



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 187/02

(Aktenzeichen)

Verkündet am
1. Dezember 2004

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 398 74 094

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 1. Dezember 2004 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Albert sowie der Richter Kraft und Reker

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I

Gegen die Eintragung der Marke 398 74 094

100+

für die Waren und Dienstleistungen

„06: Baumaterialien aus Metall, insbesondere zur Erstellung von Häusern und Fertighäusern; Fenster, Türen und Treppen aus Metall; transportable Häuser und Bauten; transportable Fertighäuser, Garagen und vorgefertigte Bauteile für Fertighäuser aus Metall; Balkonverkleidungen, vorgefertigte Kamine, Bedachungen und Dachbeläge; vorgenannte Waren aus Metall;

19: Baumaterialien nicht aus Metall, insbesondere zur Erstellung von Häusern und Fertighäusern; transportable Häuser und Bauten; transportable Fertighäuser; vorgefertigte Bauteile für

Fertighäuser; vorgefertigte Garagen und Schwimmhallen; Fenster, Türen, Treppen, Boden- und Wandbeläge, Balkonverkleidungen; vorgefertigte Kamine, Bedachungen und Dachbeläge; Wärmeschutz- und Isoliermatten; Gartenhäuser; alle vorgenannten Waren nicht aus Metall; mindestens teilweise bearbeitetes Holz, insbesondere Balkon, Bretter und Platten; Natur- und Kunststeine;

35: Baubetreuung, nämlich Vorbereitung und Durchführung fremder Bauvorhaben in organisatorischer Hinsicht;

36: Finanzwesen, Kreditvermittlung, Finanzberatung, Vermittlung von Geldanlagen; Versicherungswesen, Vermittlung von Versicherungen; Immobilienwesen; Vermittlung von Grundstücken; Grundstücks- und Hausverwaltung, Baubetreuung und Tätigkeit eines Bauträgers, nämlich Vorbereitung und Durchführung von Bauvorhaben in finanzieller Hinsicht;

37: Bauwesen, Reparaturwesen, Installationswesen, Montage von Fertighäusern; Baubetreuung, nämlich Erstellung schlüsselfertiger Bauten; Hoch-, Tief- und Ingenieurbau; Errichtung von schlüsselfertigen Gebäuden; Installation und Montage von Beleuchtungs-, Heizungs-, Lüftungs- und Klimaanlageanlagen; Sanitäreinrichtungen und –anlagen und Blitzschutzanlagen; Klempnerarbeiten und Gas- und Wasserinstallation, Elektroinstallation; Maler-, Lackier- und Tapezierarbeiten, Stuck-, Gips- und Putzarbeiten; Zimmererarbeiten, Dachdeckerarbeiten, Dämmungs- und Isolationsarbeiten, Glaserarbeiten, Fußboden- und Fliesenlegerarbeiten, Plattenlegerarbeiten; Maurerarbeiten, Errichtung von Treppen;

42: Bau- und Konstruktionsplanung und –beratung; Garten- und Landschaftsgestaltung; Dienstleistungen eines Architekten oder Landschaftsarchitekten; Baubetreuung und Tätigkeiten eines Bauträgers, nämlich Vorbereitung und Durchführung von Bauvorhaben in technischer Hinsicht“

ist Widerspruch erhoben worden aus der Marke 398 05 741



die für die Waren und Dienstleistungen

„Wissenschaftliche, Schifffahrts-, Vermessungs-, elektrische, photographische, Film-, optische, Wäge-, Meß-, Signal-, Kontroll-, Rettungs- und Unterrichtsapparate und –instrumente, elektrische Apparate und Instrumente (soweit in Klasse 9 enthalten); Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton und Bild; Magnetaufzeichnungsträger, Schallplatten; Verkaufsautomaten und Mechaniken für geldbetätigte Apparate; Registrierkassen, Rechenmaschinen und Datenverarbeitungsgeräte und Computer; Feuerlöschgeräte, Papier, Pappe (Karton) und Waren aus diesen Materialien; soweit in Klasse 16 enthalten; Druckereierzeugnisse; Buchbinderartikel; Fotografien; Schreibwaren; Klebstoffe für Papier- und Schreibwaren oder für Haushaltszwecke; Künstlerbedarfsartikel; Pinsel; Schreibmaschinen und Büroartikel (ausgenommen Möbel); Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate); Verpackungsmaterial aus Kunststoff, soweit in Klasse 16 enthalten; Spielkarten; Drucklettern, Druckstöcke; Spiele, Spielzeug; Turn- und Sportartikel, soweit in Klasse 28 enthalten; Christbaumschmuck; Werbung; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Büroarbeiten; Versicherungswesen; Finanzwesen; Geldgeschäfte; Immobilienwesen; Telekommunikation; Transportwesen; Verpackung und Lagerung

von Waren; Veranstaltung von Reisen; Erstellen von Programmen für die Datenverarbeitung; Produktion von Text-, Ton- und Bildaufnahmen auf Text-, Ton- und Bildträgern; Veröffentlichung und Herausgabe von Druckschriften, Zeitungen, Zeitschriften und Büchern“

eingetragen ist.

