



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 22/06

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am:

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke 303 16 194

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 3. April 2008 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems, der Richterin Bayer und des Richters Merzbach

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Widersprechenden wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 des DPMA vom 11. Januar 2006 teilweise aufgehoben, nämlich soweit der Widerspruch aus der Marke Nr. 1 112 741 hinsichtlich der Waren

„Pilze; Suppen, auch in Pulverform; Brühen in gekörnter Form, als Pasten oder Würfel, auch mit Zusatz von Fleischextrakten und/oder Hefeextrakten; Kartoffelerzeugnisse; Gemüsepasten zu Speisezwecken, soweit in Klasse 30 enthalten; Sojaprodukte für Speisezwecke; Tomatenmark; vegetarische Feinkost“ zurückgewiesen worden ist. Insoweit ist die Marke 303 16 194 aufgrund des Widerspruchs aus der Marke 1 1127 41 zu löschen.

2. Auf die Anschlussbeschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 des DPMA vom 11. Januar 2006 teilweise aufgehoben, nämlich soweit die Löschung der angegriffenen Marke hinsichtlich der Waren

„Konfitüren, Marmeladen und Gelees; Fertiggerichte, nämlich Desserts, Früchte in Dickzucker, Joghurt, auch mit Zusätzen, insbesondere mit Früchten; Kaffee, Tee; Desserts und andere Süßspeisen, auch unter Verwendung von Sojaerzeugnissen“

angeordnet worden ist. Der Widerspruch wird insoweit zurückgewiesen.

3. Im Übrigen werden die Beschwerde der Widersprechenden und die Anschlussbeschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die am 28. März 2003 angemeldete Marke

Klostergarten

ist am 24. November 2003 für die Waren

„Nichtmedizinische Nahrungsmittel, auf der Basis von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, pflanzlichen Wirkstoffen unter Mitverwendung von Knoblauch, Rutin, Weißdorn, Mistel, Artischocke, Brennnessel, Wacholder, Distelöl, Weizenkeimöl, Hefe, soweit in Klasse 5 enthalten, vorwiegend in Form von Kapseln, Granulaten und Pasten; Nichtmedizinische Nahrungsmittel, auf der Basis von pflanzlichen Ballaststoffen, Proteinen, pflanzlichen Wirkstoffen unter Mitverwendung von Knoblauch, Rutin, Weißdorn, Mistel, Artischocke, Brennnessel, Wacholder, Distelöl, Wei-

zenkeimöl, Hefe, soweit in Klasse 29 enthalten, vorwiegend in Form von Kapseln, Granulaten und Pasten; Nichtmedizinische Nahrungsmittel, auf der Basis von Kohlehydraten, Ballaststoffen, pflanzlichen Wirkstoffen unter Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, unter Mitverwendung von Knoblauch, Rutin, Weißdorn, Mistel, Artischocke, Brennessel, Wacholder, Distelöl, Weizenkeimöl, Hefe, soweit in Klasse 30 enthalten, vorwiegend in Form von Kapseln, Granulaten und Pasten; Tonika; Lecithinpräparate; Meersalzpräparate für medizinische und nichtmedizinische Zwecke; Margarine, Speiseöle und Speisefette, Diätspeisefette, konserviertes, gekochtes und getrocknetes Gemüse, Trockenfrüchte, Pilze, Gemüsesäfte, Obst- und Gemüsesalate, Fleisch-, Fisch- und Wurstkonserven; Fertiggerichte, Eintopfgerichte und Menüs, im Wesentlichen bestehend aus pflanzlichen Fetten, Fleisch und/oder Gemüse, Getreideprodukten, Kartoffeln, Reis, Nudeln, auch unter Mitverwendung von Sojaweißzubereitungen (Tofu) und anderen Sojabohnenerzeugnissen und unter Zugabe von Kräutern und/oder Gewürzen; Suppen, auch in Pulverform; Konfitüren, Marmeladen und Gelees; Brühen in gekörnter Form, als Pasten oder Würfel, auch mit Zusatz von Fleischextrakten und/oder Hefeextrakten; Kartoffelerzeugnisse; Brotaufstriche, Frucht-, Gemüse- und Nusspasten, Früchteriegel, Nuss- und/oder Mandelriegel zu Speisezwecken, soweit in Klasse 30 enthalten; Sojaprodukte und Tofuprodukte für Speisezwecke; Quarkspeisen; Fertiggerichte, nämlich Suppen und Desserts, Früchte in Dickzucker, eingesäuerte Gemüse, Feinkostsalate, nämlich Fruchtsalate und Gemüsesalate sowie deren Mischungen; Feinkostsalate aus Fleisch, Geflügel, Wild, Fisch sowie Mischungen mit Früchten und Gemüsen; Kefir, Dickmilch, Buttermilch, entrahmte Milch, Molke und Molkereierzeugnisse, saure Sahne, geschlagene und ungeschlagene Sahne, alkoholfreie Milchmischge-

