



BUNDESPATENTGERICHT

33 W (pat) 426/02

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 395 15 566

hat der 33. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der mündlichen Verhandlung vom 24. August 2004 unter Mitwirkung der Richterin Pagenberg als Vorsitzende, der Richterin Dr. Mittenberger-Huber und des Richters Kätker

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

G r ü n d e

I

Gegen die Eintragung der Marke 395 15 566

DURASTONE

für

Natursteinprodukte, nämlich Granitfliesen und Platten, Marmorfliesen und Platten, Kalksteinplatten, Schieferplatten, Agglomerplatten

(Warenverzeichnis nach der Teillöschung vom 22. April 2004)

ist Widerspruch erhoben worden aus der Marke 1 078 419

Dupa-stone

für

Buntsteinputze; Kunstharzputze.

Mit Beschlüssen vom 25. Februar 1998 und 29. August 2002, von denen letzterer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, hat die Markenstelle für Klasse 19 des Deutschen Patent- und Markenamts angeordnet, dass die Eintragung der Marke 395 15 166 wegen des Widerspruchs aus der Marke 1 078 419 gelöscht wird. Nach Auffassung der Markenstelle besteht zwischen den Marken die Gefahr von Verwechslungen im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG. Die beiderseitigen Waren seien – auch nach der im Anschluss an den Erstbeschluss beantragten Teillöschung der angegriffenen Marke – identisch oder zumindest wirtschaftlich nahestehend. Es bestehe auch eine hochgradige klangliche Ähnlichkeit der Marken. Die Marken wiesen die gleiche Vokalfolge U-A-O-E und die gleiche Silbengliederung auf. Die einzige Abweichung zwischen den Marken, der Unterschied zwischen den Buchstaben "P" und "R", führe nicht zu einem unterschiedlichen Gesamteindruck. Vielmehr handele es sich beiderseits um klangschwache Konsonanten, die in den unbetonten Zwischensilben nicht maßgeblich ins Gewicht fielen. Auch wenn der gemeinsame Markenbestandteil "stone" nicht verwechslungsbegründend sei, liege angesichts aller Gemeinsamkeiten der Marken eine klangliche Verwechslungsgefahr vor. Im übrigen bestehe auch eine erhebliche schriftbildliche Ähnlichkeit, da die einzigen unterschiedlichen Buchstaben "P" und "R" als Großbuchstaben sehr ähnlich seien.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Markeninhaberin. Zur Begründung führt sie aus, dass zwischen den beiderseitigen Waren keine Ähnlichkeit bestehe. Die Widerspruchsmarke erfasse Kunstharzputze, zu denen auch die in ihrem Warenverzeichnis weiter aufgeführten Buntsteinputze gehörten. Dabei handele es sich um künstlich hergestellte Produkte, die häufig auf wässrigen Polymerdispersionen oder in Lösemittel gelösten Harzen basierten. Hingegen seien für die angegriffene Marke Natursteinprodukte eingetragen, bei denen es sich um in der Natur vor-

kommende Gesteine bzw. Bausteine handele, die nur noch durch Schneiden oder Oberflächenveränderungen, wie Polieren, geometrischen Veränderungen unterworfen würden. Auch Agglomarmor werde nur in fertiger Plattenform angeboten. Die Beschaffenheit der Waren sei daher völlig verschieden. Insbesondere würden Buntstein-Putze gerade nicht ausgehärtet oder als Platten angeboten. Auch im Verwendungszweck unterschieden sich die beiderseitigen Waren. Die Natursteinprodukte der angegriffenen Marke würden im wesentlichen als Fußböden eingesetzt, während die Kunstharzputze der Widersprechenden zum Verputzen von Wänden dienten. Zudem sei die regelmäßige betriebliche Herkunft der Waren verschieden. Kunstharzputze würden allgemein im Bereich der Baustoffchemie produziert und von Malern, Lackierern oder Maurern verarbeitet, während die für die jüngere Marke eingetragenen Natursteinprodukte von Steinbrüchen, Steinwerkbetrieben oder Fliesenherstellern produziert und von Fliesenlegern, Steinsetzern oder Steinmetzen verlegt würden. Außerdem würden Kunstharzputze in Malergeschäften vertrieben, in denen üblicherweise keine Natursteinprodukte angeboten würden. Dass die beiderseitigen Waren auch in Baumärkten angeboten würden, stehe dem nicht entgegen, da in solchen Märkten völlig unterschiedliche Waren vertrieben würden. Auch die Eigenschaft der beiderseitigen Waren als Baumaterialien im weitesten Sinne begründe keine Ähnlichkeit der Waren, da ein gemeinsamer Oberbegriff kein Maßstab für die markenrechtliche Ähnlichkeit von Waren sei. Flüssiger Putz und Natursteinprodukte stünden auch nicht in einem gegenseitigen Alternativverhältnis, da flüssiger Putz Natursteinprodukte nicht täuschend echt nachempfinden könne.

