



BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 54/05

(Aktenzeichen)

Verkündet am
24. Mai 2006

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 301 45 747

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 24. Mai 2006 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Widersprechenden wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 29 vom 25. Februar 2006 aufgehoben.

Wegen des Widerspruchs aus der Marke 399 80 218 wird die Löschung der angegriffenen Marke 301 45 747 angeordnet.

Gründe

I.

In das Register eingetragen ist die Marke

Mousette

für die nachstehenden Waren der Klasse 29

„Konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Brotaufstriche im Wesentlichen bestehend aus Gemüse und/oder zubereitetem Obst.“

Die Marke wurde am 30. Juli 2001 angemeldet und am 19. Oktober 2001 eingetragen. Gegen die Eintragung wurde Widerspruch erhoben aus der Marke



die am 17. Dezember 1999 beim Deutschen Patent- und Markenamt angemeldet und am 3. Februar 2000 in das Register eingetragen worden ist für die folgenden Waren der Klassen 29 und 30:

„Walnuss-, Haselnuss-, Erdnuss-, Cashewkerne, Pistazienkerne und Mandeln, getrocknet, geröstet, gesalzen und/oder gewürzt; getrocknete Früchte; Müsli, nämlich Nahrungsmittelmischung, im Wesentlichen Getreideflocken und Trockenfrüchte enthaltend; Nuss-Nougat-Creme, Nusspasten, Margarine, Speiseöle, Speisefette; alle vorgenannten Waren aus oder unter Verwendung von Nüssen hergestellt; Brotaufstriche, nämlich Nuss-Nougat-Creme, Kakao- und Nusspasten, Schokolade und Pralinen; Getreidepräparate und Getreideriegel für Nahrungszwecke unter Zusatz von Zucker und/oder Honig und/oder Kakao und/oder Früchten und/oder Schokolade und/oder Nüssen; Müsli, nämlich Nahrungsmittelmischung, im Wesentlichen Getreideflocken und Trockenfrüchte enthaltend; Back- und Konditorwaren, Biskuits, Kuchen, Schokolade, Schokoladenwaren, Pralinen, Zuckerwaren, Bonbons, Marzipan, Puffmais; im Extrudierverfahren hergestellte Weizen-, Reis- und Maisprodukte für Nahrungszwecke; sämtliche vorgenannten Waren unter Verwendung von Nüssen hergestellt.“

Mit Beschluss vom 25. Februar 2005 hat die Markenstelle für Klasse 29, vertreten durch einen Beamten des höheren Dienstes, den Widerspruch zurückgewiesen mit der Begründung, dass zwischen den Vergleichsmarken keine Verwechslungsgefahr i. S. v. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG bestehe. Zwar könnten sich die beiden Marken auch im Bereich identischer Waren begegnen. Die angegriffene Marke halte jedoch den erforderlichen deutlichen Abstand zu der älteren Widerspruchsmarke.

Mit ihrer Beschwerde verfolgt die Widersprechende weiterhin die Löschung der angegriffenen Marke mit der Begründung, dass zwischen den Vergleichsmarken Verwechslungsgefahr i. S. v. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG bestehe. Die Widersprechende meint, ihre Marke verfüge jedenfalls über eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft. Hierzu trägt sie - insoweit unbestritten - vor, dass die Widerspruchsmarke in vielfältiger Weise zur Kennzeichnung der eingetragenen Waren bundesweit in über 2.700 Filialen der Widersprechenden benutzt werde.

Die Widersprechende beantragt,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 29 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 25. Februar 2005 aufzuheben und die angegriffene Marke wegen des Widerspruchs aus der Marke 399 80 218 zu löschen.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie hält insbesondere eine unmittelbare klangliche Verwechslungsgefahr für ausgeschlossen und trägt dazu wie folgt vor: Im Regelfall würden Verkaufsgespräche bzw. Telefonate über die in Frage stehenden Produkte nur zwischen dem Hersteller und dem Handel geführt. Diese Verkehrskreise wüßten ganz genau, wer mit

wem über welches Produkt ein Telefonat bzw. ein Verkaufsgespräch führt. In diesen Zusammenhängen könne es zu keinen Verwechslungen kommen. Und was den Endverbraucher betreffe, so führe dieser keine Telefonate über Produkte, die er im Regal sieht, in den Einkaufskorb legt und kauft. Er führe im Regelfall auch keine Kaufgespräche, ohne das Produkt in der Hand zu halten und hierüber Fragen zu stellen. Alle anderen Annahmen gingen weit an der Realität vorbei.

Zu den weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf die Verfahrensakten.

II.

