



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 161/00

(AktENZEICHEN)

Verkündet am
5. Februar 2003

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke 397 46 983

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 5. Februar 2003 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Albert sowie des Richters Reker und der Richterin Eder

beschlossen:

Auf die Beschwerde wird der Beschluß der Markenstelle für Klasse 33 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 21. März 2000 aufgehoben, soweit die Löschung der angegriffenen Marke wegen des Widerspruchs aus der Marke 397 10 923 angeordnet wird.

Dieser Widerspruch wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Gegen die (nunmehr noch) für die Ware

"italienischer Perlwein, nämlich Prosecco"

unter der Nummer 397 46 983 eingetragene Marke

siehe Abb. 1 am Ende

ist Widerspruch erhoben worden aus der Marke 397 10 923

siehe Abb. 2 am Ende

die ua für die Dienstleistung

"Verpflegung von Gästen"

eingetragen ist.

Die Markenstelle für Klasse 33 des Deutschen Patent- und Markenamts hat diesem Widerspruch stattgegeben und die jüngere Marke gelöscht. Zwischen den beiden Zeichen bestehe markenrechtliche Verwechslungsgefahr. Angesichts der Überschneidungen bei der Erbringung der fraglichen Dienstleistung und im Vertrieb der für die jüngere Marke eingetragenen Ware sei eine gewisse Ähnlichkeit zu bejahen. Beide Zeichen enthielten das Wort "DEA" als jeweils prägenden Bestandteil. Dies gelte für die Widerspruchsmarke, da hier die Bildelemente im Vergleich zu dem einzigen Wortbestandteil zurückträten. Auch bei der jüngeren Marke sei der Bestandteil "DEA" das allein kennzeichnungskräftige Element, während die übrigen Angaben rein sachbezogener Natur seien.

Hiergegen wendet sich der Inhaber der jüngeren Marke mit der Beschwerde. Es bestehe allenfalls eine sehr entfernte Ähnlichkeit zwischen der Ware und der Dienstleistung. Dies reiche aus, um im Ergebnis eine Verwechslungsgefahr zu verneinen. Die Benutzung der Widerspruchsmarke werde (gemäß § 43 Abs 1 Satz 2 MarkenG) bestritten.

Demgegenüber hält die Widersprechende die Dienstleistung "Verpflegung von Gästen" und die Ware "Getränke" für ähnlich. Die prägenden Bestandteile der Vergleichszeichen stimmten überein, so daß insgesamt Verwechslungsgefahr bestehe.

Die Widersprechende hat Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Benutzung ihrer Marke für die Dienstleistung "Verpflegung von Gästen, insbesondere Ausschank/Verkauf von Getränken" vorgelegt. Diese bestehen aus mehreren eidesstattlichen Versicherungen mit Angaben zum Umsatz und Abbildungen von Autohöfen sowie einem Kassenbon und einer Getränkeliste. Die Inhaberin der jüngeren Marke hält die Einrede mangelnder Benutzung auch nach Kenntnisnahme der vorgelegten Unterlagen ausdrücklich aufrecht.

II.

Die zulässige Beschwerde des Markeninhabers hat Erfolg. Eine markenrechtliche Verwechslungsgefahr gemäß § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG liegt nicht vor, denn der Widerspruch war bereits mangels ausreichender Glaubhaftmachung der Benutzung gemäß § 43 Abs 2 Satz 2 MarkenG zurückzuweisen.

Hinsichtlich der im vorliegenden Fall zu beurteilenden Ähnlichkeit der Ware "italienischer Perlwein, nämlich Prosecco" einerseits und der Dienstleistung "Verpflegung von Gästen" andererseits ist zu berücksichtigen, daß der Inhaber der jüngeren Marke die Einrede mangelnder Benutzung nach § 43 Abs 1 Satz 2 MarkenG erhoben und im weiteren Verfahrenslauf auch ausdrücklich vollumfänglich aufrechterhalten hat. Die zulässige Einrede hat zur Folge, daß gemäß § 43 Abs 1 Satz 3 MarkenG bei der Entscheidung lediglich diejenigen Dienstleistungen berücksichtigt werden, für die die Benutzung glaubhaft gemacht ist. Dabei erfordert die Glaubhaftmachung keinen lückenlosen Beweis, sondern lediglich die Darlegung der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl Althammer/Ströbele, MarkenR, 6. Aufl, § 43 Rdnr 36). Der Widersprechenden ist es aber nicht gelungen, eine Glaubhaftmachung der Benutzung der Widerspruchsmarke für die einzige zur Ähnlichkeit mit der Ware der jüngeren Marke führende Dienstleistung "Verpflegung von Gästen" im maßgeblichen Zeitraum der letzten fünf Jahre vor der Entscheidung darzutun.