Mangels anderweitiger Hinweise sei von einer nur durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke auszugehen. Außerdem unterschieden sich die beiderseitigen Marken durch den prägnanten Bindestrich in der Widerspruchsmarke schriftbildlich deutlich voneinander. Eine schriftbildliche Verwechslungsgefahr sei daher nach dem Zusammenwirken aller Faktoren nicht gegeben. Gleiches gelte für die klangliche Verwechslungsgefahr. Die jeweils zweiten Silben "RA" und "pa" seien deutlich unterschiedlich, da es sich beim Konsonanten "r" um

einen Hintergaumenlaut handele, der mit dem Lippenlaut "p" keine Gemeinsamkeiten aufweise. Der Verkehr, bei dem es sich um Fachleute des Bauwesens, z.T. auch interessierte Bauherren oder Heimwerker handele, begegne den beiderseitigen Waren, die nicht im Vorbeigehen gekauft würden, mit hoher Aufmerksamkeit. Angesichts der allenfalls schwachen klanglichen Markenähnlichkeit seien Verwechslungen damit insgesamt ausgeschlossen.

In der Beschwerdebegründung vom 30. April 2003 hat die Markeninhaberin gegen die 1985 eingetragene Widerspruchsmarke die Einrede der Nichtbenutzung nach § 43 Abs. 1 Satz 1 und "§ 43 II Satz 2 MarkenG" erhoben.

Die Markeninhaberin beantragt,

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 19 vom 25. Februar 1998 und vom 29. August 2002 aufzuheben und den Widerspruch zurückzuweisen.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Im Hinblick auf das bereits seit 1997 anhängige Widerspruchsverfahren bezweifelt sie die Zulässigkeit der erstmalig 2003 im Beschwerdeverfahren erhobenen Nichtbenutzungseinrede. Außerdem sei die Einrede nach ihrem Wortlaut auf die Alternative des § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG beschränkt. Nur vorsorglich hat sie daher Unterlagen zur Glaubhaftmachung der rechtserhaltenden Benutzung vorgelegt. Darüber hinaus hat sie Internetauszüge eingereicht, aus denen ihrer Auffassung nach eine Warenidentität, zumindest höchste Ähnlichkeit der Waren hervorgeht. Danach seien Buntsteinputze mit ihrem hohen Anteil aus Granit und Quarzteilchen bei einem relativ geringen Kunstharzanteil den Natursteinen sehr ähnlich. Auch würden Natursteine und Agglomarmor, d.h. mit Kunstharz gebundene Marmorkör-

nungen, als äquivalente Produkte direkt nebeneinander angeboten. Die Waren der angegriffenen Marke seien mit Buntsteinputzen im Hinblick auf die Art der Waren, Herstellungsstätten, Verwendungszweck und Vertriebsstätten hochgradig ähnlich, hinsichtlich der angegriffenen Waren "Agglomarmorplatten" bestehe eine Identität in der Zusammensetzung mit "Buntsteinputz". Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sei durch Benutzung gesteigert worden, zumal die Widersprechende seit vielen Jahrzehnten auf dem Bausektor einen ausgezeichneten Ruf besitze. Angesichts der in vielen Punkten bestehenden klanglichen Übereinstimmungen der Marken bestehe daher eine klangliche Verwechslungsgefahr.

