

BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 174/02

(Aktenzeichen)

Verkündet am
30.Juli 2003

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 399 79 138

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 30. Juli 2003 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Stoppel sowie der Richterin Schwarz-Angele und des Richters Paetzold

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Widersprechenden wird der Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts – Markenstelle für Klasse 29 – vom 2. Juli 2002 aufgehoben, soweit der Widerspruch auch hinsichtlich der Waren "Gemüsekonserven" zurückgewiesen worden ist. Insoweit wird die Löschung der angegriffenen Marke 399 79 138 angeordnet.

Im übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe

I.

In das Markenregister eingetragen ist unter der Rollenummer 399 79 138 folgende Wort/Bildmarke

siehe Abb. 1

als Kennzeichnung für die Waren

"Essig, Saucen (Würzmittel); Gewürze; Brot, feine Backwaren, Speiseeis; frisches Obst und Gemüse; Fleisch, Fleischprodukte; Milch, Milchprodukte; Gemüsekonserven".

Die Inhaberin der rangälteren, seit 1989 für die Waren

"Fleisch, Fisch, Geflügel und Wild; getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Fleisch-, Fisch-, Obst- und Gemüsegallerten; Konfitüren, Eier, Speiseöle und-fette; Fleisch-, Fisch-, Obst-, Gemüsekonserven; Joghurt-Gemüsesalate, Fleischsalat, auch in Konserven; Kaffee, Tee, Kakao, Zuzcker, Reis; Mehle und Getreidepräparate (ausgenommen Futtermittel); Brot, feine Backwaren und Konditorwaren, Speiseeise; Honig; Hefe; Senf; Essig; Gewürze; frisches Obst und Gemüse; verarbeitete Nüsse; Sämereien, lebende Pflanzen und natürliche Blumen; Bier, Mineralwässere und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken"

eingetragenen Wortmarke 1 44 188

EFKO

hat hiergegen Widerspruch erhoben.

Die Markenstelle für Klasse 29 des Deutschen Patent- und Markenamts hat den Widerspruch durch einen Beamten des gehobenen Dienstes im wesentlichen mit der Begründung zurückgewiesen, dass trotz der teilweise identischen Waren der Markenabstand nicht nur im Gesamteindruck, sondern auch dann ausreiche, wenn

man das Kennwort der angegriffenen Marke isoliert kollisionsbegründend der Widerspruchsmarke gegenüberstelle, weil sich die beiderseitigen, lediglich zweisilbigen und leicht erfassbaren Markenwörter am Anfang deutlich unterschieden; auf die Einrede der Nichtbenutzung durch die Markeninhaberin komme es daher nicht mehr an.

Die Widersprechende hat hiergegen Beschwerde eingelegt und zur Glaubhaftmachung der Benutzung eine eidesstattliche Versicherung sowie mit der Widerspruchsmarke bedruckte Etiketten und Konservenglasdeckel eingereicht. Sie hält den erforderlichen Zeichenabstand angesichts in den Kenn- und Markenwörtern enthaltener identischer Buchstaben mit identischer Vokalfolge und Silbengliederung nicht mehr für gewahrt, wobei sie den Widerspruch nur noch gegen die Waren "Essig, Saucen; frisches Gemüse; Fleisch, Fleischprodukte; Gemüsekonserven" richtet, die sie gegenüber den Widerspruchswaren als zumindest durchschnittlich ähnlich ansieht.

Die Widersprechende beantragt,

unter Aufhebung des Beschlusses der Markenstelle für Klasse 29 vom 2. Juli 2002 die Löschung der angegriffenen Marke 399 79 138 hinsichtlich der Waren "Essig, Saucen; frisches Gemüse; Fleisch, Fleischprodukte; Gemüsekonserven" anzuordnen.

Die Markeninhaberin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie beruft sich auf die Ausführungen der Markenstelle und hält auch nach Vorlage der Glaubhaftmachungsunterlagen ihre Nichtbenutzungseinrede aufrecht.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist gemäß § 165 Abs. 4 MarkenG zulässig und hat in der Sache hinsichtlich der Waren "Gemüsekonserven" Erfolg; im übrigen war sie zurückzuweisen.

Die Rechtsfrage, ob eine Verwechslungsgefahr im Sinne des § 9 Absatz 1 Nr 2 Markengesetz vorliegt, ist unter Berücksichtigung des Einzelfalls durch die Abwägung insbesondere der Faktoren Ähnlichkeit der Waren, Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und Ähnlichkeit der Marken zu entscheiden (ständige Rechtsprechung zB EuGH MarkenR 1999, 20 - Canon; BGH MarkenR 2001, 204 - EVIAN/REVIAN).

Was die Waren betrifft, können den jetzt noch angegriffenen Waren auf Seiten der Widerspruchsmarke lediglich "Gemüsekonserven" gegenübergestellt werden. Denn nur diese fallen unter den Begriff der "Sauerkonserven", für die die Widersprechende die Benutzung hinreichend glaubhaft gemacht hat. Die vorgelegte eidesstattliche Versicherung vom 24. Juli 2003 enthält alle wesentlichen Angaben, die den Umfang der Benutzung erkennen lassen. Zusätzlich ergeben die beigefügten Etiketten und Fotografien ein Bild von der Art der Benutzung. Die genannten Umsatzzahlen für 1998 und 1999 fallen sowohl in den Fünf-Jahres-Zeitraum vor der Veröffentlichung der angegriffenen Marke am 26. April 2000 als auch in die entsprechende Zeitspanne vor der Entscheidung über den Widerspruch. Die eidesstattliche Versicherung ist substantiiert und in sich widerspruchsfrei, so dass der Senat keine Veranlassung zu Zweifeln hat, sondern den dort gemachten Angaben Glauben zu schenken hat. Soweit die Markeninhaberin Bedenken gegen die Richtigkeit etwa zu den beschriebenen Benutzungshandlungen oder den genannten Umsatzzahlen anmeldet, fehlt es hierzu an jeglichem substantiierten Vor-

trag und der Einsicht in die rechtliche Bedeutung einer eidesstattlichen Versicherung im Sinne von § 294 ZPO.

