



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 93/03

(Aktenzeichen)

Verkündet am
30. November 2005

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 300 58 361

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 30. November 2005 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Albert sowie des Richters Kraft und der Richterin Friehe-Wich

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Gegen die beim Deutschen Patent- und Markenamt für die Waren

"alkoholische Getränke (ausgenommen Biere)"

eingetragene Marke 300 58 361



ist Widerspruch erhoben aus der Marke 398 17 303

Kräuterzwerg

die seit 8. September 1998 u. a. ebenfalls für "alkoholische Getränke (ausgenommen Biere)" geschützt ist.

Die Markenstelle für Klasse 33 des Deutschen Patent- und Markenamts hat aufgrund des Widerspruchs die Löschung der angegriffenen Marke wegen des Bestehens einer begrifflichen Verwechslungsgefahr angeordnet. Die Entscheidung ist im Wesentlichen damit begründet, dass die sich gegenüberstehenden Zeichen zur Kennzeichnung identischer Waren bestimmt seien. Da außerdem von einem normalen Schutzzumfang der Widerspruchsmarke auszugehen sei, müsse an den Zeichenabstand ein strenger Maßstab angelegt werden, den die angegriffene Marke zur älteren Marke nicht einhalte. Zwar unterschieden sich die Marken in klanglicher und bildlicher Hinsicht hinreichend voneinander, es bestehe aber eine begriffliche Ähnlichkeit, die eine Verwechslungsgefahr begründe.

Beide Marken seien aus den Einzelwörtern "Kräuter" und "Zwerg" gebildet. Durch die Umstellung dieser Wortelemente ergäben sich zwar gewisse Bedeutungsunterschiede, da sich das jeweilige Bezugswort ändere: "Kräuterzwerg" bezeichne einen Zwerg, der sich mit Kräutern befasse, während die jüngere Marke einen (Zwergen-)Kräuterlikör beschreibe, denn "Kräuter" sei die landläufige Kurzform für eine derartige Spirituose. Diese Unterschiede würden jedoch durch den Bildbestandteil der angegriffenen Marke stark vermindert. Das auffällige Bild der tanzen- den Zwerge verstärke die Erinnerung an den Begriff "Zwerg", wodurch das eigent- liche Bezugswort "Kräuter" in geringerem Maße wahrgenommen und die genaue Reihenfolge der Markenwörter undeutlicher erinnert werde, zumal beide Kombina- tionen keinen feststehenden Begriff bildeten.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke. Sie erhebt nachdem das gegen die Widerspruchsmarke gerichtete Widerspruchsver- fahren inzwischen abgeschlossen worden sei nunmehr die Einrede der Nichtbe- nutzung. Im Übrigen hält sie eine Verwechslungsgefahr nicht für gegeben. Sie mo- niert, dass die Markenstelle zwar die deutlichen Bedeutungsunterschiede der bei- derseitigen Markenbezeichnungen erkannt habe, diese Unterschiede aber durch

den Bildbestandteil der jüngeren Marke als stark vermindert angesehen habe. Gerade wenn sich eine reine Wortmarke und eine Wort-Bild-Marke gegenüber stünden, sei grundsätzlich von einem größeren Abstand der Zeichen auszugehen, da durch den Bildbestandteil weitere Erinnerungsmöglichkeiten für den Verkehr geschaffen würden. Die deutlich unterschiedlichen und jedermann verständlichen Sinngehalte der Zeichenwörter reichten deshalb hier aus, eine Verwechslungsgefahr auszuschließen.

Demgemäß beantragt die Markeninhaberin die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses.

Der Widersprechende stellt den Antrag, die Beschwerde zurückzuweisen.

Zum Nachweis einer rechtserhaltenden Benutzung seiner Widerspruchsmarke reicht er eine eidesstattliche Versicherung und weitere Unterlagen ein. Er betreibe einen Freizeitpark (Zwergen-Park Trusetal) mit angeschlossener Gastronomie. Dort würden u. a. unter der Kennzeichnung "Kräuterzwerg" Getränke ausgeschenkt und im Souvenirverkauf angeboten. Aufgrund des auf die Gastronomie des Freizeitparks begrenzten Vertriebs hält er die an Eides Statt versicherten jährlichen Umsätze für eine rechtserhaltende Benutzung für ausreichend. Im Übrigen verteidigt er den angefochtenen Beschluss.

Der Inhaberin der angegriffenen Marke genügen die vom Widersprechenden eingereichten Benutzungsunterlagen nicht. Seine Angaben zu den Umsätzen, die mit den durch die Widerspruchsmarke gekennzeichneten Schnapsfläschchen erzielt wurden, seien bei weitem zu vage und zu gering, um von einer rechtserhaltenden Benutzung auszugehen, zumal keine jährlichen Umsätze angegeben seien. Genaue Umsatzzahlen seien hier aber zur Abgrenzung einer gerade noch rechtserhaltenden Benutzung von einer reinen Scheinbenutzung erforderlich. Die "Umsatzbescheinigung" der S... GmbH (T...) vom 10. Juni 2005 sei offensichtlich unvollständig und verstoße gegen die prozessuale Wahrheitspflicht. Die Angaben des Widersprechenden als richtig unterstellt dürften äußerstenfalls etwas über ... Schnapsfläschchen in drei Jahren in den Verkehr gekommen sein.

II.

Die zulässige Beschwerde erweist sich in der Sache als unbegründet, denn auch nach Auffassung des Senats besteht zwischen den sich gegenüberstehenden Marken eine Verwechslungsgefahr im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG.