Die Markenstelle hat wegen des Widerspruchs die teilweise Löschung der angegriffenen Marke angeordnet und den Widerspruch im übrigen zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Erinnerung der Widersprechenden ist erfolglos geblieben. Auf die Anchlusserinnerung der Markeninhaberin hat die Markenstelle ihren Beschluss aufgehoben, soweit sie die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet hatte, und den Widerspruch in vollem Umfang zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, zwischen den Marken bestehe in keiner Richtung eine Gefahr von Verwechslungen. Schriftbildlich könnten die Marken ohne weiteres auseinandergehalten werden. Auch die Klangbilder „hundertplus“ und „hundertpro“ beider Marken seien trotz des gemeinsamen Anfangs „hundert“ wegen des unterschiedlichen Begriffsinhaltes der Schlußsilben ausreichend verschieden. „plus“ stehe für etwas Zusätzliches, „pro“ bedeute „für“. Die Zahl „100“ sei auch nicht das prägende Element der beiderseitigen Marken. Auch wenn es sich bei den weiteren Markenelementen „+“ und „pro“ für sich allein betrachtet um schutzunfähige Angaben handele, dürften diese bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr nicht außer acht gelassen werden, weil auch schutzunfähige Elemente zur Prägung des Gesamteindrucks einer Marke beitragen könnten. Davon sei bei beiden Marken auszugehen, weil auch die Zahl „100“ als runde Zahl isoliert keine Unterscheidungskraft aufweise.

Hiergegen wendet sich die Widersprechende mit der Beschwerde. Sie hält die Marken im Bereich identischer und hochgradig ähnlicher Dienstleistungen für klanglich und begrifflich verwechselbar und sieht zudem die Gefahr ihrer

Verwechslung unter dem Gesichtspunkt einer gedanklichen Verbindung. Die Marken stimmten bei klanglicher Wiedergabe in den Wortanfängen „hundert“ sowie in der Silbenzahl und dem Sprechrhythmus überein. Auch die Endsilben „pro“ und „plus“ begannen mit dem gleichen Konsonanten „p“. Zwischen den verbleibenden Buchstaben bestünden keine markanten klanglichen Unterschiede. Der Verkehr schenke erfahrungsgemäß den Wortanfängen, die hier jeweils mehr als zwei Drittel der Gesamtkennzeichnung ausmachten, regelmäßig mehr Beachtung als den Wortendungen. Es sei deshalb nicht auszuschließen, dass er auf die Endsilben gar nicht mehr achte. Auch handele es sich bei den gemeinsamen Zeichenanfängen „100“ um ein Element mit normaler Kennzeichnungskraft, weil zwischen dieser Zahl und den maßgeblichen Dienstleistungen kein produktspezifischer Zusammenhang bestehe. Dagegen seien die weiteren Markenteile „plus“ und „pro“ waren- und dienstleistungsbeschreibender und –anpreisender Natur, weil sie die fraglichen Produkte und Leistungen als besonders gut empfahlen. Welchem der Markenbestandteile die stärkere Kennzeichnungskraft zukomme, könne letztlich dahingestellt bleiben, weil es in der Rechtsprechung anerkannt sei, dass bei einem nur aus kennzeichnungsschwachen Elementen bestehenden Zeichen einer der Bestandteile durch seine Betonung und Herausstellung in der Wortfolge, im Wortsinn oder in der gesamten Zeichengestaltung charakteristisch für das gesamte Zeichen werden könne. Die klangliche Ähnlichkeit der Marken werde auch nicht durch begriffliche Unterschiede ausgeschlossen, weil sich die beiderseitigen Marken auch insgesamt begrifflich sehr nahe kämen. „Hundertpro“ bedeute „ganz sicher“, „hundertplus“ habe die Bedeutung „mehr als hundert“. Damit stünden sie in ihrer Gesamtaussage in gleicher Weise für „das Beste vom Besten“ bzw für „besser als das Beste“ und vermittelten den angesprochenen Verkehrskreisen in gleicher Weise die Vorstellung, beste Waren und Dienstleistungen zu erhalten. Die sich bei exakter „Übersetzung“ der Marken ergebenden geringen begrifflichen Unterschiede fielen im Gesamteindruck der Marken nicht ins Gewicht. Es bestehe auch die Gefahr einer gedanklichen Verbindung der Marken. Insoweit könne es dahingestellt bleiben, ob dem Markenelement „100“ Hinweiskarakter auf den