Zum Nachweis einer ernsthaften Benutzung der Widerspruchsmarke gemäß § 26 Abs 1 MarkenG kommt es letztlich entscheidend darauf an, ob eine funktionsgemäße Benutzung der Marke vorliegt, ob also die Marke in der fraglichen Verwendung zur (kennzeichenmäßigen) Unterscheidung der fraglichen Dienstleistung des Benutzers von den Produkten oder Leistungen anderer Unternehmen dient (Althammer/Ströbele, aaO, § 26 Rdnr 9). Dafür ist die Darlegung von Benutzungshandlungen erforderlich, die nach Art, Umfang und Dauer dem Zwecke des Benutzungszwangs entsprechen. Eben daran aber mangelt es im vorliegenden Fall.

Zur Glaubhaftmachung der Benutzung ihrer Marke hat die Widersprechende mehrere eidesstattliche Versicherungen vorgelegt, die Angaben über den Absatz von alkoholischen und nichtalkoholischen Getränken enthalten. Dabei entsprechen Umfang und Dauer der vorgetragenen Benutzung den Anforderungen sowohl hinsichtlich des hier maßgeblichen Benutzungszeitraums als auch der unabdingbaren Ernsthaftigkeit der Benutzung, denn der Verkauf der genannten Getränke kann mit zur Erbringung der hier zugrundeliegenden Dienstleistung beitragen. Eine rechtlich erhebliche Art der Benutzung wurde jedoch nicht glaubhaft gemacht. Insoweit stellt nur ein der verkehrsüblichen wirtschaftlichen Betätigung entsprechendes Handeln eine rechtserhaltende Benutzung dar, reicht aber als solches auch immer aus (Althammer/Ströbele, aaO, § 26 Rdnr 10). Dabei können die Anforderungen an eine rechtserhaltende Art der Benutzung bei Waren nicht ohne weiteres auf die hier zu beurteilende Art der Benutzung bei einer Dienstleistung übertragen werden. Bei Dienstleistungen ist nämlich die bei Warenmarken typische Benutzungsart des Versehens der Ware mit der Marke wegen der Unkörperlichkeit der Dienstleistung ausgeschlossen. Deswegen beschränkt sich die Verwendung der Dienstleistungsmarke regelmäßig auf Werbemaßnahmen jeder Art sowie auf die Anbringung der Marke auf bzw in Geschäftsgebäuden und auf Gegenständen, die bei der Leistungserbringung eingesetzt werden. Maßgeblich ist also auch im Rahmen der Beurteilung von Dienstleistungsmarken die funktionsgemäße Markenverwendung, die vom Verkehr als Hinweis auf eine von einem bestimmten Unternehmen erbrachte konkrete Dienstleistung verstanden wird. Auch hier darf also nicht von vornherein auf jegliche Verbindung von Marke und Dienstleistung verzichtet werden, sofern sie tatsächlich möglich und nicht branchenunüblich ist. So kommt zB bei einem Hotel- und Gaststättenbetrieb neben der Anbringung der Marke auf Prospekten, Preislisten, Rechnungen, Briefbögen, Geschäftspapieren und Werbeanzeigen auch der Einsatz der Marke auf unmittelbar mit der Dienstleistung in Verbindung stehenden Gegenständen wie Hotelwäsche und -schlüssel oder Geschirr, Besteck und Speisekarten in Betracht, wobei aber stets den Gegebenheiten des Einzelfalls Rechnung getragen werden muß (Althammer/Ströbele,

aaO, § 26 Rdnr 20). Von diesen grundsätzlichen Überlegungen ausgehend ist für den vorliegenden Fall festzustellen, daß eine solche funktionsgemäße und auf den Einzelfall bezogene Verwendung einer Dienstleistungsmarke weder den vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen noch den diesen beigefügten Anlagen bzw. Ablichtungen entnommen werden kann. Die Abbildungen des DEA Restaurants im DEA Autoport in Empfingen lassen eine Benutzung der Widerspruchsmarke zwar im Zusammenhang mit einer (Zapfsäulen-)Überdachung erkennen, der Restaurantbereich weist jedoch weder nach seiner Außen- noch nach seiner Innenansicht eine irgendwie im Zusammenhang mit den Dienstleistungen "Verpflegung von Gästen" stehende Kennzeichnung mit der Widerspruchsmarke auf. Der Eingangsbereich und die Sitzecke im Freien sind gar nicht gekennzeichnet, die Fensterjalousien tragen eine Aufschrift "Back Frisch". Die Theke im Innenbereich gibt weder selbst noch in Form einer Wanddekoration einen Hinweis auf die Widerspruchsmarke. Auch Benutzungsunterlagen, die den zu beurteilenden Dienstleistungen zugutegehalten werden können, wie Speisekarten, Tischdecken, Bestecke, Platzsets oder auch entsprechend beschriftete Wandschilder sind nicht erkennbar. Das gilt wohl auch hinsichtlich der mit Schriftsatz vom 11. Februar 2003 eingegangenen Abbildung des Innenbereichs, ganz abgesehen davon, daß dieser nach Schluß der mündlichen Verhandlung (und nach Verkündung der Entscheidung!) noch eingereichte Schriftsatz nicht mehr zu berücksichtigen war (§ 296a ZPO; vgl. a. Althammer/Ströbele, aaO, § 79 Rn 20). Auch die Abbildungen des Autohofs Wikingerland belegen keine Benutzungshandlung. Unabhängig davon, daß hier die abgebildete Innenansicht der Theke derjenigen des Autoports Empfingen in jeder Hinsicht entspricht und damit auch das oben Gesagte in vollem Umfang zutrifft, zeigt die Außenansicht des Restaurants lediglich die Eingangsüberschrift "Restaurant". Dies allein legt aber nicht automatisch den Schluß nahe, daß der Betreiber der danebenliegenden Tankstelle auch der Erbringer der hier fraglichen Dienstleistungen ist. Für den Bereich der Stehtische gilt das zu den Theken im ersten Fall Gesagte. Auch hier ist keinerlei funktionsgerechte Anbringung der Widerspruchsmarke erkennbar. Hinsichtlich des Autohofs Berg läßt sich für den Restaurantbereich auf der beigefügten Abbildung

