

# BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 7/01

---

**(Aktenzeichen)**

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Marke 397 26 575**

hat der 32. Senat (Markenbeschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 18. April 2001 durch Vorsitzende Richterin Winkler, und Richter Dr. Albrecht und Richter Sekretaruk

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

**Gründe**

I

Gegen die für

"Cremeförmiger Brotaufstrich unter Verwendung von Nüssen (soweit in Klasse 30 fallend), insbesondere Nuß-Nougat-Creme"

am 11. Juni 1997 angemeldete und am 3. September 1997 eingetragene Wortmarke

BoNuss

ist Widerspruch erhoben aus der seit 9. Juni 1980 für

Speiseeis

eingetragenen Wort/Bildmarke

bo\*nuss

Die Markenstelle für Klasse 30 hat den Widerspruch wegen fehlender Warenähnlichkeit zunächst zurückgewiesen. Auf Erinnerung wurde der Beschluss aufgehoben und die angegriffene Marke wegen des Widerspruchs gelöscht. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass eine Warenähnlichkeit bestehe, da überwiegend dieselben wesentlichen Inhaltsstoffe (Milch, Sahne, Zucker) verwendet würden, die stoffliche Beschaffenheit und die Konsistenz äußerst ähnlich seien und da es "Milky Way" als Brotaufstrich und als Eis gebe. Da die Marken klanglich identisch seien, bestehe die Gefahr von Verwechslungen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Markeninhaberin. Sie sieht "Speiseeiskrem" und "Cremeförmigen Brotaufstrich (Nuß-Nougatkrem)" nicht als ähnlich an, da es sich bei letzterem um ein Molkereierzeugnis handele, sondern zusätzlich Speisefette aus Ölsamen beigemischt seien. Demgemäß komme Nuß-Nougatkrem aus anderen Herstellungsbetrieben als Eis. Die angesprochenen Verkehrskreise wüßten genau, dass es sich um völlig andere Produkte handele. Ob unter der bekannten Marke "Milky Way" auch Speiseeis vertrieben werde, sei nicht bekannt und müsse bestritten werden.

Die Markeninhaberin beantragt,

den im Erinnerungsverfahren ergangenen Beschluss aufzuheben.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie weist darauf hin, dass zwischen den jeweils beanspruchten Waren zahlreiche Berührungspunkte, wie etwa die von der Markenstelle herangezogenen Tatsachen, bestünden und wegen Identität der Marken Verwechslungen zu befürchten seien.

## II

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet.

Nach § 9 Abs 1 Nr 2, § 42 Abs 2 Nr 1 MarkenG ist die Eintragung einer Marke im Falle eines Widerspruchs zu löschen, wenn wegen ihrer Ähnlichkeit mit einer eingetragenen Marke mit älterem Zeitrang und der Ähnlichkeit der durch die beiden Marken erfaßten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, einschließlich der Gefahr, dass die Marken gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden. Die Frage der Verwechslungsgefahr ist dabei unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, wobei eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht kommenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren sowie der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke besteht (vgl BGH MarkenR 2000, 359, 360 - Bayer/BeiChem).

Da die einander gegenüberstehenden Marken klanglich identisch sind und der Widerspruchsmarke mangels entgegenstehender Anhaltspunkte durchschnittliche Kennzeichnungskraft zukommt, könnte die Gefahr von Verwechslungen nur dann ausgeschlossen werden, wenn sich die jeweils beanspruchten Waren unähnlich sind. Das ist bezüglich "Nuß-Nougatcreme" und "Speiseeis" nicht der Fall. Bei der Beurteilung der Warenähnlichkeit sind alle erheblichen Faktoren zu berücksichtigen, die das Verhältnis zwischen den Waren kennzeichnen; hierzu gehören insbesondere die Art der Waren, ihr Verwendungszweck und ihre Nutzung sowie ihre Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Waren (BGH

BIPMZ 1999, 314, 315 - Canon II). Nuß-Nougatcreme und Speiseeis werden zwar in unterschiedlichen Lebensmittelfabriken hergestellt, sind jedoch jeweils als sogenannte "süße" Lebensmittel anzusehen. Den Verbrauchern ist bekannt, dass bei der Speiseeisproduktion Zubereitungen Verwendung finden, um verschiedene Geschmacksrichtungen zu erzielen. Dies kann Nuß-Nougatcreme sein, um diese Geschmacksrichtung bei Speiseeis zu erreichen. Dementsprechend besteht eine - wenn auch geringe - Warenähnlichkeit, die zu einer nicht ausschließbaren Gefahr von Verwechslungen führt.

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlaßt.

Winkler

Dr. Albrecht

Sekretaruk

Hu