Geschäftsbetrieb der Widersprechenden zukommen könne, weil die beiderseitigen Marken in ihrem Gesamtaufbau so weit angenähert seien, dass der Verkehr aufgrund der gemeinsamen und der ähnlichen Merkmale von einer gemeinsamen betrieblichen Herkunft der Marken ausgehen werde. Zur Glaubhaftmachung der im Beschwerdeverfahren bestrittenen Benutzung der Widerspruchsmarke hat die Widersprechende eine eidesstattliche Versicherung ihres Leiters des Bereichs Marketing/Werbung sowie Kopien von Kundenprospekten, Briefbögen, Aufklebern und anderen Unterlagen und Materialien vorgelegt, in denen die Widerspruchsmarke im Zeitraum zwischen 2001 und 2003 verwendet worden ist. Sie beantragt sinngemäß die Aufhebung der angefochtenen Beschlüsse, soweit der Widerspruch zurückgewiesen worden ist, sowie die Löschung der angegriffenen Marke.

Die Markeninhaberin beantragt die Zurückweisung der Beschwerde. Sie bestreitet weiterhin die Benutzung der Widerspruchsmarke, weil diese durch die von der Widersprechenden vorgelegten Unterlagen nicht glaubhaft gemacht worden sei. Es fehle an einer funktionsgemäßen Benutzung der Widerspruchsmarke, weil die Widersprechende die Marke nur in der Werbung und ohne konkreten Produktbezug verwendet habe. Zudem sei die Marke immer nur in Verbindung mit dem Zusatz „das junge Angebot der Kreissparkasse Köln“ und damit in einer Form verwendet worden, die nicht der Eintragung entspreche. Eine Glaubhaftmachung der Benutzung für die Dienstleistung „Immobilienwesen“ fehle völlig. Die Dienstleistungen, zu denen Glaubhaftmachungsunterlagen vorgelegt worden seien, wiesen keinerlei Ähnlichkeit mit den Waren und Dienstleistungen der angegriffenen Marke auf. Letztlich seien auch die Marken nicht ähnlich. Die Widerspruchsmarke beziehe ihre Schutzfähigkeit und ihre Kennzeichnungskraft allein aus ihrer grafischen Ausgestaltung, weil die Bezeichnung „100pro“ als solche freihaltungsbedürftig und nicht unterscheidungskräftig sei. Es handele sich dabei nur um die umgangssprachlich verwendete Kurzform für „hundert Prozent“. Zwischen den Markenbestandteilen „+“ und „pro“ bestünden zudem signifikante

schriftbildliche, klangliche und begriffliche Unterschiede, die auch die Gefahr einer gedanklichen Verbindung der Marken ausschließen.

II

Die zulässige Beschwerde der Widersprechenden ist unbegründet. Sie kann bereits deshalb keinen Erfolg haben, weil die Unterlagen, die von der Widersprechenden auf die gemäß § 43 Abs. 1 S. 2 MarkenG zulässig erhobene Einrede der Nichtbenutzung hin vorgelegt worden sind, nicht geeignet sind, eine ernsthafte Benutzung der Widerspruchsmarke i.S.d. § 26 MarkenG glaubhaft zu machen.

Im Rahmen der Glaubhaftmachung der Benutzung sind Angaben über den Umfang der Benutzung der Widerspruchsmarke unverzichtbar. Die Benutzungshandlungen müssen einen Umfang erreicht haben, der die Ernstlichkeit der Benutzung belegt. Grundsätzlich bietet sich zur Glaubhaftmachung des Benutzungsumfangs als einfachstes und nächstliegendes Mittel die Angabe von Umsatzzahlen in einer eidesstattlichen Versicherung an, die konkret auf die einzelnen Waren und Dienstleistungen der Marke bezogen sein müßten. Soweit bei Dienstleistungen nur auf die Wiedergabe der Marke in Katalogen, Prospekten oder Werbematerialien Bezug genommen wird, bedarf es nicht nur der Angabe der Auflagenhöhe dieser Unterlagen und der Angabe, wann und an wen sie verteilt worden sind, sondern darüber hinaus der Angabe von Gründen, weshalb die Nennung konkreter Umsatzzahlen für die fraglichen Waren bzw Dienstleistungen nicht möglich ist (BPatG PAVIS PROMA 27 W (pat) 194/01 – Rainbow Star / RAINBOW). Die bloße Vorlage solcher Unterlagen an sich reicht jedenfalls nicht aus, um eine ernsthafte Benutzung der Marke glaubhaft zu machen (EuG WRP 2003, 258, 261 f (Nr 40 – 43) – HIWATT).

