



BUNDESPATENTGERICHT

24 W (pat) 8/03

(AktENZEICHEN)

Verkündet am
21. Oktober 2003

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 300 79 430

hat der 24. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 21. Oktober 2003 unter Mitwirkung des Richters Prof. Dr. Hacker als Vorsitzenden sowie des Richters Guth und der Richterin Kirschneck

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Eintragung der Wortmarke

KEL

für die Waren

„Wasch- und Bleichmittel; Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel; Seifen; Parfümerien, ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Haarwässer; Zahnputzmittel“

ist am 22. März 2001 veröffentlicht worden.

Dagegen hat die Inhaberin der für die Waren

„Watte für hygienische und kosmetische Zwecke, Wattebällchen, Wattestäbchen, Watte pads; Watteschnüre, Watte in Bandform; mit Desinfektionsmitteln und/oder Öl und/oder Reinigungsmitteln getränkte Watte oder Zellstofftücher“

am 7. August 1995 eingetragenen Wort-Bildmarke 394 00 967

Bel

Widerspruch erhoben. Das gegen die widersprechende Marke anhängige Widerspruchsverfahren ist am 4. Juni 1996 abgeschlossen worden.

Mit Beschluß vom 6. September 2002 hat die Markenstelle für Klasse 3 des Deutschen Patent- und Markenamts, besetzt mit einer Beamtin des höheren Dienstes, den Widerspruch zurückgewiesen. Zwischen den Marken bestehe selbst bei ungestellter Warenidentität und der Annahme normaler Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke keine Verwechslungsgefahr iSd § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG. Trotz strenger Anforderungen an den einzuhaltenden Markenabstand sei dieser angesichts der Kürze der sich gegenüberstehenden Marken und der deutlichen klanglichen und schriftbildlichen Unterschiede in den ersten von drei Buchstaben noch ausreichend gewahrt.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden. Sie erachtet die Gefahr von Verwechslungen für gegeben. Die Waren „Seifen, Parfümerien, ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege“ der angegriffenen Marke, gegen die sich der Widerspruch nur mehr richte, seien mit den Watteprodukten der Widerspruchsmarke, die unter Mittel zur Körper- und Schönheitspflege zu subsumieren seien, identisch bzw hochgradig ähnlich. Der seit 1960 langjährig und in

sehr großem Umfang benutzten Widerspruchsmarke komme überdurchschnittliche Kennzeichnungskraft zu. Mit Watteprodukten der Marke „Bel“ sei in den Jahren 1997 bis 1999 ein Gesamtumsatz von DM ... erzielt worden. Es seien daher strengste Anforderungen an den Markenabstand zu stellen, den die angegriffene Marke nicht einhalte. Auch bei Kurzwörtern könne nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß bereits die Abweichung in einem Buchstaben eine Verwechslungsgefahr ausschließe. Bei den hier zu stellenden Anforderungen an den Markenabstand seien die Konsonanten „K“ und „B“, die sowohl phonetisch wie insbesondere auch schriftbildlich Ähnlichkeiten aufwiesen, zumindest innerhalb der Gesamtworte, welche stärker durch die übereinstimmende Vokal- und Konsonantenfolge „-el“ als durch die abweichenden Anfangskonsonanten geprägt würden, nicht hinreichend verschieden, um eine Verwechslungsgefahr ausschließen zu können.

Auf die im Beschwerdeverfahren von der Inhaberin der angegriffenen Marke erhobene Nichtbenutzungseinrede hat die Widersprechende zur Glaubhaftmachung der Benutzung der Widerspruchsmarke neben Auszügen aus Preislisten und verschiedenen in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Produktpackungen eine eidesstattliche Versicherung des Herrn Dietmar Wöhrmann eingereicht, der in der Anlage eine Aufstellung von Umsätzen sowie ein Auszug aus der „Sortimentsliste Konsumgüter“ der Widersprechenden beigelegt ist.

