

BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 311/99

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke 395 19 252.8

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 12. April 2000 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Forst sowie des Richters Dr. Fuchs-Wisseemann und der Richterin Klante

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Markeninhaberin wird der Beschluß der Markenstelle für Klasse 28 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 10. März 1999 aufgeho-

ben, soweit die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet worden ist. Der Widerspruch aus der Marke 1 175 992 wird auch insoweit zurückgewiesen.

2. Die Beschwerden zu 2 und 3 werden zurückgewiesen.

G r ü n d e

I.

Beim Deutschen Patent- und Markenamt ist unter der Nummer 395 19 252 die Bezeichnung

"Gimmy"

für eine Vielzahl von Waren, ua die folgenden Waren der Klassen 16, 28 und 34

- 16: Papier, Pappe (Karton) und Waren aus diesen Materialien (soweit in Klasse 16 enthalten), insbesondere Papierhandtücher, -servietten, Filterpapier, Papiertaschentücher, Toilettenpapier, Papierwindeln, Verpackungsbehälter, Verpackungstüten; Druckereierzeugnisse; Buchbinderartikel, insbesondere Buchbindegarn, -leinen und andere textile Stoffe zum Buchbinden; Photographien; Schreibwaren; Klebstoffe für Papier- und Schreibwaren oder für Haushaltszwecke; Künstlerbedarfsartikel, insbesondere Zeichen-, Mal- und Modellierwaren; Pinsel; Schreibmaschinen und Büroartikel (ausgenommen Möbel), insbesondere nicht-elektrische Bürogeräte, Brieföffner, Schreibunterlagen, Locher,

Hefter, Büro- und Heftklammern, Farbbänder, Korrekturmittel für Büro Zwecke, Stempel, Stempelkissen, Stempelfarbe, Tinten zum Schreiben und Zeichnen, Tusche; Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate), insbesondere in Form von Druckereierzeugnissen, Spielen, Tier- und Pflanzenpräparaten, geologischen Modellen und Präparaten, Globen, Wandtafelzeichengeräten; Verpackungsmaterial aus Kunststoff (soweit in Klasse 16 enthalten),

- 28: Spiele, Spielzeug; Turn- und Sportartikel (soweit in Klasse 28 enthalten); insbesondere Ski-, Tennis-, Angelsportgeräte; Christbaumschmuck; elektronisches Spielzeug, elektronische Spiele, tragbare elektronische Spielgeräte, Computer- und Videospielgeräte (ausgenommen als Zusatzgeräte für Fernsehgeräte), Spielprogramm-Kassetten, -Disketten, -Bänder, -Kartuschen und -Platten und Handregler (Joysticks) für die vorgenannten Spielgeräte, funk- oder ferngesteuertes Spielzeug, Bauklötze und -steine für Spielzwecke, Puppen, Puppenbekleidung, Tragetaschen für Puppen, Puppenwagen, Miniaturfahrzeuge, Spielzeug-Hubschrauber und -Flugzeuge, Flugscheiben, Spielzeug aus Plüsch- oder Textilmaterial, Handpuppen, Marionetten, Kleinkinderfahrzeuge, Zug-Sets, Spiel-Sets, Puzzles, Puzzlespiele, aufblasbares Spielzeug und Ballons, Partytüten aus Papier (Scherzartikel), Spielzelte für Kinder, Masken zum Verkleiden, Spielkosmetik für Kinder, Spielzeug-Rasierets, Drachen, Murmeln, Flipperspiele, Wasser- und Badespielzeug, Wasser- und Spielzeugpistolen, Aktionsfiguren und Tragebehälter

dafür, Spielzeug-Spardosen, Brettspiele, Hobby- und Modellbaukästen mit Beschäftigungsmaterial für Spielzwecke, insbesondere zum Bauen und Basteln von Spielzeug und Spielfahrzeugen, Rollschuhe, Rollbretter, Schlittschuhe,

