



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 143/05

(AktENZEICHEN)

An Verkündungs statt
zugestellt am
20.06.2008

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die international registrierte Marke 692 254

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 21. April 2008 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Vogel von Falckenstein, des Richters Paetzold und der Richterin Hartlieb

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Widersprechenden werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 9 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 23. Juli 2003 und 1. Juli 2005 insoweit aufgehoben, als darin der Widerspruch aus der Marke IR 546 063 hinsichtlich der Waren der Klasse 30 „Café, thé, cacao; sucre; succédanés du café; glaces comestibles; miel, sirop de mélasse; glace à rafraîchir“ sowie der Klasse 32 „Bières; eaux minérales et gazeuses et autres boissons non alcooliques; boissons de fruits et jus de fruits; sirops et autres préparations pour faire des boissons“ zurückgewiesen wurde.
2. Aufgrund des Widerspruchs aus der Marke IR 546 063 wird der schutzsuchenden Marke IR 692 254 teilweise, nämlich für die unter Ziffer 1. aufgeführten Waren, der Schutz verweigert.
3. Im Übrigen wird die Beschwerde der Widersprechenden zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die unter der Nummer IR 692 254 seit dem 24. April 1998 für folgende Waren

Appareils et instruments scientifiques, nautiques, géodésiques, électriques, photographiques, cinématographiques, optiques, de pesage, de mesurage, de signalisation, de contrôle (inspection), de secours (sauvetage) et d'enseignement; appareils pour l'enregistrement, la transmission, la reproduction du son ou des images; supports d'enregistrement magnétiques; disques acoustiques; distributeurs automatiques et mécanismes pour appareils à prépaiement; caisses enregistreuses, machines à calculer, équipement pour le traitement de l'information et les ordinateurs; extincteurs; programmes d'ordinateurs enregistrés.

Appareils d'éclairage, de chauffage, de production de vapeur, de cuisson, de réfrigération, de séchage, de ventilation, de distribution d'eau et installations sanitaires.

Café, thé, cacao; sucre; riz; tapioca; sagou; succédanés du café; farines et préparations faites de céréales, pain, pâtisserie et confiserie, glaces comestibles; miel, sirop de mélasse; levure, poudre pour faire lever; sel, moutarde; vinaigre, sauces (condiments); épices; glace à rafraîchir.

Bières; eaux minérales et gazeuses et autres boissons non alcooliques; boissons de fruits et jus de fruits; sirops et autres préparations pour faire des boissons

international registrierte Wort/Bildmarke



- veröffentlicht am 2. Juli 1998 - sucht um Schutz nach für die Bundesrepublik Deutschland.

Widerspruch erhoben wurde aus der unter der Nummer IR 546 063 am 9. März 1989 - mit Teilschutz für die Bundesrepublik Deutschland für folgende Waren

05 Jus de fruits vitaminés et/ou diététiques, boissons de fruits vitaminées et/ou diététiques et, plus généralement, boissons, notamment à base de vitamines et de sels minéraux et, plus généralement encore, boissons destinées aux sportifs, boissons de l'effort et boissons diététiques, sirops et préparations liquides ou non, pour faire des boissons; eaux minérales et gazeuses; viande, poisson, volaille et gibier; extraits de viande; fruits en sirop; fruits et légumes conservés, séchés et cuits; oeufs; yaourts et, notamment, yaourts à boire et, plus généralement, lait et produits laitiers, boissons lactées, aromatisées ou non; huiles et graisses comestibles; sauces à salade; conserves; café; thé, sucre, riz, tapioca, sagou, succédanés du café; boissons à base de café; farines et préparations faites de céréales; miel, sirop de mélasse; levure, poudre pour faire lever; sel, moutarde; vinaigre; sauces (à l'exception des sauces à salade); épices; glace à rafraîchir; fruits et légumes frais; produits agricoles, horticoles, forestiers et graines, non compris dans d'autres classes; animaux vivants; semences, plantes et fleurs naturelles; aliments pour les animaux, malt; l'ensemble des produits précités sous forme de produits diététiques à usage médical.

- 29 Viande, poisson, volaille et gibier; extraits de viande; fruits en sirop; fruits et légumes conservés, séchés et cuits; oeufs; yaourts et, notamment, yaourts à boire et, plus généralement, lait et produits laitiers, boissons lactées, aromatisées ou non; huiles et graisses comestibles; sauces à salades; conserves.
- 30 Café, thé, sucre, riz, tapioca, sagou, succédanés du café; boissons à base de café; farines et préparations faites de céréales; miel, sirop de mélasse; levure, poudre pour faire lever; sel, moutarde; vinaigre, sauces (à l'exception des sauces à salade); épices; glace à rafraîchir.
- 31 Fruits et légumes frais; produits agricoles, horticoles, forestiers et graines, non compris dans d'autres classes; animaux vivants; semences, plantes et fleurs naturelles; aliments pour les animaux, malt.
- 32 Jus de fruits, boissons de fruits, boissons aux fruits, boissons de jus de fruits; sirops et préparations, liquides ou non, pour faire des boissons; eaux minérales et gazeuses et, encore plus généralement, toutes boissons non alcooliques, bières; jus de fruits vitaminés et/ou diététiques non à usage médical, boissons de fruits vitaminées et/ou diététiques non à usage médical et, plus généralement, toutes boissons, notamment à base de vitamines et de sels minéraux et, plus généralement encore, boissons destinées aux sportifs, boissons de l'effort et boissons diététiques non à usage médical.
- 33 Cocktails, apéritifs et, plus généralement, vins, spiritueux et liqueurs et, encore plus généralement, boissons alcooliques.
- 35 Services liés à une activité de publicité et d'affaires; services liés à une activité de franchisage, notamment dans le domaine des produits alimentaires, à savoir aide dans l'exploitation ou la direction d'une entreprise commerciale.

