



BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 46/05

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 300 34 024

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts unter Mitwirkung ...

in der Sitzung vom 20. Juni 2007

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird als unzulässig verworfen, soweit die Widersprechende die Löschung der Marke 300 34 024 für die Ware „*Biere*“ anstrebt.

Im Übrigen wird die Beschwerde der Widersprechenden zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Wort-/Bildmarke



ist am 10. November 2000 für die Waren und Dienstleistungen

„*Biere*; Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe

und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken; Veranstaltung von Messen, Ausstellungen, Seminaren und Symposien zu gewerblichen oder zu Werbezwecken; Werbung, Geschäftsführung, Unternehmensberatung und -verwaltung; Büroarbeiten; Veranstaltung von Messen, Ausstellungen, Seminaren und Symposien zu kulturellen, sportlichen, ökologischen, Unterhaltungs- und Ausbildungszwecken; Erziehung, Ausbildung, Unterhaltung, sportliche und kulturelle Aktivitäten“

in den Farben rot, gelb, grün, blau und schwarz unter der Nummer 300 34 024 in das Register eingetragen und am 14. Dezember 2000 veröffentlicht worden.

Hiergegen ist Widerspruch erhoben worden aus der am 23. Dezember 1986 eingetragenen Wortmarke 1 100 746

Gerri

deren Warenverzeichnis lautet:

„Mineralwasser, Tafelwasser, alkoholfreie Getränke, Limonaden, Cola-Getränke, Diätfruchtsaftgetränke, Vitaminfruchtsaftgetränke, Frucht-diätnektargetränke“.

Der Widerspruch ist auf alle Waren der Widerspruchsmarke gestützt und richtet sich laut Schriftsatz vom 6. März 2001 gegen „alle identischen bzw. ähnlichen Waren und/oder Dienstleistungen der angegriffenen Marke: u. a. Biere; Mineralwasser und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken (GK. 32)“.

Mit einem am 19. Juni 2001 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangenen Schriftsatz hat die Markeninhaberin die Benutzung der Widerspruchsmarke mit Nichtwissen bestritten.

Zur Glaubhaftmachung der Benutzung ihrer Marke hat die Widersprechende eine eidesstattliche Versicherung ihres Prokuristen und Verkaufsdirektors vom 30. Juli 2001, eine Aufstellung über den Absatz und Umsatz in den Jahren 1995 bis 2000 sowie Verpackungsmuster und Flaschenetiketten vorgelegt. Die Markeninhaberin hat die Nichtbenutzungseinrede in Bezug auf alle Waren außer für „kohlenensäurehaltige Limonaden“ aufrechterhalten.

Die mit einem Angestellten des gehobenen Dienstes besetzte Markenstelle für Klasse 41 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 24. März 2003 die Löschung der Marke 300 34 024 für die Waren

„Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken“

angeordnet und den Widerspruch im Übrigen, nämlich in Bezug auf die Ware „Biere“ und die für die jüngere Marke eingetragenen Dienstleistungen der Klassen 35 und 41, zurückgewiesen. Auf Seiten der Widerspruchsmarke, der normale Kennzeichnungskraft zukomme, sei die unter den Oberbegriff „Limonaden“ subsumierbare Ware „kohlenensäurehaltige Limonaden“ zu berücksichtigen, da die Markeninhaberin insoweit die Einrede der Nichtbenutzung nicht aufrechterhalten habe. Weitere Waren der Widerspruchsmarke könnten mangels entsprechender Benutzungsunterlagen nicht einbezogen werden. Die Ware „kohlenensäurehaltige Limonaden“ sei hochgradig ähnlich bis identisch mit den von der jüngeren Marke beanspruchten Waren „Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken“. Die insoweit geltenden strengen Anforder-

rungen an den Markenabstand halte die jüngere Marke nicht ein. In klanglicher Hinsicht stünden sich die Markenwörter „Gerri“ und „ZERI“ gegenüber, da die graphische Ausgestaltung der jüngeren Marke bei Prüfung der klanglichen Verwechslungsgefahr in den Hintergrund trete und damit auf den Wortbestandteil als einfachste Form der Benennung der Marke abzustellen sei. Die Markenwörter stimmten in der Silbenzahl, dem Betonungs- und Sprechrhythmus sowie in der Vokalfolge überein. Das zweite „r“ in der Widerspruchsmarke bewirke keinen hörbaren Unterschied, so dass nur der Unterschied am Anfang der Markenwörter bleibe. Dieser falle jedoch, da es sich bei beiden Anfangsbuchstaben um Sprenglaute handle, nicht ausreichend stark auf. Hinsichtlich der Ware „Biere“, die der Ware „kohlenensäurehaltige Limonaden“ nur durchschnittlich ähnlich sei und den Dienstleistungen der jüngeren Marke, die zu der Ware „kohlenensäurehaltige Limonaden“ allenfalls eine entfernte Ähnlichkeit aufwiesen, seien nur geringe bis durchschnittliche Anforderungen an den Markenabstand zu stellen. Die Unterschiede im Anfang der Markenwörter würden diesen Anforderungen in klanglicher und schriftbildlicher Hinsicht noch gerecht, so dass der Widerspruch insoweit zurückzuweisen sei.

