

BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 145/01

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
23. Dezember 2002

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die angegriffene Marke 2 044 534

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 26. September 2002 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie des Richters Brandt und der Richterin k.A. Bayer

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 17. März 1999 insoweit aufgehoben, als die Löschung der angegriffenen Marke wegen des Widerspruchs aus der Marke 736 549 für die Waren "Christbaumschmuck, elektrische und elektronische Spiele" angeordnet worden ist. Insoweit wird der Widerspruch aus der Marke 736 549 zurückgewiesen.

Im übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe

I.

Das 1993 angemeldete Zeichen



ist am 9. September 1993 gemäß § 6a des damals geltenden Warenzeichengesetzes für zahlreiche Waren und Dienstleistungen, unter anderem für "Spiele, Spielzeug; Christbaumschmuck; Computerspiele, elektrische und elektronische Spiele"

in die Zeichenrolle eingetragen worden. Die Bekanntmachung der Anmeldung erfolgte am 15. Oktober 1993.

Die Inhaberin der seit dem 11. Mai 1960 für die Waren "Spielwaren (ausgenommen Kinderpistolen, -gewehre und -kanonen), insbesondere Tretroller, feste und weichgestopfte Tierfiguren aus Werkstoffen aller Art, Schwimmtiere, Puppen und Spiele; Turn- und Sportgeräte" eingetragenen Wortmarke 736 549

Leo

hat Widerspruch erhoben, der sich gegen die Waren: "Spiele, Spielzeug; Christbaumschmuck" richtet. Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat die rechtserhaltende Benutzung bestritten.

Die Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts hat in einem Beschluss einer Beamtin des höheren Dienstes vom 17. März 1999 die teilweise Löschung der angegriffenen Marke angeordnet und zwar wegen des Widerspruchs aus der Marke Nr 736 549 für die Waren "Spiele, Spielzeug, Christbaumschmuck, elektrische und elektronische Spiele".

Soweit die Markenstelle wegen weiterer Widersprüche, die im Beschwerdeverfahren zurückgenommen wurden, die teilweise Löschung der angegriffenen Marke angeordnet hatte, ist mit Beschluss des Bundespatentgerichts vom 22. Februar 2001 bereits festgestellt worden, dass der Beschluss der Markenstelle vom 17. März 1999 insoweit wirkungslos ist.

Hinsichtlich des Widerspruchs aus der Marke Nr 736 549 hat die Markenstelle im Beschluss vom 17. März 1999 ausgeführt, der Widerspruch richte sich zwar lediglich gegen die Waren "Spiele, Spielzeug, Christbaumschmuck", Spiele umfassten aber auch "elektrische und elektronische Spiele", die im Waren- und Dienstleistungsverzeichnis der angegriffenen Marke zusätzlich enthalten seien, so dass

auch diese Waren vom Widerspruch angegriffen seien. Auf die Nichtbenutzungseinrede hin habe die Widersprechende eine rechtserhaltende Benutzung für die Spielfigur eines Löwen glaubhaft gemacht und damit für die Waren "feste und weichgestopfte Tierfiguren aus Werkstoffen aller Art, Schwimmtiere und Puppen". Diese seien mit den Waren "Spiele, Spielzeug" identisch bzw hochgradig ähnlich. Dies gelte auch für "elektrische und elektronische Spiele", da diese von dem Oberbegriff "Spiele" umfasst würden. "Christbaumschmuck sei mit den zu berücksichtigenden Waren der Widerspruchsmarke ähnlich. Die Widerspruchsmarke habe normale Kennzeichnungskraft, da das Wort "Leo" als lateinisches Wort mit der Bedeutung "Löwe" nur geringen Teilen des Verkehrs bekannt sein dürfte. Die Vergleichszeichen müssten unter diesen Umständen noch beachtliche Abweichungen aufweisen, wenn Verwechslungen vermieden werden sollen. Die angegriffene Marke halte den erforderlichen Abstand nicht ein. Sie werde von dem Wortbestandteil "LEO" geprägt. Dieser prägende Bestandteil sei mit der Widerspruchsmarke identisch.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke. In der mündlichen Verhandlung, in der die Widersprechende nicht erschienen ist, schränkte die Inhaberin der angegriffenen Marke das Warenverzeichnis hilfsweise dahin ein, dass nach dem Warenbegriff "Spielzeug" der Zusatz ",ausgenommen Spielfiguren in Löwenform" aufgenommen wird.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt (sinngemäß),