- 41 Services liés à une activité de franchisage, notamment dans le domaine des produits alimentaires, à savoir formation de base du personnel.
- 42 Services liés à une activité de franchisage, notamment dans le domaine des produits alimentaires, à savoir transfert (mise à disposition) de savoir-faire, concession de licences.

- international registrierten Wort/Bildmarke

R E A

Die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke ist bestritten. Das gegen diese durchgeführte Widerspruchsverfahren wurde am 12. Februar 2001 nach Eingang der Schlussmitteilung des Deutschen Patent- und Markenamtes über die Schutzbewilligung abgeschlossen.

Die Markenstelle für Klasse 9 des Deutschen Patent- und Markenamtes hat den Widerspruch in zwei Beschlüssen – einer davon ist im Erinnerungsverfahren ergangen - wegen fehlender Verwechslungsgefahr zurückgewiesen. Bei teils identischen und teils enger ähnlichen Waren seien die strengen Anforderungen an den Markenabstand eingehalten. Die Erstprüferin ist davon ausgegangen, dass der Wortbestandteil „RHEA“ innerhalb der angegriffenen Marke nicht prägend sei. Die Einzelbestandteile der angegriffenen Marke erweckten – durch die blockförmige Anordnung - optisch den Eindruck der Zusammengehörigkeit; zudem sei der enthaltene Bildbestandteil hinsichtlich der entscheidungserheblichen Waren kennzeichnungskräftig; er sei auch wegen seiner Größe nicht lediglich ein ausschmückendes Element. Der Wortbestandteil „RHEA VENDORS“ bilde einen einheitlichen Gesamtbegriff („RHEA-Verkäufer“).

Die hiergegen eingelegte Erinnerung der Widersprechenden blieb erfolglos. Die Erinnerungsprüferin hat zwar eine prägende Bedeutung der beiden Wortbestandteile in der angegriffenen Marke angenommen, aber eine Verkürzung der angegriffenen Marke allein auf „RHEA“ verneint. Bei „RHEA VENDORS“ handele es sich zum einen um eine kurze und prägnante Wortverbindung, für die kein Bedürfnis zur Verkürzung bestehe, zum anderen sei das fremdsprachige Wort „VENDORS“ für einen Teil der deutschen Verkehrskreise ebenso als Phantasiebegriff wie das vorangestellte Wort „RHEA“, da die beiden Bedeutungen „Verkäufer“ und „Verkaufsautomat“ insbesondere bei Käufern niedrigpreisiger Waren nicht geläufig sein dürften. Anhaltspunkte für eine assoziative Verwechslungsgefahr lägen nicht vor.

Hiergegen hat die Widersprechende Beschwerde eingelegt. Sie hat im Wesentlichen ausgeführt, es bestehe klangliche Verwechslungsgefahr, da der Wortbestandteil „RHEA“ der angegriffenen Marke allein prägend sei, die anderen Bestandteile dagegen rein beschreibend. Der Bildbestandteil, der eine bestimmte Art der Darreichung eines Getränks zeige, untermale lediglich den zweiten Wortbestandteil „VENDORS“, indem er auf dessen Bedeutung hinweise. Für einen wesentlichen Teil des Publikums sei der Begriff „vendor“ in der Bedeutung „Verkaufsautomat“ bekannt, ein „Rhea-Vendor“ werde daher als Automat verstanden, aus dem „Rhea“ verkauft werde, oder aber auch als das Produkt selbst, das damit verkauft werde. Hinsichtlich der Waren in Klasse 32 sowie eines Teils der Waren der Klasse 30 liege jedenfalls Warenidentität vor.

Auf die Nichtbenutzungseinrede der Markeninhaberin hat die Widersprechende Unterlagen zur Glaubhaftmachung vorgelegt und führt hierzu aus, Zeitraum und Umfang der Benutzung ergäben sich aus der eidesstattlichen Versicherung und den beigefügten Verkaufsrechnungen, es seien Mindestzahlen genannt, eine Zusammenstellung der Verkaufszahlen in der eidesstattlichen Versicherung sei nicht erforderlich. Der Verkauf der an sich für den französischen Markt bestimmten Fruchtsaftgetränke an die in Deutschland stationierten französischen Streitkräfte

und an Läden in Grenznähe reiche für eine sinnvolle rechtserhaltende Benutzung aus; wie bei der zur Benutzung für Zigaretten ergangenen Entscheidung des BGH „DARCY“ handle es sich bei Säften ebenfalls um die Lieferung von Massenprodukten. Die Form der benutzten Marke könne sich in einem gewissen Rahmen auch verändern, der Verbraucher nehme aber die Marke „REA“ wahr, da die Marke in der tatsächlich benutzten Form lediglich bildhaft ausgeschmückt sei.

