



BUNDESPATENTGERICHT

24 W (pat) 104/10

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 304 64 217

hat der 24. Senat (Marken Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 6. März 2012 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Werner sowie der Richterin Dr. Schnurr und des Richters Paetzold

beschlossen:

Die Beschwerde der Markeninhaberin wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Eintragung der am 10. November 2004 angemeldeten Wortmarke 304 64 217

"ATOS"

unter anderem für folgende Waren der Klasse 32

"alkoholfreie Getränke; Sodawasser; Tafelwässer; Wässer (Getränke)"

in das Register ist am 7. Oktober 2005 veröffentlicht worden.

Gegen diese Eintragung hat die frühere Widersprechende, die A... GmbH & Co. KG in B..., unbeschränkten Widerspruch erhoben aus der Wortmarke 895 726

"Artus"

die seit dem 24. Juli 1972 für die Waren der Klassen 32 "Mineralwasser, Brausen, Limonaden" geschützt ist.

Die Markeninhaberin hat mit Schriftsatz vom 5. Juni 2006 die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke bestritten. Daraufhin hat die Widersprechende mit Schriftsatz vom 25. August 2006 Unterlagen zur Glaubhaftmachung der rechtserhaltenden Benutzung ihrer Marke zu den Akten gereicht.

Die Markenstelle für Klasse 11 hat mit zwei Beschlüssen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, aufgrund des Widerspruchs aus der Marke 895 726 die teilweise Löschung der angegriffenen Marke für die Waren "alkoholfreie Getränke; Sodawasser; Tafelwässer; Wässer (Getränke)" angeordnet mit der Begründung, dass insoweit zwischen den Vergleichsmarken Verwechslungsgefahr i. S. v. § 42 Abs. 2 Nr. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG bestehe. Der weitergehende Widerspruch ist zurückgewiesen worden. Gegen den Erinnerungsbeschluss hat die Markeninhaberin Beschwerde eingelegt, unter anderem mit der Begründung, dass die Widersprechende die Benutzung ihrer Marke, insbesondere für die Jahre 2005 bis 2010, nicht hinreichend glaubhaft gemacht habe. Weiter macht die Markeninhaberin geltend, dass unter der angegriffenen Marke bewusst aufbereitete und mit besonderen Verfahren gereinigte Wässer vertrieben würden, die für anspruchsvolle, kritische Abnehmer bestimmt seien. Diese Verkehrskreise würden den einschlägigen Marken mit besondere Aufmerksamkeit begegnen, was einer Verwechslungsgefahr entgegenwirken würde.

Die Markeninhaberin stellt (sinngemäß) den Antrag,

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 11 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 26. November 2007 und vom 12. Mai 2010 insoweit aufzuheben, als darin die teilweise Löschung ihrer Marke wegen des Widerspruchs aus der Marke 895 726 angeordnet worden ist, und den Widerspruch aus der vorgenannten Marke auch insoweit zurückzuweisen.

Die Widersprechende beantragt (sinngemäß),

die Beschwerde der Markeninhaberin zurückzuweisen

Mit Schriftsatz vom 4. Juli 2011, der Markeninhaberin und Beschwerdeführerin zugestellt am 18. Juli 2011, hat die Widersprechende weitere Unterlagen zur Benutzung ihrer Marke eingereicht. Sie meint, dass sich die Vergleichsmarken verwechselbar nahekämen. Für die Warenähnlichkeit komme es für die angegriffene Marke nur auf die Registerlage an und nicht auf die Waren, für welche die Markeninhaberin die Marke einsetzen möchte.

Eine Stellungnahme der Markeninhaberin zu den neuen Benutzungsunterlagen, die die Widersprechende mit Schriftsatz vom 4. Juli 2011 eingereicht hat, ist nicht zu den Akten gelangt.

Die Widersprechende hat die Widerspruchsmarke im Jahre 2008 von der früheren Widersprechenden erworben und ist inzwischen im Register als neue Markeninhaberin eingetragen. In dieser Eigenschaft hat die jetzige Widersprechende das Widerspruchsverfahren von der früheren Widersprechenden gemäß § 28 Abs. 2 MarkenG übernommen.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Akten Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig. In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg.

Die Markenstelle hat zu Recht die Löschung der angegriffenen Marke für die Waren "alkoholfreie Getränke; Sodawasser; Tafelwässer; Wässer (Getränke)" angeordnet, weil insoweit zwischen den Vergleichsmarken Verwechslungsgefahr gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2, § 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG besteht.

