



BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 7/05

(Aktenzeichen)

Verkündet am
10. Oktober 2007

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 399 56 493

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 2007 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Stoppel, der Richterin Werner und des Richters Schell

beschlossen:

Die Beschwerde der Markeninhaberin wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Gegen die für eine Vielzahl von Waren und Dienstleistungen der Klassen 6, 7, 9, 11, 12, 14, 16, 18, 21, 25, 28, 34, 36, 37, 39, 40, 41 und 42 am 1. August 2000 eingetragene und am 31. August 2000 veröffentlichte Marke



ist aus der prioritätsälteren, am 7. November 1997 eingetragenen Wortmarke
2 104 226

Delphin

Widerspruch eingelegt worden, die für die nachfolgend aufgeführten Waren der Klassen 9, 16, 28, 41

„Text-, Ton- und Bildträger, ausgenommen unbelichtete Filme; Druckereierzeugnisse, nämlich Druckschriften, Zeitungen und Zeitschriften, Bücher, Kataloge, Spiele; Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate und Füllfederhalter, Tintenschreiber, Fasermaler, Faserschreiber, Kugelschreiber, Textmarker, Tintenkorrekturstifte), soweit in Klasse 16 enthalten; Produktion von Text-, Ton- und Bildaufnahmen auf Text-, Ton- und Bildträgern; Veröffentlichung und Herausgabe von Druckschriften, Zeitungen, Zeitschriften und Büchern“

geschützt ist.

Die Markenstelle für Klasse 12 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die teilweise Löschung der angegriffenen Marke für die Waren

„Kassetten und Tonbandgeräte, Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Bild und Ton, Bücher, Magazine, Periodika, Druckereierzeugnisse, Büroartikel, Schreibwaren, Anschlagtafeln aus Papier oder Pappe, Papierschilder, Handbücher, Lehr- und Unterrichtsmaterial (ausgenommen Apparate), Spielkarten, Poster, Photographien“

angeordnet und den Widerspruch im Übrigen zurückgewiesen. Auf die zulässigerweise erhobene Benutzungseinrede der Markeninhaberin habe die Widersprechende unstreitig eine rechtserhaltende Benutzung für die Waren „Druckschriften, Bücher, Kataloge, Spiele, Veröffentlichung und Herausgabe von Druckschriften und Büchern“ glaubhaft gemacht, zu denen die gelöschten Waren der angegriffenen Marke in einen relevanten Ähnlichkeitsbereich einzuordnen wären. Deshalb müssten an den Abstand der Vergleichsmarken hohe Anforderungen gestellt werden, die von dem angegriffenen Zeichen jedoch nicht eingehalten würden. Die Markenwörter unterschieden sich in klanglicher Hinsicht lediglich

durch den Buchstaben „n“ am Wortende der Widerspruchsmarke. Diese Abweichung trete nicht hinreichend prägnant hervor, um eine Verwechslungsgefahr wirksam ausschließen zu können.

Hiergegen wendet sich die Markeninhaberin mit ihrer Beschwerde. Sie hat im Laufe des Beschwerdeverfahrens die Einrede nach § 43 Abs. 1 MarkenG wieder in vollem Umfang aufgegriffen und vorgetragen, die von der Widersprechenden vorgelegten Unterlagen könnten nicht als ausreichend angesehen werden, um eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke zu belegen. Zudem seien die Vergleichswaren als unähnlich zu werten. Auch die Vergleichsmarken wiesen aufgrund ihrer deutlich differierenden Begriffsinhalte keine relevante Ähnlichkeit auf, so dass eine Verwechslungsgefahr nicht gegeben sei. Dies gelte selbst bei Annahme einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke, die jedoch aufgrund ihrer eindeutigen Belegung mit der Tierbezeichnung „Delphin“ nur bedingt zum Herkunftshinweis geeignet sei.