Die Widersprechende beantragt,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben und die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen, mit der Maßgabe, daß der Widerspruch sich nur gegen die Waren „Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Seifen, Parfümerien und ätherische Öle“ richtet.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Das eingereichte Glaubhaftmachungsmaterial könne eine hinreichende Benutzung der Widerspruchsmarke nicht belegen, da diese im Hinblick auf die Wortzusätze „Hartmann“, „Beauty“ usw sowie auf die grafische Verfremdung nicht in einer rechtserhaltenden Form benutzt worden sei. Für getränkte Watteprodukte sei eine Benutzung überhaupt nicht dargetan. Selbst wenn man die Benutzung für diejenigen Waren unterstellen würde, für die Unterlagen vorgelegt worden seien, bestünde keine Verwechslungsgefahr. Die noch angegriffenen Waren der jüngeren Marke seien mit ungetränkten Watteprodukten weder identisch noch hochgradig ähnlich. Allein anhand der von der Widersprechenden genannten Umsatzzahlen könne ferner nicht auf eine erhöhte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke geschlossen werden. In Anbetracht dessen halte die angegriffene Marke in jeder Hinsicht einen zum Ausschluß einer Verwechslungsgefahr ausreichenden Abstand von der Widerspruchsmarke ein.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Widersprechenden hat in der Sache keinen Erfolg. Zwischen den Marken besteht auch nach Auffassung des Senats keine Verwechslungsgefahr im Sinn von § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG. Die Markenstelle hat den Widerspruch daher zu Recht zurückgewiesen (§ 43 Abs 2 Satz 2 MarkenG).

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat die Benutzung der Widerspruchsmarke gemäß § 43 Abs 1 Satz 2 iVm § 26 Abs 5 MarkenG zulässig bestritten, da die fünfjährige Benutzungsschonfrist der Widerspruchsmarke, die mit dem Abschluß

des Widerspruchsverfahrens am 4. Juni 1996 zu laufen begonnenen hat, am 4. Juni 2001, also nach der Veröffentlichung der Eintragung der angegriffenen Marke am 22. März 2001 endete. Der Widersprechenden oblag demnach die Glaubhaftmachung der Benutzung ihrer Marke für den Zeitraum von fünf Jahren vor der Entscheidung über den Widerspruch (21. Oktober 1998 bis 21. Oktober 2003). Dies ist ihr nur teilweise bezüglich der für die Widerspruchsmarke registrierten Waren „Watte für hygienische und kosmetische Zwecke, Wattebällchen, Wattestäbchen“ und „Wattepads“ gelungen.

Aus der von Herrn Dietmar Wöhrmann in seiner Eigenschaft als Unternehmensbereichsleiter „Konsumgüter“ der Widersprechenden am 14. Oktober 2003 abgegebenen eidesstattlichen Versicherung geht in Zusammenschau mit der als Anlage zur eidesstattlichen Versicherung beigefügten Umsatz-Aufstellung zunächst hervor, daß in Deutschland in der Zeit vom 1. Januar 1999 bis zum 31. August 2003 für die einzelnen unter der Marke „Bel“ vertriebenen Produkte „Watte, Wattebällchen, Wattepads“ und „Wattestäbchen“ jeweils Mindestumsätze pro Jahr sowie Gesamtumsätze für den ganzen Zeitraum von wenigstens €... ..und €... für Wattebällchen bis hin zu €... und €... für Wattestäbchen getätigt worden sind. Für die genannten Waren ist damit ein dem Umfang nach ernsthafte Benutzung der Widerspruchsmarke im maßgeblichen Benutzungszeitraum belegt.

Weiterhin ergibt sich aus der eidesstattlichen Versicherung in Verbindung mit den ebenfalls beigefügten Kopien aus der „Sortimentsliste Konsumgüter“ der Widersprechenden vom November 1999, in der jeweils mit dem Schriftzug „Bel“ versehene Produktpackungen von Watte, Wattestäbchen, Wattebällchen und Cosmetic Pads photographisch abgebildet sind, daß die Widerspruchsmarke funktionsgerecht auf der Warenverpackung sowie auch der Form nach rechtserhaltend gemäß § 26 Abs 3 MarkenG benutzt worden ist.