tränke, eingedickte Milch, Milchpulver, Kondensmilch, Quark, auch mit Zusätzen, insbesondere mit Früchten, Milch und Milcherzeugnisse, Joghurt, auch mit Zusätzen, insbesondere mit Früchten; Tomatenmark; Mayonnaise, Remouladen, Salatcremes; Hefeerzeugnisse, Hefeextrakte, Hefeaufstrich, Hefespeisewürzen, Pasteten, Teigwaren; Kaffee, Tee; Mehl und Getreidepräparate; Backmischungen, Backfette, Backzutaten, Backmittel; Snacks, im Wesentlichen bestehend aus Brötchen, Brotscheiben oder Teigstücken beziehungsweise -platten oder -taschen mit herzhaften und/oder süßen Auflagen; vegetarische Feinkost, Soßen, auch in Instantform, Dressings und Dips, Würzmittel, Süßungsmittel, Ballaststoffe (essbare Pflanzenfasern), Vollmeersalz, Jodsalz, Pfeffer, Senf, Essig; Gebäck, Zuckerwaren, Konfekt, Pralinen, Kakao, Schokolade, auch in Tafel- oder Riegelform, auch unter Verwendung von Trockenfrüchten, Fruchtzubereitungen, Nüssen, Mandeln, Honig, Samen, Carobmehl, Eiweiß, Tofu und Sojaerzeugnissen; Knabberartikel, Snacks, auch in Riegelform, unter Verwendung von Samen, Trockenfrüchten, Getreidepräparaten, Reis, soweit in Klasse 30 enthalten; Honig, Sirup; Desserts und andere Süßspeisen, auch unter Verwendung von Sojaerzeugnissen; Saaten zu Nahrungszwecken, frisches Obst und Gemüse, Schalenobst, Getreide und Getreideerzeugnisse zu Nahrungszwecken; Fruchtkonzentrate, Obstsirup; Weine, weinhaltige Getränke, Cocktails und Aperitifs auf Spirituosen- oder Weingrundlage“

unter der Nummer 303 16 194 in das Markenregister eingetragen worden.

Dagegen hat u. a. die Inhaberin der am 14. Oktober 1987 für die Waren
„Obst- und Gemüsekonserven, auch sauer konserviert, Tee“

eingetragenen Marke 1 112 741

Klostergarten ,

deren rechtserhaltende Benutzung im Beschwerdeverfahren bestritten wurde, Widerspruch erhoben. Zur Glaubhaftmachung der rechtserhaltenden Benutzung hat die Widersprechende im Beschwerdeverfahren eine eidesstattliche Versicherung, Etiketten, Konservendeckel, Werbematerial und Rechnungen eingereicht.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 11. Januar 2006 durch einen Prüfer des höheren Dienstes u. a. die teilweise Löschung der angegriffenen Marke auf Grund des Widerspruchs aus der Marke 1 112 741, nämlich hinsichtlich der Waren

„Nichtmedizinische Nahrungsmittel, auf der Basis von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, pflanzlichen Wirkstoffen unter Mitverwendung von Knoblauch, Rutin, Weißdorn, Mistel, Artischocke, Brennessel, Wacholder, Distelöl, Weizenkeimöl, Hefe, soweit in Klasse 5 enthalten, vorwiegend in Form von Kapseln, Granulaten und Pasten; Nichtmedizinische Nahrungsmittel, auf der Basis von pflanzlichen Ballaststoffen, Proteinen, pflanzlichen Wirkstoffen unter Mitverwendung von Knoblauch, Rutin, Weißdorn, Mistel, Artischocke, Brennessel, Wacholder, Distelöl, Weizenkeimöl, Hefe, soweit in Klasse 29 enthalten, vorwiegend in Form von Kapseln, Granulaten und Pasten; Nichtmedizinische Nahrungsmittel, auf der Basis von Kohlehydraten, Ballaststoffen, pflanzlichen Wirkstoffen unter Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, unter Mitverwendung von Knoblauch, Rutin, Weißdorn, Mistel, Artischocke, Brennessel, Wacholder, Distelöl, Weizenkeimöl, Hefe, soweit in Klasse 30 enthalten, vorwiegend in Form von Kapseln, Granulaten und Pasten; konserviertes, gekochtes und getrocknetes Gemüse, Trockenfrüchte, Gemüsesäfte, Obst- und Gemüsesalate; Konfitüren, Marmeladen und Gelees; Fertig-

gerichte, nämlich Desserts, Früchte in Dickzucker, eingesäuerte Gemüse, Feinkostsalate, nämlich Fruchtsalate und Gemüsesalate sowie deren Mischungen; Feinkostsalate -Mischungen mit Früchten und Gemüsen; Molkereierzeugnisse, alkoholfreie Milchmischgetränke, Milch und Milcherzeugnisse, Joghurt, auch mit Zusätzen, insbesondere mit Früchten; Kaffee, Tee; Desserts und andere Süßspeisen, auch unter Verwendung von Sojaerzeugnissen; frisches Obst und Gemüse, Schalenobst; Fruchtkonzentrate, Obstsirup; Cocktails“

angeordnet und im Übrigen diesen Widerspruch zurückgewiesen.

Ausgehend von einer zumindest durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und identischen Wortzeichen könne der Grad an Ähnlichkeit zwischen den Waren der angegriffenen Marke und jenen der Widerspruchsmarke zur Feststellung einer Verwechslungsgefahr eher gering sein. Zu den Faktoren, welche zur Beurteilung der Ähnlichkeit heranzuziehen seien, gehörten insbesondere Art, stoffliche Beschaffenheit, Einsatz- und Verwendungszweck, sowie Hersteller und Vertriebswege der in Frage stehenden Waren. Unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Faktoren sei eine Ähnlichkeit, sofern nicht Identität bestehe, für die im Tenor aufgeführten Waren der angegriffenen Marke gegeben. Für die verbleibenden Waren der angegriffenen Marke sei eine Verwechslungsgefahr aufgrund ausreichendem Warenabstands zu den Waren der Widerspruchsmarke dagegen zu verneinen.

