

BUNDESPATENTGERICHT

Leitsatz

Aktenzeichen:	26 W (pat) 93/02
Entscheidungsdatum:	29. März 2006
Rechtsbeschwerde zugelassen:	nein
Normen:	Art. 234 EG; § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG

EVIAN/REVIAN's

1. Die Würdigung der tatsächlichen Grundlagen für die rechtliche Beurteilung der Ähnlichkeit zweier Waren ist eine Tatsachenfrage. Daher ist das nationale Gericht nicht verpflichtet, diese Frage dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung nach Art. 234 EG vorzulegen, selbst wenn das Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster, Modelle) und das Gericht 1. Instanz der Europäischen Gemeinschaften über eine gleichlautende Gemeinschaftsmarkenmeldung in einem anderen Sinne entschieden haben.
2. Wein bzw. Schaumwein und Mineralwasser weisen hinreichende Berührungspunkte zur Begründung einer Warenähnlichkeit auf. Jedenfalls bei für diese Waren bestimmte hochgradig ähnlichen Marken und gesteigerter Kennzeichnungskraft der älteren Marke kann eine (unmittelbare) Verwechslungsgefahr nicht ausgeschlossen werden.
3. Die Grundsätze der Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne finden nur bei nicht ausreichend ähnlichen Vergleichsmarken Anwendung, nicht aber bei der Frage, ob der Verkehr aufgrund der Art der Waren/Dienstleistungen ausreichende Berührungspunkte sieht, um von derselben Herkunft der Waren/Dienstleistungen auszugehen.



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 93/02

(Aktenzeichen)

Verkündet am
29. März 2006

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 398 31 525

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 29. März 2006 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Gegen die Eintragung der Marke 398 31 525



in den Farben schwarz, weiß und gold für die Waren der Klasse 33:

„Wein und Schaumwein“

ist Widerspruch eingelegt worden aus der Wortmarke **1 185 308**

EVIAN

eingetragen für die Ware der Klasse 32:

„Mineralwasser“.

Die Markenstelle für Klasse 33 des Deutschen Patent- und Markenamts hat zunächst mit Beschluss vom 23. April 1999 die - von der Markeninhaberin bestrittene - rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke dahinstehen lassen und den Widerspruch mangels Verwechslungsgefahr wegen Unähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Waren „Mineralwasser“ einerseits und „Wein und Schaumwein“ andererseits zurückgewiesen. Hiergegen hat die Widersprechende Erinnerung eingelegt. Sie hat zum Zwecke der Glaubhaftmachung der rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke die Kopie einer eidesstattlichen Versicherung ihres Geschäftsführers vorgelegt, aus der sich Angaben über die Lizenzierung der Widerspruchsmarke an die deutsche Tochtergesellschaft A... GmbH in B..., sowie über die Umsatzzahlen des mit „Evian“ gekennzeichneten Mineralwassers für die Jahre 1990 - 1997 ergeben. Außerdem hat die Widersprechende Flaschenetiketten über die Verwendung des Wortes „EVIAN“ zur Kennzeichnung von Mineralwasserflaschen in Fotokopie wie folgt eingereicht:



(Wortbestandteil: rot; Bildbestandteil: blau und weiß).