Die Widersprechende beantragt,

die angefochtenen Beschlüsse der Markenstelle vom 23. Juli 2003 und vom 1. Juli 2005 aufzuheben und der angegriffenen Marke den Schutz für Deutschland zu verweigern.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Markeninhaberin bezieht sich im Wesentlichen auf die Beschlüsse der Markenstelle. Sie bestreitet weiter die Benutzung der Widerspruchsmarke, da die Benutzungsform abweichend und der Umfang der behaupteten Benutzung für Fruchtsäfte zu gering sei. Es seien zwar Umsatzzahlen in der eidesstattlichen Versicherung genannt, diese seien aber nicht genau bezeichnet und nur mit besonderem Aufwand erkennbar; die benannte Ware sei nicht genau zu identifizieren, da die Produktbezeichnungen unklar seien. Die Belieferung sei speziell nur an ausländische Verbraucher erfolgt, ein Vertrieb sei nur für das Grenzland, nicht aber für den inländischen Markt bestimmt gewesen. Die Entscheidung des BGH „DARCY“ könne nicht herangezogen werden, dort sei durch jahrzehntelange Belieferung mit einer Zigarettenmarke eine Gewöhnung und Markentreue festgestellt worden, eine derartige Markenverbundenheit bestehe aber bei Säften nicht. Da es sich bei der Widerspruchsmarke um eine Wort/Bildmarke handle, sei durch die abweichende Benutzung der kennzeichnende Charakter verändert.

Klangliche Verwechslungsgefahr sei auszuschließen, zum einen werde der Wortbestandteil „RHEA“ ebenso wie „VENDORS“ englisch ausgesprochen, zum anderen sei der Bestandteil „VENDORS“ mit zu berücksichtigen, zumal der Durchschnittsverbraucher die Bedeutung „Verkaufsautomat“ nicht erkennen werde. Soweit der Fachverkehr betroffen sei, erfolge die Bestellung von Automatenprodukten nicht mündlich, sondern schriftlich; im Übrigen erfolge die Wahrnehmung bei der Bedienung des Automaten optisch.

Selbst bei einem unterstellten Verständnis im Sinne von „Verkaufsautomat“ beschreibe „VENDORS“ jedenfalls die Waren der Klasse 32 nicht unmittelbar, da der Zusammenhang fern liegend sei. Auch der Bildbestandteil müsse berücksichtigt werden, da er zumindest bei Fruchtsäften nicht beschreibend sei.

Bei unterstellter Benutzung bestehe bis auf nichtalkoholische Getränke in Klasse 32 Warenunähnlichkeit.

Ergänzend wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Widersprechenden hat in der Sache zum Teil, nämlich in dem im Tenor ausgesprochenem Umfang, Erfolg. Insoweit besteht nach Auffassung des Senats zwischen der Schutz suchenden IR-Marke und der Widerspruchsmarke die Gefahr von Verwechslungen (§§ 9 Abs. 1 Nr. 2, 43 Abs. 2 Satz 1, 107, 111, 114 MarkenG). Dagegen erachtet der Senat für die sonstigen Waren der Schutz suchenden IR-Marke eine Verwechslungsgefahr nicht für gegeben, so dass die Beschwerde der Widersprechenden im Übrigen zurückzuweisen war.

Die Frage der Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der zueinander in Wechselbeziehung stehenden Faktoren der Ähnlichkeit der Marken, der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren sowie der

Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke zu beurteilen, wobei insbesondere ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Marken durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Waren ausgeglichen werden kann und umgekehrt (BGH in st. Rspr. vgl. GRUR 2005, 513 - MEY/Ella May; GRUR 2004, 865, 866 – Mustang; GRUR 2004, 598, 599 – Kleiner Feigling; GRUR 2004, 783, 784 – NEURO-VIBOLEX/NEURO-FIBRAFLEX).

1. Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat die Einrede mangelnder Benutzung der Widerspruchsmarke nach § 43 Abs. 1 S. 2 MarkenG erhoben.

Bei der Entscheidung über den Widerspruch können damit nur die Waren berücksichtigt werden, für die von der Widersprechenden eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke für den Benutzungszeitraum des § 43 Abs. 1 S. 2 MarkenG glaubhaft gemacht worden ist (§ 43 Abs. 1 Satz 3 MarkenG). Die Widersprechende hatte daher die Benutzung der Marke nach § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG glaubhaft zu machen für die Zeit innerhalb der letzten fünf Jahre vor dieser Beschwerdeentscheidung, nämlich von Mai 2003 bis Mai 2008 (vgl. Ströbele/Hacker MarkenG, 8. Aufl. § 43 Rdn. 9 ff., 30 ff.).

a) Für den maßgeblichen Zeitraum hat die Widersprechende ausreichende Benutzungsnachweise vorgelegt. Den von der Widersprechenden vorgelegten Glaubhaftmachungunterlagen ist zu entnehmen, dass unter der Marke „REA“ im Zeitraum 2003 bis 2006 für alkoholfreie Fruchtsaftgetränke Umsätze von jährlich mehreren tausend Verkaufseinheiten erzielt worden sind. Dies ergibt sich aus der im Beschwerdeverfahren mit Schriftsatz vom 18. Dezember 2006 vorgelegten eidesstattlichen Versicherung des Herrn J... sowie den darin in Bezug genommenen und beigefügten Rechnungskopien und Verpackungsabbildungen. Aus den vorgelegten Rechnungen ergeben sich Umsatzzahlen für 2003 von ... Euro, für 2004 von jedenfalls ... Euro, für 2005 von ... Euro und für 2006 von ... Euro.

