



BUNDESPATEENTGERICHT

32 W (pat) 348/03

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 301 46 940

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts unter Mitwirkung ...

... in der Sitzung vom 5. April 2006

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Markeninhaberin wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 20. Oktober 2003 aufgehoben. Der Widerspruch aus der Marke 395 04 735 wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Gegen die am 6. August 2001 angemeldete, am 4. Februar 2002 eingetragene und am 8. März 2002 veröffentlichte Wortmarke 301 46 940

Multi Power

geschützt für die Ware

Eiscreme

hat die Widersprechende aus ihrer am 3. Februar 1995 angemeldeten und am 21. November 1995 für eine Vielzahl von Waren der Klassen 3, 5, 29, 30 und 32 eingetragenen Wortmarke 395 04 735

MULTIPOWER

Widerspruch erhoben. Der Widerspruch wird nur auf die Waren der Klassen 29 und 30 gestützt, nämlich auf die Waren

29: Nährstoffkonzentrate als fertige Nahrungsmittel oder zur eigenen Anmischung, im wesentlichen bestehend aus Milchpulver und/oder tierischen und/oder pflanzlichen Eiweißstoffen und/oder Kohlenhydraten, auch unter Zusatz von Vitaminen, Mineralstoffen und Zucker, sowohl in fester als auch in flüssiger Form;

Nährstoffkonzentrate als fertige Nahrungsmittel oder zur eigenen Anmischung, im wesentlichen bestehend aus tierischen oder pflanzlichen Eiweißstoffen und/oder Kohlenhydraten, Pflanzenfasern, Getreide, getrocknetem Obst und Zucker, sowohl in fester als auch in flüssiger Form; 30: Nährstoffkonzentrate als fertige Nahrungsmittel oder zur eigenen Anmischung, im wesentlichen bestehend aus Milchpulver und/oder tierischen und/oder pflanzlichen Eiweißstoffen und/oder Kohlenhydraten, auch unter Zusatz von Vitaminen, Mineralstoffen und Zucker, sowohl in fester als auch in flüssiger Form; 30: Nährstoffkonzentrate als fertige Nahrungsmittel oder zur eigenen Anmischung, im wesentlichen bestehend aus tierischen oder pflanzlichen Eiweißstoffen und/oder Kohlenhydraten, Pflanzenfasern, Getreide, getrocknetem Obst und Zucker, sowohl in fester als auch in flüssiger Form; alle vorgenannten Waren, soweit in Frage kommend,

auch als diätetische oder kalorienarme Erzeugnisse, für nichtmedizinische Zwecke.

Mit am 20. September 2002 beim Patentamt eingegangenem Schriftsatz vom 18. September 2002 hat die Markeninhaberin die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke bestritten. Die Widersprechende reichte daraufhin mit Schriftsatz vom 6. Dezember 2002 diverse Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Benutzung ein. Vorgelegt wurde u. a. eine Eidesstattliche Versicherung des Prokuristen der Widersprechenden vom 3. Dezember 2002, in der es heißt, die Marke werde zur Kennzeichnung von Sportlernahrung, Nahrungsergänzungsmitteln, diätetischen Lebensmitteln für nichtmedizinische Zwecke, u. a. auch als Pulver zum Anmischen von Getränken verwendet. Von April 2001 bis März 2002 seien in Deutschland mehr als 9,2 Millionen Einheiten der so gekennzeichneten Produkte verkauft worden. Beigefügt sind der Eidesstattlichen Versicherung insgesamt 14 Verpackungsmuster und eine Informationsbroschüre mit Hinweisen über die Anwendung von MULTIPOWER-Produkten.

Die mit einem Beamten des gehobenen Dienstes besetzte Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts hat dem Widerspruch mit Beschluss vom 20. Oktober 2003 stattgegeben und die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet. Eine Benutzung der Widerspruchsmarke für "Nährstoffkonzentrate als fertige Nahrungsmittel oder zur eigenen Anmischung" sei ausreichend glaubhaft gemacht. Zwischen den Marken bestehe Verwechslungsgefahr. Die Vergleichswaren seien sich noch ähnlich, da es sich jeweils um Lebensmittel handele. Die Widerspruchswaren würden ausweislich der eingereichten Benutzungsunterlagen in Geschmacksrichtungen wie Erdbeere oder Vanille angeboten, die auch bei der Ware der jüngeren Marke Speiseeis nachgefragt werden. Trotz der Kennzeichnungsschwäche der Widerspruchsmarke sei eine klangliche Verwechslungsgefahr der identischen Marken unvermeidbar.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Markeninhaberin. Sie stellt (sinngemäß) den Antrag,

den angefochtenen Beschluss aufzuheben und den Widerspruch zurückzuweisen.