ebenfalls kein Hinweis auf die Widerspruchsmarke und deren zugrundeliegende Dienstleistung erkennen. Nicht maßgeblich kann es in diesem Zusammenhang sein, daß sich beispielsweise der Restauranteingang in der Nähe der Tankstellenkennzeichnung mit der Widerspruchsmarke befindet oder die Tankstellenbezeichnung durch das Fenster zufällig im Restaurationsbetrieb sichtbar ist. Diese Kennzeichnungen befinden sich nämlich nicht in einem sachlichen oder örtlichen Zusammenhang mit den hier zu beurteilenden Dienstleistungen. Angesichts der Größe des Gesamtunternehmens und der vorgelegten teilweise doch recht erheblichen (Einzel-)Umsätze vermag demgegenüber eine Getränkeliste unter dem Titel "Steinhagen kocht auf" keine ausreichende Benutzung der Widerspruchsmarke für die Dienstleistung "Verpflegung von Gästen" zu belegen. Dies gilt um so mehr, als ihre Herkunft nicht eindeutig ist und dieses Einzelexemplar allenfalls ein Beleg für die Existenz eines entsprechenden Getränks, nicht aber für die fragliche Dienstleistung ist. Dies gilt sinngemäß auch für den Kassenbon vom 04. Februar 2003 für eine Tasse Kaffee aus dem DEA Autoport Buchholz. Kennzeichnungen der Waren an der Außenseite der Regale nicht nur mit dem Preis und der jeweiligen Warenmarke, sondern auch mit dem Symbol der Widerspruchsmarke können eine Benutzung für die fragliche Dienstleistung ebenfalls nicht belegen.

Konnte die Widersprechende demnach jedenfalls die Art der Benutzung ihres Zeichens für die Dienstleistung "Verpflegung von Gästen" nicht dartun, kam es auf die Frage der Verwechslungsgefahr der Vergleichszeichen nicht mehr an und die Beschwerde des Inhabers der angegriffenen Marke mußte Erfolg haben.

Besondere Gründe, einer der Beteiligten die Kosten des Beschwerdeverfahrens gemäß § 71 Abs 1 MarkenG aus Billigkeitsgründen aufzuerlegen, sind nicht gegeben. Das bloße Scheitern der Glaubhaftmachung der Benutzung der Widerspruchsmarke rechtfertigt im vorliegenden Fall eine Auferlegung der Kosten des

Beschwerdeverfahrens auf die Widersprechende nicht, da der Versuch der Glaubhaftmachung nicht als von vornherein völlig untauglich anzusehen ist (Althammer/Ströbele, aaO, § 71 Rdnr 22).

Albert

Reker

Eder

Bb

Abb. 1

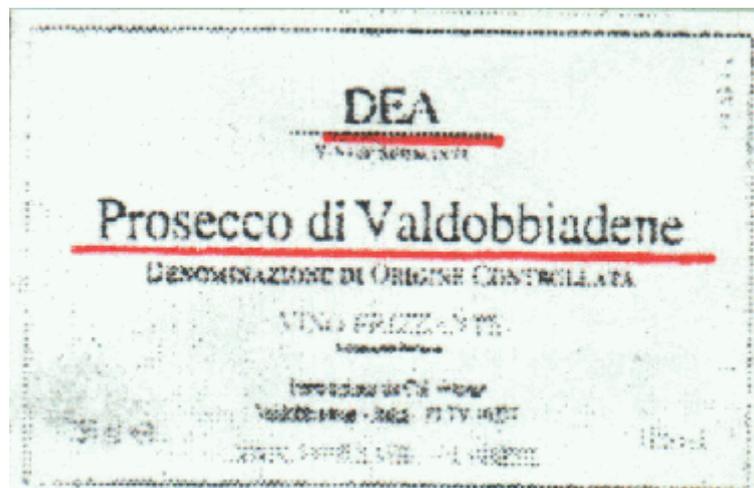


Abb. 2