Soweit die Inhaberin der angegriffenen Marke geltend macht, daß das Markenwort „Bel“ nicht allein, sondern stets zusammen mit dem Namensblem „Hartmann“

sowie jeweils weiteren Angaben, wie „Beauty“, „Nature“ oder „Family“, verwendet werde, ist darin keine den kennzeichnenden Charakter der Marke „Bel“ verändernde Form der Benutzung zu sehen. Vielmehr handelt es sich zum einen um eine nach ständiger Rechtsprechung als zulässig anerkannte Mehrfachkennzeichnung mit Haupt- bzw Firmenmarke und Spezialmarke, wobei hier die Spezialmarke „Bel“ ohne weiteres als selbständiger betrieblicher Herkunftshinweis wahrnehmbar, unterhalb der Firmenmarke, dem kleinen dunkelfarbigem Oval mit der Aufschrift „Hartmann“, herausgestellt ist (vgl ua BGH GRUR 1993, 972, 974 „Sana/Schosana“; GRUR 2000, 510, 511 „Contura“). Zum anderen handelt es sich um das ebenfalls nach ständiger Rechtsprechung als unschädlich angesehene Hinzufügen von lediglich beschreibenden, markenmäßig bedeutungslosen, austauschbaren Zusätzen (vgl ua BGH GRUR 2000, 1038, 1039 „Kornkammer“; GRUR 2002, 167, 168 „Bit/Bud“).

Auch die Wiedergabe des in gängigen Druckbuchstaben eingetragenen Markennwortes „Bel“ in einer Druckbuchstaben weitgehend angenäherten Schreibschrift bewirkt keine Veränderung des kennzeichnenden Charakters der Widerspruchsmarke. Dies ist dann der Fall, wenn der Verkehr das abweichend benutzte Zeichen gerade bei Wahrnehmung der Unterschiede dem Gesamteindruck nach noch mit der eingetragenen Marke gleichsetzt, dh in der benutzten Form noch dieselbe Marke sieht (vgl BGH GRUR 2001, 54, 56 „SUBWAY/Subwear“; Urteil vom 28. August 2003, I ZR 293/00 „Kellogg's/Kelly's“). Das ist hier anzunehmen, da der Unterschied der benutzten Schrifttypen zu den eingetragenen Druckschrifttypen als relativ geringfügig wahrgenommen wird und das Schriftbild des benutzten und des eingetragenen Markennwortes ansonsten in der jeweiligen Wiedergabe in Kleinschrift mit großem Anfangsbuchstaben im Gesamteindruck übereinstimmend erhalten bleibt.

Einer rechtserhaltenden Benutzung steht nach der Bestimmung des § 26 Abs 3 Satz 2 MarkenG schließlich nicht entgegen, daß für die Widersprechende mit der benutzen Form ähnliche Kombinationsmarken aus dem Wort „Bel“ und der Firmenkennzeichnung „Hartmann auf dunklem Oval“ sowie jeweils den weiteren Angaben „Beauty“, „Nature“ oder „Family“ eingetragen sind.

Somit sind bei der Entscheidung über den Widerspruch die benutzten und auch eingetragenen Waren „Watte für hygienische und kosmetische Zwecke, Wattebällchen, Wattestäbchen“ und „Wattepads“ zu berücksichtigen (§ 43 Abs 1 Satz 3 MarkenG), und zwar in der allein benutzten ungetränkten Form. Denn für eine Verwendung der im Warenverzeichnis der Widerspruchsmarke weiterhin eingetragenen Waren „mit Desinfektionsmitteln und/oder Öl und/oder Reinigungsmitteln getränkte Watte oder Zellstofftücher“ hat die Widersprechende keine Glaubhaftmachungsunterlagen eingereicht.