Die Beschwerdeführerin beantragt sinngemäß,

den angefochtenen Erinnerungsbeschluss vom 4. November 2004 aufzuheben und den Widerspruch zurückzuweisen.

Die Widersprechende ist der Beschwerde entgegengetreten und hat weitere Benutzungsunterlagen eingereicht. Danach sei die Widerspruchsmarke für die Waren „Bücher“ rechtserhaltend benutzt worden. Mit diesen Produkten seien die Waren, für die die Markenstelle die teilweise Löschung der angegriffenen Marke angeordnet habe, identisch bzw. hochgradig ähnlich. Angesichts der ausgeprägten klanglichen Ähnlichkeit der beiden Markenwörter „Delphin“ und „DELPHI“ müsse bei dieser Sachlage mit Verwechslungen zwischen den Vergleichszeichen gerechnet werden, zumal die unterschiedlichen Bedeutungsgehalte wegen der klanglichen Ähnlichkeit der Markenwörter vom Publikum regelmäßig nicht erfasst werden könnten.

Die Widersprechende und Beschwerdegegnerin beantragt sinngemäß,

die Beschwerde zurückzuweisen.

An der mündlichen Verhandlung hat die Markeninhaberin - wie zuvor schriftsätzlich mitgeteilt - nicht teilgenommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

II.

Die zulässige Beschwerde bleibt in der Sache erfolglos. Die Markenstelle hat zu Recht die teilweise Löschung des angegriffenen Zeichens wegen bestehender Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG angeordnet.

Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr erfolgt unter Abwägung aller hierfür maßgebenden Umstände, insbesondere der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke, der Ähnlichkeit der gegenseitigen Waren bzw. Dienstleistungen sowie der Markenähnlichkeit (BGH GRUR 2000, 506, 508 – ATTACHÉ/TISSERAND).

Ob die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke aufgrund eines beschreibenden Bedeutungsanklangs des Markenwortes „Delphin“ ursprünglich als unterdurchschnittlich zu werten war, kann dahingestellt bleiben, da die Widersprechenden in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen vorgetragen hat, dass es sich bei dem Zeichen um eine auf dem hier maßgeblichen Produktsektor langjährig benutzte und auf dem Markt gut etablierte Marke handelt. Dies erscheint geeignet, eine möglicherweise zunächst gegebene Kennzeichnungsschwäche zu überwinden, so dass der Widerspruchsmarke ein durchschnittlicher Schutzzumfang zuzubilligen ist.

Nachdem die Widersprechende im Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt Glaubhaftmachungsunterlagen vorgelegt hat, wurde die Einrede der Nichtbenutzung von der Inhaberin der angegriffenen Marke zunächst für die Waren „Druckschriften, Bücher, Kataloge, Spiele“ fallengelassen. Im Beschwerdeverfahren hat sie die Einrede nach § 43 Abs. 1 MarkenG dann zulässigerweise wieder in vollem Umfang aufgegriffen (vgl. hierzu Ströbele in Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 43 Rdn. 22). Somit war von der Widersprechenden nach § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG eine rechtserhaltende Benutzung ihrer Marke für die Zeit der letzten fünf Jahre vor dieser Beschwerdeentscheidung glaubhaft zu machen, nämlich von Oktober 2002 bis Oktober 2007. Da die Widerspruchsmarke zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der angegriffenen Marke (am 31. August 2000) noch keine 5 Jahre eingetragen war (Eintragungszeitpunkt war der 7. November 1997), bedurfte es hingegen keiner Glaubhaftmachung für den Zeitraum des § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG.