Die Löschung der Waren „Molkereierzeugnisse, alkoholfreie Milchmischgetränke, Milch und Milcherzeugnisse, Fruchtkonzentrate, Obstsirup; Weine, weinhaltige Getränke, Cocktails und Aperitifs auf Spirituosen- oder Weingrundlage“ wurde wegen eines weiteren Widerspruchs angeordnet.

Gegen diesen Beschluss hat die aus der Marke 1 112 741 Widersprechende Beschwerde eingelegt und beantragt,

den Beschluss insoweit aufzuheben, als der Widerspruch im Umfang der Waren

Speiseöle; Pilze; Fleisch-, Fisch- und Wurstkonserven; Fertiggerichte, Eintopfgerichte und Menüs, im Wesentlichen bestehend aus Gemüse; Kartoffeln; Suppen, auch in Pulverform; Brühen in gekörnter Form, als Pasten oder Würfel; Kartoffelerzeugnisse; Frucht-, Gemüse- und Nusspasten, Fruchteriegel, Nuss- und/oder Mandelriegel zu Speisezwecken, soweit in Klasse 30 enthalten; Quarkspeisen; Feinkostsalate aus Fleisch, Geflügel, Wild, Fisch; Kefir, Dickmilch, Buttermilch, entrahmte Milch, Molke, geschlagene und ungeschlagene Sahne, eingedickte Milch, Quark, auch mit Zusätzen, insbesondere mit Früchten; Tomatenmark; vegetarische Feinkost; Tofu und Sojaerzeugnissen;

zurückgewiesen wurde und die Marke für diese Waren ebenfalls zu löschen.

Außerdem beantragt sie,

die Anschlussbeschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke zurückzuweisen.

Hinsichtlich der streitgegenständlichen Waren liege eine Verwechslungsgefahr vor.

Auf Seiten der Widerspruchsmarke seien die eingetragenen Waren „Obst- und Gemüsekonserven, auch sauer konserviert“ zu berücksichtigen. Eine rechtserhal-

tende Benutzung der Widerspruchsmarke zur Kennzeichnung dieser Waren sei glaubhaft gemacht. Die eidesstattliche Versicherung vom 11. Juli 2006 enthalte Umsatzangaben hinsichtlich der Waren „Gewürzgurken, Gurkenhappen, Gurkens-ticks, Rote Beete Kugeln und Cornichons“ für die Jahre 1999 bis 2006. Zudem zeigten die weiter eingereichten Unterlagen wie Werbematerial, Etiketten und Rechnungen eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke. Darüber hinaus sei die Benutzung nicht nur für Gemüsekonserven, sondern auch für Obst-konserven auch deshalb glaubhaft gemacht, weil Gurken botanisch Obst seien.

Bei der Widerspruchsmarke sei zumindest von einer durchschnittlichen Kenn-zeichnungskraft auszugehen. Der Begriff „Klostergarten“ sei für Konserven nicht beschreibend, sondern weise eine normale Kennzeichnungskraft auf. Selbst wenn man bei der Widerspruchsmarke einen beschreibenden Anklang annähme, der zu einer Kennzeichnungsschwäche führen könnte, so sei diese jedenfalls durch die langjährige Benutzung in Millionenhöhe überwunden.

Die Markenstelle gehe, insbesondere vor dem Hintergrund der Identität der sich gegenüberstehenden Zeichen, zu Unrecht davon aus, dass die für die angegrif-fene Marke eingetragenen Waren „Speiseöle; Pilze; Fleisch-, Fisch- und Wurst-konserven; Fertiggerichte, Eintopfgerichte und Menüs, im Wesentlichen bestehend aus Gemüse; Kartoffeln; Suppen, auch in Pulverform; Brühen in gekörnter Form, als Pasten oder Würfel; Kartoffelerzeugnisse; Frucht-, Gemüse- und Nusspasten; Fruchteriegel, Nuss- und/oder Mandelriegel zu Speisezwecken, soweit in Klasse 30 enthalten; Quarkspeisen; Feinkostsalate aus Fleisch, Geflügel, Wild, Fisch; Kefir, Dickmilch, Buttermilch, entrahmte Milch, Molke, geschlagene und un-geschlagene Sahne, eingedickte Milch, Quark, auch mit Zusätzen, insbesondere mit Früchten; Tomatenmark; vegetarische Feinkost; Tofu und Sojaerzeugnisse“ einen ausreichenden Abstand von den für die Widerspruchsmarke eingetragenen Waren einhielten. Vielmehr sei eine Ähnlichkeit in Bezug auf Art, Einsatzzweck und Darreichungsform, stoffliche Beschaffenheit sowie Hersteller und Vertriebs-

wege gegeben. Für diese Waren bestehe ebenso wie für die von der Markenstelle gelöschten Waren eine Verwechslungsgefahr mit der Widerspruchsmarke.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen.

