



# BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 266/03

---

**(AktENZEICHEN)**

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Marke 395 48 377**

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 2. August 2006 durch ...

beschlossen:

1. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.
2. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

**Gründe**

**I**

Gegen die Eintragung der am 27. November 1995 angemeldeten Marke 395 48 377

**Focus Home Collection ,**

die nach nur teilweiser Verlängerung der Schutzdauer und im Übrigen erfolgter Teillöschung seit dem 15. Mai 2006 noch für die Waren der Klassen 20, 21 und 24

„Möbel, insbesondere Beistelltische, kleine Vitrinen, Kommoden, Stühle, und Sessel, Garten-Klappstühle und -tische aus Holz und Kunststoff und Gartenliegen; Spiegel, Kleiderständer; Webstoffe und Textilwaren, nämlich Textilstoffe, Gardinen, Rollos, Haushaltswäsche, Tisch- und Bettwäsche, Bett- und Tischdecken, Stoffservietten, Geschirrtücher, Handtücher, Kissen und Kissen-

bezüge; Waren aus Glas, Porzellan und Steingut für Haushalt und Küche, Kunstgegenstände aus Glas, Porzellan und Steingut, insbesondere Geschirr, Gläser, Karaffen, Vasen, Kerzenleuchter, Seifenschalen; Töpfe, Pfannen, Schneidebretter aus Holz und Kunststoff, sonstige Untersätze zum Brotschneiden, Brotbehälter, Korkenzieher, Abfalleimer und sonstige Behälter für Haushalt und Küche (nicht aus Edelmetall oder plattiert); Käämme und Schwämme; Bürsten (mit Ausnahme von Pinseln); farbige Glaskugeln für Garten und Terrasse; Figuren aus Stein, Gips, Metall für Garten und Terrasse; Pflanztröge aus Stein oder Ton“

im Markenregister eingetragen ist, ist Widerspruch erhoben worden aus der nach mehreren Teillöschungen noch für

„Dienstleistungen eines Redakteurs; Produktion von Ton- und Bildaufzeichnungen auf Ton- und Bildträger; Veranstaltung und Verbreitung von Hörfunk und Fernsehsendungen; Organisation von Veranstaltungen kultureller wissenschaftlicher sportlicher und auch politischer Art sowie Vermittlung von Karten für Veranstaltungen; Vermittlung von Reisen, von Unterkünften einschließlich Hotels auch von Mietwagen; Seifen; Parfümerien, ätherische Öle, Schminken, Kosmetika, Haarwässer, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Rasierwässer und -cremes, Deodorants; Toilettenartikel, nämlich Toilettenpapier, Reinigungsmittel und Zahncreme; Zahnputzmittel; pharmazeutische Erzeugnisse sowie Erzeugnisse für die Gesundheitspflege, diätetische Erzeugnisse, auf der Basis von Vitaminen, von Eiweiß und/oder auf der Basis von Kohlehydraten als Nahrungsmittel für die Aufbau- oder nährstoffreduzierte, kalorienkontrollierte Ernährung als sportliche Aufbaumittel, Vitamin- und Mineral- sowie spurenelementhaltige auch stimulierende Aufbaupräparate o. ä.; Waren aus unedlen Metallen,