den Beschluss vom 17. März 1999 aufzuheben, soweit die Löschung der angegriffenen Marke Nr 2 044 534 aufgrund des Widerspruchs aus der Marke Nr 736 549 angeordnet wurde und den Widerspruch zurückzuweisen,

und beantragt ferner, Versäumnisurteil zu erlassen.

Sie hält die Löschungsanordnung bezüglich der Waren "elektrische und elektronische Spiele" bereits deshalb für unzulässig, weil sich der Widerspruch hiergegen nicht richte. Darüber hinaus ist sie der Auffassung, die Widerspruchsmarke werde nicht rechtserhaltend benutzt, insbesondere da bei der Art der Benutzung in schädlicher Form von der eingetragenen Form abgewichen werde. Die Bezeichnung "Leo" stelle bei einem Stofftier in Form eines jungen Löwen eine glatt beschreibende Angabe dar. Für einen Plüschtierlöwen werde "Leo" vom Verkehr nicht als Herkunfts- bzw Unterscheidungshinweis verstanden. In den verwendeten Wortbildzeichen sei der Bestandteil "Leo" nicht hervorgehoben und werde nur als Gattungsbezeichnung aufgefasst. Die Widersprechende habe auch nur Stückzahlen und keine Umsätze genannt. Dies reiche nicht, zumal Plüschtiere oft als Geschenke zu Werbezwecken verteilt würden. Hilfsweise für den Fall, dass man eine Benutzung der Marke als ausreichend glaubhaft gemacht ansehen sollte, sei zu berücksichtigen, dass dies dann allenfalls für "feste und weichgestopfte Tierfiguren aus Werkstoffen aller Art" gelte, die zu den Waren "Christbaumschmuck" nicht ähnlich seien, denn "Christbaumschmuck" werde regelmäßig nicht von Spielwarenherstellern hergestellt oder vertrieben. Die Marken seien auch ihrem Gesamteindruck nach nicht ähnlich. Es müsse dabei von der konkret benutzten Form ausgegangen werden. Die Marke werde nur zusammen mit der Herstellerangabe "Steiff - Knopf im Ohr" verwendet. Der Verkehr werde auch auf den Herstelleramen achten. Mit der angegriffenen Wortbildmarke, bei der Wort und Bild zu einer Einheit verschmelzen würden, sei die Widerspruchsmarke im Gesamteindruck nicht ähnlich.

Die Widersprechende hat schriftsätzlich beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, die Marke werde für eine Löwenfigur und damit für "feste und weichgestopfte Tierfiguren aus Werkstoffen aller Art" rechtserhaltend benutzt. Die Bezeichnung "Leo" sei kein Gattungsbegriff und es sei unschädlich, dass ne-

ben dieser Zweitmarke daneben auch noch die geschützten Worte "Steiff Knopf im Ohr" in einem rot-gelben Kreis an dem Produkt angebracht seien. Es sei unschädlich, wenn der Umsatz nicht in Geldbeträgen, sondern in Stückzahlen angegeben sei. Der Umsatz sei auf diese Weise durch die eingereichten eidesstattlichen Versicherungen für insgesamt sechs Jahre angegeben (1988-1992 und 1997). Die eingereichten Katalogseiten zeigten, wie die Marke an den Spieltieren angebracht sei. Hinsichtlich der Warenähnlichkeit verweist die Widersprechende auf die einschlägige Rechtsprechung. Die Marken seien klanglich identisch. Die Ähnlichkeit der Marken beurteile sich nach der eingetragenen Widerspruchsmarke und nicht nach der benutzten Form.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss sowie auf die Schriftsätze der Beteiligten samt Anlagen und das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