Im Wege der Anschlussbeschwerde beantragt sie,

den Beschluss der Markenstelle des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 11. Januar 2006 insoweit aufzuheben, als die angegriffene Marke 303 16 194 „Klostergarten“ für die Waren „Nichtmedizinische Nahrungsmittel, auf der Basis von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, pflanzlichen Wirkstoffen unter Mitverwendung von Knoblauch, Rutin, Weißdorn, Mistel, Artischocke, Brennnessel, Wacholder, Distelöl, Weizenkeimöl, Hefe, soweit in Klasse 5 enthalten, vorwiegend in Form von Kapseln, Granulaten und Pasten; Nichtmedizinische Nahrungsmittel, auf der Basis von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, pflanzlichen Wirkstoffen unter Mitverwendung von Knoblauch, Rutin, Weißdorn, Mistel, Artischocke, Brennnessel, Wacholder, Distelöl, Weizenkeimöl, Hefe, soweit in Klasse 29 enthalten, vorwiegend in Form von Kapseln, Granulaten und Pasten; Nichtmedizinische Nahrungsmittel, auf der Basis von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, pflanzlichen Wirkstoffen unter Mitverwendung von Knoblauch, Rutin, Weißdorn, Mistel, Artischocke, Brennnessel, Wacholder, Distelöl, Weizenkeimöl, Hefe, soweit in Klasse 30 enthalten, vorwiegend in Form von Kapseln, Granulaten und Pasten; Trockenfrüchte; Konfitüren, Marmeladen und Gelees; Fertiggerichte, nämlich Desserts, Früchte in Dickzucker; Joghurt, auch mit Zusätzen, insbesondere mit Früchten; Kaffee, Tee; Desserts und

andere Süßspeisen, auch unter Verwendung von Sojaerzeugnissen; frisches Obst, Schalenobst“ gelöscht wurde.

Auf die mit Schriftsatz vom 7. Juni 2006 erhobene Nichtbenutzungseinrede nach § 43 Abs. 1 S. 1 MarkenG sei eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke lediglich für die Waren „Gemüsekonserven, auch sauer eingelegt, nämlich Gurken-Sticks, Rote-Bete-Kugeln, Delikatess-Gewürzgurken, Gurkenhappen und Cornichons“ glaubhaft gemacht worden, weshalb nur diese Waren im Rahmen des weiteren Verfahrens von Belang seien. Weiterhin sei bei der Beurteilung der Warenähnlichkeit von Lebensmitteln zu berücksichtigen, dass deren Hersteller jeweils klar definierte Bereiche von Lebensmitteln anböten und ihre Marken auch nur hierfür einsetzten. Hierbei könne allein die Tatsache, dass einzelne Handelsketten eine Vielzahl von Lebensmitteln unabhängig von deren Stoffbeschaffenheit, Herstellungsstätten, etc. anböten, keine markenrechtlich relevante Ähnlichkeit dieser Produkte begründen. Vielmehr sei auf die Sichtweise des durchschnittlich informierten Verbrauchers abzustellen, inwieweit dieser auf eine gemeinsame Herkunft der sich gegenüberstehenden Produkte schließe. Darüber hinaus sei die Markenstelle in ihrem Beschluss vom 11. Januar 2006 zu Unrecht von einem Schutz der Widerspruchsmarke für alle eingetragenen Waren ausgegangen. Bei den gelöschten Waren „Trockenfrüchte; Konfitüren, Marmeladen und Gelees; Fertiggerichte, nämlich Desserts, Früchte in Dickzucker; Joghurt, auch mit Zusätzen, insbesondere mit Früchten; Kaffee, Tee; Desserts und andere Süßspeisen, auch unter Verwendung von Sojaerzeugnissen; frisches Obst, Schalenobst“ bestehe jedoch weder nach der Stoffbeschaffenheit, noch nach dem üblichen Einsatzzweck sowie den üblichen Herstellungsstätten eine hinreichende Warenähnlichkeit mit den hier relevanten Waren der Widerspruchsmarke. Insbesondere stellten Hersteller von sauer konservierten Essiggurken, Cornichons und Rote-Bete-Kugeln grundsätzlich keine derartigen Produkte her bzw. vertrieben diese unter ein und derselben Marke. In Bezug auf die gelöschten Waren „Nichtmedizinische Nahrungsmittel, auf der Basis von ..., soweit in Klasse 5 enthalten, vorwiegend in Form von Kapseln, Granulaten und Pasten; Nichtmedizinische Nahrungs-

mittel, auf der Basis von ..., soweit in Klasse 29 enthalten, vorwiegend in Form von Kapseln, Granulaten und Pasten; Nichtmedizinische Nahrungsmittel, auf der Basis von ..., soweit in Klasse 30 enthalten, vorwiegend in Form von Kapseln, Granulaten und Pasten“ sei demgegenüber zu beachten, dass es sich hierbei um künstlich zusammengesetzte Produkte mit einer Vielzahl an Inhaltsstoffen handle, welche sich sowohl in ihrer stofflichen Beschaffenheit als auch im Verwendungszweck von den natürlichen Produkten Gurken, Cornichons und Rote-Bete-Kugeln der Widerspruchsmarke unterschieden.

Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten, einschließlich des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 29. November 2007 Bezug genommen.

II.