Die Markenstelle hat daraufhin durch Beschluss vom 2. April 2002 den angefochtenen Beschluss aufgehoben und die angegriffene Marke gelöscht. Zur Begründung hat sie ausgeführt, die Widersprechende habe die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke für den relevanten Zeitraum hinreichend glaubhaft gemacht, insbesondere habe die konkrete Benutzungsform der älteren Marke in der Kleinschreibung „evian“ unter Hinzufügung von beschreibenden Angaben und Bildelementen auf den Flaschenetiketten entgegen der Auffassung der Markeninhaberin den kennzeichnenden Charakter der Widerspruchsmarke nicht verändert. Unter Berufung auf die zwischen den Beteiligten in einem Markenverletzungsprozess ergangene Entscheidung des Bundesgerichtshofs betreffend „EVIAN/RE-VIAN“ (GRUR 2001, 507, 508) hat sie ausgeführt, zwischen Wein und Mineralwasser bestehe eine relevante Ähnlichkeit mit einem nicht einmal besonders weiten Abstand. Gleiches gelte für Schaumwein und Mineralwasser, weil insoweit weitgehend dieselben Berührungspunkte bestünden und zudem Mineralwasser – wie Schaumwein – häufig Kohlensäure enthalte. Der Widerspruchsmarke sei ein erweiterter Schutzzumfang zuzugestehen, weil ihre Kennzeichnungskraft erhöht sei. Dem Wort „EVIAN“ komme von Hause aus normale Kennzeichnungskraft zu. Es handele sich dabei zwar um den Namen eines Ortes am Genfer See, der Verkehr sei aber im Mineralwassersektor daran gewöhnt, dass solche Ortsangaben auch als Hinweis auf das über die örtliche Quellnutzungsbefugnis verfügende Unternehmen fungierten. Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sei durch intensive jahrelange Benutzung erhöht. Mineralwasser der Marke „EVIAN“ sei nach einer vorgelegten Umfrage der Zeitschrift „essen & trinken“ bereits im Jahr 1995 in erheblichem Maße, nämlich bei 40 % der Gesamtbevölkerung im Alter von 18 – 64 Jahren bekannt gewesen. Dass die betreffenden Umfrageergebnisse wegen methodischer Mängel der Befragung nicht verwertbar seien, sei nicht ersichtlich und werde auch von der Markeninhaberin nicht dargelegt. Ferner gehe aus der von der Widersprechenden vorgelegten eidesstattlichen Versicherung des Geschäftsführers der Tochtergesellschaft der Widersprechenden hervor, dass die Widersprechende den Absatz von Mineralwasser in Deutschland in den Jahren von 1990 bis 1997 kontinuierlich auf 41,3 Mio. Liter

erhöht habe, wobei sich der Umsatz von 1995 bis zum Jahr der Anmeldung der angegriffenen Marke nahezu verdoppelt habe. Für eine Umkehrung dieses Trends gebe es keine Anhaltspunkte, so dass auch im gegenwärtigen Zeitpunkt von einer erhöhten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke auszugehen sei. Unter diesen Voraussetzungen sei eine klangliche Verwechslungsgefahr zu bejahen. Im maßgeblichen Gesamtklangbild der Kollisionsmarken könne das Anfangs-„R“ in der angegriffenen Marke klangliche Verwechslungen ebenso wenig ausschließen wie das Genitiv-„s“, das von subsidiärer Bedeutung sei und lediglich auf „REVIAN“ hinweise.

Hiergegen wendet sich die Markeninhaberin mit der Beschwerde. Sie ist der Auffassung, eine Verwechslungsgefahr sei wegen absoluter Warenunähnlichkeit nicht gegeben. Sie beruft sich für ihre Rechtsauffassung auf die eingereichten Entscheidungen des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) in der gleichlautenden Gemeinschaftsmarkenanmeldung (Beschl. v. 23. November 2001 - Nr. 2754/2001) und der 4. Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts (Beschl. v. 22. Juli 2005 - R 82/200-4), sowie auf das Urteil des Gerichts 1. Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 15. Februar 2005 (GRUR Int. 2005, 493 - Linderhof/Lindenhof). Sie hält die von der Widersprechenden eingereichten Unterlagen nicht für die Feststellung einer erhöhten Kennzeichnungskraft geeignet, weil insbesondere die von der Markenstelle verwertete Umfrage der Zeitschrift „essen & trinken“ keine seriöse Verkehrsbefragung darstelle.

Die Markeninhaberin beantragt,

den Erinnerungsbeschluss der Markenstelle aufzuheben und die Erinnerung gegen den Erstbeschluss der Markenstelle zurückzuweisen.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt die Ausführungen der Markenstelle als zutreffend und hält eine klangliche Verwechslungsgefahr für gegeben. Für ihre Rechtsauffassung beruft sie sich auf das Urteil des Bundesgerichtshofs „EVIAN/REVIAN“ (a. a. O.) sowie auf die ebenfalls zwischen den Beteiligten in einem weiteren Markenverletzungsprozess ergangenen, die beiden hier verfahrensgegenständlichen Marken betreffenden Urteile des Landgerichts Hamburg (Urt. v. 25. 11. 2004 - 315 O 468/03) und des Oberlandesgerichts Hamburg (3. 3. 2006 - 5 U 1/05), in denen jeweils eine Verwechslungsgefahr zwischen den Zeichen „EVIAN“ und „REVIAN's“ bei erhöhter Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke bejaht worden ist.