Die Beschwerde der Widersprechenden ist zulässig und in der Sache begründet, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass es zwischen den Vergleichsmarken zu Verwechslungen i. S. v. § 9 Abs. 1 Nr. 2 kommt. Markenähnlichkeit i. S. v § 9 Abs. 1 MarkenG kann in klanglicher, schriftbildlicher oder begrifflicher Hinsicht bestehen. Dabei besteht markenrechtliche Verwechslungsgefahr bereits dann, wenn nur in einer dieser Richtungen ausreichende Übereinstimmungen festgestellt werden (vgl. EuGH GRUR Int. 1999, 734, 736 - Lloyd; BGH GRUR 2005, 326-327, Nr. 16, - il Padrone/Il Portone, GRUR 1999, 241, 243 - lions). Vorliegend kommt die angegriffene Marke der Widerspruchsmarke jedenfalls klanglich verwechselbar nahe.

Die Marken können sich in den Bereichen identischer Waren einerseits und entfernt ähnlicher Waren andererseits begegnen. Das getrocknete Obst aus dem Warenverzeichnis der angegriffenen Marke ist mit den getrockneten Früchten aus dem der Widerspruchsmarke identisch. Das konservierte und gekochte Obst und die Brotaufstriche aus Obst oder aus Obst und Gemüse aus dem Warenverzeichnis der angegriffenen Marke sind den Trockenfrüchten in dem Warenverzeichnis der Widerspruchsmarke zumindest entfernt ähnlich. Gleiches gilt für das Verhältnis von Gemüseprodukten zu den Erdnüssen in dem Warenverzeichnis der Widerspruchsmarke (vgl. Richter/Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und Dienst-

leistungen, 13. Auflage, 2005, S. 85 und 113 zu den Stichwörtern „Erdnüsse“ und „Gemüse“). Das folgt daraus, dass Erdnüsse - entgegen dem Allgemeinverständnis - nicht im eigentlichen Sinne Nüsse sind, sondern Hülsenfrüchte.

Im Zusammenhang mit Trockenfrüchten enthält die Widerspruchsmarke keine beschreibenden Anklänge. Insoweit mag der Marke eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft zukommen. Dagegen ist die Widerspruchsmarke im Zusammenhang mit Erdnüssen von Haus aus kennzeichnungsschwach, weil die Wort- und Bildbestandteile der Marke eindeutig auf den deutschen Begriff „Nüsse“ hinweisen. Darunter zählen die angesprochenen weitesten Verkehrskreisen regelmäßig auch die Erdnüsse; denn deren botanische Natur als Hülsenfrüchte wird bei Erwerb und Verbrauch dieser Produkte durch den Endverbraucher regelmäßig vernachlässigt. Allerdings wird die Marke nach dem unbestrittenen Sachvortrag der Widersprechenden ständig benutzt und zwar bundesweit in zahlreichen Filialen der Widersprechenden. Weitere konkrete Angaben fehlen jedoch, insbesondere zur Dauer der Benutzung, zu den konkreten Umsätzen, zum Werbeaufkommen der Widersprechenden für die Widerspruchsmarke und zur Marktposition der Widersprechenden im Vergleich zu ihren Mitbewerbern. Bei diesem Sachvortrag hält der Senat es nur für gerechtfertigt, von einer leichten Verbesserung der ursprünglichen Kennzeichnungsschwäche der Widerspruchsmarke auszugehen mit der Folge, dass die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke für Erdnüsse deutlich unter dem Durchschnitt liegt.

Unter diesen Voraussetzungen muß die angegriffene Marke im Bereich von Warenidentität und durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke - das gilt für die Waren getrocknetes Obst und Trockenfrüchte - einen deutlichen Abstand zur Widerspruchsmarke halten, während in den Bereichen nur entfernter Warenähnlichkeit und unterdurchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke, wie sie in Bezug auf alle anderen Waren bestehen, an diesen Abstand keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden können.

Doch auch bei Warenferne und unterdurchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke kann nicht ausgeschlossen werden, dass es zwischen den Vergleichsmarken zu klanglichen Verwechslungen i. S. v. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG kommt. Hier steht der angegriffenen Wortmarke „Mousette“ für die Widerspruchsmarke die klangliche Bezeichnung „Nussetti“ gegenüber. Denn beim Zusammentreffen von Wort- und Bildbestandteilen - wie im Fall der Widerspruchsmarke - misst der Verkehr i. d. R. dem Wort als einfachster und kürzester Bezeichnungsform eine prägende Bedeutung zu (ständige Rspr., vgl. zuletzt BGH GRUR 2006, 60, 62 (Nr. 20) - coccodrillo und weitere Nachweise bei Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Auflage, 2006, § 9 Rdnr. 296).

