



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 310/02

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
27. Juli 2005

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke 301 03 943.7

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 3. Februar 2005 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterinnen Sredl und Bayer

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

G r ü n d e

I.

Die am 22. Januar 2001 angemeldete Wortmarke

beta care

ist am 23. Mai 2001 ua für die Waren

"diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost"

unter der Nummer 301 03 943 in das Markenregister eingetragen worden.

Die Inhaberin der seit 1955 für die Waren

- 05 Farine lactée, farine diététique, aliments diététiques pour enfants; aliments diététiques fortifiants.
- 29 Lait, lait évaporé, lait en poudre, lait condensé; crème; légumes et fruits, conserves de légumes et de fruits; viandes, extraits de viande, gelées de viande.
- 30 Condiments, épices; cacao, chocolat, articles de confiserie; thé et extraits de thé; café, extraits de café, succédanés du café; chicorée.

in der Bundesrepublik Deutschland geschützten IR- Marke 187 437

BEBA

hat dagegen Widerspruch erhoben. Eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke, bei der das Widerspruchsverfahren 1957 abgeschlossen war, wurde vorsorglich bestritten.

Die Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 30. September 2002 durch einen Prüfer des gehobenen Dienstes den Widerspruch zurückgewiesen. Zwar könne hinsichtlich der Waren/Dienstleistungen der Marken eine beachtliche Nähe festgestellt werden, jedoch wiesen die sich gegenüberstehenden Marken keine erheblichen Gemeinsamkeiten auf, so dass Verwechslungen insgesamt nicht zu erwarten seien. Im Gesamteindruck unterschieden sich die Marken durch die zusätzliche Angabe "care" in der angegriffenen Marke. Selbst bei einer Gegenüberstellung der Wörter "beta" und "BEBA" sei keine Verwechslungsgefahr gegeben, da diese sich durch die abweichenden Buchstaben "b" und "t" deutlich voneinander unterschieden. Es sei zu berücksichtigen, dass es sich um kurze Wörter handele, bei denen die Abweichungen in einem Buchstaben auffielen und "beta" einen Sinngehalt aufweise, der einer Ver-

wechslungsgefahr entgegenwirke. Auch schriftbildlich trete der Unterschied hervor.

Hiergegen hat die Widersprechende Beschwerde eingelegt und beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle des Deutschen Patent- und Markenamts vom 30. September 2002 aufzuheben, soweit der Widerspruch hinsichtlich der Waren "diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost" zurückgewiesen worden ist und die Löschung der angegriffenen Marke für diese Waren anzuordnen.

Bei der Widerspruchsmarke handele es sich um eine Marke mit einem erhöhten Schutzzumfang in Folge einer durch Benutzung erworbenen erhöhten Kennzeichnungskraft. Die Widerspruchsmarke werde seit 1972 intensiv benutzt. Mit vorheriger Zustimmung der Beschwerdeführerin werde seit 1972 "Säuglingsmilchnahrung" unter der Marke "BEBA" vertrieben. Der Absatz in der BRD sei von einer Menge von 1.357 Tonnen im Jahre 1984 bis auf 3.394 Tonnen im Jahre 2001 gestiegen und liege seit 1992 jährlich über 3.000 Tonnen. Der Marktanteil in der BRD sei von 11,6 % im Jahre 1984 bis zu 19% im Jahr 2001 gestiegen. Im Jahr 2003 habe der Marktanteil 19,3 % betragen und 2004 19,9%. Zur Glaubhaftmachung der bestrittenen Benutzung legt die Widersprechende zwei eidesstattliche Versicherungen hinsichtlich einer Benutzung für "Säuglings(milch)nahrung" sowie Prospekte und Verpackungsbeispiele vor. Es bestehe eine erhebliche Verwechslungsgefahr. Die Waren "diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost" seien mit den Waren, zu deren Kennzeichnung die Widerspruchsmarke benutzt werde, identisch bzw die Waren seien sich hochgradig ähnlich, so dass ein erhöhter Abstand erforderlich sei, um eine Verwechslungsgefahr auszuschließen. Dieser Abstand sei nicht eingehalten. Der Gesamteindruck der angegriffenen Marke werde durch den Bestandteil "beta" geprägt, da "care" ein glatt beschreibender

Begriff sei. Die Zeichenwörter "BEBA" und "beta" unterschieden sich lediglich in der weniger beachteten Zeichenmitte und wiesen zudem Ähnlichkeiten in der Aussprache auf. Der Sinngehalt von "beta" als griechischer Buchstabe werde von den angesprochenen Verkehrskreisen nicht erkannt.