1.) Der Antrag der Beschwerdeführerin, gegen die nicht in der mündlichen Verhandlung erschienene Beschwerdegegnerin ein Versäumnisurteil zu erlassen, ist auch nach der Reform der ZPO unzulässig. Im Markengesetz gibt es keine Rechtsgrundlage für ein Versäumnisurteil. Nach § 82 Abs 1 MarkenG können zwar im Verfahren vor dem Patentgericht die Bestimmungen der Zivilprozessordnung entsprechend angewendet werden, wenn die Besonderheiten des Verfahrens vor dem Patentgericht dies nicht ausschließen. Die Vorschriften der §§ 330, 331 und 539 ZPO nF, die das Versäumnisurteil gegen den Kläger bzw den Beklagten in der ersten Instanz und das Versäumnisverfahren in der Berufungsinstanz regeln, können jedoch vor dem Patentgericht ebenso wie die entsprechenden Vorschriften §§ 330, 331 und 542 ZPO aF nicht angewendet werden. Nach § 75 Abs 2 MarkenG kann beim Ausbleiben eines Beteiligten auch ohne ihn verhandelt und entschieden werden. Da nach der Vorschrift des § 73 Abs 1 MarkenG das Patentgericht den Sachverhalt von Amts wegen ermittelt und an das Vorbrin-

gen und die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden ist, schließt dies den Erlass eines Versäumnisurteils aus (vgl auch Althammer/Ströbele, Markengesetz, 6. Aufl § 75 Rdnr 4; Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 75 Rdnr 1). Die Beschwerdeführerin hat auf den Aufsatz "Auswirkungen der Zivilprozessrechtsreform auf die Beschwerdeverfahren vor dem Bundespatentgericht" (Winkler in VPP-Rundbrief Nr 3/2002, S 81 ff) verwiesen, in dem davon ausgegangen werde, dass in den patentgerichtlichen Verfahrensordnungen abschließend geregelt sei, die mündliche Verhandlung sehe die körperliche Anwesenheit der Beteiligten vor. Daraus kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, es seien nunmehr Versäumnisurteile möglich, zumal in dem Aufsatz nur im Zusammenhang mit der Frage der Möglichkeit einer Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung die Meinung vertreten wird, dass eine körperliche Anwesenheit erforderlich sei. Die Frage, ob ein Versäumnisurteil in Beschwerdeverfahren vor dem Bundespatentgericht ergehen könnte, ist in diesem Aufsatz nicht angesprochen.

2.) Die zulässige Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke ist teilweise begründet, nämlich soweit die Löschung der angegriffenen Marke für die Waren "Christbaumschmuck, elektrische und elektronische Spiele" angeordnet wurde, im übrigen dagegen unbegründet.

A) Hinsichtlich der Waren "elektrische und elektronische Spiele" hat die Beschwerde bereits deshalb Erfolg, weil der Widerspruch sich gar nicht gegen diese Waren richtet und in Fällen eines beschränkten Widerspruchs eine Entscheidung nur im Rahmen des eingeschränkten Angriffs des Widersprechenden ergehen kann (Althammer/Ströbele, aaO § 43 Rdn 58). Im Widerspruchsschriftsatz wurden die Waren, gegen die der Widerspruch gezielt ist, einzeln aufgezählt, nämlich "Spiele, Spielzeug, Christbaumschmuck". Auch wenn "elektrische und elektronische Spiele" unter den Oberbegriff "Spiele" fallen könnten, sind diese im Verzeichnis der Waren und Dienstleistungen speziell aufgeführten Waren nicht von dem insoweit ausdrücklich nur gegen "Spiele" gerichteten Widerspruch mit umfasst. Es ist nämlich ohne weiteres möglich, dass sich das Löschungsinteresse eines Widerspre-

chenden nur auf bestimmte unter einen Oberbegriff fallende Waren oder Dienstleistungen richtet. Jedoch kann ein Widerspruch nicht in dieser Weise beschränkt werden, vielmehr müsste der Inhaber der angegriffenen Marke zunächst den fraglichen Oberbegriff entsprechend aufgliedern. Wer also einen Oberbegriff mit seinem Widerspruch angreift, will sich damit nicht automatisch auch gegen jede unter den Oberbegriff zu subsumierende Spezialware wenden, wenn diese im Warenverzeichnis zusätzlich noch isoliert aufgeführt wird.

