



BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 397/03

(Aktenzeichen)

Verkündet am
19. Januar 2005
Grünauer
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 301 56 053

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 19. Januar 2005 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Stoppel, der Richterin Schwarz-Angele und des Richters Paetzold

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

In das Markenregister eingetragen und am 15. Februar 2002 veröffentlicht wurde unter der Rollennummer 301 56 053 die farbige Wort-Bild-Marke



als Kennzeichnung für die Waren:

Fleisch, Fisch, Geflügel, Wild, Weich- und Schalentier (verarbeitet), vorgenannte Waren auch zubereitet; Wurst-, Fleisch-, Geflügel- und Fischwaren, Kaviar; Fleisch-, Geflügel, Wild- und Fischpasteten, Fleischextrakte; Obst, Gemüse und Hülsenfrüchte; Obst- und Gemüsemark; Feinkostsalate aus Gemüse- oder Blattsalaten; Kartoffelprodukte, nämlich Pommes frites, Krokette, Bratkartoffeln, vorgegarte Kartoffeln, Kartoffelpuffer, Kartoffelklöße, Rösti, Reibekuchen, Chips, Sticks; Halbfertig- und Fertiggerichte, nämlich Suppen (einschließlich Instant-Suppen), Eintopfgerichte, Trocken- und Naß-Fertiggerichte im Wesentlichen bestehend aus einer oder mehreren der nachfolgenden Waren: Fleisch, Fisch, Gemüse, zubereitetem Obst, Käse, ggf. auch mit Zusatz von Teigwaren oder Reis; Fleisch-, Obst-, Gemüsegelees, Konfitüren; Eier, Milch und Milchprodukte, insbesondere Trinkmilch, Sauermilch, Buttermilch, Joghurt, Fruchtjoghurt, Joghurt mit Schokolade oder Kakaozusätze, alkoholfreie Milchkochgetränke, Schokogetränke, Kefir, Sahne, Quark, Frucht- und Kräuterquarkspeisen, Dessertspeisen, im Wesentlichen bestehend aus Milch und Geschmackszusätzen mit Gelatine und/oder Stärke als Bindemittel; Butter, Butter-schmalz, Käse, Käsezubereitungen; Götterspeise; Speiseöle und -fette; Salzgebäck, Getreidechips, gesalzene und ungesalzene Nüsse und andere Knabberartikel, soweit in Klasse 29 enthalten; sämtliche vorgenannten Waren (soweit möglich) auch tiefgekühlt bzw. konserviert, sterilisiert oder homogenisiert; 30: Saucen, einschließlich Salatsaucen, Fruchtsaucen, Ketchup, Meerrettich, Kapern; Kaffee, Tee, Kakao, Schokolade, Schokoladewaren, kakaohaltiges Getränkpul-

ver; Schokogetränke, Marzipan, Nougat, Marzipan- und Nougaterzeugnisse; Brotaufstriche, hergestellt unter hauptsächlichlicher Verwendung von Zucker, Kakao, Nougat, Milch und/oder Fetten; Pralinen, auch gefüllt; Zucker, Zuckerwaren, Bonbons, insbesondere Karamel-, Pfefferminz-, Frucht- und Gummibonbons, Dauerlutscher, Kaugummi; Reis, Tapioka, Kaffee-Ersatzmittel; Weizenkleie, Weizenkeime, Maismehl, Maisgrieß, Leinsamen; Müsli, Cerealien, Popcorn; Pizzen; Pudding; Speiseeis, Eiskrem; Honig, Melassesirup, Hefe, Backpulver; Salz; Senf; Essig; Gewürze, Würzmischungen, Pfefferkörner; Salzgebäck, Getreidechips und andere Knabberartikel, soweit in Klasse 30 enthalten; Trocken- und Naß-Fertiggerichte im Wesentlichen bestehend aus Teigwaren oder Reis; sämtliche vorgenannten Waren (soweit möglich) auch tiefgekühlt bzw. konserviert, sterilisiert oder homogenisiert; 31: frisches Obst und Gemüse; Sämereien, Tierfuttermittel; Weich- und Schalentiere (lebend) 32: Biere; Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte, Gemüsesäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken; Molkegetränke; Instant-Getränke-Pulver; 33: alkoholische Getränke (ausgenommen Bier), insbesondere Wein, Schaumwein, Spirituosen, Likör.