Die Gefahr markenrechtlich erheblicher Verwechslungen ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (EuGH GRUR 1998, 387 - Sabèl/Puma). Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht kommenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der damit gekennzeichneten Waren sowie der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke (EuGH GRUR 1998, 922 – Canon).

Bei der Beurteilung der Warenähnlichkeit ist im vorliegenden Fall von Warenidentität auszugehen, denn beide Kennzeichnungen sind für "alkoholische Getränke" geschützt.

Entgegen der Ansicht der Inhaberin der angegriffenen Marke hat der Widersprechende auf ihre gemäß § 43 Abs. 1 S. 1 MarkenG zulässige Nichtbenutzungseindeutigkeit hinreichend glaubhaft gemacht, dass er die Widerspruchsmarke für die eingetragenen Waren im maßgeblichen Zeitraum ernsthaft benutzt hat (§ 26 Abs. 1 MarkenG).

Die Glaubhaftmachung einer bestrittenen Benutzung hat sich auf alle maßgeblichen Umstände einer Markenbenutzung zu erstrecken. Dazu gehören vor allem Art, Zeitraum und Umfang der Benutzung. Die Benutzungshandlungen müssen einen Umfang erreicht haben, der die Ernstlichkeit der Benutzung belegt. Bloße Scheinhandlungen, die in keinem Verhältnis zur sonstigen Geschäftstätigkeit des Markeninhabers stehen, reichen nicht aus. Es ist jeweils unter Zugrundelegung der Struktur und der Größe des betreffenden Unternehmens zu beurteilen, ob sich die Vertriebshandlungen als wirtschaftlich sinnvoll darstellen. Letztlich kommt es darauf an, ob die Marke in einer Weise präsent ist, dass sie ihrer Aufgabe zur Er-

fällung der Herkunftsfunktion gerecht wird (vgl. dazu Ströbele/Hacker MarkenG, 7. Aufl. § 26 Rdnr. 9, 77, 81 m. w. Nachw.).

Die eingereichten Unterlagen machen glaubhaft, dass der Widersprechende einen Freizeitpark mit angeschlossener Gastronomie betreibt, in dem er seit 1997 unter der Marke "Kräuterzweg" einen Magenbitter vertreibt, mit dem er jährlich einen Umsatz von mindestens ... € erzielt. Pro Kalenderjahr sollen um ... der 0,4 cl - Fläschchen verkauft worden sein. Die Spirituose "Kräuterzweg" ist einer der zahlreichen Artikel, die im "Zwergen-Shop" des Freizeitparks angeboten werden.

Unter Zugrundelegung der dargelegten wirtschaftlichen Verhältnisse des Widersprechenden stellen sich die belegten Vertriebshandlungen durchaus noch als wirtschaftlich sinnvoll und damit als rechtserhaltend dar.

Die Einwände der Markeninhaberin, die Umsatzbescheinigung der "T..." und die Angaben des Widersprechenden zu den erzielten Umsätzen seien zu vage bzw. offensichtlich unvollständig, greifen in Hinblick auf die weitere, im Termin vorgelegte Bestätigung der Firma T... vom 23. November 2005 (betreffend kontinuierlicher Prüfungen insbes. in den letzten fünf Jahren) nicht durch.

Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke "Kräuterzweg" wird angesichts der zwar ernsthaften, aber nicht sehr umfangreichen Benutzung zugunsten der Inhaberin der angegriffenen Marke als vermindert angenommen. Selbst wenn an den Abstand der sich gegenüberstehenden Marken danach eher geringere Anforderungen zu stellen sind, ist dieser nicht gewahrt.

Wenn auch bei der Prüfung der Ähnlichkeit der zu vergleichenden Kennzeichnungen grundsätzlich auf den Gesamteindruck abzustellen ist, den sie hervorrufen (vgl. EuGH a. a. O. – Sabèl/Puma), weisen die Bezeichnungen "ZWERGEN-KRÄUTER" und "Kräuterzweg" derartige Übereinstimmungen auf, dass markenrechtlich erhebliche Verwechslungen nicht ausgeschlossen werden können. Die angegriffene Marke unterscheidet sich von der älteren Kennzeichnung lediglich durch die veränderte Reihenfolge der beiden Bestandteile "KRÄUTER" und

"ZWERG(EN)". Diese Umstellung vermag im vorliegenden Fall Verwechslungen nicht hinreichend auszuschließen, denn auch ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher der betreffenden Waren (vgl. BGH GRUR 2000, 506 – ATTACHÉE/TISSERAND) kann sich häufig nicht mehr an die genaue Reihenfolge der einzelnen Bestandteile einer Kennzeichnung erinnern und ist deshalb versucht, in einem aus entsprechenden Teilen gebildeten, diese aber in anderer Reihenfolge enthaltenden Worte die früher gehörte Marke wieder zu erkennen (vgl. BPatGE 36, 123 – babalu/BALUBA). Die Sinngelhalte der Marken ("Kräuter von Zwergen"/"Zwerg der Kräuter") unterscheiden sich nicht so erheblich, dass sie die Unterscheidbarkeit gewährleisten könnten. Es kommt hinzu, dass der Bildbestandteil der jüngeren Marke: "(tanzende) Zwerge" zusätzlich einen Bezug zum Schwerpunkt der Widerspruchsmarke: "Zwerg" herstellt. Da die jeweiligen Bestandteile "Zwerg" und "Kräuter" leicht erfassbar und ohne auffällige Prägnanz sind, können sie eine sichere Erinnerung an die zutreffende Reihenfolge der beiden Bestandteile nicht gewährleisten.

Der Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke musste deshalb der Erfolg versagt werden.

Für eine Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bestand kein Anlaß (§ 71 Abs. 1 MarkenG).

Albert

Friehe-Wich

Kraft

Pü