000 aufgehoben, soweit der Widerspruch auf Grund der Marke 1 092 837 zurückgewiesen worden ist.
2. Die Löschung der Marke 2 911 421 wird wegen des Widerspruchs aus der Marke 1 092 837 angeordnet.

G r ü n d e

I

Die am 21. August 1995 eingetragene und am 30. Oktober 1995 veröffentlichte Marke 2 911 421

siehe Abb. 1 am Ende

ist für die Waren und Dienstleistungen

"Chemisches Bodenverbesserungsmittel; chemisches Wasserverbesserungsmittel; chemische Erzeugnisse für land-, garten- und forstwirtschaftliche Zwecke (Algizid für Teiche, Schwimmbäder, Brunnen); chemische Erzeugnisse für land-, garten- und forstwirtschaftliche Zwecke (Mittel zur Regulation des pH-Wertes in Gewässern); Chlorierungsmittel, Desinfektionsmittel für gesundheitliche Zwecke für den Eintrag in Wasser; Dienst- und Ingenieurleistungen in Form von Analysen und sonstigen Untersuchungen im Labor und Feld, insbesondere Begutachtung von Wasser und Boden; Planung, Organisation; Durchführung und Überwachung der Wasserbehandlung; Planung, Organisation, Überwachung und Durchführung der Bodenbehandlung, nämlich Aufwertung des Bodens durch Zuführung von chemischen Bodenverbesserungsmitteln, Entsorgung des Bodens sowie Abdichtung des Bodens mit chemisch-physikalischen Methoden"

geschützt. Widerspruch erhoben hat die Inhaberin der rangälteren Marke
1 092 837

siehe Abb. 2 am Ende

die für die Waren und Dienstleistungen

"Chemikalien zur Wasseraufbereitung (soweit in Klasse 1 und 5 enthalten); Konservierungsmittel (soweit in Klasse 1 enthalten), insbesondere solche für Dispersionsfarben und Kühlschmiermittel, ausgenommen Substanzen zum Überziehen pharmazeutischer Dosierungsformen; elektrische Meß-, Regel- und Dosiergeräte, sowie daraus zusammengestellte Anlagen für die Wasseraufbereitung, ausgenommen deren Anwendung in der Sanitärtechnik; Dienstleistungen eines bakteriologischen, chemischen und physikalischen Labors"

seit dem 19. Juni 1986 eingetragen ist.

Der Inhaber der angegriffenen Marke hat die Benutzung der Widerspruchsmarke bestritten. Daraufhin hat die Widersprechende die eidesstattliche Erklärung vom 2. Oktober 1996 sowie weitere Unterlagen vorgelegt.

Die Markenstelle für Klasse 1 des Deutschen Patent- und Markenamts hat den Widerspruch mit Beschluß vom 26. Oktober 2000 mangels Glaubhaftmachung einer rechtserhaltenden Benutzung im Sinne der §§ 26, 43 MarkenG zurückgewiesen. Sie hat ausgeführt, daß die eingereichten Unterlagen keinen ausreichenden Aufschluß über Art, Umfang, Ort sowie Zeitraum der Benutzung und damit über die Ernsthaftigkeit der Benutzung gäben. Aus der vorgelegten eidesstattlichen Versicherung des Herrn Jürgen Kirsten, des Geschäftsführers der Widersprechenden, sei nicht zu erkennen, in welchem Umfang welche konkrete Ware im maßgeblichen Zeitraum vertrieben worden sei und welcher konkrete Umsatz mit welcher Ware/Dienstleistung erzielt worden sei. Ebenso sei nicht erkennbar, wie die Waren/Dienstleistungen mit der Widerspruchsmarke in der eingetragenen Form versehen seien.

Gegen diese Beurteilung richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden. Sie legt weitere Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Benutzung insbesondere wei-

tere eidesstattliche Versicherungen des Herrn K... sowie insbesondere Rechnungen und fotografische Abbildungen vor. Die Zeichen selbst seien sowohl in schriftbildlicher als auch in klanglicher Hinsicht verwechselbar. Eine Abweichung liege lediglich bezüglich des Weglassens des Buchstabens "h" am Ende der älteren Marke vor. Die Waren und Dienstleistungen seien identisch bzw hochgradig ähnlich.