- 34: Tabak; Raucherartikel, insbesondere Tabakdosen, Zigarren- und Zigarettenspitzen, Zigarren- und Zigarettenetuis, Aschenbecher, sämtliche vorgenannten Waren nicht aus Edelmetallen, deren Legierungen oder damit plattiert, Pfeifenständer, Pfeifenreiniger, Zigarrenabschneider, Pfeifen, Feuerzeuge, Taschenapparate zum Selbstdrehen von Zigaretten, Zigarettenpapier, Zigarettenfilter; Streichhölzer

zur Eintragung als Marke angemeldet worden.

Widerspruch erhoben haben die Inhaberinnen prioritätsälterer Marken, nämlich

1. die Inhaberin der Marke 1 175 992

"Ginny",

die Schutz genießt für "Kinderluftballons und Modell-Luftfahrzeuge für Spielzwecke; Spielwaren, insbesondere Spiele und Spielzeug (einschließlich sportliches Spielzeug); Turn-, Spiel- und Sportgeräte soweit in Klasse 28, enthalten".

2. die Inhaberin der Marke 2 103 510

"Simmy",

die geschützt ist für die Waren

"Rohtabak, Zigaretten und andere Tabakerzeugnisse, Zigarettenpapier, Feuerzeuge"

und

3. die Inhaberin der Marke 2 100 958



ua geschützt für

Papier, Pappe (Karton) und Waren aus Papier und Pappe (Karton), nämlich Papierhandtücher, -servietten, Filterpapier, Papiertaschentücher, Toilettenpapier, Papierwindeln, Verpackungsbehälter, Verpackungstüten; Druckereierzeugnisse; Zeitschriften, Zeitungen, Tagebücher, Bücher, Ta-

schenbücher, Taschenkalender, Poster; Buchbinderartikel, nämlich Buchbindegarn, -leinen und andere textile Stoffe zum Buchbinden; Photographien; Schreibwaren; Klebstoffe für Papier- und Schreibwaren oder für Haushaltszwecke; Künstlerbedarfsartikel, nämlich Zeichen-, Mal- und Modellierwaren; Pinsel; Schreibmaschinen und Büroartikel, nämlich nichtelektrische Bürogeräte; Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate) in Form von Druckereierzeugnissen, Spielen, Tier- und Pflanzenpräparaten, geologischen Modellen und Präparaten, Globen, Wandtafelzeichengeräten; Verpackungsmaterial aus Kunststoff, nämlich Hüllen, Beutel und Folien; Spielkarten; Aufkleber; Drucklettern, Druckstöcke, Prägestempel; Stempel; Stempelkissen.

Mit Beschluß vom 10. März 1999 hat die Markenstelle für Klasse 28, besetzt durch eine Beamtin des höheren Dienstes, auf den Widerspruch aus der Marke 1 175 992 "Ginny" die Löschung der angegriffenen Marke "Gimmy" für sämtliche Waren der Klasse 28 angeordnet. Die Widersprüche aus den Marken 2 103 510 und 2 100 958 hat die Markenstelle zurückgewiesen.

Zur Begründung der Teillöschung aufgrund des Widerspruches aus der Marke "Ginny" führt die Markenstelle aus, daß die sich gegenüberstehenden Marken eine hohe Ähnlichkeit aufwiesen, da sie sich nur in der klanglich und schriftbildlich nahe beieinanderliegenden Konsonantenfolge "mm" und "nn" unterschieden. Angesichts dieser Ähnlichkeit reiche zur Begründung der Verwechslungsgefahr selbst ein geringer Grad der Warenähnlichkeit aus. Die in Klasse 28 sich hier gegenüberstehenden Waren seien hochgradig ähnlich oder identisch, so daß die Eintragung der angegriffenen Marke für diese Waren zu löschen sei.

