



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 268/00

(AktENZEICHEN)

Verkündet am
7. Mai 2003

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke 399 19 639

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 7. Mai 2003 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Albert sowie des Richters Reker und der Richterin Eder

beschlossen:

Auf die Beschwerde wird der Beschluß der Markenstelle des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 19. Juli 2000 dahingehend geändert, daß die angegriffene Marke wegen des Widerspruchs aus der Gemeinschaftsmarke 759 910 für die Waren "konserviertes, getrocknetes und gekochtes Gemüse" gelöscht wird. Im übrigen wird diese Beschwerde, ebenso wie die Beschwerde der weiteren Widersprechenden, zurückgewiesen.

Gründe:

I.

Gegen die für die Waren

"Spiele, Spielzeug; Turn- und Sportartikel, soweit in Klasse 28 enthalten;

konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse;

Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wasser und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken"

unter der Nummer 399 19 639 eingetragene Marke

Happiday

ist (u.a.) Widerspruch eingelegt worden

1. aus der Marke 398 41 706

Happy Sunday,

die für die Waren

"Milch und Milchprodukte, Speisefette"

eingetragen ist,

2. aus der Marke 398 41 707

Happy Butter,

die ebenfalls für die Waren

"Milch und Milchprodukte, Speisefette"

eingetragen ist, sowie

3. aus der Gemeinschaftsmarke 759 910

HAPPY DAY,

die für die Waren

"Speiseöle aller Art"

eingetragen ist.

Die Markenstelle für Klasse 32 hat diese Widersprüche zurückgewiesen. Zwischen der jüngeren Marke 399 19 639 "Happiday" und den beiden Widerspruchsmarken 398 41 706 "Happy Sunday" sowie 398 41 707 "Happy Butter" bestehe keine Zeichenähnlichkeit, da sich die Vergleichszeichen in klanglicher, schriftbildlicher und begrifflicher Hinsicht deutlich unterschieden und der ohne weiteres verständliche Sinngehalt der beiden Widerspruchszeichen zu einer sicheren Unterscheidbarkeit zusätzlich beitrage. Zwischen der jüngeren Marke 399 19 639 "Happiday" und der Widerspruchsmarke Gem.759 910 "HAPPY DAY" bestehe keine Warenähnlichkeit. Zwar stellten Speiseöle einerseits und konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse andererseits Grundnahrungsmittel des täglichen Bedarfs dar, sie würden aber regelmäßig nicht von demselben Hersteller vertrieben. Zudem wiesen sie eine unterschiedliche Beschaffenheit und einen unterschiedlichen Aggregatzustand auf sowie Unterschiede im Verwendungs- und Einsatzzweck. Auch zwischen den übrigen Waren der jüngeren Marke und den Waren der Widerspruchsmarke bestünden keine Berührungspunkte.

Gegen die Zurückweisung ihrer Widersprüche wenden sich die Widersprechenden mit der Beschwerde.

Dabei wendet sich die aus den Marken 398 41 706 "Happy Sunday" und 398 41 707 "Happy Butter" Widersprechende (Beschwerdeführerin 1) mit ihrer Beschwerde (nur noch) gegen die Waren

"Mineralwässer und kohlensäurehaltige Wasser und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken"

der angegriffenen Marke. Die Waren "Milch, Milchprodukte" der Widerspruchsmarken seien den nunmehr noch angegriffenen Waren ähnlich. Die Vergleichszeichen seien gedanklich miteinander zu verwechseln. Sie stimmten in dem Bestandteil "Happy(i)" wesensgleich überein. Es sei damit nicht auszuschließen, daß der Verbraucher aus dieser Tatsache auf eine Serienzeichenbildung schließe, zumal sich der gemeinsame Bestandteil "Happy(i)" am stark beachteten Wortanfang jeder der drei Marken befinde. Darüber hinaus liege eine mittelbar begriffliche Verwechslungsgefahr vor, da insbesondere die jüngere Marke und die Widerspruchsmarke "Happy Sunday" wegen der Ähnlichkeit des Sinngelhalts und einer einander entsprechenden charakteristischen Markenbildung auf eine Zusammengehörigkeit im Sinne von Serienmarken schließen ließen.

