



BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 230/02

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 397 40 724

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) auf die mündliche Verhandlung vom 1. Oktober 2003 durch die Vorsitzende Richterin Winkler, Richter Viereck und Richter Rauch

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Gegen die am 26. August 1997 angemeldete, für die Waren

fetthaltige Brotaufstriche; Butter; Buttercreme; Eier; Eigelb; Eipulver; Eiweiß (Eiklar); Erdnußbutter; Erdnüsse (verarbeitet); Speisefette; Fette für die Herstellung von Speisefetten; Fleisch (konserviert); Fleischkonserven; gepökelte Fleischwaren; gekochte, konservierte, tiefgekühlte oder kandierte Früchte; Fruchtschalen; Früchte in Alkohol; Früchtescheiben; Fruchtgelees; Fruchtmark; Fruchtsalat; Gallerten für Speisezwecke; Speisegelatine; Gelees für Speisezwecke; Gemüse (konserviert); Gemüsekonserven; Milchgetränke; Ingwerkonfitüre; Joghurt; Kakaobutter; kandierte Früchte; Kartoffelchips; Käse; Kokosbutter; Kokosfett; getrocknete Kokosnüsse; Kokosöl; Konfitüren; Maisöl; Mandeln (verarbeitete); Margarine; Marmeladen; Milch; Milchgetränke mit überwiegendem

Milchanteil; Milchprodukte; Molke; verarbeitete Nüsse; gekochtes Obst; konserviertes Obst; tiefgekühltes Obst; Obstkonserven; Obstsalat; Öle für Speisezwecke; Olivenöl für Speisezwecke; Palmkernöl für Speisezwecke; Palmöl für Speisezwecke; Pektin für Speisezwecke; Pflanzensäfte für die Küche; Proteine für Speisezwecke; Rahm; Rapsöl für Speisezwecke; Rosinen; Pflanzensäfte für die Küche; Fruchtsalat; Obstsalat; Gemüsesalat; Schalen von Früchten; Schinken; Schlagsahne; Schweinefleisch; Schweineschmalz; Sesamöl; Sonnenblumenöl für Speisen; Speck; Speisefette; Speisegelatine; Speiseöle; Suppen, Kraftbrühen; Suppenpräparate; Speisetalg; Thunfisch; Tofu; Tomatenpüree; Tomatensaft für die Küche; Wurstwaren; Yoghurt; konservierte Zwiebeln; Aniskörner; pflanzliche Aromastoffe für Getränke (ausgenommen ätherische Öle); Backaromen (ausgenommen ätherische Öle); Auszugsmehl; feine Backwaren; Beizmittel (Fleisch-) Mittel zum Zartmachen für Haushaltszwecke; Bindemittel für Kochzwecke; Bindemittel für Speiseeis; Biskuits; Bohnenmehl; Bonbons; Brioches (Gebäck); Brot; Brötchen; belegte Brote; Butterkeks; Zuckerwaren als Christbaumschmuck; Cornflakes; Couscous (Grieß); Custard (Vanillesoße); Speiseeis; Speiseeispulver; Erdnußkonfekt; Essenzen für Nahrungszwecke (ausgenommen ätherische Essenzen und Öle); Essig; Teigfermente; Getreideflocken; Fondants; Geleefrüchte (Süßwaren); Gebäck; Gelée royale für Nahrungszwecke (nicht für medizinische Zwecke); geschälte Gerste; Gerstenmehl; Gerstenschrot; Getränke (pflanzliche Aromastoffe) ausgenommen ätherische Öle; Kaffeegetränke; Kakaogetränke; Schokoladengetränke; Getreideflocken; Getreidepräparate; Gewürze; Gewürzmischungen; Gewürznelken; Glukose für Nahrungszwecke; Gluten für Nahrungszwecke; Grieß; Hafergrütze für Nahrungszwecke; geschälter und gequetschter Hafer; Nahrungsmittel auf der Grundlage von Hafer; Haferflocken; Backhe-