In der mündlichen Verhandlung hat die Markeninhaberin die Rüge der mangelnden rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke ausdrücklich aufrechterhalten.

Die Widersprechende hat gegen den Beschluss der Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts in der gleichlautenden Gemeinschaftsmarkenanmeldung Klage beim Europäischen Gerichtshof 1. Instanz erhoben (T- 407/05), über die noch nicht entschieden ist. Die Markeninhaberin begehrt die Aussetzung des vorliegenden Verfahrens bis zur Entscheidung der Europäischen Gerichtshöfe über diese Klage. Sie regt ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof zu der Frage an, ob trotz festgestellter Kenntnis der angesprochenen Verkehrskreise über die generell unterschiedliche Herkunft von Mineralwasser einerseits und alkoholischen Getränken andererseits und bei jahrzehntelang unveränderten Marktverhältnissen die Annahme einer Warenähnlichkeit nur aufgrund der vom Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung „EVIAN/REVIAN“ angesehene weiteren Kriterien vom Gemeinschaftsrecht gedeckt sei. Die Widersprechende ist dem Aussetzungsbegehren entgegengetreten und hält ein Vorabentschei-

dungsverfahren angesichts der bereits vorliegenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht für geboten.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf die zwischen den Verfahrensbevollmächtigten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet.

1.

Die von der Markeninhaberin erhobene Einrede der Nichtbenutzung gemäß § 43 Abs. 1 S. 2 MarkenG greift nicht durch. Die vorgelegten Benutzungsunterlagen rechtfertigen bei einer Gesamtwürdigung der tatsächlichen Art der Benutzung der Widerspruchsmarke unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung die Annahme einer rechtserhaltenden Benutzung der Marke. Nach der genannten Vorschrift hat die Widersprechende auf Bestreiten der Markeninhaberin glaubhaft zu machen, dass die Widerspruchsmarke innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Entscheidung über den Widerspruch gemäß § 26 MarkenG benutzt worden ist. Das setzt eine ernsthafte Benutzung für die eingetragenen Waren bzw. Dienstleistungen im Inland voraus, wobei die Benutzung der Marke mit Zustimmung des Inhabers als Benutzung durch den Inhaber gilt, § 26 Abs. 1, 2 MarkenG. In der konkreten Benutzungsform darf der kennzeichnende Charakter der Marke nicht durch Abweichungen von der eingetragenen Form verändert worden sein, § 26 Abs. 3 MarkenG. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

a)

Der tatsächliche Umfang der Benutzung der Widerspruchsmarke ist gemäß § 43 Abs. 1 S. 1 und 2 MarkenG glaubhaft zu machen für den Zeitraum 1993 - 2006, weil die Eintragung der Widerspruchsmarke am 10. Juli 1992, die Veröffentlichung der angegriffenen Marke am 13. August 1998 erfolgt ist. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit der Benutzung der Widerspruchsmarke im fraglichen Zeitraum ergibt sich aus der eidesstattlichen Versicherung des Geschäftsführers der Tochtergesellschaft der Widersprechenden, C..., vom 26. August 1998. Hieraus ergeben sich für den Zeitraum 1993 - 1999 die bereits von der Markenstelle zutreffend ausgewerteten Verkaufszahlen der Tochtergesellschaft der Widersprechenden als deren Lizenznehmerin für Mineralwasser, die mit der oben wiedergegebenen konkreten Verwendungform der Marke gekennzeichnet gewesen sind, von zwischen ca. 13,4 bis ca. 41,3 Mio. Liter in der Bundesrepublik Deutschland. Im Übrigen ist die Benutzung der Marke „EVIAN“ für Mineralwasser gerichtsbekannt, § 291 ZPO. Sämtliche Mitglieder des Senats besitzen für den fraglichen Zeitraum aufgrund der ständigen Begegnung mit der Kennzeichnung „EVIAN“ für Mineralwasser in Lebensmittelgeschäften und Restaurationsbetrieben sowie entsprechender Werbung eigene sichere Kenntnis von der tatsächlichen Benutzung der Widerspruchsmarke in der Art und Weise, wie sie sich aus der Abbildung auf den von der Widersprechenden vorgelegten Fotokopien von Etiketten für Mineralwasserflaschen ergibt. Für den Zeitraum ab 2002 bis zur Entscheidung über den Widerspruch bedarf es im Übrigen keiner weiteren Glaubhaftmachung durch die Widersprechende, weil das Jahr 2002 noch in den Fünfjahreszeitraum des § 43 Abs. 1 S. 2 MarkenG fällt und die Benutzung innerhalb eines Teils des maßgeblichen Zeitraums ausreichend ist. Soweit die Nutzung der Marke durch die deutsche Tochtergesellschaft der Widersprechenden als Lizenznehmerin erfolgt ist, wie glaubhaft gemacht, ist dies nach § 26 Abs. 2 MarkenG als Benutzung durch die Widersprechende anzusehen.