Ob Verwechslungsgefahr im Sinne dieser Bestimmungen vorliegt, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Faktoren, insbesondere der Identität bzw. Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Waren, des Schutzzumfangs der Widerspruchsmarke, des Grades der Ähnlichkeit der Zeichen sowie der bei der Auswahl zu erwartenden Aufmerksamkeit des beteiligten Verkehrs umfassend zu beurteilen (st. Rspr.; vgl. EuGH GRUR 1998, 387 - Sabèl/Puma; GRUR 2008, 343, Nr. 48 - BAINBRIDGE; BGH GRUR 2008, 903 Nr. 10 - SIERRA ANTIGUO; zur Wechselwirkung der genannten Einzelfaktoren s. Hacker in: Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Aufl. 2012, § 9 Rdn. 40 ff.).

1.1 Bei der Beurteilung der Warenähnlichkeit ist zunächst zu beachten, dass die Markeninhaberin die Benutzung der Widerspruchsmarke nach § 43 Abs. 1 MarkenG bestritten hat. Dieser Einwand ist gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 und 2 MarkenG wirksam. Deswegen können gemäß § 43 Abs. 1 letzter Satz MarkenG auf Seiten der Widersprechenden nur die Waren berücksichtigt werden, für die die Widerspruchsmarke in den maßgeblichen Zeiträumen rechtserhaltend benutzt worden ist.

Bei Erhebung der Nichtbenutzungseinrede mit Schriftsatz vom 5. Juni 2006 waren die Voraussetzungen des § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG erfüllt: Die Widerspruchsmarke ist bereits 1972 in das Register eingetragen worden, zu einer Zeit also, in der nach der damaligen Rechtslage die Eintragung erst nach Ablauf der Wider-

spruchsfrist, bzw. nach Beendigung aller Widerspruchsverfahren erfolgte. Mithin lag bei der Veröffentlichung der Eintragung der angegriffenen Marke am 7. Oktober 2005 die Eintragung der Widerspruchsmarke länger als fünf Jahre zurück und die Widersprechende muss eine rechtserhaltende Benutzung ihrer Marke für die Zeit von Oktober 2000 bis Oktober 2005 glaubhaft machen. Weiter hat die Markeninhaberin im Beschwerdeverfahren ausdrücklich beanstandet, dass die Widersprechende eine rechtserhaltende Benutzung ihrer Marke für die Jahre 2005 bis 2010, also für die Zeit nach Veröffentlichung der angegriffenen Marke, nicht glaubhaft gemacht habe. Damit hat die Markeninhaberin auch die Nichtbenutzungseinrede nach § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG erhoben und die Widersprechende muss eine rechtserhaltende Benutzung ihrer Marke auch für die letzten fünf Jahre vor der abschließenden Beschlussfassung über das hiesige Beschwerdeverfahren glaubhaft machen, das ist die Zeit von März 2007 bis März 2012. Für beide Zeiträume hat die Widersprechende eine rechtserhaltende Benutzung ihrer Marke für die Waren "Brausen, Limonaden" glaubhaft gemacht.

Die erforderlichen Unterlagen für die Jahre 2000 bis 2005 hat die frühere Widersprechende bereits mit Schriftsatz vom 25. August 2006 im patentamtlichen Verfahren eingereicht. Der Leiter der früheren Widersprechenden, Herr L, und der EDV Sachbearbeiter der früheren Widersprechenden, Herr U..., haben am 7. August 2006 bzw. am 27. Juli 2006 eidesstattlich versichert (Bl. 43 und 76 der patentamtlichen Akten), dass die Widerspruchsmarke im einschlägigen Zeitraum durchgehend für verschiedene Limonaden benutzt worden sei, mit denen in der Zeit vom Oktober 2000 bis zum Oktober 2005 regelmäßig Umsätze von über € ... pro Jahr erzielt worden seien. Dazu hat die frühere Widersprechende eine Vielzahl von Flaschenetiketten eingereicht, auf denen die Widerspruchsmarke in markenmäßiger Aufmachung erscheint. Abbildungen zeigen, wie diese Etiketten auf den Flaschen mit den Limonaden der Widersprechenden angebracht wurden. Dass die Getränkeflaschen der früheren Widersprechenden im Benutzungszeitraum auch wirklich mit diesen Etiketten versehen wurden, ist Gegenstand der eidesstattlichen Versicherung vom 27. Juli 2006.