Die aus der Gemeinschaftsmarke 759 910 HAPPY DAY Widersprechende (Beschwerdeführerin 2) hält zwischen den Vergleichszeichen eine hochgradige klangliche und schriftbildliche Ähnlichkeit für gegeben. Damit seien an den Warenabstand hohe Anforderungen zu stellen, um eine Verwechslungsgefahr auszuschließen. Diesen Abstand hielten die Vergleichswaren aber nicht ein. Dabei komme es weniger auf die Feststellung an, daß die fraglichen Waren regelmäßig von denselben Herstellern vertrieben würden, sondern vielmehr auf die möglichen Erwartungen und das Verständnis der Verbraucher. Auch der aufmerksame Durch-

schnittsverbraucher mache sich aber beim Einkaufen keine vertieften Gedanken darüber, ob die Waren, die mit hochgradig ähnlichen bzw fast identischen Marken gekennzeichnet sind, generell von einem Hersteller herrührten. Insbesondere im Lebensmittelbereich strebten Firmen eine breite Produktdiversifikation an. Damit bestehe eine Warenähnlichkeit von Speiseölen mit konserviertem, getrocknetem und gekochtem Gemüse. Eine Ähnlichkeit bestehe aber auch hinsichtlich der Waren "Spiele, Spielzeug; Turn- und Sportartikel, soweit in Klasse 28 enthalten", da es inzwischen üblich sei, daß viele Lebensmittelfirmen auch Spielwaren vertrieben. Gleiches gelte hinsichtlich der Waren "Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken".

Die Widersprechende 1 und Beschwerdeführerin 1 beantragt,

den angegriffenen Beschluß aufzuheben und die angegriffene Marke 399 19 639 für die Waren "Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wasser und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken" zu löschen.

Die Widersprechende 2 und Beschwerdeführerin 2 beantragt,

den angegriffenen Beschluß aufzuheben und die angegriffene Marke 399 19 639 zu löschen.

Der Inhaber der angegriffenen Marke hat sich im Verfahren vor dem Bundespatentgericht nicht geäußert.

Wegen eines weiteren Widerspruchs ist die Löschung der angegriffenen Marke für die Waren "konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst" rechtskräftig angeordnet worden.

II.

1. Die zulässige Beschwerde der aus der Gemeinschaftsmarke 759 910 Widersprechenden hatte im Umfang der Waren "konserviertes, getrocknetes und gekochtes Gemüse" Erfolg. Insoweit besteht zwischen der jüngeren Marke und der Widerspruchsmarke die Gefahr klanglicher Verwechslungen im Sinne von § 125 b Nr 1, § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG.

Die Frage der Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (EuGH GRUR 1998, 387, 389 – Sabèl/Puma). Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht kommenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren sowie der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke. Insbesondere kann ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken ausgeglichen werden und umgekehrt (EuGH GRUR 1998, 922, 923 – Canon; BGH GRUR 2000, 506, 508 – ATTACHÉ/TISSERAND).

Die miteinander zu vergleichenden Waren sind im festgestellten Umfang ähnlich, denn die Waren "Speiseöle aller Art" der Widerspruchsmarke Gem 759 910 haben mit den Waren "konserviertes, getrocknetes und gekochtes Gemüse" der angegriffenen Marke noch ausreichende Berührungspunkte. Bei der Beurteilung der Warenähnlichkeit sind nämlich alle erheblichen Faktoren zu berücksichtigen, die ihr Verhältnis zueinander kennzeichnen, also insbesondere ihre Beschaffenheit, ihre regelmäßige betriebliche Herkunft, ihre regelmäßige Vertriebs- oder Erbringungsart, ihr Verwendungszweck und ihre Nutzung, ihre wirtschaftliche Bedeutung sowie ihre Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Produkte (BGH GRUR 1999, 731 - Canon II; 1999, 245 - LIBERO; 1999, 496 - TIFFANY). Die "Speiseöle aller Art" der Widerspruchsmarke Gem 759 910 können aus ähnlichen Grundstoffen hergestellt werden wie die Waren "konserviertes, getrocknetes und gekochtes Gemüse" der angegriffenen Marke und begegnen

sich nicht nur beim Verzehr, sondern ergänzen einander auch. So werden die bezeichneten Gemüse häufig in Öl eingelegt, um sie zu konservieren und auch anzurichten. Dies wird zudem durch eine Fundstelle im Internet bestätigt (www.kattus.de). Dabei geht der Senat allerdings von einem sehr weiten Abstand der Vergleichswaren aus, der jedoch angesichts der von Haus aus eher normalen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke eine klangliche Verwechslungsgefahr der (insoweit identischen) Vergleichswörter "HAPPY DAY" und "Happiday" nicht auszuschließen vermag.