Die Zurückweisung des Widerspruches aus der Marke "Simmy" wird damit begründet, daß diese mit der angegriffenen Marke weder in klanglicher, schriftbildlicher

oder begrifflicher Hinsicht ähnlich seien. Die angegriffene Marke beginne mit dem stimmhaften Gaumenlaut "G", während die Widerspruchsmarke mit dem stimmlosen Zahnlaut "S" anfangen. Wegen der Wortkürze trete dieser Unterschied deutlich zu Tage, so daß sich ein ausreichender Abstand zwischen den Marken ergebe.

Die Zurückweisung des auf die Marke 2 100 958 gestützten Widerspruchs gründet sich nach Auffassung der Markenstelle ebenfalls darauf, daß die sich gegenüberstehenden Marken weder in klanglicher, schriftbildlicher oder begrifflicher Hinsicht ähnlich seien. Selbst bei der Annahme, daß die Widerspruchsmarke von dem Wortbestandteil "Grimmy" geprägt werde, sei in klanglicher und schriftbildlicher Hinsicht ein Abstand zwischen den Marken gegeben, der eine Verwechslungsgefahr ausschließe. In der angegriffenen Marke befinde sich vor dem ersten Vokal lediglich ein "G". Der Wortbestandteil der Widerspruchsmarke weise dagegen die Konsonantenfolge "GR" am Wortanfang auf, in der das stimmhafte "R" hinreichend erkennbar sei und nicht verschluckt werde. Dies gelte umso mehr, als der Verkehr aufgrund der Darstellung eines Hundes mit grimmiger Miene in der Widerspruchsmarke eine verniedlichende Form von "grimmig" sehen würde.

Die Beschwerde zu 1) der Inhaberin der angegriffenen Marke "Gimmy" richtet sich gegen deren Teillöschung mit dem Antrag

den Beschluß des Deutschen Patent- und Markenamts vom 10. März 1999 aufzuheben und den Widerspruch aus der Marke 1 175 992 zurückzuweisen.

Sie hat die Benutzung der Marke 1 175 992 mit Nichtwissen bestritten.

Auf die Benutzungseinrede hin hat die Inhaberin der Widerspruchsmarke eine eidesstattliche Versicherung und Umsatzzahlen aus den Jahren 1992 bis 1995 vorgelegt, die die Benutzung der Widerspruchsmarke für ein Plüschtier zeigen.

Die Markeninhaberin ist der Auffassung, daß im Falle einer rechtserhaltenden Benutzung für Plüschtiere der Abstand der Vergleichsmarken ausreichend genug sei, um Verwechslungen ausschließen zu können. Insoweit hat sie auf Hinweis des Senats nach der mündlichen Verhandlung einen teilweisen Verzicht auf die Waren

Spiele, Spielzeug; Christbaumschmuck; Bauklötze und -steine für Spielzwecke, Puppen, Puppenbekleidung, Tragetaschen für Puppen, Puppenwagen, Spielzeug aus Plüsch- und Textilmaterial, Handpuppen, Marionetten, Aktionsfiguren und Tragebehälter dafür"

erklärt.

Gegen die Zurückweisung der Widerspruchsmarke aus der Marke 2 103 510 richtet sich die Beschwerde zu 2) mit dem (sinngemäßen) Antrag

den Beschluß vom 10. März 1999 aufzuheben und die Eintragung der Marke für alle Waren der Klasse 34 zu löschen.

Sie trägt vor, bei den Waren der Klasse 34 sei zT Identität gegeben, zumindest aber eine hochgradige Ähnlichkeit. Hierbei sei zu berücksichtigen, daß die Produkte der Klasse 34 häufig an Orten erworben würden, an denen schlechte Verständigungsbedingungen herrschten. Der einzige Unterschied zwischen "S" und "G" am Wortanfang werde leicht überhört oder übersehen.