Für Zweifel an der Richtigkeit dieser Erklärung besteht entgegen der Auffassung der Inhaberin der angegriffenen Marke kein Anlass, insbesondere sind die vorgelegten Unterlagen ausreichend bestimmt und umfassend, um eine hinsichtlich der Zeitdauer ausreichende Benutzung erkennen zu lassen. Als Mittel zur Glaubhaftmachung gemäß § 294 Abs. 1 ZPO kommen neben der eidesstattlichen Versicherung auch sonstige Unterlagen – wie Rechnungskopien - in Betracht, insbesondere zur Erläuterung, Ergänzung und Verdeutlichung einer eidesstattlichen Versicherung, da alle vorgelegten Mittel zur Glaubhaftmachung der Benutzung als im Zusammenhang stehend anzusehen und daher auch in einer Gesamtschau zu werten sind (vgl. BPatG Mitt 1985, 19 - Thrombex). Insbesondere bei markenrechtlich nicht spezifisch geschulten Personen kann ein Übermaß an Inhaltspräzision nicht erwartet werden, so dass die eidesstattliche Versicherung vernünftigerweise nur im Zusammenhang mit dem weiter vorgelegten Material gewürdigt werden kann (vgl. BPatG Mitt 1984, 97 – Plattoplast; GRUR 2007, 596 - La Martina).

Im vorliegenden Fall enthält die eidesstattliche Versicherung eine eindeutige und ausdrückliche Bezugnahme auf die beigefügten Rechnungskopien, so dass sich Zeitraum und Umfang der so nachgewiesenen Benutzung unschwer zuordnen lassen.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin lassen sich auch die Art der Benutzung der Widerspruchsmarke bzw. eine Zuordnung zu den entsprechenden Waren unschwer erkennen. Wie die Beschwerdegegnerin in der mündlichen Verhandlung selbst schon festgestellt hat, lassen sich ein Großteil der in den Rechnungskopien genannten, mit der Widerspruchsmarke „REA“ verbundenen Abkürzungen jeweils einer Sorte Fruchtsaftgetränk zuordnen. Für das Vorliegen besonderer Umstände, aufgrund derer die inhaltliche Richtigkeit der eidesstattlichen Versicherung insoweit in Zweifel gezogen werden könnte, ergeben sich keine Anhaltspunkte (vgl. Stöbele/Hacker a. a. O. § 434 Rdn. 54).

b) Soweit die Inhaberin der jüngeren Marke den Benutzungsumfang als zu gering und damit nicht ausreichend für die Glaubhaftmachung einer ernsthaften Benut-

zung ansieht, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Der Begriff der ernsthaften Benutzung im Sinne des § 26 Abs. 1 MarkenG orientiert sich an der im Vordergrund stehenden Herkunftsfunktion der Marke, so dass die Marke tatsächlich zur Kennzeichnung und Unterscheidung von Waren im Wettbewerb eingesetzt werden muss. Dabei sind bloße Scheinhandlungen, die nur zu dem Zweck vorgenommen werden, die formalen Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung von Rechten aus einer Marke zu erfüllen, von einer lediglich geringfügigen, aber üblichen und wirtschaftlich sinnvollen Verwendung der Marke zu unterscheiden (vgl. Ströbele/Hacker a. a. O. § 26 Rdn. 5 ff. m. w. N.). Ob die Benutzungshandlungen einen Umfang erreicht haben, der die Ernstlichkeit der Benutzung belegt, kann aber nicht anhand allgemein gültiger Umsatzzahlen festgelegt werden. Vielmehr ist jeweils unter Zugrundelegung der Umstände des Einzelfalls – in Berücksichtigung der branchenbezogenen Gegebenheiten sowie der wirtschaftlichen Verhältnisse des Verwenders – objektiv zu beurteilen, ob die Vertriebshandlungen sich unabhängig von dem Bestreben, den Bestand der Marke zu sichern, als wirtschaftlich sinnvoll darstellen (vgl. BGH GRUR 2006, 152 – GALLUP; GRUR 1986, 168 - Darcy). Neben den Merkmalen der Waren sind auch Häufigkeit und Regelmäßigkeit der Benutzung der Marke zu berücksichtigen, so dass es nicht möglich ist, von vorneherein und abstrakt eine mengenmäßige Grenze zu bestimmen, ab der eine Benutzung als ernsthaft anzusehen ist, so dass auch bei nicht umfangreichen und sogar geringfügigen Benutzungstatbeständen im Einzelfall eine verkehrsübliche wirtschaftliche Betätigung vorliegen kann (vgl. EuGH GRUR 2006, 582 – VITAFRUIT; EuGH vom 27.1.2004 – C-259/02 – La Mer). Da auch die Größe des Gebiets, in dem die Marke benutzt wird, nur einer der Faktoren ist, der neben anderen bei der Entscheidung, ob die Benutzung ernsthaft ist, zu berücksichtigen ist, schließt auch der Verkauf von Waren an einen einzigen oder sehr wenige Abnehmer die Ernsthaftigkeit der Benutzung nicht aus. So hat der EuGH in der obengenannten Entscheidung VITAFRUIT den Verkauf von Fruchtsaftkonzentrat während des Zeitraums von einem Jahr an einen einzigen Abnehmer zu einem Wert von höchstens ... Euro - was einem Verkauf von ... Kisten zu je ... Stück entsprach - nicht als lediglich symbolische Vertriebsmaßnahme zur Wahrung der

