

# BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 92/99

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
5. Juli 2000

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Marke 2 076 712**

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juli 2000 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Stoppel sowie der Richterinnen Grabrucker und Martens

beschlossen:

Die Beschwerde der Markeninhaberin wird zurückgewiesen.

## **G r ü n d e**

### **I.**

Gegen die gem. § 6a WZG seit dem 31. August 1994 ua für die Waren

"Gallerten (Gelees), Fruchtsaucen; Mineralwässer und kohlen-säurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke, Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken"

eingetragene Marke 2 076 712

**MARABA**

ist Widerspruch eingelegt aus der Marke 924 203

**MAJALA**

eingetragen seit den 28. Oktober 1974 für die Waren

"Kaltschalen, süße Speisen, Cremespeisen, Dessertspeisen, Süßspeisen, Puddingkonserven, Fertigpuddinge, Weincreme, Fruchtsaftcremes, kalorienarme Desserts, Pulver zur Herstellung von Puddinggarnituren; Joghurt, Joghurt-Desserts, Quarkspeisen, Pulver zur Herstellung von Joghurt- und Quarkspeisen; alkoholfreie Milchmixgetränke, Pulver zur Herstellung von alkoholfreien Milchlischgetränken; Fruchtsoßen und Fruchtsalate, Soßen für Desserts, schlagsahneähnliche Produkte auf der Basis von Pflanzenfetten, Zucker und/oder Milchbestandteilen, auch in Pulverform; Speiseeis, Speiseeis-Pulver."

sowie aus der Marke 2 071 328

MAJALA

eingetragen seit dem 14. Juli 1994 für die Waren

"alkoholfreie Getränke, Präparate für die Zubereitung von Getränken."

Nach Bestreiten der Benutzung der Widerspruchsmarke 924 203 und Vorlage von Benutzungsunterlagen hat die Markeninhaberin zunächst die Benutzung dieser Marke für verschiedene Waren, vor allem Dessertspeisen, anerkannt.

Die Markenstelle hat mit Beschluß des Erstprüfers beide Widersprüche mangels Verwechslungsgefahr zurückgewiesen. Auf die Erinnerung der Widersprechenden wurde hinsichtlich der eingangs genannten Waren die teilweise Löschung der angegriffenen Marke wegen Verwechslungsgefahr mit beiden Widerspruchsmarken angeordnet. Zur Begründung führt die Markenstelle aus, angesichts hochgradig

ähnlicher bzw identischer Waren sei der von der jüngeren Marke zur Vermeidung einer Verwechslungsgefahr einzuhaltende Abstand in klanglicher Hinsicht nicht mehr gewahrt.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Markeninhaberin. Sie trägt vor: Die konkret benutzten Waren, im wesentlichen Pulver zur Herstellung von Süßspeisen, könnten nicht unter die für die Widersprechende geschützten Warenbegriffe subsumiert werden und auch die Umsatzzahlen für einzelne Waren ließen sich mangels Spezifikation nicht nachvollziehen; unabhängig davon sei eine Verwechslungsgefahr wegen der klanglichen Unterschiede zu verneinen. Hinsichtlich der Widerspruchsmarke 2 071 328 erhebt sie die Einrede der Nichtbenutzung gem § 43 Abs 1 Satz 2 MarkenG, die sie auch nach Vorlage von Benutzungsunterlagen aufrecht erhält.

Die Markeninhaberin beantragt,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben und die Erinnerung der Widersprechenden zurückzuweisen.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie hat umfangreiche Unterlagen über die Benutzung ihrer beiden Marken eingereicht und schließt sich den Ausführungen des angefochtenen Beschlusses an.

## II.

Die Beschwerde der Markeninhaberin ist zulässig, aber nicht begründet. Nach Ansicht des Senats besteht Verwechslungsgefahr im Sinne der §§ 9 Abs 1 Nr 2 iVm 152, 158 Abs 1-3, 42 Abs 2 Nr 1, 43 MarkenG zwischen den einander gegenüberstehenden Kennzeichnungen, legt man die bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr implizierte Wechselbeziehung zwischen den in Betracht kommenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren sowie der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke, unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zugrunde.

1. Der Vertreter der Widersprechenden hat in der mündlichen Verhandlung, der die Markeninhaberin ihrer Ankündigung folgend ferngeblieben ist, erklärt, die ursprüngliche Inhaberin der Widerspruchsmarken, die C... GmbH, habe zwischenzeitlich lediglich ihren Namen in B... GmbH & Co OHG geändert; eine Rechtsnachfolge oder ein wie auch immer gearteter Rechtsübergang in Bezug auf die Widerspruchsmarke sei damit nicht verbunden. Verfahrensrechtlich ist diese bloße Namensänderung damit unbeachtlich, insbesondere spielt vorliegend die Problematik des § 265 Abs 2 ZPO (vgl BGH I ZB 24/97 - "Sanopharm") keine Rolle.