1. Die zulässige Beschwerde der aus der Marke Nr. 1 112 741 Widersprechenden hat in der Sache teilweise Erfolg, nämlich soweit der Widerspruch hinsichtlich der Waren „Pilze; Suppen, auch in Pulverform; Brühen in gekörnter Form, als Pasten oder Würfel, auch mit Zusatz von Fleischextrakten und/oder Hefeextrakten; Kartoffelerzeugnisse; Gemüsepasten zu Speisezwecken, soweit in Klasse 30 enthalten; Sojaprodukte für Speisezwecke; Tomatenmark; vegetarische Feinkost“ zurückgewiesen worden ist, da auch insoweit eine Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG besteht.

Der Antrag der Widersprechenden, die Marke für die Waren „Sojaerzeugnisse“ zu löschen, ist dabei dahin auszulegen, dass die Löschung der Waren „Sojaprodukte für Speisezwecke“ begehrt wird, denn die Begriffe „Sojaprodukte“ und „Sojaerzeugnisse“ sind gleichbedeutend und das Warenverzeichnis der angegriffenen Marke enthält als selbständig angemeldeten Begriff nur die „Sojaprodukte für Speisezwecke“, das Wort „Sojaerzeugnisse“ ist dagegen in eine Formulierung wie „...auch unter Verwendung von Sojaerzeugnissen“ eingebettet und stellt damit keinen selbständig angemeldeten Warenbegriff dar. In der mündlichen Verhand-

lung hat die Widersprechende auch klargestellt, dass sie die Löschung der Waren „Sojaprodukte für Speisezwecke“ begehrt.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat im Beschwerdeverfahren zulässig die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke gemäß § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG bestritten. Für den insoweit maßgeblichen Zeitraum 3. April 2003 bis 3. April 2008 hat die Widersprechende eine rechtserhaltende Benutzung hinsichtlich der Waren „Gemüsekonserven“ glaubhaft gemacht. Sie hat eine eidesstattliche Versicherung vorgelegt, in der für die einzelnen Waren „Gewürzgurken, Gurkenhappen, Gurkensticks, Rote Beete Kugeln und Cornichons“ Umsätze in Millionenhöhe angegeben sind, jeweils aufgeschlüsselt für die Jahre 1999 bis 2006. Auf den beigefügten Etiketten ist die Wortmarke „Klostergarten“ markenmäßig angebracht. Die veränderte Schriftart, der rote Hintergrund und die weiße Umrahmung ändern den kennzeichnenden Charakter nicht, da es sich um werbeübliche Gestaltungen handelt. Die Waren „Gewürzgurken, Gurkenhappen, Gurkensticks, Rote Beete Kugeln und Cornichons“ sind unter den eingetragenen Begriff „Gemüsekonserven“ der Widersprechenden zu subsumieren. Entgegen der Ansicht der Widersprechenden handelt es sich bei „Gewürzgurken, Gurkenhappen, Gurkensticks, und Cornichons“ nicht um Obstkonserven. Die Widersprechende macht zwar geltend, dass Gurken botanisch als Obst anzusehen seien. Für die Auslegung des Warenverzeichnisses ist hier aber nicht die Terminologie und Kategorienbildung der Biologen maßgeblich, sondern der übliche Sprachgebrauch im Lebensmittelbereich. Die Gurkenkonserven sind daher als Gemüsekonserven einzuordnen. So zählen nach der Terminologie im Lebensmittelbereich auch Gewürz-, Salz-, Zucker-, Senf- und Dillgurken sowie Cornichons zu den Gemüsedauerwaren (vgl. Ternes/Täufel/Tunger/Zobel, Lebensmittellexikon, 4. Aufl. S. 667 Tabelle mit Beispielen von Gemüsedauerwaren). Allerdings sind im Wege der erweiterten Minimalösung für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr nicht die speziellen Gurken- und Rote Beete-Produkte der Widersprechenden maßgeblich, sondern der nächsthöhere Warenoberbegriff der Gemüsekonserven, da der Markeninhaber nicht ungebührlich in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eingeschränkt

werden darf und deshalb nicht auf die tatsächlich gegenwärtig vertriebene Packungsgröße, konkrete Zusammensetzung der Ware, deren Preisgestaltung, Abgabeform, die Vertriebswege oder die Abnehmerkreise festgelegt werden darf (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl. § 26 Rdn. 139).

Entgegen der Ansicht der Widersprechenden hat die Widerspruchsmarke allerdings eher eine unterdurchschnittliche Kennzeichnungskraft. In Klostergärten wird üblicherweise eine Vielzahl von Gemüse angebaut. Es wird auch teilweise damit geworben, wenn ein Produkt aus einem Klostergarten bzw. aus einer Klostergärtnerei stammt. Auch wenn sich das Gemüse in einem Klostergarten nicht notwendig von anderem Gemüse unterscheidet, so hat die Bezeichnung „Klostergarten“ doch die Anmutung, dass das Produkt naturnah angebaut wurde. Für Gemüsekonserven hat die Bezeichnung daher von Hause aus eine geringe Unterscheidungskraft, da der Verkehr damit die Vorstellung verbindet, dass das konservierte Gemüse aus einem Klostergarten stammt bzw. in ähnlicher Weise wie in einem Klostergarten kultiviert worden ist. Selbst der geltend gemachte Umsatz in Millionenhöhe mit Waren, die mit der Widerspruchsmarke gekennzeichnet waren, führt noch nicht ohne weiteres zu einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft. Hinzu kommt, dass die Wettbewerbssituation nicht im Einzelnen dargelegt wurde, so dass insgesamt eher von einer unterdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft auszugehen ist.