soweit in Klasse 6 enthalten, Schilder aus Metall und/oder Kunststoff; Anstecknadeln, modische Accessoires, nämlich Schnallen, Schlösser bzw. Schließen aus Metall und/oder Kunststoff; motorgetriebene Werkzeug-Maschinen, insbesondere motorgetriebene Werkzeuge als Handwerker- und Hobbywerkzeuge; Messerschmiedewaren, Gabeln, Löffel; handbetätigte Werkzeuge und Geräte; Übertragung von Signalen; Magnetaufzeichnungsträger; Lautsprecher, elektronische Verstärker; Edelmetalle und deren Legierungen; Juwelierwaren; Edelsteine; Uhren und andere Zeitmeßinstrumente; Modeschmuck insbesondere Manschettenknöpfe, Krawattennadeln, Armbänder, Broschen, Anstecknadeln, Ohrringe; Schmuckgegenstände (soweit in Klasse 14 enthalten); Aschenbecher; Musikinstrumente; Druckschriften, Zeitungen und Zeitschriften, Bücher, Poster, Aufkleber, Kalender, Photographien; Schreibwaren, Klebstoffe (für Papier- und Schreibwaren), Schreibmaschinen- und Büroartikel, nämlich nichtelektrische Bürogeräte, Schreibgeräte, Kugelschreiber, Füllfederhalter; Lehr und Unterrichtsmittel auch in Form von Modellen und Anschauungstafeln; Ledergürtel; kleine handbetätigte Geräte und Behälter für Haushalt und Küche (nicht aus Edelmetall); Bürsten; Glaswaren, Porzellan und Steingut (soweit in Klasse 21 enthalten); Web- und Wirkstoffe; Bett- und Tischdecken; Textilwaren, soweit in Klasse 24 enthalten; Handtücher, Frotte-Textilien (soweit in Klasse 25 enthalten); Turn- und Sportartikel, soweit in Klasse 28 enthalten, Spielzeug, nämlich Spielzeugautos, Modellautos; Spiele, Computer-Spiele; Biere; Fruchtgetränke; Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; milchhaltige Getränke; Spirituosen; Rohtabak und Tabakfabrikate; Raucherartikel, nämlich Zigarrenabschneider, Zigaretten- und Zigarrenspitzen, Streichhölzer, Feuerzeuge; Beherbergung; Verpflegung und Unterbringung von Gästen; Betrieb von Gymnastik- und

Fitneßanlagen und Freizeitparks sowie Spielbanken; Betrieb von Fan-Clubs“

eingetragenen prioritätsälteren nationalen Marke 394 07 564

### **FOCUS .**

Die Markenstelle für Klasse 21 des Deutschen Patent- und Markenamts hat dem Widerspruch - unter Zugrundelegung des seinerzeit noch umfänglicheren Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses der angegriffenen Marke – mit Beschluss vom 16. Juli 1998 teilweise, nämlich für die Waren

„Spiegel, Kleiderständer; Teppiche, Fußmatten, Matten; Webstoffe und Textilwaren, nämlich Textilstoffe, Gardinen, Rollos, Haushaltswäsche, Tisch- und Bettwäsche, Bett- und Tischdecken, Stoffservietten, Geschirrtücher, Handtücher, Kissen und Kissenbezüge; künstliche Blumen; Servietten und Tischtücher aus Papier; Waren aus Glas, Porzellan und Steingut für Haushalt und Küche, Kunstgegenstände aus Glas, Porzellan und Steingut, insbesondere Geschirr, Gläser, Karaffen, Vasen, Kerzenleuchter, Seifenschalen; kunstgewerbliche Gegenstände, Ziergegenstände, Tafelgeschirr (ausgenommen Bestecke), Tafelaufsätze, Aschenbecher, Zigarren- und Zigarrenetuis, Zigarren- und Zigarettenspitzen, Kerzenleuchter, Serviettenringe, Tablett; vorgenannte Waren aus Edelmetallen und deren Legierungen oder damit plattiert; Messerschmiedewaren, Gabeln und Löffel; Waren aus Leder und Lederimitationen (soweit in Klasse 18 enthalten), Sonnenschirme, insbesondere für Balkone, Terrassen und Gärten; Bilder; Töpfe, Pfannen, Schneidebretter aus Holz und Kunststoff, sonstige Untersätze zum Brotschneiden, Brotbehälter, Korkenzieher, Abfalleimer und sonstige Behälter für Haushalt und Küche (nicht aus

Edelmetall oder plattiert); Seifen, Parfümerien, ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Haarwässer, Raumdüfte; Käbme und Schwämme; Bürsten (mit Ausnahme von Pinseln); farbige Glaskugeln für Garten und Terrasse; Figuren aus Stein, Gips, Metall für Garten und Terrasse; Pflanztröge aus Stein oder Ton; Garten-Grillgeräte; Fackeln und Windlichter; Zubehör für Garten-Grillgeräte, nämlich Blasebälge, Zangen und Gabeln zum Anfassen des Grillguts“

stattgegeben und den Widerspruch im Übrigen zurückgewiesen.