Im Fall der angegriffenen Wortmarke ist davon auszugehen, dass jedenfalls entscheidungserhebliche Anteile der angesprochenen Verkehrskreise die angegriffene Wortmarke phonetisch „Mussett“ oder „Mussette“ aussprechen werden, weil sie in der Marke eine Anlehnung an das französisch stämmige, inzwischen eingedeutschte Wort „Mousse“ sehen werden. Dieser Begriff wird an erster Stelle im Zusammenhang mit der Zubereitung von Speisen verwandt und beschreibt dann Pürees aus Fleisch, Fisch, Obst oder Gemüse, die warm oder kalt serviert werden können. „Mousse au Chocolat“ bezeichnet auch im Deutschen eine schwere Schokoladensüßspeise, für die so gut wie nie die deutsche Entsprechung „Schokoladencreme“ oder „Schokoladencremespeise“ verwandt wird (zu beiden Bedeutungen vgl. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 5. Auflage, 2003, Seite 1103). „Mousse“ wird im Deutschen phonetisch wie „Mus“ mit Dehnungs-U und scharfem „ss“ ausgesprochen (vgl. Duden- vermeintlich, Deutsches Universalwörterbuch, 5. Auflage, 2003, Seite 1103).

Klanglich unterscheiden sich „Mussett“ bzw. „Mussette“ einerseits (an dieser Stelle jeweils phonetisch geschrieben) und „Nussetti“ andererseits nur durch den Anfangs- und den Endbuchstaben. Im Übrigen besteht Übereinstimmung. Schon deswegen besteht zwischen beiden Marken eine deutliche klangliche Nähe. Diese Nähe wird zweifelsfrei zur markenrechtlichen Verwechslungsgefahr gesteigert

durch folgende Besonderheiten des vorliegenden Falles. Die beiden Anfangsbuchstaben „M“ und „N“ sind sich klanglich besonders nahe, so dass es hier leicht zu einem Verhören kommen kann derart, dass an Stelle von „N“ vermeintlich der Buchstabe „M“ gehört wird und umgekehrt. In diesen Fällen kommt es hier nicht nur zu einer nahezu vollständigen klanglichen sondern auch zu einer begrifflichen Übereinstimmung der verhörten Bezeichnungen. Denn die Unterschiede in den begrifflichen Anklängen - bei der angegriffenen Marke an „Mousse“, bei der Widerspruchsmarke an „Nuss“ - werden klanglich nur durch die unterschiedlichen Anfangsbuchstaben festgelegt. Bei einer Verwechslung der Anfangsbuchstaben nimmt die falsch wahrgenommene Marke jeweils den begrifflichen Anklang der Vergleichsmarke an - „Mussett“ oder „Mussette“ wird zu „Nussett“ oder „Nussette“, „Nussetti“ wird zu „Mussetti“. Bei dieser Sachlage kann nicht ausgeschlossen werden, dass es jedenfalls bei einer mündlichen Verständigung über die Vergleichsmarken zu Verwechslungen i. S. v. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG kommen kann.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke geht fehl in der Annahme, dass solche klanglichen Verwechslungen aus praktischen Gründen die Ausnahme bleiben müßten. Es kann dahinstehen, ob es im Verhältnis zwischen den Produzenten und den Groß- und Einzelhändlern zu keinen Irrtümern in der mündlichen Verständigung kommen kann. In jedem Fall kann es zu solchen Verwechslungen im Verhältnis zwischen den Endabnehmern und dem Handel und zwischen den Endabnehmern untereinander kommen. Der Umstand, dass Waren zunehmend „auf Sicht“ gekauft werden, rechtfertigt nicht die Annahme, dass schon deswegen klangliche Verwechslungen für den markenrechtlichen Schutz keine Bedeutung mehr haben könnten. Denn auch dem Kauf auf Sicht gehen häufig mündliche Nachfragen, Empfehlungen und Bestellungen und insbesondere Gespräche der Verbraucher unter einander voraus, bei denen klangliche Verwechslungen vorkommen können (vgl. BGH GRUR 2005, 326-327 (Nr. 16) - il Padrone/Il Portone, GRUR 1999, 241, 243 - lions). Es kommt hinzu, dass erfahrungsgemäß auch bei einer nur optischen Wahrnehmung einer Marke gleichzeitig der Charakter des den Gesamteindruck prägenden Markenwortes unausgesprochen mit aufgenommen

und damit die Erinnerung an klanglich ähnliche Marken geweckt wird, die von früheren Begegnungen bekannt sind. In diesen Fällen kann die klangliche Verwechslungsgefahr nicht durch ein unmittelbares Verhören ausgelöst werden, sondern durch die ungenauen Erinnerungen an den Klang einer der beiden Marken (vgl. BPatGE 23, 176, 179 - evit/ELIT; BPatG GRUR 1998, 59, 61 - Coveri - und Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Auflage, 2006, § 9 Rdnr. 125).

Auf die Frage, ob es zwischen den Vergleichsmarken daneben auch zu schriftbildlichen oder begrifflichen Verwechslungen kommen kann, kommt es bei dieser Sach- und Rechtslage nicht mehr an.

gez.

Unterschriften