Die Markenstelle habe zu Unrecht eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke angenommen. Die Zuordnung von Joghurt und Energieriegel unter die Widerspruchswaren "Nährstoffkonzentrate als fertige Nahrungsmittel oder zur eigenen Anmischung" sei unzutreffend und nicht einmal von der Widersprechenden behauptet worden. Die vorgelegten Benutzungsunterlagen würden diese Zuordnung nicht tragen. Die vorgelegten Unterlagen würden eine markenmäßige Benutzung von MULTIPOWER fraglich erscheinen lassen. Zwischen den wechselseitigen Waren bestehe jedenfalls keine Ähnlichkeit.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Insbesondere die Riegelprodukte der Widersprechenden seien mit Speiseeis ähnlich. Auf den eingereichten Verpackungsmustern trete die Marke deutlich hervor.

Im weiteren Verlauf des Beschwerdeverfahrens hat die Widersprechende weitere Verpackungsmuster im Original vorgelegt. Die Markeninhaberin hält eine Benutzung weiterhin für nicht glaubhaft gemacht und weist darauf hin, dass die im Beschwerdeverfahren vorgelegten Verpackungsmuster von den im Amtsverfahren vorgelegten Verpackungen verschieden seien.

II.

Die zulässige Beschwerde der Markeninhaberin ist begründet, weil keine Gefahr von Verwechslungen besteht. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Widerspruchsmarke i. S. d. § 43 Abs. 1, § 26 MarkenG in rechtserhaltender Weise benutzt worden ist.

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 Identität oder Ähnlichkeit mit einer Marke älteren Zeitrangs und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die beiden Marken erfassten Waren für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, einschließlich der Gefahr, dass die Marken gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden. Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist 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 sowie der Kennzeichnungskraft der älteren Marke, so dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken oder durch eine erhöhte Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (st. Rspr.; vgl. z. B. BGH GRUR 2005, 419, 422 - Räucherkatze). Eine Verwechslungsgefahr kann jedoch nicht angenommen werden, wenn entweder die Vergleichszeichen oder die von ihnen erfassten Waren oder Dienstleistungen gänzlich unähnlich sind (vgl. BGH GRUR 2001, 507, 508 EVIAN/REVIAN; GRUR 2003, 428, 432 BIG BERTHA; GRUR 2004, 241, 243 GeDIOS, jeweils zur Warenunähnlichkeit).

Warenähnlichkeit ist anzunehmen, wenn unter Berücksichtigung aller erheblichen Faktoren, die ihr Verhältnis zueinander kennzeichnen, z. B. Beschaffenheit, regelmäßige Herstellungsstätten und Vertriebswege, Verwendungszweck, Nutzung, wirtschaftliche Bedeutung, Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Produkte, so enge Berührungspunkte vorliegen, dass die angespro-

chenen Verkehrskreise der Meinung sein können, sie stammten aus demselben oder ggf. wirtschaftlich verbundenen Unternehmen, sofern sie mit identischen Marken von - unterstellt - höchster Kennzeichnungskraft versehen sind (st. Rspr.; vgl. z. B. BGH GRUR 1999, 731 - CANON II).

Zwischen dem Speiseeis der jüngeren Marke einerseits und den Nährstoffkonzentraten der Widerspruchsmarke andererseits besteht keine Ähnlichkeit (s. auch Richter/Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen, 13. Aufl., S. 217 unter Hinweis auf Mitt. 1942, 186, wonach Nährpräparate ungleichartig zu Schokoladen- und Zuckerwaren sind).

Dass es sich bei den Vergleichswaren jeweils um Lebensmittel handelt, reicht entgegen der Auffassung der Markenstelle noch nicht für die Annahme einer Warenähnlichkeit aus. Die dem Speiseeis gegenüberstehenden Nährstoffkonzentrate haben eine völlig andere Zweckbestimmung, da sie ausweislich der im Amtsverfahren vorgelegten Informationsbroschüre der Fitness, dem Muskelaufbau, der guten Figur etc. dienen. Das Speiseeis dient demgegenüber eher Genusszwecken und kann bei übermäßigem Verzehr durchaus dazu führen, dass der Verbraucher gerade nicht fit ist bzw. keine gute Figur hat. Die Waren richten sich demnach an unterschiedliche Zielgruppen und werden in unterschiedlichen Verkaufsstätten angeboten. Dies lässt sich auch den von der Widersprechenden im Amtsverfahren vorgelegten Rechnungen entnehmen, wonach die Riegelprodukte in Sportgeschäften wie z. B. Sport Scheck, Sportarena angeboten werden. In derartigen Geschäften wird Speiseeis üblicherweise nicht angeboten.

Aufgrund der fehlenden Warenähnlichkeit kann die Frage der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und der Markenähnlichkeit dahingestellt bleiben.

Die Auferlegung von Kosten (§ 71 Abs. 1 MarkenG) ist nicht veranlasst.

gez.

Unterschriften