Hiervon ausgehend sind die eingereichten Unterlagen nicht geeignet, die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke glaubhaft zu machen. Soweit

sie überhaupt die Marke in ihrer eingetragenen Form enthalten, sind ihnen keinerlei Angaben darüber zu entnehmen, ob und ggf in welchem Umfang in den letzten fünf Jahren (§ 43 Abs. 1 S. 2 MarkenG) unter der Widerspruchsmarke Umsätze für die einzelnen eingetragenen Waren und/oder Dienstleistungen erzielt worden sind. Gründe dafür, warum solche Umsatzzahlen nicht benannt werden können, sind weder vorgetragen noch glaubhaft gemacht. Die einzige mengenmäßige Angabe darüber, in welchem Umfang die Widerspruchsmarke im Verkehr verwendet worden sein könnte, stellt die eidesstattliche Versicherung einer Verteilung von insgesamt 8358 Stück Kundenprospekten „100pro“ zwischen 2001 und 2003 dar. Diese Angabe kann jedoch zur Glaubhaftmachung einer rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke schon deshalb nicht genügen, weil ihr nicht zu entnehmen ist, an wen diese Prospekte verteilt worden sind. Es bleibt insoweit insbesondere offen, ob sich diese Zahl auf die konkret in den Verkehr gelangten, also an mögliche Endkunden tatsächlich abgegebenen Kundenprospekte bezieht oder ob es sich nur um die Gesamtzahl der an die Kundenberater der Widersprechenden ausgegebenen Prospekte handelt, wobei in diesem Fall ungeklärt bleibt, wie viele der Prospekte tatsächlich den potentiellen Endkundenbereich erreicht haben. Da die Ausgabe von Kundenprospekten im vorliegenden Fall die einzige dem Umfang nach glaubhaft gemachte Angabe darstellt und die angegebene Anzahl der Kundenprospekte unter Berücksichtigung der möglichen Abnehmerkreise der angebotenen Finanzdienstleistungen für einen Zeitraum von drei Jahren eher gering erscheint, kommt dem Umstand, in welchem Umfang die Prospekte tatsächlich die potentiellen Kunden erreicht haben, maßgebliche Bedeutung zu, zumal es in Bezug auf die weiteren vorgelegten Unterlagen, wie z.B. Briefbögen und Aufkleber, an jedweder Angabe zu deren Benutzungsumfang wie auch zu eventuellem Waren- bzw Dienstleistungsbezug fehlt.

Die daneben noch vorgelegten Kopien von Zeitungsartikeln sind zur Glaubhaftmachung einer Benutzung der Widerspruchsmarke schon deshalb ungeeignet, weil es sich insoweit nicht um eine Benutzung der Marke durch die

Widersprechende selbst handelt und sich diesen Veröffentlichungen auch nichts darüber entnehmen lässt, in welcher Form und in welchem Umfang die Widerspruchsmarke durch die Widersprechende selbst verwendet worden ist. Zudem beziehen sich die vorgelegten Zeitungsartikel auf die Veranstaltung bzw die finanzielle Unterstützung von Sportveranstaltungen und damit auf ein Betätigungsfeld, das von den Dienstleistungen, für die die Widerspruchsmarke eingetragen ist, nicht umfasst ist. Sie können damit zur Glaubhaftmachung der Benutzung der Widerspruchsmarke für die maßgeblichen Waren und Dienstleistungen nichts beitragen. Der Beschwerde der Widersprechenden muss daher bereits wegen mangelnder Glaubhaftmachung einer rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke der Erfolg versagt bleiben.

Aber selbst dann, wenn man zugunsten der Widersprechenden eine rechtserhaltende Benutzung ihrer Marke für Finanzdienstleistungen unterstellen will, kann die Beschwerde nicht zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses der Markenstelle führen, weil zwischen beiderseitigen Marken selbst bei einer Benutzung für identische Waren keine Verwechslungsgefahr i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG besteht.