Die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke für den Zeitraum von März 2007 bis März 2012 hat die Widersprechende mit den Unterlagen glaubhaft gemacht, die sie mit Schriftsatz vom 4. Juli 2011 im Beschwerdeverfahren eingereicht hat. In seiner eidesstattlichen Versicherung vom 12. Mai 2011 hat Herr B..., der bei der Widersprechenden die Funktion des Geschäftsführers innehat, versichert, dass in den Jahren 2008, 2009 und 2010 mit Limonaden und Mineralwassern, die mit der Widerspruchsmarke vertrieben wurden, Umsätze erzielt wurden, die von über €... (bei über 80.000 Abfüllungen) im Jahre 2008 auf über €... (bei über 380.000 Abfüllungen) im Jahre 2010 angestiegen sind. Dazu hat die Widersprechende die Abbildungen verschiedener Etiketten für die Flaschen verschiedener Mineralwässer und Limonaden eingereicht, auf denen die Widerspruchsmarke in markenmäßiger Aufmachung erscheint. Herr B... hat die Verwendung dieser Etiketten für die von der Widersprechenden vertriebenen Getränkeflaschen an Eides Statt versichert.

Einer Glaubhaftmachung der rechtserhaltenden Benutzung stehen weder die - für einen Masseartikel - relativ geringen Umsatzzahlen noch der Umstand entgegen, dass nur für drei Jahre aus dem hier maßgebenden fünfjährigen Benutzungszeitraum (März 2007 bis März 2012) eine Benutzung belegt worden ist. Die glaubhaft gemachten Benutzungshandlungen müssen sich nicht auf alle fünf Jahre eines maßgeblichen Benutzungszeitraums erstrecken. Entscheidend ist, ob in Berücksichtigung der für eine wirtschaftliche Nutzung in der einschlägigen Branche maßgebenden Tatsachen und Umstände von einer ernsthaften Benutzung und nicht nur von bloßen Scheinhandlungen auszugehen ist (vgl. EuGH GRUR 2008, 343 (Nr. 72) - *Il Ponte Finanziaria Spa/HABM*; EuGH 27.01.2004, C-259/02 (Nr. 27) - *La mer*). Das ist hier der Fall. Die neue Inhaberin der Widerspruchsmarke und jetzige Beschwerdegegnerin hat die Widerspruchsmarke im Jahre 2008 von der früheren Widersprechenden erworben und weitergeführt. Bei einem solchen Inhaberwechsel kann es zu deutlichen Umsatzschwankungen kommen. Die belegten jährlichen Umsätze für Limonaden reichen noch für eine ernsthafte Benutzung aus

(vgl. den Fall, der der Entscheidung EuGH GRUR 2006, 582 (Nr. 73-77) - VITAFRUIT - zugrunde lag).

1.2 Bei der Prüfung der Warenähnlichkeit ist daher auf Seiten der Widersprechenden von den Waren "Brausen, Limonaden" auszugehen. Sie sind mit den Waren der angegriffenen Marke "alkoholfreie Getränke" identisch. Den Waren "Sodawasser; Tafelwässer; Wässer (Getränke)" der angegriffenen Marke sind die "Brausen, Limonaden" der Widerspruchsmarke sehr ähnlich.

2. Hinsichtlich der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ist von einem zumindest durchschnittlichen Grad auszugehen, nachdem ein beschreibender Anklang hinsichtlich der geschützten Waren nicht festgestellt werden kann.

3. Angesichts diese Umstandes und mit Rücksicht auf die enge Warensituation muss die angegriffene Marke zur Vermeidung einer markenrechtlichen Verwechslungsgefahr einen deutlichen Abstand zu der Widerspruchsmarke halten. Dieser Anforderung wird die angegriffene Wortmarke "ATOS" nicht gerecht, denn sie kommt der Widerspruchsmarke "Artus" sowohl klanglich als auch schriftbildlich verwechselbar nahe.

Bei der klanglichen Verwechslungsgefahr kommt es vor allem auf die Silbengliederung und die Vokalfolge an, wobei Wortanfänge stärker beachtet werden, während unbetonte Zwischensilben oder wenig auffällige Abweichungen im Wortinnern insbesondere bei längeren Marken die Verwechslungsgefahr kaum mindern (vgl. Hacker, a. a. O, § 9 Rdn. 234 ff. m. w. N.). Im vorliegenden Fall sind die Marken "ATOS" und "Artus" in der Buchstabenfolge fast identisch; der zusätzliche Konsonant "r" in der Widerspruchsmarke kommt im Klangbild genauso wenig zur Geltung wie die Vokalabweichung in der letzten Silbe "o/u". Angesichts identischer Betonung und identischer Silbengliederung kann die Abweichung nur in einem dazwischen geschobenen Konsonanten keine ausschlaggebende Bedeutung haben, wenn er nach üblichen Sprachgewohnheiten schnell verschluckt oder über-

hört werden kann. Dies gilt vor allem bei Masse-Waren des täglichen Lebens, für die auch die angegriffene Marke verwandt werden kann.