Doch auch wenn man von einer unterdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ausgeht, ist die Ähnlichkeit zwischen Gemüsekonserven und den Waren „Pilze; Suppen, auch in Pulverform; Brühen in gekörnter Form, als Pasten oder Würfel, auch mit Zusatz von Fleischextrakten und/oder Hefeextrakten; Kartoffelerzeugnisse; Gemüsepasten zu Speisezwecken, soweit in Klasse 30 enthalten; Sojaprodukte für Speisezwecke; Tomatenmark; vegetarische Feinkost“ zu groß, um bei einer identischen Kennzeichnung eine Verwechslungsgefahr zu verhindern.

Bei der Beurteilung der Ähnlichkeit der beiderseitigen Waren sind alle erheblichen Faktoren zu berücksichtigen, die das Verhältnis zwischen den Waren kennzeichnen; hierzu gehören insbesondere ihre Beschaffenheit, ihre regelmäßige betriebliche Herkunft, ihre regelmäßige Vertriebs- oder Erbringungsart, ihr Verwendungszweck und ihre Nutzung, ihre wirtschaftliche Bedeutung und ihre Eigenart als miteinander konkurrierende oder sich ergänzende Produkte (zur Definition der Ähnlichkeit von Waren/Dienstleistungen vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl. § 9 Rdn. 44). Insbesondere kommt es darauf an, ob der Verkehr (bei gleicher Kennzeichnung) erwartet, dass die beiderseitigen Waren unter der Kontrolle desselben Unternehmens hergestellt oder vertrieben werden, welches für ihre Qualität verantwortlich ist.

Pilze sind zwar botanisch keine Pflanzen, von denen sie sich vor allem durch das Fehlen der auf Chlorophyll basierenden Photosynthese unterscheiden. Im allgemeinen Sprachgebrauch spricht man allerdings von „Pilzgemüse“. Es kann dahingestellt bleiben, ob deshalb „Pilzkonserven als Gemüsekonserven anzusehen wären, denn jedenfalls besteht eine hinreichende Ähnlichkeit zwischen Pilzen und Gemüsekonserven. Pilze können teilweise in Gärten kultiviert werden. Sie kommen u. a. in konservierter Form auf den Markt. Die angegriffenen Waren „Suppen, auch in Pulverform; Brühen in gekörnter Form, als Pasten oder Würfel, auch mit Zusatz von Fleischextrakten und/oder Hefeextrakten; Gemüsepasten zu Speisezwecken, soweit in Klasse 30 enthalten“ können weitgehend aus Gemüse hergestellt sein, z. B. bei Gemüsebrühe, so dass auch insoweit noch eine Ähnlichkeit mit Gemüsekonserven besteht. „Kartoffelerzeugnisse; Sojaprodukte für Speisezwecke; Tomatenmark; vegetarische Feinkost“ werden aus Gemüse hergestellt und können als Konserven angeboten werden. Sie können mit Gemüsekonserven identisch, zumindest aber hochgradig ähnlich sein.

2. Soweit die Widersprechende die Löschung der Waren „Speiseöle; Fleisch-, Fisch- und Wurstkonserven; Fertiggerichte, Eintopfgerichte und Menüs, im Wesentlichen bestehend aus Gemüse; Kartoffeln; Frucht-, und Nusspasten, Früchte-

riegel, Nuss- und/oder Mandelriegel zu Speisezwecken, soweit in Klasse 30 enthalten; Quarkspeisen; Feinkostsalate aus Fleisch, Geflügel, Wild, Fisch; Kefir, Dickmilch, Buttermilch, entrahmte Milch, Molke, geschlagene und ungeschlagene Sahne, eingedickte Milch, Quark, auch mit Zusätzen, insbesondere mit Früchten; Tofu“ begehrt, hat der Widerspruch keinen Erfolg.

„Speiseöle; Fleisch-, Fisch- und Wurstkonserven; Frucht-, und Nusspasten, Fruchteriegel, Nuss- und/oder Mandelriegel zu Speisezwecken, soweit in Klasse 30 enthalten; Quarkspeisen; Feinkostsalate aus Fleisch, Geflügel, Wild, Fisch; Kefir, Dickmilch, Buttermilch, entrahmte Milch, Molke, geschlagene und ungeschlagene Sahne, eingedickte Milch, Quark, auch mit Zusätzen, insbesondere mit Früchten“ stehen den Gemüsekonserven zu fern, um noch von einer Ähnlichkeit der Waren bzw. einer Verwechslungsgefahr ausgehen zu können. Allein dass diese Waren teilweise als Zutaten zu Gemüsekonserven in Betracht kommen können, führt nicht zur Warenähnlichkeit. Auch wenn „Fleisch-, Fisch- und Wurstkonserven“ ebenfalls konservierte Nahrungsmittel darstellen, so wird der Verkehr wegen der unterschiedlichen Ausgangsprodukte die Waren nicht dem gleichen oder miteinander verbundenen Unternehmen zuordnen. Die Herstellungsbetriebe und die Verarbeitungsweise sind in der Regel verschieden. Wenn einzelne große Firmen Konserven mit ganz unterschiedlichen Lebensmitteln auf dem Markt anbieten, so reicht dies noch nicht, um beim Verkehr die Auffassung zu bewirken, dass alle Konserven, die identisch gekennzeichnet sind, von den gleichen Betrieben stammen, ohne Ansehung des Inhalts der Konserven. Auch bei Konservenmilch wird der Verkehr nicht annehmen, dass sie aus einem Betrieb stammt, der Gemüsekonserven herstellt, da die verwendeten (Vor)Produkte zu unterschiedlich sind.