fen; Hefetabletten, nicht für medizinische Zwecke; Honig; Ingwer; Kaffee; Kaffee-Ersatz; Kaffee-Ersatzstoffe auf pflanzlicher Grundlage; Kaffeearomen; Kakao; Kakaoerzeugnisse; Kakaogetränke; Kandiszucker für Speisezwecke; Karamellen; Kartoffelmehl für Speisezwecke; Kaugummis (nicht für medizinische Zwecke); Kekse; Ketchup (Soße); Kleber für Nahrungszwecke; Kleingebäck; Kochsalz; Konservierungssalz für Lebensmittel; Kräcker (Gebäck); Kuchen; pulverförmige Kuchenmischungen; Kuchenteig; eßbare Kuchenverzierungen; Lakritze; Lebkuchen; Mais; Maisflocken; Maismehl; Maltose; Malz für Nahrungszwecke; Malzextrakte für Nahrungsmittel; Malzzucker; Mandelkonfekt; Marzipan; Marzipanrohmasse; Mayonnaise; Mehl für Nahrungszwecke; Mehlspeisen; Melasse; Melassesirup; Milchbrei für Nahrungszwecke; Milchschokolade als Getränk; Mühlenprodukte; Müsli; Würzzubereitungen für Nahrungsmittel; Pasteten; Pastillen; Petits Fours; Pfannkuchen (Crepes); Pfefferkuchen; Pfefferminz für Konfekt; Pfefferminzbonbons; Piment (Gewürz); Pizzas; Popcorn; Propolis für Nahrungszwecke (Bienenprodukt); Pudding; Puffmais; Reis; Reiskuchen; Safran; Sago; Sahnestandmittel; Sandwiches; Tomatensaucen; Saucen (Würzen); Sauerteig; Schokolade; Schwarzkümmel; Semmeln; Senf; Melassesirup; Sojamehl; Speiseeis; Speisestärke; Stärke für Nahrungszwecke; Stärkeprodukte für Nahrungszwecke; Süßungsmittel (natürliche); Tee; Kuchenteig; Teigfermente; Tomatensoße; Torten; Traubenzucker für Nahrungszwecke; Vanille; Vanilleersatzstoffe; Waffeln; Würzmittel; Würzzubereitungen für Nahrungsmittel; Zimt; Zuckermandeln; Zuckerwaren, Konfekt; Zwieback; Zucker; Hafer; Haselnüsse; Hopfen; Kakao-
bohnen (roh); Pflanzenkeime; Kleie; Kokosnüsse; Kopfsalat; Getreidekörner; Ölkuchen; frische Küchenkräuter; Kürbisse; Mais; Maiskuchen; Malz für Brauereien und Brennereien; Mandeln; Mastfutter für Tiere; Nüsse; frisches Obst und Gemüse; Oliven

(frisch); unbehandelter Reis; Roggen; Samenkörner; Sesam; Weizen

eingetragene Marke 397 40 724



ist Widerspruch erhoben aus der Marke 1 006 164

di-eto

die seit dem 11. August 1980 für

diätetische Erzeugnisse für Kinder und Kranke und für medizinische Zwecke; diätetische Erzeugnisse, nämlich Fleisch- und Fischwaren, Fleisch-, Fisch-, Gemüse-, Obst-, Suppen- und Fertiggerichtkonserven, in Essig eingelegtes Obst und Gemüse, Dörrobst, Dörrgemüse, Gemüseextrakte für Nahrungszwecke, Fruchtnektare, Marmeladen, Konfitüren, Fleisch-, Fisch-, Frucht- und Gemüsegallerten, geröstete und/oder gesalzene und/oder gewürzte Mandeln, gekörnte Fleischbrühe, Fleischbrühwürfel, Fleischbrüherersatzwürfel, Fleischbrühextrakte, Fleischextrakte, Suppenpräserven, Pflanzenfleischextrakte, Suppenwürzen in flüssiger und fester Form, Suppenpräparate in flüssiger und fester Form, Suppeneinlagen, nämlich Teigwaren und getrocknetes Gemüse, Suppenmehle, Suppenpulver, getrocknete und konservierte Erbsen, Bohnen und Linsen, Kartoffelflocken und -schnitzel für Nahrungszwecke, Erbsmehl, ge-