2. Auf die im Beschwerdeverfahren zulässigerweise erhobene Einrede der Nichtbenutzung der Widerspruchsmarke 2 071 328 hat die Widersprechende eidesstattliche Versicherungen und umfangreiche Unterlagen eingereicht, die die rechtserhaltende Benutzung dieser Marke für Getränpulver nach Art, Umfang und Dauer glaubhaft erscheinen lassen. Zurecht weist die Markeninhaberin zwar darauf hin, daß es sich bei der benutzten Ware "MAJALA TRAUM-DRINK" nicht um alkoholfreie Getränke, sondern um Pulver zur Zubereitung von Getränken handelt. Nachdem die Widerspruchsmarke 2 071 328 aber auch Schutz für "Präparate für die Zubereitung von Getränken" besitzt, begegnet die Glaubhaftmachung der Benutzung weder hinsichtlich der Subsumtion unter den Warenbe-

griff, noch im übrigen Bedenken des Senats. Vielmehr belegen die genannten Umsatzzahlen auch über den Zeitraum nach § 43 Abs 1 Satz 2 MarkenG hinaus die Benutzung der Marke in einem erheblichen Umfang durch die K... GmbH, der die jetzige Markeninhaberin, die B... GmbH & Co OHG zugestimmt hat (vgl die eidesstattliche Versicherung des Herrn Sch... sowie von Frau R..., jeweils vom 17. Februar 2000). Entgegen der Ansicht der Markeninhaberin erfüllen diese Erklärungen die Voraussetzungen des § 26 Abs 2 MarkenG, so daß die Vorlage des Lizenzvertrages zwischen den Beteiligten nicht erforderlich ist.

Die Benutzung der weiteren Widerspruchsmarke 924 203 ist entgegen der Ansicht der Markeninhaberin zumindest für die Ware "Grützen" glaubhaft gemacht. Dies ist der eidesstattlichen Versicherung des Herrn Sch... vom 17. Februar 2000 (Anlage 22) zu entnehmen, die für beide Zeiträume des § 43 Abs 1 MarkenG erhebliche Umsätze der Firma K... GmbH mit dieser Ware nennt. Die Erklärung enthält ebenfalls die Versicherung der Tatsache, daß die Marke mit Zustimmung der Markeninhaberin benutzt wird. Sie wird ergänzt durch die beigefügte Banderole einer 4.400 Gramm Dose Roter Grütze mit der Marke "MAJALA" (vgl Anlage 7). Die Benutzung der Ware Rote Grütze fällt unter die Oberbegriffe "Dessertspeisen, Süßspeisen" der Widerspruchsmarke.

3. Ob und inwieweit eine rechtserhaltende Benutzung der Marke 924 203 über die Ware "Grützen" hinaus für weitere Waren in Betracht kommt, kann im Ergebnis dahinstehen, da Gegenstand des Beschwerdeverfahrens im Bezug auf diese Widerspruchsmarke lediglich die von der Teillöschung betroffenen Waren "Gallerten (Gelees) und Fruchtsaucen" sind. Diese können aber als ohne weiteres ähnlich bis hin zur Identität mit den benutzten Waren "Grützen" angesehen werden. Bezüglich der auf Grund der Widerspruchsmarke 2 071 328 versagten Waren gilt diese Feststellung ersichtlich gleichermaßen, und wird im übrigen selbst von der Markeninhaberin nicht in Frage gestellt.

An den von der angegriffenen Marke zur Vermeidung einer Verwechslungsgefahr einzuhaltenden Abstand sind daher strengere Anforderungen zu stellen. Kollisionsfördernd sind die breiten Verkehrskreise zu berücksichtigen, die die vorliegenden Waren des täglichen Bedarfs regelmäßig nachfragen, auch wenn vorliegend der Vertrieb der Waren der Widersprechenden zum Teil an fachkundige Großverbraucher erfolgt.

4. Den danach zu fordernden Abstand kann die jüngere Marke, insbesondere in klanglicher Hinsicht, nicht mehr gewährleisten. Zwar besitzen die Vergleichszeichen unterschiedliche Konsonanten in der zweiten und dritten Silbe. Denen stehen Übereinstimmungen hinsichtlich der Vokalfolge, der Silbengliederung sowie eine identische Anfangsilbe gegenüber. Nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH BIfPMZ 98, S 467 - Salvent/Salventerol m. b. N) ist grundsätzlich mehr auf die gegebenen Übereinstimmungen abzustellen als auf die Abweichungen, weil erstere stärker im Erinnerungsbild zu haften pflegen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Wortanfang identisch ist, der für den Gesamteindruck von Bedeutung ist, weil der Verkehr diesem regelmäßig größere Beachtung schenkt als den Endsilben. Hinzu kommt im vorliegenden Fall, daß es sich bei beiden Marken um Phantasiebezeichnungen handelt, so daß begriffliche Stützen nicht vorhanden sind und auch die abweichenden Konsonanten wenig Klangprägnanz besitzen. Folglich mußte der Beschwerde der Markeninhaberin der Erfolg versagt bleiben, ohne daß Anlaß zu einer Kostenauflegung (§ 71 Abs 1 MarkenG) bestand.

Stoppel

Richterin Grabrucker hat  
Urlaub und kann daher  
nicht selbst unterschreiben  
Stoppel

Martens

prä