Markenrechte, sondern als Benutzungsmaßnahme gewürdigt, die dazu diene, einen Absatzmarkt zu erschließen oder zu sichern.

Ebenso verhält es sich im vorliegenden Fall. Der mehrjährige Vertrieb von Fruchtsäften in ungefähr gleich bleibendem Umfang zur Versorgung von in Deutschland stationierten französischen Streitkräften ist unter dem Gesichtspunkt, diesen speziellen Abnehmerkreis zu versorgen und sich diesen besonderen Absatzmarkt zu sichern, nicht als lediglich symbolische oder Scheinbenutzung zu beurteilen, sondern als wirtschaftlich sinnvolle und damit ernsthafte Benutzung.

c) Die Benutzung der Widerspruchsmarke erfolgte auch im Rahmen der zulässigen Form (§ 26 Abs. 3 MarkenG). Wie aus den der eidesstattlichen Versicherung beigefügten Verpackungsabbildungen ersichtlich, entsprach die Benutzung der Widerspruchsmarke zwar nicht der im Register enthaltenen Form der Marke, sondern erfolgte - wie nachstehend in schwarz-weiß abgebildet - unter Verwendung einer veränderten Schrifttype und unter Hinzufügung graphischer Elemente. Diese abweichende Benutzung hat aber den kennzeichnenden Charakter der Marke nicht berührt.



Nach § 26 Absatz 3 Satz 1 MarkenG gilt als Benutzung einer eingetragenen Marke auch die Benutzung der Marke in einer von der Eintragung abweichenden Form, sofern die Abweichung den kennzeichnenden Charakter der Marke unverändert lässt. Ob eine derartige Veränderung vorliegt, ist in erster Linie daran zu messen, ob der Verkehr in Berücksichtigung der jeweils branchenüblichen Form der Verwendung von Marken die eingetragene und die benutzte Form als dieselbe Marke ansieht, oder ob sich ihm die veränderte Marke aufgrund der Abweichung als ein selbständiges Unterscheidungszeichen darstellt (vgl. Ströbele/Hacker a. a. O. § 26 Rdn. 92). Hierbei kommt es vor allem auf den durch die Kennzeichnungskraft bedingten Schutzbereich der Marke und auf den Grad der Abweichung von der eingetragenen Form an. Je enger der Schutzbereich begrenzt ist, umso eher wird er durch Abweichungen überschritten und damit der kennzeichnende Charakter der Marke verändert. Eine entscheidungserhebliche Veränderung ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die Benutzungsform den Schutzbereich der eingetragenen Marke verlässt, z. B. sich auf Abwandlungen oder Markenbestandteile beschränkt, die für sich gesehen von Schutz ausgeschlossen sind (vgl. BGH GRUR 1999, 498 – Achterdiek; Ströbele/Hacker a. a. O. § 26 Rdn. 93).

Dabei ist aber in Ausnahmefällen selbst dann, wenn der Verkehr einen Unterschied zwischen eingetragener und benutzter Markenform erkennt, eine zulässige Veränderung und damit in beiden Formen dieselbe Marke zu sehen, wenn es sich lediglich um Modernisierungen in Schrift und Bild, den Wechsel von Groß- und Kleinschrift oder sonstige Veränderungen im Schriftbild handelt, die die wesentlichen gestalterischen Elemente aber beibehalten (vgl. Ströbele/Hacker a. a. O. § 26 Rdn. 97 m. w. N.). Hinzufügungen von Zeichenbestandteilen zu der eingetragenen Markenform sind dabei in der Regel weniger schädlich als Weglassungen. Entscheidend ist jedoch immer, ob der Gesamteindruck der Benutzungsform noch maßgeblich bestimmt wird von dem kennzeichnenden Charakter der eingetragenen Marke. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die hinzugefügten Bestandteile als markenmäßig bedeutungslose, austauschbare Zutaten zu bewerten sind, denen der Verkehr keine eigene maßgebende kennzeichnende Wirkung beimisst

(vgl. BGH GRUR 2005, 515 – FERROSIL; Ströbele/Hacker a. a. O. § 26 Rdn. 85 m. w. N.).