Gegen diesen Beschluss haben die Markeninhaberin am 6. Mai 2003 Erinnerung und die Widersprechende am 17. November 2003 Anchlusserinnerung eingelegt.

Mit Beschluss vom 11. Februar 2005 hat die mit einer Beamtin des höheren Dienstes besetzte Markenstelle für Klasse 41 auf die Erinnerung der Markeninhaberin den Erstprüferbeschluss insoweit aufgehoben, als dort die teilweise Löschung der jüngeren Marke angeordnet worden war, und den Widerspruch insgesamt zurückgewiesen. Die jüngere Marke halte auch in Bezug auf die identischen und hochgradig ähnlichen Waren einen die Verwechslungsgefahr ausschließenden Abstand ein. Die Markenwörter unterschieden sich außer in der unterschiedlich langen Aussprache des Vokals „e“ in den Anfangskonsonanten. Trotz Gemeinsamkeiten der Markenwörter trete dieser Unterschied deutlich hervor, da Wortanfänge von den Verkehrskreisen mit besonderer Aufmerksamkeit beachtet

würden und Abweichungen in nur einem Laut bei kurzen Markenwörtern wie hier stärker ins Gewicht fielen als dies bei längeren Markenwörtern der Fall sei. Schriftbildlich unterschieden sich die Vergleichsmarken, abgesehen von der graphischen Ausgestaltung der jüngeren Marke, aufgrund der unterschiedlichen Anfangsbuchstaben in ihrer Silhouette in ausreichendem Umfang. Die Anchlusserinnerung der Widersprechenden sei zwar zulässig, jedoch nicht begründet. Hinsichtlich der Ware „Biere“ sei trotz der Ähnlichkeit mit den „kohlesäurehaltigen Limonaden“ eine Verwechslungsgefahr zu verneinen, da die angegriffene Marke auch insoweit einen ausreichenden Abstand von der Widerspruchsmarke einhalte. Bezüglich der Dienstleistungen der jüngeren Marke könne die Anchlusserinnerung schon deshalb keinen Erfolg haben, weil sich der Widerspruch von vorneherein nur gegen die *Waren* der jüngeren Marke gerichtet habe. Die Widersprechende hat diesen Beschluss ausweislich des Empfangsbekennnisses am 4. März 2005 erhalten.

Mit ihrer hiergegen eingelegten Beschwerde macht sie geltend, dass sich der Widerspruch nicht - wie die Erinnerungsprüferin angenommen habe - lediglich gegen die Waren der Klasse 32 gerichtet habe. Entgegen der Auffassung der Markenstelle sei angesichts der intensiven Benutzung von einer gesteigerten Kennzeichnungskraft, wenn nicht sogar von einer Bekanntheit der Widerspruchsmarke auszugehen.

Die Widersprechende beantragt in der Beschwerdeschrift vom 4. April 2005,

den Beschluss der Markenstelle vom 11. Februar 2005 aufzuheben, dem Widerspruch stattzugeben und in Übereinstimmung mit dem Erstprüferbeschluss vom 24. März 2003 die teilweise Löschung der jüngeren Marke für die Waren „Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken“ anzuordnen.

In der Beschwerdebegründung vom 12. August 2005, beim Bundespatentgericht am 16. August 2005 eingegangen, wendet sich die Widersprechende gegen die angefochtenen Beschlüsse der Markenstelle darüber hinaus auch insoweit, als darin der Widerspruch aus der Marke 1 100 746 auch für die Ware „Biere“ und die Dienstleistungen der Klassen 35 und 41 zurückgewiesen worden ist.

Mit Schriftsatz vom 10. Mai 2007 hat die Widersprechende mitgeteilt, dass die An-
schluss Erinnerung bezüglich der Dienstleistungen der Klassen 35 und 41 nicht
aufrechterhalten werde.

Die Markeninhaberin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie erhebt erneut die Einrede der Nichtbenutzung in vollem Umfang und macht geltend, dass selbst bei einer unterstellten rechtserhaltenden Benutzung eine Verwechslungsgefahr nicht bestehe. Eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sei nicht gegeben, da diese unbekannt und vermutlich sogar unbenutzt sei.