Der Senat hat den Beteiligten Internetauszüge übersandt, die zur Beurteilung der Warenähnlichkeit von Bedeutung sein können.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II

Die Beschwerde der Markeninhaberin ist nicht begründet.

Die Widersprechende hat die Benutzung ihrer Marke gemäß §§ 43 Abs. 1 Satz 1, Satz 2, 26 MarkenG hinreichend glaubhaft gemacht. Der Senat hält die Verwechslungsgefahr gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG zwischen den sich gegenüberstehenden Marken für gegeben.

1. a) Die Nichtbenutzungseinrede ist von der Markeninhaberin zulässig nach § 43 Abs. 1 MarkenG erhoben worden.

Insbesondere steht der Zulässigkeit der Einrede nicht entgegen, dass sie nach mehrjähriger Anhängigkeit des Widerspruchsverfahrens erst im Beschwerdeverfahren erhoben worden ist. Die Einrede mangelnder Benutzung muss nicht bereits

zum frühestmöglichen Zeitpunkt vor dem Patentamt erhoben werden, sondern kann vielmehr auch erstmalig im Beschwerdeverfahren geltend gemacht oder ausgedehnt werden (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl., § 43, Rdn. 45 m.w.N.). Das Markengesetz enthält keine dem § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO entsprechende Vorschrift, nach dem neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur zulässig sind, wenn sie ohne Nachlässigkeit in der ersten Instanz unterblieben sind. Da es sich beim patentgerichtlichen Beschwerdeverfahren um die erste (und einzige) gerichtliche Tatsacheninstanz des registerrechtlichen Widerspruchsverfahrens handelt, entspricht es insoweit nicht dem zivilprozessualen Berufungsverfahren, das sich seit der Reform der Zivilprozessordnung weitgehend auf eine Rechtskontrolle zu beschränken hat. Daher wird § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO im patentgerichtlichen Verfahren bei der Frage der Verspätung einer Nichtbenutzungseinrede nicht angewendet (vgl. Ströbele/Hacker, a.a.O., § 43, Rdn. 56, § 82, Rdn. 11). Im übrigen kann die Einrede auch nicht nach § 296 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 82 Abs. 1 MarkenG wegen Verspätung zurückgewiesen werden, da sie über ein Jahr vor der mündlichen Verhandlung erhoben worden ist und somit die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern konnte.

Die Einrede ist nämlich wirksam nach beiden Alternativen des § 43 Abs. 1 MarkenG erhoben worden. Zwar bezieht sie sich ihrem Wortlaut nach auf "§ 43 I Satz 1 und § 43 II Satz 2 MarkenG", so dass die Alternative des § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG nicht ausdrücklich erwähnt worden ist. Der von der Markeninhaberin genannte § 43 Abs. 2 Satz 2 MarkenG enthält aber überhaupt keine Regelung zu einer Nichtbenutzungseinrede, so dass es sich insoweit um eine erkennbar fehlerhafte Nennung einer Vorschrift handelt. Die falsche Angabe gesetzlicher Bestimmungen schadet jedoch nicht, wenn im Wege der Auslegung zweifelsfrei der Wille des Markeninhabers festzustellen ist, die jeweils zulässige Einrede der Nichtbenutzung zu erheben (vgl. Ströbele/Hacker, a.a.O., § 43, Rdn. 40 a.E.). Da aus dem Wortlaut der Einrede deutlich hervorgeht, dass neben der Alternative des § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG auch eine weitere Alternative zur Anwendung gelangen soll und hierfür nur die des § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG in Betracht kommen

kann, ist von einer undifferenziert erhobenen Einrede unter versehentlicher Falschbezeichnung eines Paragrafenabsatzes auszugehen.

b) Die Widersprechende hat glaubhaft gemacht, dass die Widerspruchsmarke innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Veröffentlichung der Eintragung der angegriffenen Marke und innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Entscheidung über den Widerspruch für die Waren "Buntsteinputze" rechtserhaltend benutzt worden ist (§ 43 Abs. 1 Satz 1 und 2 MarkenG).