Ausgehend von den benutzten Waren der Widerspruchsmarke ist die Beurteilung der Verwechslungsgefahr unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht zu ziehenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der Ähnlichkeit der mit ihnen gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen sowie der Kennzeichnungskraft der älteren Marke, so daß ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken ausgeglichen werden kann und umgekehrt. (st Rspr, vgl ua EuGH GRUR 1998, 387, 389 (Nr 22) „Sabèl/Puma“; GRUR Int 2000, 899, 901 (Nr 40) „Marca/Adidas“; BGH GRUR 1999, 731, 732 „Canon II“; GRUR 2000, 506, 508 „ATTACHÉ/TISSERAND“; GRUR 2001, 507, 508 „EVIAN/REVIAN“).

Was die Frage der Identität bzw Ähnlichkeit der Waren anbelangt, sind die für die Widerspruchsmarke zu berücksichtigenden benutzten - ungetränkten - Watteprodukte mit den angegriffenen Waren der jüngeren Marke, insbesondere mit Mitteln zur Körper- und Schönheitspflege, weder als identisch noch als hochgradig ähnlich anzusehen. Eine solche Wertung käme allenfalls bei Watteerzeugnissen in Betracht, die mit kosmetischen Substanzen oder sonstigen der Schönheitspflege dienenden Mitteln präpariert sind, weil dann das Wesen der Ware durch das jeweilige Präparat bestimmt sein und sich folglich als kosmetisches Mittel oä darstellen kann, während das Watteerzeugnis lediglich eine für den Warencharakter

unwesentliche Hilfsfunktion als Träger des kosmetischen oder sonstigen Mittels einnimmt (vgl hierzu auch BPatG Mitt 1972, 162, 163 zur fehlenden Warengleichartigkeit zwischen „Abschminktüchern aus Papier und Zellulose (ohne Verbindung mit Mitteln zur Körper- und Schönheitspflege sowie Reinigungsmitteln)“ und „Mitteln für Schönheitspflege, kosmetischen Mitteln und Salben“). Ungetränkte Watte und Watteerzeugnisse hingegen sind ihrem Wesen nach Zellstoff- oder Baumwollfaserprodukte, die sich sowohl hinsichtlich ihrer Art und stofflichen Beschaffenheit als auch hinsichtlich ihrer regelmäßigen Herstellerbetriebe von Mitteln zur Körper- und Schönheitspflege, Seifen, Parfümerien und ätherischen Ölen unterscheiden. Insoweit erscheint sogar zweifelhaft, ob die angegriffenen Waren der jüngeren Marke überhaupt noch im Ähnlichkeitsbereich der benutzten Widerspruchswaren liegen (vgl oben BPatG Mitt 1972, 162 sowie Richter/Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen, 12. Aufl, S 242: „Mittel zur Körper- und Schönheitspflege“ mit „Wattestäbchen“ keine Ähnlichkeit, HABM 99, WidAbt E Nr 386/99). Selbst wenn man aber nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur Beurteilung der Ähnlichkeit von Waren, nach denen alle erheblichen Faktoren zu berücksichtigen sind, die das Verhältnis zwischen den Waren und Dienstleistungen kennzeichnen, wozu außer der Art und Beschaffenheit sowie der regelmäßigen betrieblichen Herkunft vor allem auch ihr Verwendungszweck, ihre Nutzung und ihre Eigenheit als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Produkte und Leistungen zählen (vgl EuGH GRUR 1998, 922, 923 (Nr 22-29) „Canon“; BGH GRUR 2001, 507, 508 „EVIAN/REVIAN“; BIPMZ 2002, 291, 293 „ASTRO BOY/Boy“), noch eine Ähnlichkeit von - ungetränkter/n - Watte und Watteerzeugnissen mit den angegriffenen Waren der jüngeren Marke, insbesondere mit den Mitteln zur Körper- und Schönheitspflege, annehmen wollte (vgl hierzu BPatG Mitt 1997, 370 „TENA/PENA“, dort hat das Gericht „Mittel zur Körper- und Schönheitspflege“ noch ähnlich mit „Tüchern aus Zellstoff oder Papier für Inkontinenz-Zwecke“ erachtet), verbleibt in jedem Fall ein nicht unbeträchtlicher gruppenmäßiger Abstand zwischen den Waren. Das sich aufgrund der Benutzungslage der Widerspruchsmarke, soweit diese glaubhaft gemacht worden ist, ergebende Ähnlichkeitsverhältnis zwischen den beiderseitigen Waren erfordert

dementsprechend nur einen weniger strengen Maßstab bei der Bemessung des erforderlichen Markenabstandes.