Die dagegen eingelegte Erinnerung der Markeninhaberin hat die Markenstelle mit Beschluss vom 10. Juli 2003 zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, zwischen den beiderseitigen Marken bestehe in dem im Erstbeschluss ausgesprochenen Umfang die Gefahr von Verwechslungen i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG. Die dort versagten Waren fielen wegen ihrer stofflichen Beschaffenheit und ihres Verwendungszwecks sämtlich in den engeren Ähnlichkeitsbereich der im Warenverzeichnis der Widerspruchsmarke aufgeführten Waren „Glaswaren, Geräte für den Haushalt, Web- und Wirkstoffe, Porzellan und Steingut, Messerschmiedewaren, Gabeln, Löffel, Behälter für Haushalt und Küche, Bürsten“. Auch die beiderseitigen Marken wiesen eine die Gefahr unmittelbarer Verwechslungen begründende Ähnlichkeit auf, obwohl die in der angegriffenen Marke enthaltenen Wörter „Home Collection“ in der Widerspruchsmarke keine Entsprechung fänden. Eine Verwechslungsgefahr dem Gesamteindruck nach könne auch dann bestehen, wenn nur jeweils ein Bestandteil der Marken identisch oder ähnlich sei, sofern dieser Bestandteil innerhalb der Gesamtmarken eine selbständig kennzeichnende Stellung besitze. Dem Wort „Focus“ komme innerhalb der angegriffenen Marke eine solche selbständig kennzeichnende Stellung zu, da es über eine normale Kennzeichnungskraft verfüge, während die weiteren Wörter „Home Collection“ für die fraglichen Waren rein beschreibender Natur seien. Angesichts ihrer Zugehörigkeit zum englischen Grundwortschatz und der sprachlichen Nähe zu ih-

rer deutschen Bedeutung „Heimkollektion“ verstehe der angesprochene inländische Verkehr sie ohne weiteres als Sachhinweis dahingehend, dass die so bezeichneten Waren zu einer Kollektion für das Heim gehörten bzw. eine solche Heimkollektion bildeten.

Hiergegen wendet sich die Markeninhaberin mit der Beschwerde. Sie bestreitet nunmehr die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke nach § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG. Zur Begründung trägt sie vor, ihr sei bewusst, dass die gegen die im Jahre 1996 eingetragene Widerspruchsmarke gerichteten Widerspruchsverfahren erst am 13. Januar 2004 abgeschlossen worden seien und dass § 26 Abs. 5 MarkenG bestimme, dass in den Fällen, in denen gegen die Eintragung einer Marke Widerspruch erhoben worden sei, sich die sog. Benutzungsschonfrist dergestalt verschiebe, dass für das Anlaufen der Frist an die Stelle des Zeitpunkts der Eintragung der Zeitpunkt des Abschlusses des Widerspruchsverfahrens trete. Die Bestimmung des § 26 Abs. 5 MarkenG stehe jedoch im Widerspruch zu der Vorschrift des Art. 10 Abs. 1 der Ersten Markenrechtsrichtlinie 89/104/EG, die zwingend vorsehe, dass eine Marke, die für die Waren und Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, innerhalb von fünf Jahren nach dem Tage des Abschlusses des Eintragungsverfahrens nicht ernsthaft benutzt wird, den in dieser Richtlinie in Art. 11 Abs. 2 vorgesehenen Sanktionen unterliegt. Das Widerspruchsverfahren nach deutschem Recht sei nicht mehr Teil des Eintragungsverfahrens. In Markensachen stelle die Eintragungsverfügung gemäß § 41 MarkenG den abschließend über die Markenmeldung entscheidenden Verwaltungsakt dar. Dementsprechend werde in § 42 MarkenG auch von einem Widerspruch gegen die Eintragung der Marke und nicht von einem Widerspruch gegen eine angemeldete Marke gesprochen. Der Markeninhaber genieße ab der Veröffentlichung der Eintragung die volle Schutzwirkung der Marke und sowohl das Deutsche Patent- und Markenamt selbst als auch die Rechtsmittelgerichte und die ordentlichen Gerichte seien an die Eintragung der Marke gebunden. Soweit in der Kommentarliteratur gegenteilige Auffassungen vertreten würden, seien diese nicht überzeugend. Sie fänden insbesondere auch keine Stütze im Protokoll zu Art. 10

Abs. 1 der Richtlinie, das nur gestatte, die Benutzungsschonfrist nicht vom Zeitpunkt der Eintragung, sondern vom Zeitpunkt der Veröffentlichung der Eintragung an laufen zu lassen, nicht aber zulasse, diese Frist erst mit der Beendigung des dem Eintragungsverfahren nachgeschalteten Widerspruchsverfahrens in Lauf zu setzen. Die Markeninhaberin stellt ferner in Abrede, das die versagten Waren „Spiegel“ und „Kleiderständer“ allein auf Grund des Umstands, dass sie demselben Zweck, nämlich der Raumausstattung, dienen, eine Ähnlichkeit mit Textilwaren aufweisen. Sie bestreitet weiterhin, die Bekanntheit bzw. Berühmtheit der Widerspruchsmarke.