Die aus der Marke 2 100 958 Widersprechende beantragt (sinngemäß) mit ihrer Beschwerde zu 3)

den Beschluß vom 10. März 1999 aufzuheben und die Eintragung der Marke für alle mit den Waren der Widerspruchsmarke ähnlichen oder identischen Waren zu löschen.

Darüber hinaus beantragt sie, der Inhaberin der angegriffenen Marke die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Im Rahmen ihrer Beschwerdebegründung teilt die Widersprechende mit, daß sie den Widerspruch nunmehr gegen die Waren

16: Papier, Pappe (Karton) und Waren aus Papier und Pappe (Karton), nämlich Papierhandtücher, -servietten, Filterpapier, Papiertaschentücher, Toilettenpapier, Papierwindeln, Verpackungsbehälter, Verpackungstüten; Druckereierzeugnisse; Zeitschriften, Zeitungen, Tagebücher, Bücher, Taschenbücher, Taschenkalender, Poster; Buchbindeartikel, nämlich Buchbindegarn, -leinen und andere textile Stoffe zum Buchbinden; Photographien; Schreibwaren; Klebstoffe für Papier- und Schreibwaren oder für Haushaltszwecke; Künstlerbedarfsartikel, nämlich Zeichen-, Mal- und Modellierwaren; Pinsel; Schreibmaschinen und Büroartikel, nämlich nichtelektrische Bürogeräte; Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate) in Form von Druckereierzeugnissen, Spielen, Tier- und Pflanzenpräparaten, geologischen Modellen und Präparaten, Globen, Wandtafelzeichengeräten; Verpackungsmaterial aus Kunststoff, nämlich Hüllen, Beutel und Folien; Spielkarten; Aufkleber, Drucklettern, Druckstöcke, Prägestempel; Stempel; Stempelkissen

richte.

Zur Begründung der Beschwerde trägt sie vor, bei der Widerspruchsmarke werde sich der Verkehr an dem Wortbestandteil "Grimmy" als kürzester und einfachster Bezeichnungsform orientieren und ihm zumindest mitprägende Bedeutung beimessen, zumal der Wortbestandteil in der Widerspruchsmarke sehr gut wahrnehmbar und deutlich lesbar sei. Der Einschub des Konsonanten "R" am Anfang des Wortbestandteils der Widerspruchsmarke ergebe nur einen marginalen klanglichen Unterschied. Dieser reiche bei der gegebenen warenmäßigen Identität bzw. weiten Ähnlichkeit nicht aus, die Verwechslungsgefahr auszuschließen, insbesondere da die zu vergleichenden Wörter keine ausgesprochenen Kurzwörter seien.

In Bezug auf die Beschwerden der Widersprechenden beantragt die Inhaberin der angegriffenen Marke

die Beschwerden zurückzuweisen.

Hinsichtlich des Widerspruchs aus der Marke "Simmy" schließt sie sich den Gründen des angefochtenen Beschlusses an. Der Widerspruch aus der Kombinationsmarke mit dem Wortbestandteil "GRIMMY" sei schon deshalb unbegründet, weil das Bildelement prägenden Charakter habe.

Wegen der Einzelheiten wird auf den gesamten Akteninhalt einschließlich der Amtsakte der Marke 395 19 252 Bezug genommen.

II.

Die Beschwerden sind zulässig (§ 66 Abs 2 und 5 MarkenG), in der Sache begründet erweist sich indes nur die Beschwerde der Markeninhaberin.

Beschwerde zu 1 der Markeninhaberin:

Für die Frage der Verwechslungsgefahr kann zugunsten der Widersprechenden aus der Marke "Ginny" unterstellt werden, daß sie eine rechtserhaltende Benutzung für weichgestopfte Plüschtiere glaubhaft gemacht hat, was die Markeninhaberin in der mündlichen Verhandlung insoweit auch nicht ernsthaft in Abrede gestellt hat. Indes ist entgegen der Auffassung der Widersprechenden nicht generell eine Glaubhaftmachung für "Spiele" oder zumindest "Spielfiguren" erfolgt. Denn aus der Anlage, die der eidesstattlichen Erklärung vom 9. November 1999 beigelegt war, ergibt sich, daß es sich um typische, weichgestopfte Plüschtiere handelt.