Auch kann für die Widerspruchsmarke keine durch starke Benutzung erworbene erhöhte Bekanntheit und eine sich hieraus ergebende überdurchschnittliche Kennzeichnungskraft berücksichtigt werden. Eine solche Wertung erfordert eine umfassende Prüfung, bei der alle relevanten Umstände heranzuziehen sind, so ua den von der Marke gehaltenen Marktanteil, die Intensität, die geographische Verbreitung und die Dauer der Benutzung der Marke sowie den Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke (vgl. EuGH MarkenR 1999, 236, 239 (Nr. 23) „Lloyd/Loints“; BGH BIPMZ 2002, 421, 422 „DKV/OKV“). Allein die von der Widersprechenden schriftsätzlich vorgetragene Umsatzzahlen für „Bel“-Watteprodukte in den Jahren 1997 bis 1999 sowie die mit der eidesstattlichen Versicherung glaubhaftgemachten Umsätze in den Jahren 1999 bis Mitte 2003 rechtfertigen daher, selbst wenn diese nicht unbeträchtlich erscheinen, ohne Glaubhaftmachung weiterer Umstände, wie etwa eine langjährige, kontinuierliche oder eine besonders stark ansteigende Umsatzentwicklung mit einem entsprechend hohen Marktanteil, noch nicht die Annahme einer erhöhten Bekanntheit der Widerspruchsmarke. Demnach ist vorliegend bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke auszugehen.

Bei dieser Ausgangslage aber erachtet der Senat die Abweichung der beiden Markenwörter „KEL“ und „Bel“ in ihren Anfangsbuchstaben sowohl klanglich wie schriftbildlich zum Ausschluß einer relevanten Verwechslungsgefahr für ausreichend. Ausschlaggebende Bedeutung kommt dabei dem Umstand zu, daß sich mit jeweils einer Silbe und drei Buchstaben ausgesprochen kurze Wörter gegenüberstehen, die durch einzelne Abweichungen im Verhältnis stärker beeinflusst werden und auch besser und genauer in Erinnerung bleiben als längere Markenwörter (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl., § 9 Rdn 193). Zwar darf dies nicht verallgemeinert werden und bei kurzen Markenwörtern grundsätzlich geringere Anforderungen an die Unterscheidbarkeit gestellt werden (vgl. BGH GRUR 1957,

499, 502 „Wipp“; GRUR 1969, 355, 356 „Kim II“). Hier jedoch tritt der Gegensatz zwischen dem klangstarken, stimmlos harten Gaumenlaut „K“ und dem klangschwachen, stimmhaft weichen Lippenlaut „B“ am besonders beachteten Wortanfang auch im phonetischen Gesamteindruck der Markenwörter gut vernehmbar hervor. Ebenso heben sich im Schriftbild die Rundungen des „B“ von den geraden gespreizten Linien des „K“ augenfällig ab. Jedenfalls dann, wenn sich die zu vergleichenden Kurzwörter, wie vorliegend, auf eher fernstehenden Waren begegnen, verhindert der Unterschied in den Anfangsbuchstaben die Gefahr entscheidungserheblicher klanglicher und schriftbildlicher Markenverwechslungen.

Nachdem für andere Arten der Verwechslungsgefahr keine Anhaltspunkte vorliegen, hat die Markenstelle daher dem Widerspruch im Ergebnis zu Recht den Erfolg versagt.

Es besteht kein Anlaß, einer der Verfahrensbeteiligten die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen (§ 71 Abs 1 MarkenG).

Hacker

Guth

Kirschneck

Bb