Die Widersprechende hält die erneute und unbeschränkte Erhebung der Nichtbenutzungseinrede für unzulässig. Die Markeninhaberin habe mit Schreiben vom 28. September 2001 die Nichtbenutzungseinrede ausdrücklich für „kohlenstoffhaltige Limonaden“ zurückgenommen, nachdem die damalige Inhaberin der Widerspruchsmarke eine eidesstattliche Versicherung ihres Prokuristen und eine Aufstellung über den Absatz und Umsatz von Getränken der Marke „Gerri“ in den Jahren 1995 bis 2000 vorgelegt habe. Die Widerspruchsmarke nehme eine übertragene Marktstellung ein, vor allem in Nordrhein-Westfalen, so dass es weiterer Ausführungen zur rechtserhaltenden Benutzung nicht bedürfe. Zur Ergänzung der Glaubhaftmachungsunterlagen legt die Widersprechende die Dokumentation des

Marktauftritts der Marke „Gerri“ seit ihrer erstmaligen Eintragung im Jahr 1938 bis zur Übernahme der Marke durch die jetzige Widersprechende vor.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde der Widersprechenden ist, soweit damit weiterhin die Löschung der Marke 300 34 024 in Bezug auf die Ware „Biere“ angestrebt wird, unzulässig (§ 66 Abs. 2 MarkenG); im Übrigen ist sie in der Sache nicht begründet, weil die Widersprechende eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke nicht ausreichend glaubhaft gemacht hat.

1. Sachlich zu entscheiden ist über die Beschwerde der Widersprechenden nur insoweit, als es um die von der angegriffenen Marke umfassten Waren

„Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken“

geht. Zwar richtete sich der Widerspruch aus der Marke 1 100 746 entgegen der Auffassung der Erinnerungsprüferin nicht nur gegen die für die angegriffene Marke eingetragenen *Waren*, sondern auch gegen die *Dienstleistungen*. Soweit die Widersprechende gegen den Beschluss der Markenstelle vom 11. Februar 2005 mit Schriftsatz vom 4. April 2005 Beschwerde eingelegt hat, war diese allerdings ausdrücklich darauf beschränkt, die Löschung der angegriffenen Marke lediglich im Umfang des Erstprüferbeschlusses anzuordnen. Die Beschwerdebegründung stellt sich demgegenüber in der Sache als eine Erweiterung der ursprünglichen Beschwerde dar, mit der die Löschung der angegriffenen Marke über den Erstprüferbeschluss hinaus auch für die Ware

„Biere“ und die Dienstleistungen der Klassen 35 und 41 angestrebt wird. Aufgrund der Erklärung der Widersprechenden, die Anchlusserinnerung bezüglich der Dienstleistungen nicht mehr weiter verfolgen zu wollen, sind die Dienstleistungen der angegriffenen Marke nicht mehr Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Die Erweiterung der Beschwerde bezieht sich damit nur noch auf die Löschung der angegriffenen Marke für die Ware „Biere“. Da jedoch diese Erweiterung nicht innerhalb der bis zum 4. April 2005 laufenden Beschwerdefrist eingegangen ist, ist die Beschwerde der Widersprechenden insoweit verfristet und demzufolge unzulässig (§ 66 Abs. 2 MarkenG; BPatG MarkenR 2007, 228, 230 - Beschwerdeerweiterung).

2. Soweit sich die Beschwerde gegen die Zurückweisung des Widerspruchs in Bezug auf die genannten übrigen Waren der Klasse 32 richtet, kann ihr bereits deshalb nicht stattgegeben werden, weil die Widersprechende eine rechtserhaltende Benutzung ihrer Marke, aus der Widerspruch erhoben wurde, nicht glaubhaft gemacht hat.

Die Markeninhaberin hat die Einrede der Nichtbenutzung der Widerspruchsmarke sowohl nach § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG als auch nach § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG zunächst wirksam erhoben. Die fünfjährige sog. Benutzungsschonfrist der Widerspruchsmarke war im Zeitpunkt der Veröffentlichung der Eintragung der jüngeren Marke bereits abgelaufen. Dass die Markeninhaberin die Einrede nicht ausdrücklich auf einen oder beide Tatbestände des § 43 Abs. 1 MarkenG gestützt hat, spielt keine Rolle. In einem undifferenzierten Bestreiten der Benutzung ist regelmäßig die Erhebung beider Einreden zu sehen, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen hierfür vorliegen (Ströbele in: Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 43 Rdn. 15).