Hiergegen hat die Inhaberin der seit dem 7. September 1989 eingetragenen Marke 1 145 818

Buss

Widerspruch erhoben. Diese Marke ist unter anderem für folgende Waren eingetragen:

Fleisch-, Wurst-, Gemüse-, Obst- und Suppenkonserven, auch als Tiefkühlkost; Wurst-, Fleisch-, Geflügel- und Gemüsesalate; Ragoouts und Fertiggerichte in konservierter Form, im wesentlichen bestehend aus einem Fleischanteil und mit einer Gemüse-, Kartoffel-, Reis- oder Nudelbeilage; Geflügelerzeugnisse, nämlich verarbeitetes Geflügel in essfertig zubereiteter Form, als Geflügelwurst oder –aspik; Fleisch-, Frucht- und Gemüsegeallerten; Fleisch- und Fleischbrühextrakte; Suppenbrühextrakte; Fertigsuppen in konservierter Form; auf pflanzlicher Basis hergestellte verzehrfertige Mischungen, Fertiggerichte und Brotaufstriche, im wesentlichen bestehend aus Gemüse und/oder zubereitetem Obst und/oder Reis und/oder Pflanzeneiweiß und/oder Kartoffeln und/oder Hefeextrakten und/oder Getreide und/oder Stärkeprodukten und/oder Nusskernen; Teigwaren (Nudeln), Fleisch- und Wurstwaren

Die Markenstelle hat durch Beschluss eines Prüfers des gehobenen Dienstes eine Verwechslungsgefahr verneint, denn sie hält die Worte „BISS“ und „Buss“ auch bei identischen Waren für klanglich und schriftbildlich ausreichend unterschiedlich, falls man überhaupt eine Prägung der angegriffenen Wort-Bild-Marke durch das Wort unterstellen könne. Die Entscheidung über die bestrittene Benutzung könne angesichts der Verneinung der Verwechslungsgefahr dahingestellt bleiben.

Dagegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden, die die angegriffene Marke durch ihren optisch hervorgehobenen Wortbestandteil „BISS“ geprägt sieht; die Unterschiede von „i“ und „u“ seien weder im Klang noch im Schriftbild hinreichend wahrnehmbar, auch wenn es sich um Kurzworte handele. Der Sinngehalt könne darüber ebenfalls nicht hinweghelfen, wenn er aufgrund schlechter Übermittlungsbedingungen nicht richtig erfasst worden sei. Hinsichtlich der Benutzung verweist sie auf die bereits bei der Markenstelle eingereichten Unterlagen.

Die Markeninhaberin beruft sich auf die Ausführungen der Markenstelle und bestreitet weiterhin eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss sowie auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig (§ 165 Abs. 4, 5 MarkenG), hat aber in der Sache keinen Erfolg.

Sie scheidet allerdings nicht an der Benutzungslage der Widerspruchsmarke, denn die Benutzung ist für beide Zeiträume des § 43 Abs 1 MarkenG zumindest hinsichtlich der Waren „Fertiggerichte in konservierter Form“ ausreichend belegt. Die von der Markeninhaberin geäußerten Bedenken greifen nicht durch. Die vorgelegten Umsatzzahlen lassen keine Zweifel an einer ernsthaften wirtschaftlichen Verwendung der Marke im Verkehr aufkommen. Zweifelhaft ist lediglich, ob die „Fertiggerichte in konservierter Form...“ auch die Oberbegriffe „Fleischwaren“ oder „Getreidepräparate“ erfassen. Das wird dann zu bejahen sein, wenn die Fertiggerichte nach Auffassung der allgemeinen Verkehrskreise zum „gleichen“ Bereich gehören (vgl BGH, GRUR 1990, 39 – TAURUS), wofür zB bei einem „Gulaschgericht“ oder einem „Nudeltopf“ in Dosenform vieles spricht. Aber auch dies kann letztlich dahinstehen, denn selbst wenn man es allein bei Benutzung der „Fertiggerichte in Konservenform“ belässt, so ist deren Nähe zu den Waren der angegriffenen Marke überaus deutlich (vgl. schon BPatG 28 W (pat) 163/03 vom 31.03.2004; ebenso HABM R 558/2002-3 vom 04.06.2003). Fleisch, Fisch Geflügel, Wild usw, sowie Gemüse und Nudeln können Hauptbestandteil und damit wesensbestimmend für ein Fertiggericht sein. Bei einer derartigen Warenlage müssen die Marken einen deutlichen Abstand zueinander einhalten.