Im übrigen konnte die Beschwerde der aus der Gemeinschaftsmarke 759 910 Widersprechenden keinen Erfolg haben, weil insoweit keine Ähnlichkeit zwischen den noch zu vergleichenden Waren besteht. "Spiele, Spielzeug; Turn- und Sportartikel, soweit in Klasse 28 enthalten" sind den "Speiseölen aller Art" unähnlich, denn sie unterscheiden sich hinsichtlich Beschaffenheit, Verwendungszweck und Hersteller und sind auch keine einander ergänzenden Waren. "Mineralwässer und kohlensäurehaltige Wasser und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken" und "Speiseöle aller Art" weisen ebenfalls keine Überschneidungen auf, denn sie sind bereits von ihrer Zusammensetzung und ihrem Verwendungszweck her deutlich unterschiedlich und differieren vor allem auch hinsichtlich der Getränkeeigenschaft, für die die Waren der Gemeinschaftsmarke 759 910 keinerlei Anhaltspunkte geben. Dies gilt nach Ansicht des Senats auch, wenn Gemüsesäfte als Unterfall der alkoholfreien Getränke angesehen werden. Bei Gemüsesäften überwiegt nämlich nach der Verkehrsauffassung ebenfalls deren Eigenschaft als Getränk, was sie als "alkoholfreie Getränke", nicht aber als Gemüse erscheinen läßt.

2. Die zulässige Beschwerde der aus der Marken 398 41 706 und 398 41 707 Widersprechenden hatte keinen Erfolg. Zwischen der angegriffenen Marke und diesen Widerspruchsmarken besteht keine Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG.

Zwar dürfte eine - wenn auch entfernte - Ähnlichkeit zwischen den miteinander zu vergleichenden Waren bestehen und der Widerspruchsmarke 398 41 706 "Happy Sunday" eine mittlere Kennzeichnungskraft zugutezuhalten sein. Eine unmittelbare klangliche oder schriftbildliche Verwechslungsgefahr besteht aber bereits wegen des unterschiedlichen Klangverlaufs der Zeichen "Happiday" und "Happy Sunday" nicht. Entsprechendes gilt für eine unmittelbar begriffliche Verwechslungsgefahr, da die den beiden Zeichen jeweils innewohnenden Sinngehalte zum einen ohne weiteres verständlich und zum anderen deutlich unterschiedlich sind. Dies gilt um so mehr, als die Anforderungen insoweit wegen des deutlichen Warenabstands nicht hoch angesetzt werden dürfen.

Auch eine mittelbare oder mittelbar begriffliche Verwechslungsgefahr besteht nicht. Zwar stimmen die Vergleichszeichen in Aufbau und in dem Wortbestandteil "Happi(y)" überein. Dem übereinstimmenden Bestandteil kommt jedoch wegen seiner Kennzeichnungsschwäche (vgl a BGH GRUR 1976, 587) ein Hinweischarakter auf den Inhaber der älteren Marke nicht zu.

Entsprechendes gilt für den Widerspruch aus der Marke 398 41 707 "Happy Butter". Hier spricht zusätzlich gegen eine mittelbare Verwechslungsgefahr, daß die Art der Zeichenbildung einander nicht entspricht, da die dem Zeichenwort "Happi(y)" angefügten Bestandteile "-day" bzw "Butter" keinen Hinweis auf eine Serie zu geben vermögen.

3. Für eine vom Grundsatz der eigenen Kostentragung abweichende Auferlegung der Kosten des Beschwerdeverfahrens aus Billigkeitsgründen (§ 71 Abs 1 MarkenG) bestand kein Anlaß.

Albert

Reker

Eder

Ko