b)

Entgegen der Auffassung der Markeninhaberin rechtfertigen die Flaschenetiketten die Annahme einer rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke im Sinne des § 26 MarkenG, obwohl sie die Marke nicht in der eingetragenen Form wiedergeben. Für die Frage einer rechtserhaltenden Benutzung ist insoweit maßgeblich, ob der kennzeichnende Charakter der Widerspruchsmarke verändert worden ist, § 26 Abs. 3 MarkenG. Das ist dann nicht der Fall, wenn der Verkehr Eintragung und Benutzungsform als ein und dasselbe Zeichen ansieht (vgl. BGH WRP 2000, 1161 - Kornkammer; GRUR 2002, 167, 168 – Bit/Bud; GRUR 1986, 892, 893 – Gaucho; Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl., § 23 Rn. 154). Sind weitere Bestandteile hinzugefügt, darf der Verkehr diesen keine eigene maßgebende kennzeichnende Wirkung beimessen (vgl. BGH GRUR 1999, 54, 56 - Holtkamp). Entgegen der Auffassung der Markeninhaberin ist zum einen die Widerspruchsmarke „EVIAN“ für den Verkehr auf den Flaschenetiketten erkennbar mit dem Wort „evian“ wiedergegeben. Der Umstand, dass das Markenwort dort in kleinen Buchstaben (Minuskeln) und zudem abweichend von der eingetragenen (Standard-)Schriftart verwendet worden ist, hindert den Verkehr nicht daran, darin das eingetragene Zeichen zu erkennen. Generell sind Abweichungen in Groß-/Kleinschreibung als unschädlich anzusehen (BGH GRUR 2000, 1038, 1039 - Kornkammer; BPatG GRUR 1997, 287, 289 – INTECTA/tecta). Dasselbe gilt für abweichende Schrifttypen (BGH GRUR 1999, 164 – JOHN LOBB; BPatG GRUR 2001, 166, 169 – VISION; Ingerl/Rohnke, MarkenG, 2. Aufl., § 26 Rn. 112 m. w. N.).

Soweit die Markeninhaberin weiterhin meint, die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sei durch die Hinzufügung eines stilisierten Bergmotivs maßgeblich verändert worden, kann dem nicht zugestimmt werden. Die Hinzufügung von Bildelementen zu Wortmarken bewirkt nur dann eine maßgebliche Veränderung des kennzeichnenden Charakters, wenn die grafische Gestaltung in Bezug auf das Markenwort eine eigenständige Wirkung entfaltet (vgl. BGH a. a. O – Kornkammer; GRUR 1999, 167, 168 - Karolus-Magnus; GRUR 1999, 995, 996 f.

- HONKA). Davon ist vorliegend nicht auszugehen. Das in hellem Blau wiedergegebene Bildelement in Form von stilisierten Bergen ist dem in rotem Fettdruck wiedergegebenen Markennamen unterlegt. Es ist damit für den Betrachter optisch unauffällig in den Hintergrund der Markennamensangabe gerückt und wirkt, soweit es überhaupt eigenständig wahrgenommen wird, in den Augen des Betrachters lediglich illustrativ, nämlich als beschreibende Anspielung auf die geografische Herkunft der Ware aus den Bergen, ohne dass insoweit eine eigenständig kennzeichnende Funktion zusätzlich zu dem Markennamen „evian“ nahe gelegt wird. Entgegen der Auffassung der Markeninhaberin gilt dasselbe für die Angabe „Natürliches Mineralwasser“, die als rein beschreibende Angabe über die Art und Beschaffenheit der Ware eine Veränderung des kennzeichnenden Charakters nicht bewirken kann.