Hiervon ausgehend reicht der zwischen den Vergleichsmarken bestehende Abstand noch aus, nachdem die Markeninhaberin auf die im engeren Ähnlichkeitsbereich liegenden Waren verzichtet hat.

So werden "Turn- und Sportartikel" sowie "Plüschtiere" herkömmlicherweise in unterschiedlichen Herstellungsstätten produziert. Material und Verwendungszweck sind ebenso unterschiedlich wie die Verkaufsstätten. Berührungspunkte, wie sie bei manchen Spielzeugen dadurch gegeben sein können, daß sie auch zum Sport geeignet sein können, sind unbeachtlich, da es solche Berührungen mit der benutzten speziellen Ware "Plüschspieltier" nach Art und Herstellung nicht gibt.

Aber auch bei den übrigen Waren besteht keine allzu große Ähnlichkeit. So ist bei den übrigen Waren, insbesondere den elektronischen Spielgeräten, die einzige Übereinstimmung dadurch gegeben, daß diese Waren in gemeinsamen Verkaufsstätten vertrieben werden. Dies reicht indes nicht aus, um eine Warennähe

begründen zu können, die strengere Anforderungen an den Markenabstand erforderlich machen würde.

Ausgehend von dem nach Teilverzicht gegebenen Warenabstand und einer normalen Kennzeichnungskraft der Gegenmarke sind Verwechslungen mit der erforderlichen Sicherheit auszuschließen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß es sich bei den zweisilbigen Vergleichsworten "Gimmy" und "Ginny" um relativ kurze Bezeichnungen handelt, bei denen Abweichungen prozentual stärker ins Gewicht fallen als bei längeren Marken (Althammer/Ströbele, MarkenG, 5. Aufl, § 9 Rdn 87; BPatG Mitt 1989, 243 "MONA/Moras"). In schriftbildlicher Hinsicht werden deshalb die Unterschiede in den Konsonanten "MM" und "NN" sowohl bei Groß- als auch Kleinschreibung nicht übersehen werden, weil gerade durch die Verdoppelung der Buchstaben die Abweichung umso auffälliger in Erscheinung tritt.

Für die Frage der klanglichen Verwechslungsgefahr ist zu berücksichtigen, daß bei den sich gegenüberstehenden Waren in der Regel ein Kauf auf Sicht überwiegt, so daß die Fälle klanglicher Verwechslungen von vornherein erheblich reduziert sind. Für die noch verbleibenden Fälle, in denen Verbraucher in klanglicher Hinsicht mit den Vergleichsmarken konfrontiert werden, sorgen die Unterschiede in den Doppelkonsonanten "MM" und "NN" noch für ein ausreichend verschiedenes Gesamtklangbild, mögen auch die Konsonanten "m" und "n" für sich betrachtet klangliche Ähnlichkeiten aufweisen.

Infolgedessen sind Verwechslungen beachtlichen Ausmaßes auch in klanglicher Hinsicht zu verneinen, nachdem die Markeninhaberin auf die im engeren Ähnlichkeitsbereich liegenden Waren verzichtet hat.

Beschwerde zu 2:

Die Beschwerde der Widersprechende aus der Marke "Simmy" ist unbegründet, da eine Verwechslungsgefahr der Vergleichsmarken iSv § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG zu verneinen ist.