Der Inhaber der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke sei nicht glaubhaft gemacht. In Betracht komme allenfalls eine Benutzung der Marke hinsichtlich der Waren "aliments diététiques pour enfants". Es seien jedoch in den eingereichten eidesstattlichen Versicherungen keine Umsatzzahlen angegeben worden. Außerdem sei nicht angegeben, auf welchen Produkten die Kennzeichnung angebracht worden sei. Bei Säuglingsnahrung handele es sich um ganz normale Lebensmittel. Babykost sei im Warenverzeichnis der Widerspruchsmarke nicht enthalten. Deshalb falle ein wesentlicher Teil der Waren nicht unter das Warenverzeichnis der Widerspruchsmarke. Das mit der ersten eidesstattlichen Versicherung eingereichte Etikett betreffe hypoallergene Säuglingsnahrung, die als Arzneiware kein diätetisches Lebensmittel sei. Im Warenverzeichnis der Widerspruchsmarke sei diese Ware nicht enthalten. Außerdem datierten die eingereichten Prospekte frühestens aus dem Jahre 2003 und fielen damit nicht in den nach § 43 Abs 1 Satz 1 MarkenG relevanten Zeitraum.

Außerdem bestehe auch keine Verwechslungsgefahr.

Eine erhöhte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke werde bestritten. Eine Verkehrsgeltung oder Verkehrsdurchsetzung sei nicht glaubhaft gemacht. Die Beschwerdegegnerin verwehre sich dagegen, dass nachträglich noch Unterlagen eingereicht worden seien. Sie bewiesen auch nichts. Bei der Widerspruchsmarke handele es sich um eine von Hause aus schwache Marke, da sie an den beschrei-

benden Begriff "Baby" stark angelehnt sei. Die Widerspruchsmarke habe daher allenfalls normale Kennzeichnungskraft.

Die Widerspruchsmarke "beta care" bilde einen Gesamtbegriff, der lediglich als Ganzes der angegriffenen Marke gegenübergestellt werden dürfe. Aber auch wenn unzutreffenderweise "BEBA" und "beta" einander gegenübergestellt würden, bestünde keine Verwechslungsgefahr. "BEBA" enthalte lediglich den Konsonanten "b", während "beta" abwechselnd den weichen Konsonanten "b" und den harten Konsonanten "t" aufweise. Außerdem bestünde ein begrifflicher Unterschied. Während "beta" ein griechischer Buchstabe sei, klinge "BEBA" stark an das Wort "Baby" an.

Warengleichheit bestehe nur in Bezug auf "Babykost", nicht jedoch in Bezug auf "diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke". Insoweit sei eine Verwechslungsgefahr erst recht ausgeschlossen.

Aufgrund fehlender Verwechslungsgefahr und nicht glaubhaft gemachter Benutzung der Widerspruchsmarke sei der Widerspruch nicht begründet.

Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten einschließlich des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 3. Februar 2005 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Widersprechenden hat in der Sache keinen Erfolg, da keine Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG besteht.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke zulässig bestritten (§§ 43 Abs 1 S. 1 und S. 2 , 116 Abs 1, 115 Abs 2 MarkenG). Die Widersprechende hat Unterlagen eingereicht, nach de-

nen die Marke zur Kennzeichnung von Säuglingsnahrungsmitteln verwendet worden ist. Es kann dahingestellt bleiben, ob die eingereichten Unterlagen ausreichen, eine rechtserhaltende Benutzung der Marke zur Kennzeichnung der Waren "aliments diététiques pour enfants" glaubhaft zu machen, denn auch wenn man eine rechtserhaltende Benutzung hierfür unterstellt, besteht keine Verwechslungsgefahr.