Glaubhaft zu machen ist die Verwendung der Marke grundsätzlich nach Art, Dauer, Ort und Umfang; diese Erfordernisse müssen insgesamt erfüllt sein (BPatGE 23, 158, 165 f. - Fludec; BPatGE GRUR 1994, 629, 630 - Duotherm). Hierbei kommen als Mittel zur Glaubhaftmachung alle präsenten Beweismittel einschließlich der eidesstattlichen Versicherung in Betracht (§ 294 ZPO); außerdem können auch sonstige Unterlagen, wie z.B. Preislisten, Prospekte, Etiketten, Rechnungskopien usw. insbesondere zur Ergänzung und Verdeutlichung einer eidesstattlichen Versicherung dienen (Ströbele/Hacker, a.a.O., § 43 Rdn. 84).

Die Widersprechende hat umfangreich Produktbeschreibungen mit der Bezeichnung "Technische Information – Dupa-stone" vorgelegt, die fast lückenlos die Jahre 1982 bis 1995 und das Jahr 2000 abdecken. Diese Informationsschriften enthalten jeweils eine Abbildung eines Gebindes für Buntsteinputz, auf dem die Marke "Dupa-stone" größtmäßig hervorgehoben unterhalb der Haupt- bzw. Firmenmarke "Caparol" deutlich herausgestellt ist. Sie ist daher als Spezialmarke neben der Firmenmarke funktionsgemäß als betriebliches Unterscheidungs mittel benutzt worden, wobei angesichts des über Jahrzehnte nahezu unveränderten Erscheinungsbildes der "Technischen Informationen" und der darin enthaltenen Gebindeabbildungen davon auszugehen ist, dass diese funktionsgemäße Art der Benutzung auch in den Jahren der Nachweiszeiträume vorliegt, zu denen keine Produktbeschreibungen vorliegen.

Für beide Nachweiszeiträume des § 43 Abs. 1 MarkenG ist auch eine ausreichende Benutzungsdauer glaubhaft gemacht worden. In seiner eidesstattlichen Versicherung vom 18. August 2004 führt Dr. Stefan Kairies als Produktmanager der Widersprechenden für Farben und Putze aus, dass die Marke "mindestens seit 1985" zur Kennzeichnung von Buntsteinputzen benutzt werde. Die eidesstattliche Versicherung wird insoweit von den umfangreich vorgelegten o.g. "Technischen Informationen" gestützt, die auf eine langdauernde und kontinuierliche Benutzung bereits spätestens seit 1983 schließen lassen.

Auch dem Umfang nach ist eine den Anforderungen des § 26 Abs. 1 MarkenG genügende, ernsthafte Benutzung glaubhaft gemacht worden. Dies gilt zunächst für den Nachweiszeitraum gemäß § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG (August 1999 bis August 2004), da für die Jahre 1999 bis 2002 Umsätze in Höhe von durchschnittlich mehr als ... EUR pro Jahr eidesstattlich versichert worden sind, was ohne Weiteres für eine wirtschaftlich sinnvolle Verwendung der Marke spricht. Für den Nachweiszeitraum gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG (Oktober 1991 bis Oktober 1996) bestehen zwar gewisse Zweifel, ob bereits der Inhalt der eidesstattlichen Versicherung ausreichen würde, eine ernsthafte Benutzung glaubhaft zu machen. Denn aus dem relevanten Nachweiszeitraum sind Umsätze nur für die Jahre 1995 und 1996 versichert worden, wobei der Umsatz für 1995 mit "mehr als Euro ..." angesichts der bei der Anbringung von Putzen benötigten Mengen eher gering erscheint. Für 1996 ist zwar ein wesentlich höherer Absatz versichert worden ("mehr als Euro ..."), da hierin aber der nicht mehr in den Nachweiszeitraum fallende Umsatz des letzten Jahresviertels enthalten ist, verbleiben insoweit Zweifel. Dies kann jedoch dahingestellt bleiben, da die Ernsthaftigkeit einer mengenmäßig begrenzten Benutzung durch andere Umstände, wie etwa eine lange Benutzungsdauer, belegt werden kann, wobei auch Art und Umfang des Markengebrauchs vor und nach dem rechtserheblichen Bezugszeitraum nicht völlig außer Betracht bleiben müssen (vgl. Ströbele/Hacker, a.a.O., § 26, Rdn. 85). Die glaubhaft gemachte außerordentlich lange und kontinuierliche Benutzungsdauer zeigt, dass das mit der Marke gekennzeichnete Produkt offensichtlich einen