Die von der Widersprechenden vorgelegten Unterlagen belegen die rechtserhaltende Benutzung der Marke in Deutschland für die Ware „Bücher“. Soweit die Markeninhaberin dem entgegenhält, aus der eingereichten Eidesstattlichen Versicherung des Geschäftsführers der Widersprechenden, Herrn Dr. S..., vom 10. September 2007, ergebe sich nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit, in welcher Eigenschaft er diese abgebe und wie er zu den darin versicherten Erkenntnissen gelangt sei, vermag dies kein anderes Ergebnis zu begründen. An die Glaubhaftmachung nach § 43 Abs. 1 MarkenG sind deutlich geringere Anforderungen zu stellen, als dies etwa beim Strengbeweis der Fall ist. Während dieser stets zur vollen Überzeugung des Gerichts führen muss, genügt bei der Glaubhaftmachung bereits eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“. Erfolgt die Glaubhaftmachung durch eine Eidesstattliche Versicherung, ist zunächst von der Kompetenz des Erklärenden sowie der inhaltlichen Richtigkeit der darin erklärten Tatsachen auszugehen. Etwas anderes gilt nur, wenn die Eidesstattliche Versicherung in sich unschlüssig ist und sich dadurch Anhaltspunkte für ihre Unrichtigkeit ergeben. Dies ist hier nicht der Fall. Damit ist

die vorgelegte Eidesstattliche Versicherung geeignet, die nach § 43 Abs. 1 MarkenG beweisbedürftigen Tatsachen glaubhaft zu machen. Mit ihr wurde eine ununterbrochene Benutzung des älteren Zeichens für die von ihr umfassten Waren „Bücher“ seit dem Jahr 2000 belegt, wobei die jährlichen Umsatzzahlen zum weitaus überwiegenden Teil im ...stelligen Euro-Bereich lagen und keinerlei Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Benutzungshandlungen aufkommen lassen. Zudem wurden Unterlagen eingereicht, aus denen sich die konkrete Art und Weise der Verwendung der Marke im Zusammenhang mit den fraglichen Waren ergibt.

Zu den genannten Waren liegen die Vergleichswaren des angegriffenen Zeichens, für die die teilweise Löschung der Marke angeordnet wurde, teilweise in einem ausgeprägten, teilweise in einem entfernteren Ähnlichkeitsbereich. Für eine von den Feststellungen der Markenstelle abweichende Wertung besteht für den Senat keinerlei Anlass. Damit sind an den zur Vermeidung einer Verwechslungsgefahr zu stellenden Abstand der Marken strenge Anforderungen zu stellen, denen die angegriffene Marke jedenfalls in klanglicher Hinsicht nicht genügt.

Klanglich unterscheiden sich die Marken lediglich durch den zusätzlichen Konsonanten „n“ der Widerspruchsmarke, der sich zudem am erfahrungsgemäß vom Verkehr weniger beachteten Wortende befindet (vgl. hierzu Hacker in Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 9 Rdn. 131 m. w. N.). Nach den allgemeinen Sprachregeln bleibt diese Abweichung bei der Aussprache des Markenworts weitgehend unbetont und ist in klanglicher Hinsicht deshalb kaum wahrzunehmen. Somit sind die Markenwörter in ihrem Klangbild nahezu identisch, so dass den angesprochenen Verbrauchern eine hinreichend sichere Abgrenzung nicht möglich ist, zumal sich die Vergleichsmarken regelmäßig nicht nebeneinander begegnen werden, sondern aus der eher unvollständigen Erinnerung heraus voneinander unterschieden werden müssen. Die Marken kommen sich somit selbst im Fall einer entfernteren Warenähnlichkeit in klanglicher Hinsicht zu nahe, um Verwechslungen in beachtlichem Umfang zu verhindern. Zu einem Heraus-

hören unterschiedlicher Bedeutungsgehalte, durch die einer Verwechslungsgefahr entgegengewirkt werden könnte, kann es bei dieser Sachlage gar nicht erst kommen (vgl. nochmals Hacker, a. a. O., § 9 Rdn. 155 m. w. N.).

Die Beschwerde war somit zurückzuweisen. Für eine Kostenentscheidung bestand keine Veranlassung (§ 71 Abs. 1 Satz 2 MarkenG).

Stoppel

Werner

Schell

Me