Die Widersprechende beantragt,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben und die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen.

Der Markeninhaber beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er trägt vor, daß insgesamt keine Unterlagen eingereicht worden seien, aus denen die ernsthafte Benutzung der Widerspruchsmarke hervorgehe. Auf den vorgelegten Rechnungen werde die Widerspruchsmarke nicht markenmäßig benutzt. Die Widersprechende kennzeichne ihre Produkte nicht mit einer diese Produkte individualisierenden Marke, sondern bezeichne die Produkte mit der Ware bzw dessen Verwendungszweck selbst.

Die sich gegenüberstehenden Marken selbst seien nicht verwechselbar. Der erste Bestandteil "AQUA" sei beschreibend und weise auf Wasser hin, so daß die angesprochenen Verkehrskreise den Endsilben bzw der graphischen Ausgestaltung besondere Beachtung schenken. Es könne davon ausgegangen werden, daß das Publikum die Unterschiede in den Endsilben akustisch wahrnehme. Bildliche Verwechslungen könnten ausgeschlossen werden, da die angemeldete Marke "aquatec" nur mit "c" geschrieben und darüber hinaus graphisch ausgestaltet sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II

Die zulässige Beschwerde der Widersprechenden ist begründet. Die Widersprechende hat die zulässig bestrittene Benutzung ihrer Marke gemäß §§ 43 Abs 1 Satz 1, Satz 2, 26 MarkenG hinreichend glaubhaft gemacht. Der Senat hält die Verwechslungsgefahr gemäß § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG zwischen den sich gegenüberstehenden Marken für gegeben.

1. Auf den zulässigen Nichtbenutzungseinwand des Markeninhabers hin, hat die Widersprechende glaubhaft gemacht, daß die Widerspruchsmarke innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Veröffentlichung der Eintragung der angegriffenen Marke und innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Entscheidung über den Widerspruch rechtserhaltend benutzt worden ist.

Glaubhaft zu machen ist die Verwendung der Marke grundsätzlich nach Art, Dauer, Ort und Umfang; diese Erfordernisse müssen insgesamt erfüllt sein (BPatGE 23, 158, 165 f. - Fludec; BPatGE GRUR 1994, 629, 630 - Duotherm). Hierbei kommen als Mittel zur Glaubhaftmachung alle präsenten Beweismittel einschließlich der eidesstattlichen Versicherung in Betracht; außerdem können auch sonstige Unterlagen, wie z.B. Preislisten, Prospekte, Etiketten, Rechnungskopien usw. insbesondere zur Ergänzung und Verdeutlichung einer eidesstattlichen Versicherung dienen (Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Aufl, § 43 Rdn 44).

In der eidesstattlichen Versicherung vom 20. November 2001 führt der Geschäftsführer der Widersprechenden, Herr K..., aus, daß die Marke seit der Eintragung im Jahr 1986 ohne Unterbrechung benutzt werde und daß jährlich Waren für mehrere Millionen in dem Werk hergestellt, mit dem Zeichen versehen und verkauft würden. Es werden detailliert die in den letzten zehn Jahren erzielten Umsätze, aufgeteilt nach einzelnen Warengruppen bzw. Dienstleistungen, ge-

nannt. Auf den als Anlage zum Schriftsatz vom 25. Juni 2001 bei Gericht eingereichten Etiketten, betreffend verschiedene Chemikalien, ist die Widerspruchsmarke jeweils aufgedruckt und wird insoweit markenmäßig verwendet. Von einer ernsthaften Benutzung iSd § 26 MarkenG kann daher ausgegangen werden.