2.

Die Markenstelle hat in dem angegriffenen Erinnerungsbeschluss auch zutreffend die Gefahr von Verwechslungen der Vergleichsmarken i. S. d. §§ 42, 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG bejaht und die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet.

Nach den genannten Vorschriften ist eine Marke zu löschen, wenn wegen ihrer Ähnlichkeit mit einer angemeldeten oder eingetragenen Marke mit älterem Zeitrang und der Identität oder der Ähnlichkeit der durch die beiden Marken erfassten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, einschließlich der Gefahr, dass die Marken gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden. Für die Frage der Verwechslungsgefahr ist von dem allgemeinen kennzeichenrechtlichen Grundsatz einer Wechselwirkung zwischen allen in Betracht zu ziehenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der zu beurteilenden Marken, der Warennähe und der Kennzeichnungskraft der älteren Marke, in der Weise auszugehen, dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken oder durch eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 2004, 594, 596

- Ferrari-Pferd; GRUR 2005, 427, 428 – Lila-Schokolade; GRUR 2005, 513, 514
- MEY/Ella May).

Nach diesen Grundsätzen ist eine Verwechslungsgefahr zu bejahen, weil von der angegriffenen Marke der zu fordernde Abstand zu der Widerspruchsmarke nicht eingehalten wird.

a)

Die Ähnlichkeit der Kollisionsmarken ist jedenfalls in klanglicher Hinsicht groß. Wie der Bundesgerichtshof in der Entscheidung EVIAN/REVIAN (a. a. O.) ausgeführt hat, besteht zwischen diesen Wörtern phonetisch nur ein geringer Abstand. Die Widerspruchsmarke ist in der angegriffenen Marke akustisch vollumfänglich enthalten. Die für die deutsche Sprache ungewöhnliche und klangstarke Vokalfolge E - I - A ist in die angegriffene Marke identisch übernommen. Das Gleiche gilt für die beiden Konsonanten „V“ und „N“ der Widerspruchsmarke. Der klangschwache Anlaut „R“ in der angegriffenen Marke verändert den Höreindruck gegenüber der Widerspruchsmarke kaum wahrnehmbar. Dieser Annahme steht nicht der Erfahrungssatz entgegen, dass der Verkehr in der Regel dem Anfang eines Markennamens stärkere Beachtung zukommen lässt als den übrigen Markenteilen (vgl. BGH GRUR 1999, 735, 736 – MONOFLAM/POLYFLAM; GRUR 2002, 1067, 170 – DKV/OKV), da eine alleinige Abweichung am Wortanfang die Gefahr der Verwechslung der Zeichen nicht ohne weiteres ausschließen kann (BGH GRUR 1982, 611, 613 – Prodont; BPatGE 6, 247 Kawoti/Sarotti; Ströbele/Hacker, a. a. O., Rn. 184 m. w. N.), was insbesondere dann gilt, wenn die Abweichung am Wortanfang klanglich im Verhältnis zu den Übereinstimmungen kaum in Erscheinung tritt. Im Hinblick auf das in der angegriffenen Marke vorhandene Genitiv-„s“ neigt der Senat zwar - insoweit abweichend von der Auffassung des Oberlandesgerichts Hamburg (Urt. v. 3. 3. 2006 - 5 U 1/05) - nicht zu der Annahme, dass es in relevantem Umfang nachlässig ausgesprochen, weggelassen und überhört wird. Dennoch vermag es die große Zeichenähnlichkeit nicht zu verringern; denn es liegt nahe, dass der Verkehr dieser Endung keine maßgebliche Bedeutung im Hinblick

auf die Unterscheidung beider Marken beimisst, weil er sie entweder als Genitiv- oder als Pluralendung von „Revian“ auffasst und in beiden Fällen den Nominativ „(R)EVIAN“ erkennt. Die ohne nähere Begründung vom Harmonisierungsamt (Beschl. v. 23. November 2001 - Nr. 2754/2001) und von der Beschwerdekammer (Beschl. v. 22. Juli 2005 - R 82/2002-4) im Eintragungsverfahren betreffend die gleichlautende Gemeinschaftsmarkenmeldung vertretene Auffassung, wonach wegen des Genitiv-„s“ nur eine mittlere Zeichenähnlichkeit anzuerkennen sei, überzeugt den Senat demgegenüber nicht.