B) Hinsichtlich der mit dem Widerspruch angegriffenen Waren "Spiele, Spielzeug, Christbaumschmuck" hat die Beschwerde nur teilweise Erfolg, da die Markenstelle dem Widerspruch gegen die Waren "Spiele, Spielzeug" zu Recht stattgegeben hat, jedoch hinsichtlich der Ware "Christbaumschmuck" eine Verwechslungsgefahr zu verneinen und der Widerspruch zurückzuweisen ist.

a) Da die Inhaberin der angegriffenen Marke die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke zulässig bestritten hat, werden bei der Entscheidung nur die Waren und Dienstleistungen berücksichtigt, für die die Benutzung glaubhaft gemacht worden ist (§§ 152, 158 Abs 3, 43 Abs 1 MarkenG).

Nach §§ 152, 158 Abs 3, 43 Abs 1 Satz 1 und Satz 2 MarkenG muss die Widersprechende bei einer pauschal erhobenen Nichtbenutzungseinrede eine rechtserhaltende Benutzung innerhalb des Zeitraums von fünf Jahren sowohl vor der Bekanntmachung der Anmeldung (15. Oktober 1988 - 15. Oktober 1993) als auch vor der Entscheidung (26. September 1997 – 26. September 2002) glaubhaft machen. Da auch an Verkündungs Statt zugestellte Beschlüsse auf Grund der mündlichen Verhandlung ergehen (Althammer/ Ströbele, Markengesetz, 6. Aufl, § 79 Rdn 11), ist der Schluss der mündlichen Verhandlung, also der 26. September 2002 im vorliegenden Fall der maßgebliche zeitliche Anknüpfungspunkt.

Entgegen der Ansicht der Inhaberin der angegriffenen Marke hat die Widersprechende eine Benutzung für "feste und weichgestopfte Tierfiguren aus Werkstoffen aller Art, nämlich Plüschtieren" glaubhaft gemacht.

Glaubhaft zu machen ist die Verwendung der Marke nach Art, Zeit, Ort und Umfang, wobei jedoch nicht auf die strengen Regeln der Beweisführung zurückgegriffen werden darf, sondern die überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt (Althammer/Ströbele, aaO, § 43 Rdnr 36).

Die Widersprechende hat Benutzungsunterlagen eingereicht, auf denen erkennbar ist, dass die Widersprechende die Widerspruchsmarke "Leo" im Zusammenhang mit Löwenplüschfiguren benutzt. Das Zeichen befindet sich danach sowohl auf einem an dem Plüschtier angebrachten Anhänger als auch in Katalogen als Text unter der Tierabbildung und am Tier. In dem Text ist das Wort "LEO" durch Großbuchstaben gegenüber den weiteren Angaben zu dem Tier herausgehoben. Auf den Anhängern ist der Wortbestandteil "Leo" in dem Katalogbeispiel aus der Steiff Collection 1992 durch Größe, Fettdruck und zentrale Stellung gegenüber den weiteren Bestandteilen des Anhängers abgesetzt. Auf dem eingereichten Anhänger mit dem Wort "Leo" und den Angaben "Steiff Knopf im Ohr", die graphisch gestaltet sind, und durch die Abbildung eines Bärenkopfes ergänzt werden, ist das Wort "Leo" auf der oberen Hälfte des Etiketts durch dunkle, klare Schrift auf hellem Untergrund deutlich von den übrigen Bestandteilen des Anhängers abgesetzt. Der kennzeichnende Charakter der Widerspruchsmarke ist durch die Hinzufügungen bei der tatsächlichen Verwendung nicht verändert worden (§ 26 Abs 3 MarkenG). Die von der Widersprechenden gewählte Art der Benutzung ist rechtserhaltend, da erhebliche Verkehrskreise bei der oben dargestellten Verwendung der Marke "Leo" darin gegenüber der Wort-Bild-Kombination "Steiff Knopf im Ohr" eine Zweitmarke sehen, zumal auf den eingereichten Katalogseiten das Wort "Leo" unter den jeweils abgebildeten Tierfiguren steht und optisch gegenüber beschreibenden Angaben hervorgehoben ist. Zweitmarken sollen Einzelwaren sowohl untereinander als auch gegenüber den Waren anderer Betriebe kennzeichnen und kön-