2. Ob eine Verwechslungsgefahr besteht, hängt nach § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG zunächst von der Identität oder Ähnlichkeit der gegenüberstehenden Marken einerseits und andererseits von der Identität oder Ähnlichkeit der von den beiden Marken erfaßten Waren und Dienstleistungen ab, wobei von dem Leitbild eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers auszugehen ist (vgl. EuGH GRUR Int 1999, 734, 736 - Lloyd; BGH GRUR 2000, 506, 508 - ATTACHÉ/TISSERAND). Darüber hinaus sind alle weiteren Umstände zu berücksichtigen, die sich auf die Verwechslungsgefahr auswirken können, insbesondere die Kennzeichnungskraft der älteren Marke (EuGH aaO - Lloyd, EuGH GRUR 1998, 922, 923 - Canon). Dabei stehen die verschiedenen für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr heranzuziehenden Faktoren in einer Wechselwirkung, so daß z.B. ein geringerer Grad an Ähnlichkeit der Marken durch eine höhere Kennzeichnungskraft der älteren Marke oder durch einen höheren Grad an Waren- bzw. Dienstleistungsähnlichkeit ausgeglichen werden kann (stRspr vgl. EuGH aaO - Canon; BGH GRUR 2000, 603, 604 - Cetof/ETOP).

a) Die sich gegenüberstehenden Waren und Dienstleistungen liegen teilweise im Identitätsbereich - etwa Chemikalien zur Wasseraufbereitung und chemische Wasserverbesserungsmittel oder Dienstleistungen eines bakteriologischen, chemischen und physikalischen Labors und Dienst- und Ingenieurleistungen in Form von Analysen und sonstigen Untersuchungen im Labor - im übrigen jedoch im engeren Ähnlichkeitsbereich. Bei den angemeldeten Waren handelt es sich sämtlich um Chemikalien zur Aufbereitung von Wasser bzw. Boden und um Dienstleistungen die damit im Zusammenhang stehen.

b) Die angegriffene Marke hält den insoweit erforderlichen größeren Abstand zur Widerspruchsmarke auch bei Annahme einer geringeren Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke jedenfalls in klanglicher Hinsicht nicht ein, da die Gesamtbe-griffe beider Marken in erheblichem Umfang identisch lauten.

Gegenüber stehen sich insoweit die Zeichen "aquatec" und "aqua tech", wobei es sich bei beiden Zeichen um kombinierte Wort-/Bildmarken handelt. Die Wortbe-standteile unterscheiden sich lediglich darin, daß in der Widerspruchsmarke ein zusätzlicher Endbuchstabe "h" angefügt ist. Ein markenrechtlich relevanter Teil der beteiligten Verkehrskreise, hier im wesentlichen ein Fachpublikum, wird dabei beide Marken als "aquatek" aussprechen, wobei das "h" in der Widerspruchs-marke - entsprechend der englischen Artikulation - vollständig unberücksichtigt bleibt. Zwar enthalten beide Marken auch Bildbestandteile, der Verkehr vermag sie aber nur nach ihren Wortbestandteilen zu benennen, was sich auf die klangli-che Verwechslungsgefahr auswirkt (vgl BGH GRUR 1999, 241, 244 - Lions; BGH GRUR 1999, 733, 735 - LION DRIVER). Die graphische Ausgestaltung verleiht den sich gegenüberstehenden Marken im vorliegenden Fall keinen prägenden Charakter, die Marken werden durch ihre Wortbestandteile beherrscht.

3. Bei der gegebenen Sach- und Rechtslage besteht kein Anlaß, aus Gründen der Billigkeit einem der Verfahrensbeteiligten die Kosten des Beschwerdeverfah-rens gemäß § 71 Abs 1 MarkenG aufzuerlegen.

Vorsitzender Richter Winkler
ist wegen Urlaubs an der
Unterschrift verhindert.

v. Zglinitzki

Dr. Hock

v. Zglinitzki

Abb. 1

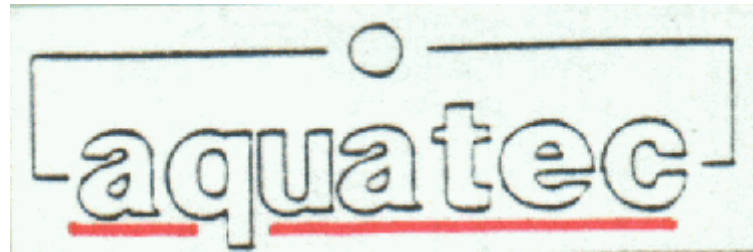


Abb. 2