Davon ist hier auszugehen. Die Widerspruchsmarke „REA“ in gesperrter Schrift ist hinreichend unterscheidungskräftig und besitzt damit einen durchschnittlichen Schutzzumfang. Auch wenn sie als Wort/Bildmarke eingetragen ist, bezieht sie ihre Schutzfähigkeit nicht aus einer besonderen graphischen Gestaltung, denn die erweiterten Buchstabenabstände und die Versalien in Fettschrift erzeugen keine kennzeichnungskräftige, eigenständige graphische Wirkung. Zwar sind auf dem Gebiet der Lebensmittel und Getränke neben beschreibenden Zusätzen auch graphische Ausgestaltungen nicht selten, gleichwohl wird der Verkehr die Widerspruchsmarke erkennen. Ihre hier in Fettdruck und geschwungener Linie gestalteten Buchstaben mit Unterlegung bzw. Umrandung sowie die gesamte farbige Gestaltung bewirkt lediglich ihre Hervorhebung und bessere Erkennbarkeit. Bei einer Gesamtbetrachtung treten diese Bildbestandteile markenmäßig als bloße graphische Zutat eher zurück und die Marke bleibt hinreichend deutlich lesbar. Die Zusätze stellen damit keine eigenständigen Bildelemente mit eigenem Begriffsgehalt dar, sondern illustrieren die Buchstabenfolge der Widerspruchsmarke, ohne aber den eigenständigen Aussagegehalt der Widerspruchsmarke zu beeinträchtigen oder den kennzeichnenden Charakter zu verändern (vgl. Ströbele/Hacker a. a. O. § 26 Rdn. 88 m. w. N.).

d) Es ist daher von einer nachgewiesenen Benutzung der Widerspruchsmarke für die Waren „Fruchtsäfte“ auszugehen.

Die mit der Widerspruchsmarke benutzte Ware "Fruchtsäfte" lässt sich unter die in Klasse 5 des Warenverzeichnisses genannten Vitamin- oder Diätfruchtsäfte subsumieren. Bei der Entscheidung sind diese Waren (Fruchtsäfte) zu berücksichtigen (§ 43 Abs. 1 Satz 3 MarkenG). Folgend der erweiterten Minimallösung, nach der der Markeninhaber nicht ungebührlich in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eingeschränkt werden soll (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O. § 26 Rdn. 136),

ist nicht allein von der konkreten Spezialware Fruchtsäfte auszugehen, sondern der nächst liegende Warenoberbegriff „nichtalkoholische Getränke“ zugrunde zu legen.

2. Der Senat geht bei seiner Entscheidung mangels anderweitiger Anhaltspunkte von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft und damit von einem normalen Schutzzumfang der Widerspruchsmarke aus.

3. Die Vergleichsmarken kommen sich in klanglicher Hinsicht sehr nahe.

Die Ähnlichkeit von Wortzeichen ist anhand ihres klanglichen und schriftbildlichen Eindrucks sowie ihres Sinngehalts zu ermitteln. Dabei kommt es auf den jeweiligen Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Zeichen an. Dies entspricht dem Erfahrungssatz, dass der Verkehr Marken regelmäßig in der Form aufnimmt, in der sie ihm entgegentreten und sie nicht einer analysierenden, zergliedernden, möglichen Bestandteilen und deren Bedeutung nachgehenden Betrachtung unterzieht. Zudem ist bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr grundsätzlich mehr auf die gegebenen Übereinstimmungen der zu vergleichenden Zeichen als auf die Unterschiede abzustellen (vgl. BGH a. a. O. NEURO-VIBOLEX/NEURO-FIBRA-FLEX).

In ihrer Gesamtheit unterscheiden sich beide Marken zwar aufgrund des zusätzlichen Wortelementes „VENDORS“ sowie der grafischen Ausgestaltung des nahezu übereinstimmenden Wortelementes „RHEA“ und des zusätzlichen Bildelements in Form eines Piktogramms - das eine stilisierte Hand mit in Richtung eines Schalterknopfes ausgestrecktem Zeigefinger zeigt - auf Seiten der angegriffenen Marke deutlich. Der für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr maßgebliche Gesamteindruck kann aber bei mehrgliedrigen Zeichen durch einzelne Bestandteile mit eigenständig kennzeichnender Funktion geprägt werden. Dies setzt voraus, dass die anderen Bestandteile weitgehend in den Hintergrund treten und den Gesamt-

eindruck des Zeichens nicht mitbestimmen (st. Rspr., vgl. BGH GRUR 2006, 60 (Nr. 17) - coccodrillo).

Bei Zugrundelegung dieser Grundsätze hat der Bestandteil „RHEA“, dem eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft zukommt, für den Gesamteindruck der angegriffenen Marke eine prägende, selbständig kennzeichnende Bedeutung. Ihr weiterer Wortbestandteil „VENDORS“ ist die Pluralform des englischen Wortes „vendor“ mit der deutschen Bedeutung „Anbieter, (Verkaufs)Automat, Zwischenhändler, Verkäufer“ (vgl. LEO-Onlinelexikon der TU München). Die auch angesprochenen Fachverkehrskreise sehen in dem weiteren Bestandteil „VENDORS“ der angegriffenen Marke daher nur eine Sachangabe dahingehend, dass die angegriffenen Waren – Apparate, Geräte; Computerprogramme sowie Getränke und Lebensmittel - (Verkaufs)Automaten oder Teile davon darstellen oder hierfür geeignet oder für (Verkaufs)Automaten oder Zwischenhändler geeignet oder bestimmt sind.