nen insoweit eine betriebliche Herkunftsfunktion erfüllen, so dass auch die Zweitmarke als markenmäßig benutzt anzusehen ist (vgl Althammer/Ströbele, aaO, § 26 Rdnr 63).

Die Benutzung der Widerspruchsmarke ist auch für die nach § 43 Abs 1 Satz 1 und Satz 2 MarkenG maßgeblichen Zeiträume glaubhaft gemacht, da die eidesstattliche Versicherung vom 5. Oktober 1995 die Jahre 1988 bis 1992, also den Zeitraum vor der Bekanntmachung abdeckt, und die eidesstattliche Versicherung vom 16. März 2000 sich auf das Jahr 1997 bezieht, und damit auch auf annähernd vier Monate des nach § 43 Abs 1 Satz 2 MarkenG maßgeblichen Zeitraums. Die in den eidesstattlichen Versicherungen angegebenen Stückzahlen lassen an der Ernsthaftigkeit der Benutzung nicht zweifeln. Anhaltspunkte dafür, dass diese Spielfiguren zu Werbezwecken sämtlich oder auch nur überwiegend verschenkt worden sein könnten, wie die Beschwerdeführerin meint, gibt es nicht. Die Widerspruchsmarke wird, wie aus der eidesstattlichen Versicherung vom 5. Oktober 1995 hervorgeht, im Inland benutzt, denn auch soweit danach die Waren exportiert werden, liegt weitgehend eine Benutzung im Inland vor, da die Waren im Inland gekennzeichnet und meist durch betriebsfremde Spediteure ins Ausland gebracht werden.

Da Benutzungsunterlagen lediglich für Löwenplüschi­guren eingereicht wurden, ist die Benutzung nicht für den gesamten im Register eingetragenen Warenoberbegriff "feste und weichgestopfte Tierfiguren aus Werkstoffen aller Art" glaubhaft gemacht, sondern nur für die, die von den tatsächlich gekennzeichneten Spielfiguren als gleiche Waren im Sinne der Rechtsprechung zur Integrationsfrage mit erfasst werden (Althammer/ Ströbele aaO, § 26 Rdn 105 ff; zuletzt BGH, MarkenR 2001, 371, 376 f – ISCO), also bei denen die Eigenschaften und Zweckbestimmungen in weitem Umfang übereinstimmen. Dies ist bei den Waren "feste und weichgestopfte Tierfiguren, nämlich Plüschi­guren" anzunehmen.