trocknetes Eiweiß und Eigelb für Nahrungszwecke; Milch, Puddinge, die unter Verwendung von Milcherzeugnissen hergestellt sind, eingedickte Molke, Molkeneiweiß für Nahrungszwecke, Butter, Margarine, Käse, Speiseöl, Backöl, Mandelöl, Tee, Tee-Extrakte, Teekonserven, Zucker, Sirup, nämlich eingedickte und gesüßte Frucht- und Rübensäfte, Speisesalz, Grieß, Graupen, Grütze, Haferflocken, Reis, Sago, Tapioka, Kartoffelmehl, Paniermehl, Mehle, auch mit Zusatz von Kakao und Schokolade, Maismehl, Maispulver, Reismehl, Reisflocken, Reisgrieß, Gewürze, Gewürzdrogen, Gewürzmischungen, Gewürzsalze, süße und salzige Soßen in flüssiger, fester und pulverisierter Form, Essig, Senf, Vanille, Vanillezucker, Karamel, Milchzucker, Fruchtzucker, Speisegeliermittel für Backzwecke, Speisegelatine, Fruchtaromen (ausgenommen ätherische Öle) für Nahrungszwecke, Backaromen (ausgenommen ätherische Öle), Kakao, Haferkakao, Schokolade, Schokoladenpulver, Zucker-, Back- und Konditorwaren, Hefe, Kefirfermente, Puddinge und Puddingpulver, auch mit Zusatz von getrockneten Früchten, Speiseeispulver, Malzpräparate (soweit in den Klassen 5 und 30 enthalten), Malzextrakte, Malzeiweiß für Nahrungszwecke, süße Kremspeisen, Stärke für Nahrungszwecke, Teigwaren, Geflügelprodukte, künstliche und natürliche Süßstoffe und Zuckeraustauschstoffe

eingetragen ist.

Der Markeninhaber hat die Einrede mangelnder Benutzung des Widerspruchszeichens erhoben.

Die Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts hat den Widerspruch wegen fehlender Verwechslungsgefahr durch zwei Beschlüsse, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, zurückgewiesen. Zur Begrün-

dung ist unter anderem ausgeführt, der Abstand zwischen den Vergleichsmarken sei auch bei Unterstellung einer rechtserhaltenden Benutzung sowie einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ausreichend. Die Waren der Widerspruchsmarke wendeten sich an ein Publikum, das beim Kauf von Lebensmitteln sehr bewusst vorgehe und deshalb der Gefahr von Verwechslungen weniger ausgesetzt sei als das übliche Publikum. Außerdem sei die Widerspruchsmarke wegen Anlehnung an den Begriff „Diät“ kennzeichnungsschwach. Die Vergleichsmarken unterschieden sich nicht nur visuell, sondern auch klanglich, nämlich in der Silbenzahl (die jüngere Marke sei zwei-, die ältere dagegen dreisilbig) und in der Betonung (die jüngere Marke werde auf „di“, die ältere auf der Mittelsilbe „e“ betont). Der in der Widerspruchsmarke zusätzlich vorhandene, hell klingende und lautstarke Vokal „e“ bewirke ein von der jüngeren Marke deutlich verschiedenes Klangbild. Außerdem bewirke die Begriffsassoziation zwischen der Widerspruchsmarke und dem Wort „Diät“ eine Merk- und Unterscheidungshilfe.

Gegen diese Entscheidungen hat die Widersprechende Beschwerde eingelegt. Zur Glaubhaftmachung der Benutzung ihrer Marke hat sie bereits im Verfahren vor dem Amt eine eidesstattliche Versicherung mit Umsatzzahlen aus den Jahren 1994, 1996 und 1998 sowie eine große Zahl von Warenetiketten vorgelegt. Zur Begründung ihrer Beschwerde trägt sie vor, angesichts identischer bzw. überdurchschnittlich ähnlicher Waren und umfangreicher Benutzung des Widerspruchszeichens seien die klanglichen Unterschiede nicht ausreichend. Die Vokalfolge „ie“ werde immer wie „i“ ausgesprochen, d.h. die ältere Marke klinge wie „dito“. Optisch sei der Aufbau des Anmeldezeichens dem der Widerspruchsmarke sehr angepasst. Beide Zeichen begännen mit „di“, dann folge eine kleine räumliche Trennung, und beide Zeichen endeten mit „to“. Der Verbraucher gehe davon aus, dass in der jüngeren Marke das „e“ weggelassen worden sei, er mache sich aber keine Gedanken darüber, warum dem so sei. Vielmehr werde er im Anmeldezeichen das ihm bekannte, weil umfangreich benutzte Widerspruchszeichen erkennen.

Die Widersprechende beantragt sinngemäß,

die angefochtenen Beschlüsse der Markenstelle vom
11. Januar 2001 und vom 28. Mai 2002 aufzuheben.

Der Inhaber der angegriffenen Marke stellt den Antrag,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er bestreitet die rechtserhaltende Benutzung des Widerspruchszeichens. In der von der Widersprechenden als Benutzungsnachweis vorgelegten Form ihres Zeichens sei der Bindestrich in „di-eto“ weggelassen worden, weshalb sich diese Form auch klanglich deutlich von der eingetragenen Form unterscheide. Auch komme der Widerspruchsmarke kein erhöhter Schutzzumfang zu, weil keine nennenswerte Anzahl von Verbrauchern Kenntnis von diesem Zeichen besitze. Zur Frage der Markenähnlichkeit schließt sich der Markeninhaber den Argumenten der Prüfungsstelle an.