Die Markeninhaberin beantragt sinngemäß,

die Beschlüsse der Markenstelle vom 16. Juli 1998 und 10. Juli 2003 aufzuheben und den Widerspruch zurückzuweisen.

Sie regt hilfsweise an, wegen der Frage der Vereinbarkeit des § 26 Abs. 5 MarkenG mit Art. 10 Abs. 1 der Ersten Markenrechtsrichtlinie 89/104/EG die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof zuzulassen oder die Sache dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung über diese Rechtsfrage vorzulegen.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie hält die von der Markeninhaberin erhobene Nichtbenutzungseinrede für unzulässig und tritt der Ansicht der Markeninhaberin, § 26 Abs. 5 MarkenG sei nicht richtlinienkonform, entgegen. Das deutsche Widerspruchsverfahren sei Teil des Eintragungsverfahrens. Sie verweist insoweit insbesondere auf den Wortlaut des Artikels 4 Abs. 1 der EU-Markenrechtsrichtlinie, nach dem eine Marke von der Eintragung ausgeschlossen sei, wenn sie mit einer älteren Marke identisch sei.



Eine deutsche Marke, die zwar eingetragen, aber widerspruchsbehaftet sei, gelte im Sinne der Richtlinie also als nicht eingetragen. Für eine Vorlage der Sache an den Europäischen Gerichtshof bestehe kein Raum, weil die Vereinbarkeit des § 26 Abs. 5 MarkenG mit der Richtlinie offenkundig sei. Die Widersprechende macht ferner geltend, bei der Widerspruchsmarke handele es sich um eine in der Medienbranche bekannte Marke, die gegen eine Verwässerung geschützt werden müsse, die auch durch Marken in gänzlich fremden Bereichen eintreten könne. Die nach Teillöschung der angegriffenen Marke verbliebenen Waren seien mit den Waren, für die Widerspruchsmarke weiterhin geschützt sei, zum Teil identisch und im Übrigen hochgradig ähnlich, sodass die angegriffenen Beschlüsse der Markenstelle zu bestätigen seien.

Der Senat hat in der Sache auf Antrag der Beteiligten mündlich verhandelt und ist mit deren Einverständnis ins schriftliche Verfahren übergegangen. Der Versuch einer gütlichen Einigung zwischen den Beteiligten ist gescheitert.

## II

Die zulässige Beschwerde der Markeninhaberin erweist sich als unbegründet.

1. Die seitens der Markeninhaberin erhobene, auf § 43 Abs. 1 S. 2 MarkenG gestützte Einrede der Nichtbenutzung ist unzulässig.

Auf Grund der genannten Bestimmung hat der Inhaber einer eingetragenen Marke mit älterem Zeitrang bei einem zulässigen Bestreiten die Benutzung seiner Marke gemäß § 26 MarkenG grundsätzlich dann glaubhaft zu machen, wenn diese länger als fünf Jahre im Markenregister eingetragen ist. § 26 Abs. 5 MarkenG schränkt diese Obliegenheit des Widersprechenden für den Fall, dass gegen die Eintragung der prioritätsälteren Marke Widerspruch erhoben worden ist, dahingehend ein, dass in diesem Fall an die Stelle des Zeitpunkts der Eintragung der Zeit-

punkt des Abschlusses des Widerspruchsverfahrens tritt. Dies bedeutet mit anderen Worten, dass der gemeinhin als Benutzungsschonfrist bezeichnete Zeitraum von fünf Jahren, in dem der Widersprechende von der Glaubhaftmachung der Benutzung freigestellt ist, erst mit dem Zeitpunkt des Abschlusses des gegen die prioritätsältere Marke gerichteten Widerspruchsverfahrens in Lauf gesetzt wird.