b) "Feste und weichgestopfte Tierfiguren, nämlich Plüschtierfiguren" sind den angegriffenen Waren "Spiele, Spielzeug" ähnlich. Dem Zweck des Markenschutzes entsprechend ist für die Ähnlichkeit der Waren im Sinne von § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG auf eine gemeinsame "betriebliche Zuordnung" abzustellen (vgl auch Althammer/Ströbele aaO § 9 Rdn 67). Diese kann insbesondere durch Art, Verwendungszweck und Nutzen (vgl hierzu BGH MarkenR 2001, 31, 33 – Wintergarten – für Dienstleistungen), die Eigenart der Waren und Dienstleistungen auch als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Produkte und der Erwartung des Verkehrs von einer Verantwortlichkeit desselben Unternehmens für die Qualität der Waren (vgl BGH MarkenR 2001, 204, 206 - EVIAN / REVIAN; EuGH MarkenR 1999, 22, 24, Tz 28, 29 - CANON) bestimmt sein. Diese Erwartung der Verantwortlichkeit desselben Unternehmens für die Qualität der Waren ist für die angegriffenen Waren "Spiele, Spielzeug" gegeben. In dem Oberbegriff "Spielzeug" sind die bei der Widerspruchsmarke zu berücksichtigenden Waren enthalten, so dass sie sogar identisch sein können. Dies gilt auch soweit dieser Warenbegriff hilfsweise derart eingeschränkt wurde, dass Löwenspielfiguren nicht mehr beansprucht werden, da bei der Widerspruchsmarke Plüschtierfiguren und nicht nur Löwenplüschtiere zu berücksichtigen sind. Selbst wenn man bei der Widerspruchsmarke lediglich "Löwenplüschtierfiguren" berücksichtigen würde, läge eine noch große Warennähe vor, da dann zwar die Waren nicht mehr identisch wären, die angegriffene Marke jedoch immer noch andere Plüschtierfiguren in ihrem Warenverzeichnis hätte (zB Plüschkatzen, Plüschtiger). Plüschtierfiguren können in einem engen Zusammenhang mit Spielen stehen, da Spielfiguren Bestandteile vieler Spiele sind und zu bestimmten Spielen Plüschtierfiguren entwickelt werden (zB Moorhuhnspiel und Moorhuhnplüschtierfigur). Es ist daher auch insoweit eine Ähnlichkeit der Waren gegeben (vgl Richter/Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen, 12. Aufl S 312).

Zwischen den angegriffenen Waren "Christbaumschmuck" und den zu berücksichtigenden Waren der Widerspruchsmarke besteht dagegen, selbst wenn man noch von einer Warenähnlichkeit ausgeht, eine erhebliche Warenferne (Richter/Stoppel

aaO, S 102 erhebliche Warenferne zwischen Christbaumschmuck und Spielfiguren). Zwar kann "Christbaumschmuck" auch Tierfiguren umfassen, jedoch unterscheiden sich Tierfiguren als Christbaumschmuck regelmäßig erheblich sowohl in der Gestaltung und den verwendeten Materialien als auch im Einsatzzweck von Plüschtieren. Tierfiguren als Christbaumschmuck haben allenfalls einzelne Teile aus Plüsch und bestehen regelmäßig aus Glas, Holz, Stroh oder Metall. Sie haben eine Aufhängevorrichtung, und sollen den Christbaum zur Weihnachtszeit schmücken. Plüschtiere dagegen dienen regelmäßig zum Spielen. Für die Beurteilung der Warenähnlichkeit ist hier nicht ausschlaggebend, was man theoretisch alles an einem Weihnachtsbaum befestigen kann, sondern ob bei den Waren für sich gesehen eine entsprechende Zweckbestimmung nahe liegt. Dies ist bei Plüschtierfiguren anders als etwa bei Engelfiguren, Glaskugeln, Lametta usw nicht der Fall.

c) Der Senat geht bei seiner Entscheidung von einer deutlich unterdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft und damit einem geringen Schutzzumfang der Widerspruchsmarke aus. "Leo" ist ein männlicher Vorname (Duden, Die deutsche Rechtsprechung, 21. Aufl, S 455). Zwar sind Vornamen für Spielfiguren in der Regel schutzfähig (vgl BPatGE 20, 195 "KATJA" zu Puppen für Spielzwecke), jedoch haben sie auf diesem Warengbiet nur eine unterdurchschnittliche Kennzeichnungskraft (BPatG, Mitt 1988, 218 "WERA"/"VERENA"). Vornamen werden nämlich insbesondere bei Puppen für Spielzwecke in ganz erheblichem Umfang sowohl zur Kennzeichnung von Waren aus den jeweiligen Geschäftsbetrieben wie auch zur Individualisierung von Puppen im Sinne von Modellnamen oder Warensortenbezeichnungen verwendet. Ähnliches gilt auch für Plüschtiere zu Spielzwecken. Diese Übung führt dazu, dass der Verkehr an das Nebeneinanderbestehen derartiger Vornamen gewöhnt ist und dem gemäß seine Aufmerksamkeit stärker auf etwa vorhandene Unterschiede richtet, so dass bereits geringfügigere Abweichungen zur Unterscheidung der einander gegenüber stehenden Zeichen ausreichen.

Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass der Name "Leo" für eine Löwenfigur, die von den bei der Widerspruchsmarke zu berücksichtigenden Waren mit umfasst wird, wenig originell ist. Er lehnt sich an die lateinische Bezeichnung der Tierart (*Panthera leo*) an, die für Tiermodelle wie maßstabsgerechte Nachbildungen möglicherweise sogar schutzunfähig wäre, da in diesem Zusammenhang wohl auch die lateinische Bezeichnung freihaltebedürftig wäre, und der naheliegende Name Leo für einen Löwen dem Verkehr auch in Kinderbüchern, Filmen und Theaterstücken begegnet. Ähnlich wie bei der Prüfung der absoluten Schutzfähigkeit eine Marke für einen Warenoberbegriff nicht eingetragen werden kann, wenn die Marke für eine unter diesen Oberbegriff fallende Spezialware nicht schutzfähig ist (BGH, GRUR 2002, 261 "AC"), ist auch die Kennzeichnungskraft einer Marke für eine Warengattung gering, wenn diese für eine darunter fallende Spezialware gering ist. Dies gilt zumindest für die vorliegende Fallgestaltung, bei der die Benutzung für diese Warengattung (Plüschtiere) lediglich auf einer Benutzung der Spezialware (Löwenplüschtier) beruht, bei der das Markenwort (Leo) die ganz besondere Kennzeichnungsschwäche aufweist. Ob dieser Grundsatz gleichermaßen gelten könnte, wenn die Widerspruchsmarke auch für solche Plüschtiere tatsächlich (und nicht nur im Wege der Integration unter einen Oberbegriff) benutzt würde, bei denen die Bezeichnung "Leo" weniger kennzeichnungsschwach wäre, kann hier dahingestellt bleiben. Wenngleich die Widerspruchsmarke im Bereich der damit gekennzeichneten Waren eine deutlich unterdurchschnittliche Kennzeichnungskraft aufweist, hat der Senat jedoch keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass der Name "Leo" für eine Löwenspielfigur schutzunfähig ist, wie die Inhaberin der angegriffenen Marke meint, und die Marke dann auf einen Identitätsschutz beschränkt wäre. Denn jedenfalls für Plüschfiguren wird die lateinische Tierbezeichnung nicht als beschreibende Angabe benötigt, und der Verkehr kennt "Leo" insoweit auch nicht als reines Synonym für eine Löwenspielfigur.

d) Die sich gegenüberstehenden Marken sind ähnlich.

Die angegriffene Marke wird von dem Wortbestandteil "LEO" geprägt, der mit der Widerspruchsmarke klanglich identisch ist. Bei der angegriffenen Marke handelt es sich um ein Wortbildzeichen, das aus dem Wort "LEO" in untereinander geschriebenen Versalien und zwei Löwenköpfen besteht. Der Wortbestandteil "LEO" in der angegriffenen Marke ist für Spielzeug kennzeichnungsschwach, zumal darunter auch Löwenfiguren fallen, für die der Vorname "Leo" wenig originell ist. Auch soweit die Beschwerdeführerin diesen Warenbegriff hilfsweise so einschränkt, dass keine Löwenspielfiguren mehr mit umfasst werden, ist die Kennzeichnungskraft dieses Wortbestandteils gering, da Vornamen bei Spielfiguren - wie bereits ausgeführt - eine unterdurchschnittliche Kennzeichnungskraft aufweisen. Trotz der Kennzeichnungsschwäche des Wortbestandteils "LEO" ist jedoch damit zu rechnen, dass sich erhebliche Verkehrskreise in klanglicher Hinsicht hauptsächlich an dem Bestandteil "LEO" orientieren, da der Verkehr beim Zusammentreffen von Wort- und Bildbestandteilen dem Wort als einfachster und kürzester Bezeichnungsform eine prägende Bedeutung zumisst (Althammer/Ströbele, aaO, § 9 Rdnr 194). Dies gilt hier gerade auch soweit der Bestandteil "LEO" für Löwenfiguren beansprucht wird, da der Bildbestandteil in diesem Falle lediglich eine zusätzliche Illustration der Waren darstellt. Hinsichtlich der angegriffenen Waren "Spiele" ist der Wortbestandteil ebenfalls prägend, da, selbst soweit die Spiele das Thema Löwen oder Löwenfiguren enthalten, bei denen der Wortbestandteil "LEO" besonders kennzeichnungsschwach ist, der Bildbestandteil dem Wortbestandteil so untergeordnet ist, dass die Marke klanglich lediglich von dem Wortbestandteil geprägt wird. Für die angegriffenen Waren "Christbaumschmuck" ist in klanglicher Hinsicht der Wortbestandteil ebenfalls prägend, da auch insoweit das Wort die einfachste und kürzeste Bezeichnungsform darstellt.