Die Waren "aliments diététiques pour enfants" (= diätetische Lebensmittel für Kinder) können mit den noch angegriffenen Waren "diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost" der angegriffenen Marke identisch sein oder im engsten Ähnlichkeitsbereich stehen.

Von einer maßgeblich erhöhten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke, welche die Widersprechende geltend macht, kann nicht ausgegangen werden. Die Widersprechende hat zwar eine langjährige Benutzung der Widerspruchsmarke behauptet, wobei der mengenmäßige Marktanteil von Produkten unter der Marke "BEBA" mit "Säuglingsnahrung" in der Bundesrepublik Deutschland im Jahr 2001 19%, 2003 19,3 % und im Jahr 2004 19,9 % betragen habe. Dieser Marktanteil lässt zwar einen Bekanntheitsgrad der Widerspruchsmarke, der zu einer Steigerung der Kennzeichnungskraft geführt haben könnte, als möglich erscheinen. Dies genügt aber nicht, um die Entscheidung darauf stützen zu können, vielmehr bedürfte es weiteren konkreten Tatsachenvortrags. Die Widersprechende hat aber dazu lediglich zwei eidesstattliche Versicherungen mit den genannten Angaben eingereicht und keine näheren Belege vorgelegt, sondern sich als Quelle für den genannten Marktanteil nur pauschal auf das Marktforschungsinstitut "AC Nielsen" berufen, obwohl eine erhöhte Kennzeichnungskraft von der Inhaberin der angegriffenen Marke ausdrücklich bestritten worden ist. Es fehlen jegliche Angaben über die Bekanntheit der Widerspruchsmarke bei den beteiligten Verkehrskreisen. Diese Bekanntheit folgt nicht zwingend allein aus den abgesetzten Produktmengen (vgl näher Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 9 Rdn 297). Zudem müsste eine Steigerung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke bereits im Zeit-

punkt der Anmeldung der angegriffenen Marke, also bereits im Januar 2001 bestanden haben (vgl Ströbele/Hacker, Markengesetz, § 9 Rdn 304). Es können daher in diesem Verfahren, auch wenn man entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin die eingereichten Unterlagen nicht als verspätet eingegangen zurückweist, keine hinreichenden Feststellungen getroffen werden, die es rechtfertigen würden, einen erweiterten Schutzbereich zugrunde zu legen, der über die Bandbreite des normalen Schutzzumfangs hinausgeht (vgl zu den Voraussetzungen einer solchen Feststellung Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 9 Rdn 297).

Es bestehen allerdings auch keine Hinweise für eine erhebliche Schwächung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke. Die Widerspruchsmarke ist nicht so stark an die beschreibenden Begriffe "Baby" oder "bébé" angelehnt, dass die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke erheblich geschwächt wäre.

Ausgehend von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und möglicher Identität der sich gegenüber stehenden Waren, sind deutliche Unterschiede erforderlich, um eine Verwechslungsgefahr zu verhindern.

Der erforderliche Zeichenabstand wird noch eingehalten, wenn es sich auch fast um einen Grenzfall handeln mag.

Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr kommt es maßgeblich auf den Gesamteindruck der Zeichen an, der bei mehrgliedrigen Wortmarken der vorliegenden Art nur in Ausnahmefällen von einem der Bestandteile geprägt werden kann. Eine zergliedernde Betrachtungsweise einzelner Markenteile ist zu vermeiden, vielmehr ist von dem allgemeinen Erfahrungssatz auszugehen, dass der Verkehr eine Marke so aufnimmt, wie sie ihm entgegentritt, ohne sie einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 9 Rdn 152).