Auch die konkrete graphische Darstellung der Wortbestandteile – „RHEA“ an erster Stelle, in mehrfacher Vergrößerung und damit deutlich abgesetzt gegenüber dem darunter in der Art eines erläuternden Zusatzes angeordneten Bestandteils „VENDORS“ – unterstreicht lediglich noch den Charakter des nachgeordneten Wortbestandteils „VENDORS“ als reine Sachangabe.

Entgegen der Ansicht der Inhaberin der jüngeren Marke steht einer selbständig kollisionsbegründenden Stellung des Markenteils „RHEA“ nicht eine etwaige Zusammengehörigkeit der jüngeren Marke entgegen. Durch die lediglich formale Gestaltung der beiden Bestandteile – untereinander angeordnet, in derselben Schrifttype ausgeführt - wird nämlich keine Verbindung im Sinngehalt bewirkt, wie es erforderlich wäre (vgl. BPatG GRUR 2005, 772, 773 Public Nation/PUBLIC). Der Bestandteil „RHEA“ wirkt wie ein Phantasiewort, bei „VENDORS“ handelt es sich um eine Angabe zu Art und Bestimmung. Zudem ist der erste Markenteil durch die mehrfache Vergrößerung vom nachfolgenden Markenteil abgesetzt, so dass keine

begriffliche Verbindung entsteht (vgl. BGH GRUR 2002, 171, 175 Marlboro-Dach). Der Fachverkehr wird den Bestandteil „VENDORS“ daher wegen seiner erheblichen Kennzeichnungsschwäche vernachlässigen, so dass dieser für den Gesamteindruck der angegriffenen Marke gänzlich in den Hintergrund tritt.

Bei der Beurteilung der klanglichen Verwechslungsgefahr ist weiter zu berücksichtigen, dass der Verkehr beim Zusammentreffen von Wort- und Bildbestandteilen in der Regel dem Wort als einfachster und kürzester Bezeichnungsform eine prägende Bedeutung zumisst (vgl. BGH GRUR 2004, 778, 779 – URLAUB DIREKT; GRUR 2006, 60, 62 (Nr. 20) – coccodrillo). Im vorliegenden Fall ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Verkehr den Bildbestandteil – die stilisierte Darstellung des Bedienvorgangs am Verkaufsautomaten - nicht lediglich als werbeübliche Hervorhebung des beschreibenden Wortbestandteils „VENDORS“ sehen wird. Neben dem Wortbestandteil „RHEA“, der wie ein Phantasiebestandteil wirkt, wird der Bildbestandteil nicht als eigenständiger Herkunftshinweis aufgefasst werden, da keinen eigenen Begriffsgehalt aufweist, sondern lediglich den Aussagegehalt des Wortbestandteils „VENDORS“ wiederholt und diesen damit unterstreicht. Der Verkehr wird daher die angegriffene Marke mit dem Wortbestandteil „RHEA“ benennen.

Dabei legt die Wertigkeit und die Bestimmung der Waren der angegriffenen Marke nicht nahe, dass sie im Allgemeinen "auf Sicht" erworben werden, sondern dass dem Kauf insbesondere mündliche Beratung, Nachfragen und Empfehlungen vorausgehen. Als angesprochene Verkehrskreise sind nämlich in erster Linie Automatenaufsteller, Getränkeliieferanten und Zwischenhändler für den Verkaufsservice zu sehen.

Die sich dann gegenüberstehenden Vergleichsmarken sind in klanglicher Hinsicht nahezu identisch. Die Widerspruchsmarke „REA“ ist in dem Wortbestandteil der angegriffenen Marke „RHEA“ weitgehend übereinstimmend enthalten; der Unterschied in dem zusätzlichen Konsonanten „h“, der sich stimmlos an den Anfangs-

buchstaben anschließt, wirkt sich im Klang nicht aus. Für eine englische Aussprache des Phantasiewortes „RHEA“ ergeben sich keine Anhaltspunkte. Selbst für die mit den beiderseitigen Waren teils angesprochenen Fachkreise, von denen eine beruflich bedingte erhöhte Aufmerksamkeit erwartet werden kann, sind die Vergleichsmarken in ihrem klanglichen Gesamteindruck zu stark angenähert.

Unter diesen Umständen bedarf es eines sehr deutlichen Abstandes im Bereich der sich gegenüberstehenden Waren, um die Verwechslungsgefahr verneinen zu können.

4. Eine Ähnlichkeit der beiderseitigen Waren ist anzunehmen, wenn diese in Berücksichtigung aller erheblichen Faktoren, die ihr Verhältnis zueinander kennzeichnen – insbesondere ihrer stofflichen Beschaffenheit, ihres Verwendungszwecks und ihrer Nutzung, ihrer Eigenart als einander ergänzende Produkte oder ihres Vertriebs - so enge Berührungspunkte aufweisen, dass die beteiligten Verkehrskreise der Meinung sein können, sie stammten aus demselben Unternehmen, sofern sie mit identischen Marken gekennzeichnet sind (vgl. BGH GRUR 2004, 594, 596 - Ferrari-Pferd; GRUR 2004, 600, 601 – d-c-fix/CD-FIX). Dabei reicht der Umstand, dass sich die Waren in irgendeiner Hinsicht ergänzen können, zur Feststellung der Ähnlichkeit noch nicht aus. Vielmehr ist eine gegenseitige Ergänzung in dem Sinne notwendig, dass dadurch die Annahme gemeinsamer oder doch miteinander verbundener Ursprungsstätten nahegelegt wird (vgl. BPatG GRUR 2002, 345, 347 – ASTRO BOY/Boy).