b)

Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ist durch jahrelange intensive Benutzung erhöht. Das hat bereits die Markenstelle zutreffend festgestellt. In der Beschwerdeinstanz ergibt sich insoweit im Ergebnis nichts anderes. Hierfür sprechen die von der Widersprechenden im Rahmen der Benutzungsfrage glaubhaft gemachten erheblichen, kontinuierlich gesteigerten Umsatzzahlen der Jahre 1992 - 1999 in zweistelliger Millionenhöhe für mit dem Wort „EVIAN“ gekennzeichnetes Mineralwasser in der Bundesrepublik Deutschland, ohne dass es auf die von der Markenstelle ausgewertete Umfrage der Zeitschrift „essen & trinken“ ankäme. Einer förmlichen Beweisaufnahme bedarf es insoweit nicht, ausreichend ist vielmehr eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen durch die Widersprechende (BPatG GRUR 2001, 513, 515 - CEFABRAUSE/CEFASEL; Ströbele/Hacker, a. a. O., § 9 Rn. 306), wie sie vorliegend erfolgt ist. Aus den Absatzzahlen der Jahre 1992-1999 ergibt sich eine intensive und nicht nur kurzfristige Benutzung, die auch ohne Angaben über die erbrachten Werbeaufwendungen bereits für sich allein den Schluss auf eine gesteigerte Verkehrsbekanntheit zulässt, weil Mineralwasser in größten Bevölkerungskreisen jeden Alters abgesetzt wird. Im Übrigen ist die erhöhte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke in den Markenverletzungsprozessen vor den Hamburger Gerichten in den zitierten Urteilen zwischen den Beteiligten bereits rechtskräftig festgestellt worden. Insbesondere das Oberlandesgericht Hamburg hat in seinem Urteil vom 24. 4. 2002 (5 U 2/01) diese Feststellung ausführlich begründet (vgl. S. 9 - 12 d. U.). Die Mar-

keninhaberin hat indessen nichts vorgetragen, was die rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen der dortigen Feststellungen in Frage stellen könnte, insbesondere ist für den Senat nicht ersichtlich, dass sich die Marktverhältnisse insoweit grundlegend verändert hätten (vgl. BGH GRUR 1989, 510, 512 - Teekanne II - m. w. N.).

c)

Entgegen der Auffassung der Markeninhaberin besteht zwischen den beiderseitig in Anspruch genommenen Waren jedenfalls keine absolute Unähnlichkeit. Bei der Beurteilung der Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit sind alle Faktoren zu berücksichtigen, die das Verhältnis zwischen den Waren oder Dienstleistungen kennzeichnen. Zu diesen Faktoren gehören insbesondere deren Art, ihr Verwendungszweck und ihre Nutzung sowie ihre Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Waren oder Dienstleistungen (EuGH GRUR Int. 1998, 875, Tz. 17, 18, 23 – Canon; BGH GRUR 2001, 507, 508 - EVIAN/REVIAN). In die Beurteilung einzubeziehen ist, ob die Waren regelmäßig von denselben Unternehmen oder unter ihrer Kontrolle hergestellt werden oder ob sie beim Vertrieb Berührungspunkte aufweisen, etwa weil sie in denselben Verkaufsstätten angeboten werden (vgl. BGH GRUR 1999, 496, 497 f. - TIFFANY; GRUR 2000, 886, 887 - Bayer/BeiChem; GRUR 2003, 428, 431 – BIG BERTHA). In dem Fall EVIAN/REVIAN (BGH a. a. O.) hat der Bundesgerichtshof die vom Berufungsgesicht angenommene „Benutzung im warenunähnlichen Bereich“ beanstandet und darauf abgestellt, dass Mineralwasser und Wein nicht nur generell nach Art und Funktion ähnliche Waren (Lebensmittel, Getränke) sind, sondern auch nebeneinander im Handel angeboten und beworben und beim Verbrauch häufig neben- oder sogar miteinander angeboten und konsumiert werden, und zudem die übliche Darreichungsform von Wein einerseits und Mineralwasser andererseits in Flaschen und Gläsern Ähnlichkeiten aufweist. Diesen zutreffenden, der Lebenserfahrung entsprechenden Feststellungen schließt sich der Senat in vollem Umfang an. Soweit die Markeninhaberin unter Berufung auf die Beurteilung der gleichlautenden Gemeinschaftsmarkenanmeldung durch das Harmonisierungsamt