Auch die erneute Erhebung der Einrede ist nicht deswegen als unzulässig anzusehen, weil die Markeninhaberin die Nichtbenutzungseinrede in Bezug auf die Ware „kohlesäurehaltige Limonaden“ nach Vorlage von Benutzungsunter-

lagen durch die Widersprechende zunächst nicht mehr aufrecht erhalten hatte. Die Einrede der Nichtbenutzung kann grundsätzlich ohne Rechtsverlust einstweilen fallengelassen werden, weil ein Wiederaufgreifen jederzeit möglich ist. Die Grenze ist nur bei Erklärungen überschritten, die eindeutig als Anerkennung der Benutzung im Sinne eines Verzichts auf die Nichtbenutzungseinrede zu bewerten sind. An die Voraussetzungen eines solchen Verzichts bzw. der Anerkennung der Benutzung sind strenge Anforderungen zu stellen. Die Erklärung, die Einrede werde nicht weiter aufrechterhalten, ist nicht als ein solcher Verzicht zu werten (BGH GRUR 2000, 886, 887 - Bayer/BeiChem; BPatG Mitt. 2006, 39, 40 - Polyprop/POLY LOCK; Ströbele in: Ströbele/Hacker, a. a. O., § 43 Rdn. 21 - 24). Somit konnte die Markeninhaberin die Einrede der Nichtbenutzung hinsichtlich aller Waren der Widerspruchsmarke, insbesondere auch in Bezug auf die Ware „kohlesäurehaltige Limonaden“, im Beschwerdeverfahren erneut erheben. Da die Widersprechende den entsprechenden Schriftsatz der Markeninhaberin ausweislich des Empfangsbekennnisses bereits am 31. Januar 2006 erhalten hat, steht auch der Gesichtspunkt verspäteten Vorbringens der erneuten Erhebung der Einrede nicht entgegen (Ströbele in: Ströbele/Hacker, a. a. O., § 43 Rdn. 26).

Die Widersprechende traf mithin die Obliegenheit, eine rechtserhaltende Benutzung ihrer Marke in den beiden maßgeblichen Zeiträumen - hier Dezember 1995 bis Dezember 2000 und Juni 2002 bis Juni 2007 - glaubhaft zu machen. Dies ist ihr weder mit den im Verfahren vor der Markenstelle vorgelegten Unterlagen noch mit der im Beschwerdeverfahren eingereichten Dokumentation des Marktauftritts der Widerspruchsmarke gelungen.

Die vorgelegten Unterlagen sind nicht geeignet, eine ernsthafte Benutzung der Widerspruchsmarke in den maßgeblichen Zeiträumen glaubhaft zu machen. Die eidesstattliche Versicherung vom 30. Juli 2001 bezieht sich zwar auf den nach § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG maßgeblichen Zeitraum von 1995 bis 2000. Da nach § 43 Abs. 1 Satz 3 MarkenG bei der Entscheidung über den Wider-

spruch jedoch nur diejenigen Waren berücksichtigt werden können, für die die Benutzung glaubhaft gemacht worden ist, ist es erforderlich, dass sich die Glaubhaftmachungsunterlagen auf konkrete Waren beziehen. Der eidesstattlichen Versicherung ist zwar eine Aufstellung über den „Absatz GERRI“ und den „Brutto-Umsatz GERRI“ beigefügt, jedoch beziehen sich die darin enthaltenen Angaben nicht auf einzelne Produkte der Marke „Gerri“, sondern auf den Absatz und Umsatz der Tochterunternehmen der damaligen Inhaberin der Widerspruchsmarke. Der nach § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG maßgebliche Zeitraum von Juni 2002 bis Juni 2007 wird von der eidesstattlichen Versicherung überhaupt nicht erfasst. Auch aus der Dokumentation des Marktauftritts, die sich insbesondere auf die Entwicklung der Widerspruchsmarke in den Jahren 1992 bis 2001 und den „Relaunch“ der Marke in den Jahren 2003 und 2004 bezieht, ergeben sich für keinen der beiden Benutzungszeiträume Anhaltspunkte über den Umfang der Benutzung der Marke für bestimmte Produkte. Somit bleibt offen, für welche konkreten Waren und in jeweils welchem Umfang die Widerspruchsmarke benutzt worden sein soll.

3. Mangels Glaubhaftmachung einer rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke kann dahingestellt bleiben, ob die Vergleichsmarken der Gefahr von Verwechslungen gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG unterliegen.
4. Es bestand kein Anlass, einer der Beteiligten die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen (§ 71 Abs. 1 MarkenG).

gez.

Unterschriften