Der Schutzzumfang der Widerspruchsmarke ist durchschnittlich, was auch für die übrigen für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr maßgebenden Umstände

(Durchschnittsverbraucher, Waren des täglichen Gebrauchs, durchschnittliche Aufmerksamkeit beim Kauf usw.) zutrifft.

Die Beteiligten sind sich im Grunde darüber einig, dass eine Verwechslungsgefahr angesichts der deutlich erkennbaren zusätzlichen Bestandteile in der angegriffenen Marke nur in Betracht kommt, wenn diese von dem Wortbestandteil „BISS“ geprägt wird. Zwar hat seine Bedeutung einen beschreibenden Anklang für Lebensmittel, die beim Verzehr einen gewissen Biss haben (sollen), wie Nudeln, Reis, verschiedene Gemüsesorten wie Mohrrüben oder Bohnen. Dennoch umschreibt das Wort diese Waren nicht unmittelbar, weil der „Biss“ ihnen nicht unmittelbar anhaftet, sondern sich erst bei entsprechender Zubereitung einstellt. Selbst wenn man unterstellen wollte, dass der Begriff ein Wertversprechen dahingehend enthalten sollte, dass der Biss bei jeder Zubereitungsart garantiert sei, so gilt dies nicht zwangsläufig für Fertiggerichte, bei denen eine solche Eigenschaft nicht bekannt ist. Auch ein Sinngelalt von „BISS“ als Synonym für „scharf, gewürzt“ wird vom Verkehr nur im Ausnahmefall angenommen werden. Jedenfalls wäre die Kennzeichnungskraft des Bestandteils gegenüber den weiteren Worten und auch dem rein beschreibenden Bildbestandteil nicht so vermindert, dass der Begriff nicht mehr kollisionsbegründend wirken könnte; vielmehr ist er nach Art einer Marke so deutlich herausgestellt, dass er vom Verkehr als betriebliches Herkunftszeichen verstanden werden wird (vgl. dazu Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl. 2003, § 9 Rdn. 357 mwN.).

Doch auch bei Gegenüberstellung der Worte „Biss“ und „Buss“ - die allerdings in schriftbildlicher Hinsicht ausscheidet, weil bei visueller Wahrnehmung der Bildbestandteil im Erinnerungsbild verbleibt (Vgl. BGH PMZ 2001, 395 – BIT/BUD; Ströbele/Hacker, aaO., Rdn. 434) - ist der erforderliche Abstand in klanglicher Hinsicht noch gewahrt. Zwar weichen die Worte nur in einem Buchstaben voneinander ab. Dabei handelt es sich aber jeweils um den einzigen Vokal der beiden kurzen, einsilbigen Vergleichswörter, dem gegenüber den Konsonanten eine größere Bedeutung zukommt, weil hierdurch das Klangbild nachhaltiger beein-

flusst wird als durch die schnell verklingenden Mitlaute. Die Vergleichsvokale weichen hier im Klangbild so deutlich voneinander ab, dass praktisch kein Verhören oder Versprechen in Betracht kommt. Jedenfalls erscheint es unwahrscheinlich, dass demgegenüber die verbleibenden Konsonanten in ihrer Gesamtheit wahrgenommen werden und das Klangbild prägen, zumal zumindest der Anfangskonsonant kaum zur Geltung kommt. Zudem ermöglicht der Sinngehalt der Vergleichsworte zusätzlich ein sicheres Auseinanderhalten, wobei zumindest „BISS“ in gewissem Sinnbezug zu den Waren steht.

Dies Beurteilung steht auch im Einklang mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofes „Bit/Bud“ (PMZ 2001, 395). Zwar wurde dort eine Verwechslungsgefahr bejaht, aber nur deshalb, weil die als beachtlich eingestufte Vokalabweichung in der Wortmitte nicht nur durch die Warenidentität, sondern zudem durch die gesteigerte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ausgeglichen worden sei, die aber hier nicht vorliegt. Nur der Vollständigkeit sei darauf hingewiesen, dass hinsichtlich derselben Vergleichsworte die zweite Beschwerdekammer des HABM in einer Entscheidung vom 22. Juni 2004 sogar trotz einer gesteigerten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke „Bit“ eine Verwechslungsgefahr verneint hat (HABM, R0453/02-2 vom 22.06.04, PAVIS PROMA).

Nach alledem war eine relevante Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG zu verneinen, so dass die Beschwerde erfolglos bleiben musste.

Eine Kostenentscheidung war nicht veranlasst, § 71 Abs 1 Satz 2 Markengesetz.

Stoppel

Schwarz-Angele

Paetzold

Bb