Hinsichtlich der Waren „Fertiggerichte, Eintopfgerichte und Menüs, im Wesentlichen bestehend aus Gemüse“ ist zu berücksichtigen, dass diese Waren nicht als selbständiger Oberbegriff angemeldet sind, sondern als Teil einer komplexen Formulierung, nämlich „Fertiggerichte, Eintopfgerichte und Menüs, im Wesentlichen bestehend aus pflanzlichen Fetten, Fleisch und/oder Gemüse, Getreidepro-

dukten, Kartoffeln, Reis, Nudeln, auch unter Mitverwendung von Sojaweißzubereitungen (Tofu) und anderen Sojabohnenerzeugnissen und unter Zugabe von Kräutern und/oder Gewürzen“. Abgesehen davon, dass bei Streichung des Wortes „Gemüse“ im Warenverzeichnis mehr versagt würde als angegriffen, da z. B. ein Fertiggericht, welches „im Wesentlichen aus Gemüse“ besteht, etwas anderes ist als ein Fertiggericht, das „im Wesentlichen aus Gemüse und Nudeln“ besteht, kann eine Entscheidung im Widerspruchsverfahren nicht darauf gerichtet sein, dass im Warenverzeichnis bei übergreifenden Warenangaben (nur) einzelne Wörter gestrichen werden, sondern sie muss darauf gerichtet sein, dass die Löschung von Waren angeordnet wird, die im Verzeichnis als vollständiger und selbständiger Begriff aufgeführt sind und deren Streichung daher möglich ist, ohne dass - anders als vorliegend - ein neuformulierter Ausnahmevermerk erforderlich ist. Hier würde dagegen die beantragte Löschung eines speziellen Warenbereichs aus dem registrierten Warenverbund dazu führen, dass die komplexe Formulierung insgesamt verändert werden müsste. Das Begehren, bestimmte Waren durch einen Ausnahmevermerk von der Eintragung auszunehmen, ist unzulässig, da die Markenstelle bzw. der Senat nicht die Befugnis haben, ohne Antrag des Anmelders Ausnahmevermerke und Disclaimer anzubringen. Hinsichtlich des Antrags, die Waren „Kartoffeln“ zu löschen, ist zu berücksichtigen, dass dieser Begriff ebenfalls in die genannte komplexe Formulierung eingebunden ist und „Kartoffeln“ nicht als selbständig angemeldete Waren im Warenverzeichnis enthalten sind, so dass auch insoweit der Antrag der Widersprechenden unzulässig ist.

Hinsichtlich des Antrags der Widersprechenden, die Waren „Tofu“ zu löschen, kann entgegen der in der mündlichen Verhandlung von ihr geäußerten Ansicht nicht davon ausgegangen werden, dass sich der Antrag insoweit gegen die angemeldeten „Tofuerzeugnisse zu Speisezwecken“ richtet. Der Begriff „Tofuerzeugnisse“ ist weitergehend und etwas anderes als „Tofu“.

3. Die Anschlussbeschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke hat lediglich teilweise Erfolg, nämlich hinsichtlich der Waren „Konfitüren, Marmeladen und Ge-

lees; Fertiggerichte, nämlich Desserts, Früchte in Dickzucker, Joghurt, auch mit Zusätzen, insbesondere mit Früchten; Kaffee, Tee; Desserts und andere Süßspeisen, auch unter Verwendung von Sojaerzeugnissen“.

Da im Beschwerdeverfahren wegen der zu berücksichtigenden Einrede der Nichtbenutzung auf Seiten der Widerspruchsmarke - wie bereits ausgeführt - lediglich die Waren „Gemüsekonserven“ zu berücksichtigen sind, kommt es für die Frage der Warenähnlichkeit darauf an, inwieweit die angegriffenen Waren mit diesen ähnlich sind. Hinsichtlich der Waren „Konfitüren, Marmeladen und Gelees; Fertiggerichte, nämlich Desserts, Früchte in Dickzucker, Joghurt, auch mit Zusätzen, insbesondere mit Früchten; Kaffee, Tee; Desserts und andere Süßspeisen, auch unter Verwendung von Sojaerzeugnissen“ liegt eine solche Ähnlichkeit nicht vor. Diese Produkte werden weitgehend nicht aus bzw. ohne Gemüse hergestellt. Auch ist die Art der Verarbeitung unterschiedlich. Allein der Umstand, dass Obst und Gemüse von den gleichen Betrieben angebaut werden können oder Obst- und Gemüsekonserven in den Kaufhäusern in räumlicher Nähe zum Verkauf angeboten werden, führt nicht dazu, dass der Verkehr annimmt, dass die vorliegend sehr unterschiedlich verarbeiteten Endprodukte von den gleichen Betrieben stammen. Selbst wenn vereinzelt Betriebe Obst- und Gemüsekonserven herstellen und vertreiben, so führt das nicht dazu, dass auch andere Produkte, bei denen Obst zu einem neuen andersartigen Produkt mit verarbeitet wurde, als vom gleichen Betrieb stammend angesehen wird.