II

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Nach § 9 Abs. 1 Nr. 2, § 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die Eintragung einer Marke im Falle eines Widerspruchs zu löschen, wenn und soweit wegen ihrer Ähnlichkeit mit einer eingetragenen Marke mit älterem Zeitrang und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die beiden Marken erfassten Waren für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, einschließlich der Gefahr, dass die Marken gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden. Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung aller Umstände des

Einzelfalls vorzunehmen. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht zu ziehenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der Ähnlichkeit der mit ihnen gekennzeichneten Waren sowie der Kennzeichnungskraft der älteren Marke (st. Rspr; vgl. BGH GRUR 2002, 626, 627 - IMS).

2. Bei Anlegung dieser Maßstäbe besteht im vorliegenden Fall für das Publikum keine Gefahr von Verwechslungen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob das Widerspruchszeichen i.S.d. § 43 Abs. 1, § 26 MarkenG in rechtserhaltender Weise benutzt worden ist.

a) Die Kennzeichnungskraft des für diätetische Erzeugnisse eingetragenen Widerspruchszeichens ist wegen der leicht erkennbaren Anlehnung an den Begriff „Diät“ (bzw. das englische „diet“) von Haus aus schwach. Zugunsten der Widersprechenden kann unterstellt werden, dass sich der Schutzzumfang ihres Zeichens durch die in der eidesstattlichen Versicherung vorgelegten Umsatzzahlen auf ein durchschnittliches Maß erhöht hat. Aus diesem Grund braucht auch nicht der Frage nachgegangen zu werden, ob diese Umsätze mit einer den kennzeichnenden Charakter der eingetragenen Marke nicht verändernden Markenform getätigt worden sind (§ 26 Abs. 3 MarkenG).

b) Die beiderseitigen Waren liegen, so weit sie nicht identisch sind, überwiegend im Bereich enger Ähnlichkeit. Daran ändert nichts, dass die Widerspruchsmarke – im Unterschied zur jüngeren Marke - für diätetische Erzeugnisse eingetragen ist. Im Einzelfall können sich diätetische Erzeugnisse in der stofflichen Zusammensetzung oder im Herstellungsverfahren von anderen Produkten unterscheiden. Allerdings können auch die Waren der jüngeren Marke im Rahmen einer diätetischen Ernährung Verwendung finden. Für den Verbraucher sind die Unterschiede nicht in jedem Fall erkennbar. Außerdem werden sowohl diätetische als auch „normale“ Lebensmittel oft von denselben Unternehmen hergestellt, in denselben Vertriebsstätten nebeneinander angeboten und sie dienen auch sich

ergänzenden Ernährungszwecken (vgl. PAVIS PROMA; Kliems, 25 W (pat) 177/98).

c) Bei einem Vergleich der beiden Marken in ihrer jeweils eingetragenen Form besteht in schriftbildlicher Hinsicht – auch bei identischen Waren - keine Verwechslungsgefahr. Nach ihrem Gesamteindruck unterscheidet sich die jüngere Marke schon durch ihre grafische Ausgestaltung von der Widerspruchsmarke. Selbst bei einer bloßen Gegenüberstellung des Wortelements „dito“ der jüngeren Marke, und auch unter Einbeziehung des zwischen den Anfangsbuchstaben „di“ und den Endbuchstaben „to“ eingefügten Abstands, kann der Unterschied zur Schreibweise der älteren Marke (mit zusätzlichem Bindestrich und zusätzlichem Buchstaben „e“) nicht übersehen werden.

d) Auch der klangliche Markenabstand ist ausreichend. Durch die Schreibweise „di-eto“ wird bei der Widerspruchsmarke eine dreisilbige Aussprache und auch klangliche Trennung zwischen „i“ und „e“ vorgegeben. Diese Aussprache wird zusätzlich durch die offensichtliche Anlehnung der Marke an das Wort „Diät“ nahegelegt. Daraus folgt eine unterschiedliche Betonung der beiden Markennörter (auf der ersten bzw. der mittleren Silbe). Außerdem ist das zusätzliche „e“ in der Wortmitte von „di-eto“ unüberhörbar, zumal es gedehnt ausgesprochen wird und dadurch die Aussprache der Widerspruchsmarke im Vergleich zur angefochtenen Marke insgesamt in die Länge zieht.

3. Zu einer Kostenauflegung besteht kein Anlass (§ 71 Abs. 1 MarkenG).

Winkler

Viereck

Rauch

Ju