a) Ausgehend von den von der Widerspruchsmarke als benutzt anzusehenden konkreten Ware „Fruchtsaftgetränke“ besteht zwischen der zu berücksichtigenden Ware „nichtalkoholische Getränke“ der Widerspruchsmarke und den angegriffenen Waren „boissons de fruits et jus de fruits; autres boissons non alcooliques, boissons de fruits et jus de fruits“ Identität im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, da diese vom Warenoberbegriff vollumfänglich umfasst werden.

b) Ähnlichkeit besteht zu den Waren "Eaux minérales et gazeuses; bières; sirops et autres préparations pour faire des boissons; café, thé, cacao; succédanés du café; glaces comestibles".

Jedenfalls engste Ähnlichkeit von Mineralwässern und kohlensäurehaltigen Wässern mit alkoholfreien Getränken ist zu bejahen, da sie als Grundstoffe für die Herstellung von alkoholfreien Getränken verwendet werden und Mineralwasserhersteller zur Erschließung verwandter Märkte auch Limonaden und Fruchtsaftgetränke anbieten (vgl. Richter/Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen, 13. Aufl., S. 4 li. Sp. 26 W (pat) 78/94).

Eine Ähnlichkeit von Bier mit alkoholfreien Getränken ist zu bejahen, weil es sich bei beiden Waren um Getränke handelt, die nicht nur erhebliche Berührungspunkte beim Vertrieb, z. B. in Getränkefachmärkten, aufweisen, sondern auch deshalb, weil sie häufig auch von ein und demselben Betrieb hergestellt werden. Insbesondere kleine und mittelständische Brauereien erzeugen nicht mehr nur ausschließlich Bier, sondern zur Abrundung ihres Getränkeangebots u. a. auch Limonaden und bringen diese unter ihrem eigenen Namen in den Verkehr (BPatG 26 W (pat) 54/98 vom 28.07.1999, vgl. Richter/Stoppel a. a. O. S. 3 re. Sp.).

Zu Sirupen und Getränkepulvern und Präparaten für die Zubereitung von alkoholfreien Getränken ist ebenfalls wegen der wirtschaftlichen Nähe der Waren hochgradige Ähnlichkeit anzunehmen (vgl. Richter/Stoppel a. a. O. S. 4 li. Sp. oben, mi. Sp.).

Die Waren Kaffee, Tee, Kakao, Kaffeeersatzstoffe sind hinsichtlich ihrer Verwendung als Zusatzstoffe für Mischgetränke zu alkoholfreien Getränken als ähnlich anzusehen. Auf die Form des Angebots (Flüssigkeit, Pulver, Bohnen) kommt es dabei nicht an, da auch Erfrischungsgetränke als Flüssigkeit oder Pulver zum Aufgießen angeboten werden. Auch Speiseeis ist zu Erfrischungsgetränken unter dem Gesichtspunkt miteinander konkurrierender Produkte ähnlich, da gleiche Ge-

schmacksrichtungen angeboten werden und Erfrischungsgetränke entweder stark gekühlt - wie Eistee – oder wie Eisshakes unter Verwendung von Speiseeis angeboten werden (vgl. Richter/Stoppel a. a. O. S. 4 li. Sp. 32 W (pat) 144/02, mi. Sp. 32 W(pat) 28/01).

c) Jedenfalls geringe Ähnlichkeit besteht zu den Waren „sucre; sirop de mélasse; miel glace à rafraîchir“. Zucker, Melassesirup, Honig und Kühleis können gerade hinsichtlich der Verwendung an Getränkeautomaten und deren Ausstattung als wählbare Zusatzstoffe zu Mischgetränken Verwendung finden.

d) Keine Warenähnlichkeit besteht dagegen zu den weiteren Waren der Klasse 30 „riz; tapioca; sagou; farines et préparations faites de céréales, pain, pâtisserie et confiserie; levure, poudre pour faire lever; sel, moutarde; vinaigre, sauces (condiments); épices“.

Zwar können diese Waren auch bei der Herstellung von alkoholfreien Getränken als Verdickungsmittel, Geschmacksverstärker oder weitere Inhaltsstoffe Verwendung finden, sie spielen jedoch dabei lediglich eine untergeordnete Rolle.

e) Ebenfalls keine Ähnlichkeit besteht zu den angegriffenen Waren der Klassen 9 und 11, da keine ausreichenden Berührungspunkte festzustellen waren. Die Widersprechende hat insoweit auch nichts hierfür vorgetragen.

5. Unter den eingangs genannten Voraussetzungen ist angesichts der im Klang nahezu identischen Marken der erforderliche erhebliche Warenabstand im Bereich identischer und ähnlicher Waren nicht eingehalten, so dass insoweit Verwechslungsgefahr besteht.

Hinsichtlich der übrigen Waren war wegen fehlender Warenähnlichkeit keine Verwechslungsgefahr festzustellen.

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

Dr. Vogel von Falckenstein

Paetzold

Hartlieb

Ko