Auch in schriftbildlicher Hinsicht hält die angegriffene Marke keinen ausreichenden Abstand zur Widerspruchsmarke. Hierbei muss berücksichtigt werden, dass im Registerverfahren für den Markenvergleich die im Register eingetragene Markenform maßgebend ist, für die Widerspruchsmarke also nicht die grafische Ausgestaltung, mit der die Marke rechtserhaltend benutzt wurde. Da es sich bei der Widerspruchsmarke um eine Wortmarke handelt, ist jede verkehrsübliche Wiedergabeform vom Schutzgegenstand erfasst (vgl. Hacker, a. a. O., § 9 Rdn. 192 ff., m. w. N.). Auch beim schriftlichen Vergleich ist auf den Gesamteindruck abzustellen, der meist von den Anfangs- und Schlusselementen bestimmt wird (vgl. Hacker, a. a. O., § 9 Rdn. 251 m. w. N.), die hier gerade übereinstimmen. Die Abweichung der ohnehin sehr ähnlichen Buchstaben "o/u" tritt noch weniger an vorletzter Buchstabenstelle in Erscheinung; das gilt besonders bei handschriftlicher Wiedergabe der Vergleichsmarken; zwar wird teilweise vertreten, dass diese Wiedergabeform nur noch dann berücksichtigt werden sollte, wenn sie im geschäftlichen Verkehr keine nur untergeordnete Rolle spielt (s. z. B. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Aufl. 2010, § 14, Rdn. 898). Hier verhält es sich jedoch so, dass beide Wortmarken auch für Waren des Massenverkehrs benutzt werden können, die von kleinen Händlern, Gastwirtschaften oder Endverbrauchern in relativ kleinen Mengen geordert werden können. Daher ist auch mit handschriftlichen Bestellungen zu rechnen.

Schließlich kann der einzige zusätzliche Buchstabe "r" - zumindest bei Kleinschreibung der Wortmarken - keinen hinreichenden Unterschied in der Länge der Vergleichszeichen herbeiführen. Die Vergleichsworte sind zwar nicht besonders lang, aber auch nicht so kurz, dass der schmale Buchstabe "r" auffällig in den Blick gerät. Abgesehen davon wird selbst dies bei im übrigen identischen Buchstabenfolgen eine schriftbildliche Verwechslungsgefahr kaum ausschließen, insbesondere weil hier ein deutlicher Markenabstand gefordert ist.

Diese Verwechslungsgefahr kann hier auch nicht durch einen abweichenden Begriffsgehalt der Vergleichsmarken gebannt werden. Abgesehen davon, dass dies bei hochgradiger klanglicher oder bildlicher Übereinstimmung ausscheidet (vgl. Hacker, a. a. O., § 9 Rdn. 264 m. w. N.), wird der Verkehr hier allenfalls in der Widerspruchsmarke einen männlichen Eigennamen erkennen, wohl aber kaum hinter dem angegriffenen Markenwort den griechischen Berg Athos vermuten. Zum einen ist das im Zusammenhang mit den betroffenen Waren fernliegend und zum anderen kann bei den hier angesprochenen weitesten Verkehrskreisen nicht von einer allgemeinen Bekanntheit des in Griechenland gelegenen Berges Athos ausgegangen werden. Es liegt näher, dass der Verkehr bei einer begrifflich fassbaren Widerspruchsmarke geneigt ist, in der ähnlichen jüngeren Fantasiebezeichnung die ihm schon vertraute ältere Marke zu erkennen (vgl. Hacker, a. a. O., § 9 Rdn. 263 m. w. N.).

Der Einwand der Markeninhaberin, sie vertreibe unter ihrer Marke Getränke für eine anspruchsvolle Kundschaft, die den Marken für ihre Getränke mit besonderer Aufmerksamkeit begegneten, führt im registerrechtlichen Widerspruchsverfahren nicht weiter. Hier kommt es im Hinblick auf die jeweils angegriffene Marke darauf an, für welche Waren sie nach der registerrechtlichen Lage benutzt werden kann. Und dazu gehören im vorliegenden Fall auch die Wässer und alkoholfreien Getränke, die als Masse-Artikel des täglichen Lebens in den Verkehr kommen.

Da zwischen der angegriffenen Marke 304 64 217 "ATHOS" und der Widerspruchsmarke 895 726 "Artus" Verwechslungsgefahr gemäß § 42 Abs. 2 Nr. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG besteht, war die Beschwerde der Markeninhaberin zurückzuweisen.

Zu einer einseitigen Kostenauflegung zu Lasten einer der Verfahrensbeteiligten besteht keine Veranlassung, § 71 MarkenG.

Werner

Dr. Schnurr

Paetzold

Bb