festen Bestandteil der Produktpalette der Widersprechenden darstellt und die Produktion im Rahmen sinnvoller wirtschaftlicher Betätigung auf Dauer angelegt ist. Damit ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von einer ernsthaften Benutzung i.S.d. § 26 Abs. 1 MarkenG auszugehen.

Schließlich ist glaubhaft gemacht worden, dass die Widerspruchsmarke mit Zustimmung der Widersprechenden durch Dritte benutzt worden ist, auch wenn hier ebenfalls gewisse Zweifel bestehen. Aus den vorgelegten "Technischen Informationen" geht hervor, dass die Marke innerhalb der relevanten Benutzungszeiträume offenbar durch ein oder mehrere Unternehmen mit dem Firmenkern "Caparol" benutzt worden ist. In der eidesstattlichen Versicherung heißt es dazu nur lapidar, "dass das Zeichen ... durch die Markeninhaberin bzw. mit deren Zustimmung" verwendet werde. Die Person des Markenbenutzers und die Grundlage für die Drittbenutzung werden nicht erwähnt, was jedoch erforderlich wäre (vgl. Ströbele/Hacker, § 43, Rdn. 81: "Wer?"). Allerdings ergeben sich aus den Unterlagen zugleich Hinweise auf ein Konzernverhältnis, zumindest Vertragsverhältnis, der Widersprechenden zu den benutzenden "Caparol"- Unternehmen. So enthalten die jeweils letzten Seiten der vorgelegten älteren "Technischen Informationen" (für die Jahre 1971/1972 und 1982 bis 1988) sowohl einen firmenmäßigen Hinweis auf den Betrieb der Widersprechenden als auch die Kennzeichnung "Caparol". Insbesondere die in der technischen Information für 1972 unterhalb des Wortes "Caparol" enthaltene Aufschrift "Spezialist für Fassaden-Beschichtungen" spricht für eine Spezial-Firmenmarke der Widersprechenden. Hinzu kommt, dass in den weiter vorgelegten beiden Rechnungen aus neuerer Zeit (Rechnungen vom 24.07.2001 und 04.09.2002) unterhalb des Absenderfelds (Absenderin: C... GmbH) folgender Hinweis enthalten ist:

"Handelnd im Namen und für Rechnung der Deutsche A...-Werke von R... Co KG".

Der Senat geht daher mit der für eine Glaubhaftmachung ausreichenden überwiegenden Wahrscheinlichkeit davon aus, dass die benutzenden "Caparol"-Unternehmen auf der Grundlage einer konzernbedingten Zustimmung, zumindest aber einer üblichen Lizenz, zur Markenverwendung berechtigt sind. Nach alledem hat die Widersprechenden die rechtserhaltende Benutzung ihrer Marke für die Waren "Buntsteinputze" glaubhaft gemacht.

2. Es besteht eine Gefahr von Verwechslungen i.S.d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Frage einer markenrechtlichen Verwechslungsgefahr unter Heranziehung aller Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen. Dabei ist von einer Wechselwirkung zwischen den Beurteilungsfaktoren der Waren-/Dienstleistungsidentität oder -ähnlichkeit, der Markenidentität oder -ähnlichkeit und der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke in der Weise auszugehen, dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren/Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken oder der Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 2001, 544, 545 = WRP 2002, 537- BANK 24, m.w.N.; GRUR 2002, 1067 – DKV/OKV)

a) Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ist als insgesamt normal zu beurteilen. Soweit die Widersprechende in ihrem schriftsätzlichen Vorbringen sinngemäß möglicherweise eine durch intensive Benutzung gesteigerte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke behaupten wollte, ist dies jedenfalls von der Markeninhaberin bestritten worden und kam auch im eigenen Vortrag der Widersprechenden in der mündlichen Verhandlung nicht mehr zum Ausdruck. Im Übrigen sind den vorgelegten Glaubhaftmachungsunterlagen, insbesondere den darin aufgeführten Umsatzzahlen auch keine Anhaltspunkte für eine durch intensive Benutzung gesteigerte Verkehrsbekanntheit der Widerspruchsmarke zu entnehmen.

b) Die von den beiderseitigen Marken erfassten Waren weisen eine zumindest mittelgradige Ähnlichkeit auf. Bei der Beurteilung der Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen sind nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofs alle erheblichen Faktoren zu berücksichtigen, die das Verhältnis zwischen den Waren oder Dienstleistungen kennzeichnen. Zu diesen Faktoren gehören insbesondere deren Art, Verwendungszweck und Nutzung sowie ihre Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Waren oder Dienstleistungen (EuGH GRUR Int. 1998, 875, 876 f. – Canon; GRUR Int. 1999, 734 – Lloyds/Loint’s; BGH GRUR 1999, 731 – Canon II; WRP 1998, 747, 749 – GARIBALDI; WRP 2000, 1152, 1153 – PAPPAGALLO; WRP 2001, 694, 695 – EVIAN/REVIAN). Auch die maßgeblichen wirtschaftlichen Zusammenhänge, wie Herstellungsstätten und Vertriebswege, stoffliche Beschaffenheit und Zweckbestimmung oder Verwendungsweise sind relevante Gesichtspunkte.

Die beiderseitigen Waren können, jeweils nach einer entsprechenden Bearbeitung, als Wandverkleidungen eingesetzt werden. Dies ist bei Putzen selbstverständlich, jedoch werden, insbesondere in Büro- und öffentlichen Gebäuden, häufig auch Steinplatten als Wand- bzw. Deckenvertäfelungen angebracht. Je nach individueller Planung des Bauherrn, die nach Kriterien wie finanziellem Rahmen, Repräsentationszweck, Robustheit usw. bestimmt werden, können hierbei sowohl Natursteinplatten, Agglomarmorplatten oder aber Putze, insbesondere die nach § 43 Abs. 1 Satz 3 MarkenG als benutzt zugrunde zu legenden Buntsteinputze, Verwendung finden. Damit fallen die beiderseitigen Waren nicht nur unter den allgemeinen Begriff der Baumaterialien sondern auch unter den der Wandbeläge oder -verkleidungen bzw. der dazu benötigten Materialien. Ob diese gemeinsame Zuordnung unter einen Oberbegriff ausreichen würde, um eine Warenähnlichkeit zu begründen (vgl. insoweit Ströbele/Hacker a.a.O., § 9, Rdn. 87), kann dahinstehen, jedenfalls liegt mit dem Verkleidungszweck eine gemeinsame Zweckbestimmung der Waren vor, die einen Faktor der Warenähnlichkeit darstellt. Wie ausgeführt, können die Waren als gegenseitige Alternativen eingesetzt werden, so dass mit ihrer Eigenart als miteinander konkurrierende Waren ein weiterer, für die Ähn-

lichkeit sprechenden Faktor vorhanden ist. Ohne dass es noch darauf ankommt, gilt dies auch, soweit sich die für die Widersprechende geschützten Buntsteinputze nach ihrem Vortrag zur Oberflächenbeschichtung bestimmter Bodenflächen eignen, sowie für Sockelflächen, bei denen sowohl Natursteinzuschnitte wie stoßfeste Kunstharzputze eingesetzt werden können.