4. Hinsichtlich der Waren „Nichtmedizinische Nahrungsmittel, auf der Basis von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, pflanzlichen Wirkstoffen unter Mitverwendung von Knoblauch, Rutin, Weißdorn, Mistel, Artischocke, Brennessel, Wacholder, Distelöl, Weizenkeimöl, Hefe, soweit in Klasse 5 enthalten, vorwiegend in Form von Kapseln, Granulaten und Pasten; Nichtmedizinische Nahrungsmittel, auf der Basis von pflanzlichen Ballaststoffen, Proteinen, pflanzlichen Wirkstoffen unter Mitverwendung von Knoblauch, Rutin, Weißdorn, Mistel, Artischocke, Brennessel, Wacholder, Distelöl, Weizenkeimöl, Hefe, soweit in Klasse 29 enthal-

ten, vorwiegend in Form von Kapseln, Granulaten und Pasten; Nichtmedizinische Nahrungsmittel, auf der Basis von Kohlehydraten, Ballaststoffen, pflanzlichen Wirkstoffen unter Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, unter Mitverwendung von Knoblauch, Rutin, Weißdorn, Mistel, Artischocke, Brennessel, Wacholder, Distelöl, Weizenkeimöl, Hefe, soweit in Klasse 30 enthalten, vorwiegend in Form von Kapseln, Granulaten und Pasten; Trockenfrüchte; frisches Obst, Schalenobst“ hat die Anschlussbeschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke dagegen keinen Erfolg.

Soweit die Inhaberin der angegriffenen Marke hinsichtlich der Waren „Nichtmedizinische Nahrungsmittel, auf der Basis von Vitaminen, ..., soweit in Klasse 5 enthalten, vorwiegend in Form von Kapseln, Granulaten und Pasten; Nichtmedizinische Nahrungsmittel, auf der Basis von pflanzlichen Ballaststoffen, ..., soweit in Klasse 29 enthalten, vorwiegend in Form von Kapseln, Granulaten und Pasten; Nichtmedizinische Nahrungsmittel, auf der Basis von Kohlehydraten, ..., soweit in Klasse 30 enthalten, vorwiegend in Form von Kapseln, Granulaten und Pasten“ in ihrem Antrag teilweise von der eingetragenen Formulierung abweicht, indem sie auch bei den Waren der Klassen 29 und 30 die Formulierung „... auf der Basis von Vitaminen ...“ statt „... auf der Basis von pflanzlichen Ballaststoffen, ...“ bzw. „...von Kohlehydraten, ...“ verwendet, handelt es sich um einen offensichtlichen Schreibfehler. Dass die Inhaberin der angegriffenen Marke ihr Warenverzeichnis durch die Anschlussbeschwerde ändern wollte, ist nicht erkennbar. Auch hat sie in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass sie die im Warenverzeichnis gewählte Fassung beibehalten will.

Diese Waren weisen jedoch noch eine hinreichende Ähnlichkeit zu Gemüsekonserven auf, so dass wegen der Identität der Marken noch mit einer Verwechslungsgefahr zu rechnen ist.

Bei den Waren „Nichtmedizinische Nahrungsmittel, auf der Basis von Vitaminen, ..., soweit in Klasse 5 enthalten, vorwiegend in Form von Kapseln, Granulaten und

Pasten; Nichtmedizinische Nahrungsmittel, auf der Basis von pflanzlichen Ballaststoffen, ..., soweit in Klasse 29 enthalten, vorwiegend in Form von Kapseln, Granulaten und Pasten; Nichtmedizinische Nahrungsmittel, auf der Basis von Kohlenhydraten, ..., soweit in Klasse 30 enthalten, vorwiegend in Form von Kapseln, Granulaten und Pasten“ handelt es sich um Nahrungsmittel, die auch im Wesentlichen aus Gemüse hergestellt sein können und sogar als Konserven angeboten werden könnten. Der im Verzeichnis jeweils enthaltene Zusatz „vorwiegend in Form von Kapseln, Granulaten und Pasten“ schließt nicht aus, dass diese Waren auch als konserviertes Gemüse angeboten werden könnten.

Die Waren „Trockenfrüchte; frisches Obst, Schalenobst“ stehen Gemüsekonserven ebenfalls noch zu nahe, um eine Verwechslungsgefahr bei identischer Kennzeichnung auszuschließen. Da Gemüse und Obst häufig in den gleichen Betrieben angebaut werden können und der Verkauf von frischem, getrocknetem und konserviertem Obst und Gemüse in diesen Betrieben auch nebeneinander erfolgen könnte, besteht die Gefahr, dass die angesprochenen Verkehrskreise diese Waren, die nebeneinander lediglich frisch oder konserviert angeboten werden, jedoch dadurch jeweils noch nicht zu einem völlig anderen Endprodukt werden, bei identischer Kennzeichnung dem gleichen Unternehmen zuordnen könnten, so dass zwischen diesen Waren noch eine hinreichende Warenähnlichkeit besteht und bei den vorliegend identischen Zeichen noch mit rechtserheblichen Verwechslungen zu rechnen ist.

5. Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bot der Streitfall keinen Anlass, § 71 Abs. 1 MarkenG.

Kliems

Merzbach

Bayer

Na