meint, die Waren Wein und Mineralwasser würden im Supermarkt nicht nebeneinander angeboten oder beworben, kann dem nicht gefolgt werden. Es entspricht der alltäglichen Erfahrung, dass Getränke in Verkaufsstätten in aller Regel in einem räumlichen Zusammenhang angeboten werden, wobei ein getrenntes Angebot von Getränken, die - wie Weine - als Einzelstücke verkauft werden, von Getränken, die gebündelt angeboten werden - wie häufig Mineralwasser - allenfalls aus logistischen Gründen feststellbar ist. Im Hinblick auf die Bewerbung dieser beiden Waren hat die Widersprechende einen Werbeprospekt vorgelegt, mit dem die parallele Bewerbung von Wein und Mineralwasser belegt ist. Soweit die Markeninhaberin zudem unter Berufung auf die Auffassung des Harmonisierungsamts in der gleichlautenden Gemeinschaftsmarkenanmeldung meint, beide Waren seien jedenfalls nicht austauschbar, da sie unterschiedlichen Verwendungszwecken, nämlich dem Genuss einerseits und dem Durstlöschen andererseits dienen, ändert dies ungeachtet der Nachvollziehbarkeit dieser Feststellung nichts an der Rechtsauffassung des Senats, dass angesichts einer jedenfalls gewissen Warenähnlichkeit, der erhöhten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und einem daraus resultierenden erweiterten Schutzzumfang sowie der großen klanglichen Ähnlichkeit der Kollisionszeichen eine bereits beachtliche unmittelbare Verwechslungsgefahr i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG besteht. Danach bleibt nach Auffassung des Senats kein Raum für die Anwendung der Grundsätze einer Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne (vgl. aber BGH GRUR 2001, 507, 509 - EVIAN/REVIAN; OLG Hamburg, Urt. v. 24. 4. 2002 - 5 U 2/01 -, S. 13 f.; Urt. v. 3. 3. 2006 - 5 U 1/05, S 13 f.), weil diese Fallgruppe die Kollision unterschiedlicher Kennzeichnungen betrifft, bei denen der Verkehr - im Gegensatz zum vorliegenden Fall - die Unterschiede zwischen den Zeichen erkennt, aber wegen ihrer teilweisen Übereinstimmung von wirtschaftlichen oder organisatorischen Zusammenhängen zwischen den Markeninhabern ausgeht (EuGH, GRUR 1994, 286 - quattro/Quadra; BGH GRUR 2004, 598, 599 - Kleiner Feigling; GRUR 2004, 865 - MUSTANG).

3.

Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, weil vorliegend weder eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden ist (§ 83 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs erfordert (§ 83 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG). Die Entscheidung ist vielmehr auf der Grundlage der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sowie des Bundesgerichtshofs ergangen.