Die Widerspruchsmarke in ihrer konkret eingetragenen grafischen Gestaltung mag noch eine normale Kennzeichnungskraft aufweisen. Dies gilt jedoch nicht für ihren Wortbestandteil „100pro“, der – wie sich aus den der Widersprechenden vor der Beschlussfassung übersandten Internetauszügen ergibt - eine umgangssprachliche Kurzbezeichnung für die Angabe „einhundert Prozent“ darstellt und dem in dieser Bedeutung jegliche Unterscheidungskraft fehlt, weil er ganz allgemein für ein hundertprozentiges Angebot bzw eine hundertprozentige Leistung steht und der vom Verkehr auch nur in diesem beschreibenden Sinne und nicht als betriebliche Herkunftskennzeichnung verstanden wird.

Letztlich kann aber zugunsten der Widersprechenden sogar eine normale Kennzeichnungskraft der Bezeichnung „100pro“ unterstellt werden, da die

beiderseitigen Marken selbst bei dieser Ausgangslage auch im Bereich identischer Waren und Dienstleistungen in keiner Richtung verwechselbar sind.

In bildlicher Hinsicht unterscheidet sich die kurze und daher leicht in ihrer Gesamtheit erfassbare Bezeichnung „100+“ von der Widerspruchsmarke bzw deren Wortbestandteil „100pro“ aufgrund der markant unterschiedlichen Gesamtlänge und der Form der abweichenden Markenteile deutlich. In klanglicher Hinsicht ist, wie bereits die Markenstelle zutreffend festgestellt hat, bei der angegriffenen Marke von einer Benennung als „hundert plus“ auszugehen. „hundert plus“ und „hundert pro“ unterscheiden sich trotz der beiden übereinstimmenden Anfangsilben in ihren Endsilben so deutlich voneinander, dass eine allenfalls sehr geringe klangliche Ähnlichkeit der Marken besteht. Die sofortige Erfassung der Unterschiede wird – ohne dass es hierauf noch entscheidend ankommt - zudem dadurch erleichtert, dass die zumindest mitbetonten Endsilben jeweils einen bekannten deutschen Begriff verkörpern und auch in Verbindung mit der vorangehenden Zahl „100“ einen jeweils eigenständigen Begriff bilden, der entgegen der Ansicht der Widersprechenden mit dem jeweils anderen Gesamtbegriff weder vollständig noch im wesentlichen übereinstimmt, da „100pro“ die Bedeutung 100% hat, während „100+“ demgegenüber einen Wert bezeichnet, der über 100 liegen muss. Bei diesen begrifflichen Unterschieden ist auch die Gefahr, dass die Markenwörter begrifflich unmittelbar verwechselt werden könnten, nicht gegeben.

Von einer Prägung der beiderseitigen Marken allein durch ihren Bestandteil „100“ kann nicht ausgegangen werden. Auch wenn die Widersprechende im Ausgangspunkt zutreffend darauf hinweist, dass es sich bei den weiteren Markenbestandteilen „+“ und „pro“ für sich gesehen um nicht unterscheidungskräftige bzw kennzeichnungschwache Angaben handelt, können diese bei der Beurteilung der Frage, wodurch der Gesamteindruck der beiderseitigen Marken geprägt wird, im vorliegenden Fall nicht unberücksichtigt bleiben, weil sie sich mit der Zahl „100“

jeweils zu einer gesamtbegrifflichen Einheit verbinden, so dass sie von den angesprochenen Verkehrskreisen nicht vernachlässigt werden.

Für die Gefahr einer gedanklichen Verbindung fehlt es, abgesehen von der Übereinstimmung der Marken in der Zahl „100“, an jeglichen tatsächlichen Anhaltspunkten. Insbesondere besitzt diese Zahl keinerlei Hinweiskfunktion auf das Unternehmen der Widersprechenden, die weder eine Markenserie mit dem Stammbestandteil „100“ benutzt hat noch die Zahl „100“ in ihrer Firma führt. Gegen eine gedankliche Verbindung spricht zudem die dargestellte unterschiedliche gesamtbegriffliche Bedeutung der Markennörter.

Der Beschwerde musste nach alledem der Erfolg versagt bleiben.

Für eine Kostenauflegung gemäß § 71 Abs. 1 S. 1 MarkenG besteht keine Veranlassung.

Albert

Kraft

Reker

Bb