Die sich aus §§ 43 Abs. 1 S. 2, 26 Abs. 5 MarkenG ergebende Benutzungsschonfrist war im vorliegenden Fall zum Zeitpunkt der Erhebung der Nichtbenutzungseinrede durch die Markeninhaberin noch nicht abgelaufen, weil das gegen die Eintragung der Widerspruchsmarke gerichtete Widerspruchsverfahren erst am 13. Januar 2004 abgeschlossen worden ist. Das hat nach den vorstehend genannten Bestimmungen des Markengesetzes zur Folge, dass die Widersprechende für einen von diesem Tag an beginnenden Zeitraum von fünf Jahren, also bis zum 13. Januar 2009, von der grundsätzlich im Markenrecht bestehenden Verpflichtung befreit ist, die Benutzung ihrer Marke glaubhaft zu machen.

Die Bestimmung des § 26 Abs. 5 MarkenG, durch die die Inhaberin der prioritätsälteren, am 23. Mai 1996 eingetragenen Widerspruchsmarke derzeit noch von der Glaubhaftmachung der Benutzung ihrer Marke befreit ist, steht nicht im Widerspruch zu Art. 10 Abs. 1 der Ersten Markenrechtsrichtlinie 89/104/EG (MRL). Diese Bestimmung sieht den Eintritt von Sanktionen für den Fall vor, dass der Inhaber einer Marke diese für die Waren und Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, innerhalb von fünf Jahren „nach dem Tag des Abschlusses des Eintragungsverfahrens“ nicht ernsthaft benutzt hat.

Die Markenrechtsrichtlinie enthält keine verbindlichen Vorgaben hinsichtlich der Ausgestaltung des in Art. 10 Abs. 1 MRL erwähnten Eintragungsverfahrens und des Zeitpunkts, in dem prioritätsältere Rechte geltend gemacht werden müssen. Sie enthält insbesondere auch keine verbindlichen Vorgaben hinsichtlich der Ausgestaltung des markenrechtlichen Widerspruchsverfahrens. Dem deutschen Gesetzgeber war es deshalb unbenommen, sich – in Abweichung von den bis

Ende 1994 geltenden Bestimmungen des WZG und der für Gemeinschaftsmarken geltenden Bestimmung des Art. 42 GMV – für ein der Eintragung der Marke nachgeschaltetes Widerspruchsverfahren zu entscheiden, wie dies im Übrigen auch andere Staaten der EU (Dänemark, Finnland, Schweden) getan haben. Dieses Widerspruchsverfahren ist entgegen der Ansicht der Markeninhaberin Teil des Eintragungsverfahrens i. S. d. Art. 10 Abs. 1 MRL (Amtliche Begründung zum Markenrechtsreformgesetz, BIPMZ 1994, 45 ff., 86, zu § 42 MarkenG; Fezer, MarkenG, § 42 Rdn. 2; Ströbele/Hacker, Markengesetz, § 42 Rdn. 1; PAVIS PROMA HABM, R 0561/04-2, Beschluss vom 2.2.2005), was auch dadurch im Markengesetz hinreichend zum Ausdruck gebracht worden ist, dass der mit der Überschrift „Eintragungsverfahren“ versehene Abschnitt 1 des Teils 3 „Verfahren in Markenangelegenheiten“ auch die das Widerspruchsverfahren betreffenden Bestimmungen der §§ 42 ff. umfasst.

Die demgegenüber von der Markeninhaberin vorgebrachten Bedenken greifen nicht durch. Entgegen der von ihr geäußerten Ansicht verschafft die Eintragung einer Marke im Falle des nachgeschalteten Widerspruchsverfahrens dem Inhaber der Marke nämlich zunächst noch kein bestandskräftiges, sondern ein unter dem Vorbehalt der Löschung wegen im Widerspruchsverfahren erfolgreich geltend gemachter älterer Markenrechte stehendes, quasi vorläufiges Recht, dessen Benutzung dem Markeninhaber wegen der damit verbundenen rechtlichen Risiken bis zur Bestandskraft der Eintragung nicht zuzumuten ist (Fezer a. a. O. § 26 Rdn. 130).

Dieser Grundsatz gilt im Übrigen nicht nur für nationale Markensysteme mit einem auf die Registereintragung folgenden, sog. nachgeschalteten Widerspruchsverfahren, wie dem deutschen, sondern auch für internationale Registrierungen mit Schutzwirkungen für die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft, bei denen hinsichtlich des Zeitpunkts der Eintragung des älteren Rechts ebenfalls nicht auf den Zeitpunkt der registerrechtlichen Eintragung, sondern auf denjenigen ihrer tatsächlichen Bestandskraft abgestellt wird, die frühestens mit dem Ablauf der Jahresfrist

nach der internationalen Registrierung der Marke gemäß Art. 5 Abs. 2 MMA eintritt (§ 115 Abs. 2 MarkenG).