Darüber hinaus sind bei den sich gegenüber stehenden Waren Gemeinsamkeiten in der stofflichen Beschaffenheit festzustellen. Wie sich aus verschiedenen, vom Senat ermittelten oder von der Widersprechenden eingereichten Unterlagen ergibt, und im Übrigen auch unstreitig ist, bestehen Kunstharzputze, insbesondere die rechtserhaltend benutzten Buntsteinputze der Widersprechenden, in einem wesentlichen Umfang aus dem gleichen Ausgangsmaterial wie die für die jüngere Marke eingetragenen Natursteinprodukte. Dabei handelt es sich um eine natürliche Steinsubstanz, die in solchen Putzen als Granulat vorhanden ist und zusammen mit Kunstharz eine pastöse Putzmasse bildet. Zwar liegt keine völlige Übereinstimmung in der Beschaffenheit vor, zumal neben dem Kunstharzanteil vor allem die Granulateigenschaft in einer pastösen Form einen gewichtigen Unterschied gegenüber der festen Steinplatte bildet, dennoch können stoffliche Gemeinsamkeiten als weiterer für die Ähnlichkeit sprechender Faktor nicht verneint werden.

Schließlich kommen auch Gemeinsamkeiten bei den Vertriebsstätten hinzu, da die beiderseitigen Waren nicht nur allgemein in Baumärkten vertrieben werden sondern dort entsprechend ihrer parallelen Zweckbestimmung auch häufig in örtlicher Nähe zueinander in den Abteilungen für Wand- und Deckenverkleidungen angeboten werden. Unter Berücksichtigung dieser Faktoren geht der Senat von einer zumindest mittelgradigen Ähnlichkeit der beiderseitigen Waren aus. Dies liegt auch auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung zur Warenähnlichkeit im Baustoffbereich, in der Baumaterialien für Bodenbeläge mit solchen für die Wand- bzw. Fassadenverkleidung als ähnlich angesehen worden sind (vgl. Richter/

Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen, 12. Aufl., S. 70 f., 145 f., 207 li.Sp.).

b) Die angegriffene Marke hält den damit erforderlichen deutlichen Abstand zur Widerspruchsmarke jedenfalls in klanglicher Hinsicht nicht ein. Die Marken unterscheiden sich nur im jeweils dritten Laut. Ansonsten sind sie klanglich völlig identisch, so dass sie in den für den Gesamtklangcharakter maßgebenden Kriterien der Vokalfolge, Silbengliederung, Betonung, den Anfangslauten und dem Sprechrhythmus übereinstimmen. Die zwischen den Beteiligten umstrittene Frage der Bedeutung der völligen Identität in den nicht schutzfähigen jeweils letzten Silben "stone" spielt angesichts der o.g. Kriterien, die die Marken in ihrer Gesamtheit betreffen, keine entscheidende Rolle mehr (vgl. im Übrigen BGH v. 06.05.2004 (I ZR 223/01 – NEURO-VIBOLEX/NEURO-FIBRAFLEX, noch unveröffentlicht), LS: "Ein übereinstimmender beschreibender Bestandteil, der trotz seines beschreibenden Charakters zum Gesamteindruck sich gegenüberstehender Wortzeichen beiträgt, ist bei der Bestimmung der Ähnlichkeit der Zeichen zu berücksichtigen"). Demgegenüber kann der Unterschied zwischen den Lauten "p" und "r", mögen diese isoliert betrachtet auch deutliche Unterschiede aufweisen, keinen abweichenden Gesamtklangcharakter begründen. Denn diese Laute sind klangschwach und liegen zudem im unbetonten Wortinneren von relativ langen Markennwörtern. Im Übrigen hat der Bundesgerichtshof in jüngerer Zeit erneut betont, dass nicht die Unterschiede sondern das Maß an Übereinstimmungen den Beurteilungsmaßstab für die Verwechslungsgefahr bilden (BGH GRUR 2003, 1047, 1049 – Kellogg's/Kelly's).

3. Bei der gegebenen Sach- und Rechtslage besteht kein Anlass, aus Gründen der Billigkeit einem der Verfahrensbeteiligten die Kosten des Beschwerdeverfahrens gemäß § 71 Abs. 1 MarkenG aufzuerlegen.

Pagenberg

Dr. Mittenberger-Huber

Kätker

Hu