Unabhängig von der Frage, ob für den Senat ein Vorlagerecht oder eine Vorlagepflicht besteht, hat er jedenfalls keine Veranlassung gesehen, der Anregung der Markeninhaberin zu folgen und ein Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof nach Art. 234 EG zu richten. Hierzu sieht sich der Senat insbesondere nicht durch das Urteil des Gerichts 1. Instanz der Europäischen Gemeinschaften (a. a. O. - Linderhof/Lindenhof) und den Beschluss der 4. Beschwerdekammer des Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt (Marken, Muster, Modelle) vom 22. Juli 2005 (R 82/2002 - 4 - REVIAN'S/EVIAN) genötigt. Beide Entscheidungen sind bei der Beurteilung der Frage der Ähnlichkeit zwischen Sekt bzw. Wein und Mineralwasser nicht von einer absoluten Unähnlichkeit dieser Waren ausgegangen. Sie stehen somit nicht im Widerspruch zu der hier vertretenen Auffassung. Im Fall „Linderhof/Lindenhof“ lag der Entscheidung des Gerichts 1. Instanz der Europäischen Gemeinschaften zudem in Abweichung von dem vorliegenden Fall keine erhöhte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke zugrunde (a. a. O. - Tz. 71). Die Frage, ob bei der Beurteilung der Ähnlichkeit der für die beiderseitigen Marken jeweils geschützten Waren oder Dienstleistungen die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke dergestalt berücksichtigt werden muss, dass die Verwechslungsgefahr auch dann zu bejahen ist, wenn der Verkehr die Waren und/oder Dienstleistungen unterschiedlichen Herkunftsstätten zuordnet, hat der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften bereits in seiner Entscheidung CANON (EuGH GRUR Int. 1999, 875) dahin beantwortet, dass eine Verwechslungsgefahr i. S. v. Art. 4 Abs. 1 Buchst. b RL 89/104/EWG, der der Regelung des § 9 Abs. 1 S. 2 MarkenG entspricht, auch dann bestehen kann, wenn

für das Publikum die betreffenden Waren oder Dienstleistungen an unterschiedlichen Orten hergestellt oder erbracht werden. Dagegen soll das Bestehen einer solchen Gefahr ausgeschlossen sein, wenn sich nicht ergibt, dass das Publikum glauben könnte, dass die betreffenden Waren oder Dienstleistungen aus demselben Unternehmen oder gegebenenfalls aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen (EuGH a. a. O., Tz. 9, 11, 30). Auszugehen ist vorliegend zwar - wie dargelegt - davon, dass das Publikum annimmt, im Allgemeinen stammten Wein und Mineralwasser nicht aus demselben Herstellungsbetrieb. Dennoch kann in diesem Fall entsprechend der Beantwortung der Vorlagefrage im Fall „CANON“ durch den Europäischen Gerichtshof aus Rechtsgründen eine Verwechslungsgefahr vorliegen (a. a. O., Tz. 30). Der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts (Beschl. v. 18. 10. 2004 (2 BvR 318/03), das von einer Unvollständigkeit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu dieser Frage ausgegangen ist, vermag der Senat daher nicht zu folgen, denn die Ausgangslage des Verfahrens „CANON“ war im Hinblick auf die Merkmale der Kennzeichnungskraft, der Zeichenähnlichkeit und der Warenähnlichkeit sowie deren Wechselbeziehung miteinander mit dem vorliegenden Fall in vollem Umfang vergleichbar (ebenso OLG Hamburg, Urt. v. 3. 3. 2006 - 5 U 1/05). Die Markeninhaberin hat auch nichts vorgetragen, was dieser Beurteilung im rechtlichen Sinne entgegenstehen könnte.

5.

Dem Begehren der Markeninhaberin auf Aussetzung des Verfahrens nach §§ 82 MarkenG i. V. m. 148 ZPO war nicht zu entsprechen. Verfahren vor dem Gericht 1. Instanz der Europäischen Gemeinschaften betreffend eine parallele Gemeinschaftsmarkenanmeldung sind für das vorliegende Verfahren nicht präjudiziell. Eine Rechtsgrundlage für die von der Markeninhaberin offenbar ins Auge gefasste Bindung des nationalen Gerichts im Eintragungsverfahren an Entscheidungen Europäischer Ämter und Gerichte betreffend eine parallele Gemeinschaftsmarkenanmeldung ist nicht ersichtlich. Soweit in Art. 95 GMVO gewisse Bindungswirkungen vorgesehen sind, betrifft dies lediglich Fälle, in denen das nationale Gericht

als Gemeinschaftsmarkengericht tätig wird. Das ist vorliegend nicht der Fall, weil es sich um ein markenrechtliches Registerverfahren betreffend eine vom Deutschen Patent- und Markenamt eingetragene Marke handelt.

III.

Es sind keine Gründe ersichtlich, von dem Grundsatz des § 71 Abs. 1 S. 2 MarkenG abzuweichen, nach dem jeder Beteiligte seine Kosten selbst trägt.

gez.

Unterschriften