Für die Prüfung der Verwechslungsgefahr i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG ist daher von der Registerlage auszugehen.

2. Zwischen den Marken besteht in dem von der Markenstelle festgestellten Umfang Verwechslungsgefahr i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG.

Die Gefahr von Verwechslungen im Sinne der vorstehend genannten Bestimmung ist unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (EuGH GRUR 1998, 387 - Sabèl/Puma). Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht kommenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der damit gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen sowie der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke (EuGH GRUR 1998, 922, 923, Nr. 17 – Canon; BGH GRUR 2005, 513, 514 – MEY/Ella May).

Die Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen ist unter Berücksichtigung aller erheblichen Faktoren, die ihr Verhältnis zueinander kennzeichnen, insbesondere ihrer Beschaffenheit, ihrer regelmäßigen betrieblichen Herkunft, ihrer regelmäßigen Vertriebs- oder Erbringungsart, ihrem Verwendungszweck und ihrer Nutzung, ihrer wirtschaftlichen Bedeutung, ihrer Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Produkte und Leistungen oder anderer für die Frage der Verwechslungsgefahr wesentlicher Gründe zu beurteilen und dann anzunehmen, wenn sie so enge Berührungspunkte aufweisen, dass die beteiligten Verkehrskreise der Meinung sein könnten, sie stammten aus denselben oder ggf. wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen (EuGH a. a. O. – Canon; BGH GRUR 2004, 241, 243 – GeDIOS). Soweit unter der Geltung des Warnezeichengesetzes die Gleichartigkeit von Waren festgestellt worden ist, ist im Regelfall davon auszugehen, dass die früher festgestellte Gleichartigkeit auch für eine nunmehrige Annahme der Ähnlichkeit spricht, weil der Ähnlichkeitsbereich

gegenüber dem Gleichartigkeitsbereich im Allgemeinen weiter zu ziehen ist (BGH GRUR 1996, 404, 405 – Blendax Pep).

Ausgehend von diesen Grundsätzen hat die Markenstelle die teilweise Ähnlichkeit der Waren der angegriffenen Marke mit denen der Widerspruchsmarke in den angegriffenen Beschlüssen im Ergebnis in vollem Umfang zutreffend angenommen. Dies gilt auch für die Waren „Spiegel“ und „Kleiderständer“, deren Ähnlichkeit die Markeninhaberin in der Beschwerdebeurteilung explizit in Zweifel gezogen hat.

Spiegel sind spezielle Glaswaren und deshalb mit den Glaswaren, für die die Widerspruchsmarke eingetragen ist, nach ständiger Rechtsprechung zum WZG als gleichartig erachtet worden (vgl. Richter/Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen, 13. Auflage, S. 284 rechte Spalte und S. 285 linke Spalte m. w. N.). Soweit nicht ohnehin davon ausgegangen werden muss, dass sie von dem weiten Oberbegriff „Glaswaren“ mitumfasst werden, ist ihre Ähnlichkeit doch als zumindest mittelgradig zu bewerten.

Kleiderständer können eine Vielzahl von Ausführungsformen aufweisen. Sie können aus sehr unterschiedlichen Materialien, wie Holz, Metall und Kunststoff, bestehen und klappbar oder transportabel sein. Zu ihnen zählen u. a. auch die sog. „stummen Diener“. Diese fallen aber ebenso unter den im Warenverzeichnis der Widerspruchsmarke enthaltenen Oberbegriff „kleine handbetätigte Geräte für Haushalt und Küche“, weshalb bereits eine teilweise Warenidentität mit diesem Oberbegriff bestehen könnte und weshalb auch in ständiger Rechtsprechung und Praxis die Gleichartigkeit der beiderseitigen Waren angenommen worden ist (Richter/Stoppel a. a. O. S. 157 mittlere Spalte). Jedenfalls können an der mindestens mittelgradigen Ähnlichkeit dieser Waren keine ernsthaften Zweifel bestehen.

Auch die übrigen Waren der angegriffenen Marke weisen mit den Waren der Widerspruchsmarke, soweit nicht ohnehin Warenidentität besteht, eine mindestens mittelgradige Ähnlichkeit auf.

Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ist für die Waren, die denen der angegriffenen Marke ähnlich sind, als durchschnittlich zu bewerten. Das Wort „FOCUS“ weist für diese Waren des Einrichtungs- und Haushaltsbereichs keinen beschreibenden Begriffsgehalt auf. Eine nachträgliche Steigerung der Kennzeichnungskraft ist für diesen Warenbereich nicht nachgewiesen. Für die Annahme der Widersprechenden, die auf dem Mediensektor erworbene gesteigerte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke strahle auch auf das Gebiet der hier maßgeblichen Waren aus, fehlt es angesichts der deutlichen Entfernung der Geschäftsbereiche an einem Tatsachenvortrag, der eine solche Schlussfolgerung nahelegen könnte.

Letztlich kann diese Frage jedoch dahingestellt bleiben, weil selbst bei Zugrundelegung einer nur durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und einer nur mittleren Ähnlichkeit der fraglichen Waren wegen der großen Ähnlichkeit der Marken die Gefahr von Verwechslungen besteht.

Bei der Beurteilung der Ähnlichkeit von Marken, die - wie die angegriffene Marke - aus mehreren getrennten Bestandteilen bestehen, ist zwar von der registrierten Form, also von der Marke als Ganzes auszugehen (EuGH GRUR 2005, 1042, 1044 – THOMSON LIFE). Dies schließt es jedoch nicht aus, dass im Einzelfall ein Bestandteil eines mehrgliedrigen Zeichens dessen Gesamteindruck prägt bzw. in der Marke, obwohl nicht dominierend, eine selbständig kennzeichnende Stellung behält (EuGH a. a. O. Rdn. 30, 31 – THOMSON LIFE). Für die Beantwortung der Frage, welcher Markenteil eine mehrgliedrige Marke prägt, kommt es vor allem auf die Kennzeichnungskraft der einzelnen Markenteile an; denn rein warenbeschreibenden oder aus anderen Gründen kennzeichnungsschwachen Elementen fehlt

die Eignung, den Gesamteindruck einer Marke zu prägen (BGH GRUR 2004, 778, 779 – URLAUB DIREKT). Die Hinzufügung beschreibender Elemente zu einem mit der älteren Marke übereinstimmenden Bestandteil kann die Ähnlichkeit der Marken regelmäßig nicht beseitigen und eine Verwechslungsgefahr nicht ausschließen (EuG GRUR Int 2005, 497, 498 – NEGRO MODELO).

In der angegriffenen Marke kommt allein dem Wort „Focus“ eine normale Kennzeichnungskraft zu, während die weiteren Wörter „Home Collection“ einen für den Durchschnittsverbraucher ohne weiteres verständlichen Gesamtbegriff mit der Bedeutung „Heimkollektion“ bilden, der die so bezeichneten Waren ihrer Art und Bestimmung nach dahingehend beschreibt, dass es sich um eine Warenkollektion handelt, die für das Heim, also für das eigene Haus bzw. die eigene Wohnung, bestimmt ist. Deshalb wird ein rechtserheblicher Teil der inländischen Verbraucher den kennzeichnenden Schwerpunkt der angegriffenen Marke in dem Wort „Focus“ sehen, das mit der Widerspruchsmarke, die Schutz für alle üblichen Schriftarten genießt, nicht nur Ähnlichkeit aufweist, sondern klanglich und schriftbildlich vollständig übereinstimmt.

Bei dieser Sach- und Rechtslage musste der Beschwerde der Markeninhaberin der Erfolg versagt bleiben.

3 Für eine Auferlegung der Kosten des Beschwerdeverfahrens auf eine Beteiligten aus Gründen der Billigkeit (§ 71 Abs. 1 S. 1 MarkenG) hat der Senat keine Veranlassung gesehen.

4. Der Senat hat die Rechtsbeschwerde zugelassen, weil mit der Frage, ob § 26 Abs. 5 MarkenG in Einklang mit Art. 10 Abs. 1 MRL steht, über eine Rechtsfrage

von grundsätzlicher Bedeutung für eine Vielzahl von markenrechtlichen Widerspruchsverfahren entschieden worden ist, die – soweit ersichtlich – bisher nicht höchstrichterlich beantwortet worden ist.

gez.

Unterschriften