Hierbei kann mit der Widersprechenden davon ausgegangen werden, daß zwischen den sich gegenüberstehenden Marken der Klasse 34 zT Identität, zumindest aber eine größere Ähnlichkeit gegeben ist. Gleichwohl besteht - ausgehend von einer normalen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke - ein noch ausreichender Abstand. Auch insoweit ist zu berücksichtigen, daß es sich bei den Vergleichsmarken um kürzere Bezeichnungen handelt, bei denen die Abweichungen prozentual stärker ins Gewicht fallen. Dies gilt umso mehr, als sich die Abweichungen am Wortanfang befinden, der erfahrungsgemäß stärker beachtet wird. Schriftbildlich sind deshalb die Bezeichnungen "Gimmy" und "Simmy" deutlich verschieden. "G" und "S" unterscheiden sich abweichend vom Beschwerdevorbringen der Widersprechenden figürlich so deutlich, daß die am stärker beachteten Wortanfang befindliche Abweichung nicht übersehen wird.

Nichts anderes gilt letztlich für die Frage der klanglichen Verwechslungsgefahr. Aufgrund des stimmhaften Gaumenlautes "G" und des stimmlosen Zahnlautes "S", der klanglich besonders markant in Erscheinung tritt, unterscheiden sich die zu vergleichenden Marken deutlich genug, um für ein abweichendes Gesamtklangbild zu sorgen.

Dementsprechend hat die Markenstelle zu Recht eine markenrechtlich beachtliche Verwechslungsgefahr verneint.

Beschwerde zu 3:

Auch die Beschwerde der Widersprechenden aus der Kombinationsmarke mit dem Wortbestandteil "GRIMMY" ist unbegründet.

Ausgehend von einer teilweise gegebenen Warenidentität und einer normalen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke reichen die zwischen den Vergleichsmarken bestehenden Unterschiede noch aus, um Verwechslungen beachtlichen Ausmaßes ausschließen zu können. Ausgangspunkt für die Beurteilung der Markenähnlichkeit ist der Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Kennzeichnungen, mithin unter Berücksichtigung der bildlichen Gestaltung der Widerspruchsmarke. Demgemäß kommen schriftbildliche Verwechslungen nicht in Betracht, da das Bildelement der älteren Marke in der jüngeren Marke keine Entsprechung findet. Zudem sorgt der in der Gegenmarke enthaltende Begriffsanklang an das Eigenschaftswort "grimmig" für eine zusätzliche Unterscheidungshilfe.

Eine Gefahr klanglicher Markenverwechslungen ist gleichfalls nicht gegeben. Insoweit ist schon fraglich, ob der Erfahrungssatz, daß sich der Verkehr in der Regel am Wortelement einer Kombinationsmarke orientiert, im vorliegenden Fall zur Anwendung kommt, da das Bildelement im Vordergrund des Gesamtzeichens steht. Selbst bei einer Verkürzung der Widerspruchsmarke auf den Bestandteil "GRIMMY" wäre indes eine klangliche Verwechslungsgefahr zu verneinen. Auch insoweit ist zu berücksichtigen, daß die zu vergleichenden Bezeichnungen relativ kurz sind, so daß die Abweichungen stärker ins Gewicht fallen. Das "r" in dem Wortelement der Gegenmarke tritt so deutlich in Erscheinung, daß es nicht überhört werden wird. Zudem sorgt auch der Begriffsanklang an die Bezeichnung "grimmig" für eine zusätzliche Unterscheidungshilfe, so daß mit klanglichen Verwechslungen beachtlichen Ausmaßes nicht zu rechnen ist.

Dementsprechend hat die Markenstelle auch insoweit eine Verwechslungsgefahr zu Recht verneint.

Die Beschwerden der Widersprechenden waren daher zurückzuweisen, während der Beschwerde der Markeninhaberin - nach Verzicht auf einen Teil der Waren - stattzugeben war.

Für eine Auferlegung von Kosten bot der Fall nach der Sach- und Rechtslage keinen Anlaß (§ 71 Abs 1 MarkenG).

Forst

Dr. Fuchs-Wisseemann

Klante

Vorsitzende Richterin
Forst ist wegen Pensionierung an der Unterschrift gehindert.

Dr. Fuchs-Wisseemann

Fa/Ju