e) Bei einer Gesamtbewertung der für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr maßgebenden Faktoren, nämlich Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Waren und Zeichen und Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke, besteht im vorliegenden Fall nur hinsichtlich der angegriffenen Waren "Spiele, Spielzeug" eine Ver-

wechslungsgefahr, nicht jedoch hinsichtlich der angegriffenen Waren "Christbaumschmuck".

Zwischen den angegriffenen Waren "Spiele, Spielzeug" und den bei der Widerspruchsmarke zu berücksichtigenden Waren "feste und weichgestopfte Tierfiguren, nämlich Plüschtierfiguren" besteht zumindest eine mittlere Warenähnlichkeit, teilweise sogar Warenidentität, so dass trotz der Kennzeichnungsschwäche der Widerspruchsmarke insgesamt noch mit einer erheblichen (klanglichen) Verwechslungsgefahr zu rechnen ist. Dies gilt auch, soweit die Inhaberin der angegriffenen Marke den Warenbegriff "Spielzeug" hilfsweise derart eingeschränkt hat, dass sie dabei Spielfiguren in Löwenform nicht mehr beansprucht. Trotz dieser Einschränkung können einzelne sich gegenüberstehende Waren noch identisch sein, da bei der Widerspruchsmarke - wie oben ausgeführt - nicht nur Löwenplüschtierfiguren, sondern Plüschtierfiguren allgemein berücksichtigt werden. Zumindest sind die sich gegenüberstehenden Waren aber bei Spielzeug noch sehr ähnlich, bzw weisen sie bei Spielen eine eher mittlere Ähnlichkeit auf.

Hinsichtlich der angegriffenen Waren "Christbaumschmuck" besteht dagegen keine Verwechslungsgefahr, da "Christbaumschmuck" den bei der Widerspruchsmarke zu berücksichtigenden Waren "feste und weichgestopfte Tierfiguren, nämlich Plüschtierfiguren" so fern steht, dass trotz klanglicher Identität des Wortbestandteils der angegriffenen Marke mit der Widerspruchsmarke unter Berücksichtigung der erheblichen Kennzeichnungsschwäche der Widerspruchsmarke mit einer noch erheblichen Verwechslungsgefahr nicht mehr zu rechnen ist. In einem solchen Fall kann der Schutzbereich einer Marke nämlich nur bei gesteigerter Kennzeichnungskraft bis zur Grenze der Warenähnlichkeit reichen. Bei normaler oder - wie vorliegend - geringerer Kennzeichnungskraft erfasst der Schutzbereich nicht den gesamten Warenähnlichkeitsbereich, sondern ist entsprechend enger zu bemessen, dh es besteht selbst bei noch ähnlichen Waren keine Verwechslungsgefahr mehr (BPatG, GRUR 1996, 204 "Swing"). Auch der Bildbestandteil der angegriffe-

nen Marke kann in gewissem Umfang selbst einer klanglichen Verwechslungsgefahr entgegen wirken, etwa wenn die Löwenkopfdarstellung mit benannt wird.

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

Kliems

Brandt

Bayer

Pü