Die danach für die Warenähnlichkeit zu berücksichtigenden Produkte der Widerspruchsmarke beschränken sich allerdings auf die im Warenverzeichnis ausdrücklich genannten "Gemüsekonserven", denn die übrigen Produkte fallen nicht unter den Begriff "Sauerkonserven"; darunter sind auch nach dem Vortrag der Markeninhaberin Gurken, Paprika, Mais, Rote Beete, Rohkost und dergleichen in eingelegerter Form zu verstehen. Eine Benutzung für die übrigen Waren, etwa Fleisch, Fisch oder Essig, kommt damit nicht in Betracht.

Insoweit stehen sich bei den Produkten "Gemüsekonserven" identische Waren gegenüber. Allenfalls noch entfernt ähnlich sind hierzu Fleisch(produkte), Essig, frisches Gemüse und Saucen seitens der angegriffenen Marke. Die von der Rechtsprechung für die Bejahung einer Warenähnlichkeit geforderte Nähe von Art, Verwendungszweck, Nutzung und Eigenart der Produkte auch als einander ergänzende Waren, ist hier - wenn überhaupt - aber nur noch am äußeren Rande gegeben (vgl. BPatG 28 W (pat) 31/96 für "Fertiggerichte aus Geflügel"; HABM BK R-785/99-3 für "frisches Gemüse"). Keinesfalls kann dabei allein auf die Verpackungsform in Dosen als Kriterium zurückgegriffen werden, wie die Markeninhaberin meint.

Im Bereich von identischen Waren kann der Rechtsinhaber des älteren Markenrechts einen besonders deutlichen Abstand der jüngeren Marken verlangen, der hier lediglich in der Gesamtheit, nicht aber bei Gegenüberstellung des die angegriffene Marke prägenden Kenn- und Merkwortes "FEKO" mit der Widerspruchsmarke eingehalten ist.

Dass der Wortbestandteil "FEKO" nicht nur aufgrund seiner zentralen und in fetten Großbuchstaben herausgehobenen Stellung in der jüngeren Wort/Bildmarke deren Gesamteindruck prägt, ergibt sich auch aus dem Erfahrungssatz, dass kombinierte Marken in aller Regel durch das Wort benannt werden (stRspr zB BGH MarkenR 2001 – Dorf MÜNSTERLAND), wobei der weitere Wortbestandteil "Feinkost"

aufgrund seiner kleinen Schrifttype und seines beschreibenden Gehalts ersichtlich zurücktritt. Die damit relevanten Markenwörter verfügen über identische Buchstaben. Die einzige Abweichung der Vergleichswörter besteht in der Reihenfolge der Buchstaben "F" und "E" am Wortanfang, was aber angesichts der im übrigen vorliegenden Übereinstimmungen nicht ausreicht. Zwar ist der Markeninhaberin darin zuzustimmen, dass Wortanfänge im allgemeinen stärker beachtet werden und Kurzwörter durch einzelne Abweichungen stärker beeinflusst werden. Diese Erfahrungssätze dürfen aber nicht verallgemeinert werden. Insbesondere müssen auch bei solchen Marken die Unterschiede in jeder Hinsicht deutlich in Erscheinung treten (vgl. Ströbele/ Hacker, MarkenG, 7. Aufl. 2003, § 9 Rdn. 184 und 193 m.w.N.). Hierbei ist zu bedenken, dass die für die klangliche Verwechslungsgefahr maßgeblichen Kriterien der Silbengliederung, Betonung und Vokalfolge allesamt erfüllt sind. Gerade bei den hier betroffenen Waren des täglichen Bedarfs muss von einer gewissen Flüchtigkeit des Verkehrs ausgegangen werden, der sich - insbesondere ohne den direkten Vergleich der beiderseitigen Waren - häufig nicht mehr an die genaue Reihenfolge der Buchstaben erinnern wird. Es gibt auch keinen abweichenden Sinngehalt, der in der Erinnerung an die Marken ein Auseinanderhalten erleichtern könnte. Vielmehr werden diese Umstände es dem Verbraucher unmöglich machen, die Marken bei identischen Waren vor allem aus der Erinnerung heraus sicher auseinander zu halten.

Eine klangliche Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG ist damit bei identischen Waren zu bejahen. Dies gilt hingegen nicht bei den übrigen Vergleichswaren, weil im Hinblick auf die große Warenferne und der durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke der erforderliche Zeichenabstand gewahrt ist.

Eine Kostenentscheidung war nicht veranlasst, § 71 Abs 1 Satz 2 Markengesetz.

Der Vorsitzende ist in Urlaub
und kann deshalb nicht unter-
schreiben.

Schwarz-Angele

Paetzold

Schwarz-Angele

Hu

Abb. 1