Auszugehen ist dabei grundsätzlich von der registrierten Form. Bei Wortmarken ist neben der eingetragenen auch jede andere verkehrsübliche Wiedergabeform vom Schutzgegenstand erfasst. Dies gilt insbesondere für Groß- und Kleinschreibung sowie für den Wechsel gebräuchlicher Schrifttypen. Die Grenzen hierfür sind bei einem Registerrecht naturgemäß eng zu ziehen, die Identität der Marke darf durch die Abweichung nicht berührt werden (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 9 Rdn 139). Daher können im anhängigen Widerspruchsverfahren mögliche Verwendungsformen der angegriffenen Marke, bei denen durch eine von der Eintragung abweichende graphische Gestaltung (etwa größenmäßige Hervorhebung des Anfangsbestandteils, mehrzeilige Schreibweise oder sonstige räumliche Trennung der Bestandteile, Druck in unterschiedlichen Farben oder Kontrasten usw) das Wort "beta" stärker hervor und die anderen Bestandteile weiter in den Hintergrund treten würden, anders als nach erfolgter entsprechender Verwendung im Verletzungsverfahren vor den Zivilgerichten bei der hier vorzunehmenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr nicht berücksichtigt werden.

Die angegriffene Marke "beta care" wird von weiten Verkehrskreisen als Gesamtbegriff verstanden. So sind dem Verkehr zahlreiche Begriffe bekannt, in denen der Bestandteil "beta" mit einem weiteren Wort zu einem Gesamtbegriff verschmilzt (zB Betablocker, Betastrahlen, Betateilchen, Beta Tier). Der Bestandteil "beta" weist dabei oft auf eine Abstufung hin (zB Alpha Tier/ Beta Tier). Auch wenn Begriffe wie "beta care" oder "Beta-Pflege" als solche nicht ermittelt werden konnten, werden trotzdem erhebliche Verkehrskreise wegen der Art der Wortbildung in Anlehnung an bekannte Gesamtbegriffe die angegriffene Marke als Einheit verstehen. Für diese Verkehrskreise stehen daher die angegriffene Marke in ihrer Gesamtheit der Widerspruchsmarke gegenüber. Auch wenn der Bestandteil "care" für die beschwerdegegenständlichen Waren beschreibend ist, wird er von diesen Verkehrskreisen im Gesamteindruck nicht unberücksichtigt gelassen. Von der angegriffenen Marke in ihrer Gesamtheit unterscheidet sich die Widerspruchsmarke klanglich und schriftbildlich durch den zusätzlichen Wortbestandteil "care" so deutlich, dass nicht mit Verwechslungen zu rechnen ist. Insoweit ist auch nicht mit der

Gefahr zu rechnen, dass die Marken gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden, da sich der Bestandteil "beta" von der Widerspruchsmarke so stark unterscheidet, dass diese Verkehrskreise auch nicht annehmen werden, die angegriffene Marke gehöre zu einer Zeichenserie der Widersprechenden.

Es kann allerdings auch nicht ausgeschlossen werden, dass ein kleinerer Teil des Verkehrs die angegriffene Marke nicht als Gesamtbegriff auffasst und in dem Bestandteil "beta" die eigentliche Kennzeichnung sieht, da der Bestandteil "care" eine beschreibende Sachangabe ist. Auch wenn "beta" und "BEBA" eine Reihe von Gemeinsamkeiten aufweisen, ist nicht damit zu rechnen, dass noch beachtliche Verkehrskreise verbleiben, die nicht nur den Bestandteil "beta" als die eigentliche Kennzeichnung ansehen und diesen isoliert der Widerspruchsmarke gegenüberstellen, sondern zudem diesen Bestandteil auch noch mit der Widerspruchsmarke verwechseln. Dabei ist zu berücksichtigen, dass "beta" und "BEBA" relativ kurze Wörter sind, die im Klangcharakter trotz identischer Vokalfolge und Silbenzahl nicht nur unwesentlich voneinander abweichen. So weist die Widerspruchsmarke ausschließlich den weichen Konsonanten "b" auf, der sich als Anlaut der beiden Silben wiederholt und dadurch besonders einprägsam ist. Bei dem Wort "beta" bildet dagegen der weiche Konsonant "b" gegenüber dem harten und klangstarken Konsonanten "t" einen deutlichen Kontrast. Hinzu kommt, dass wegen des Sinngehalts von "beta" als griechischer Buchstabe der klangliche Unterschied eher bemerkt und in Erinnerung behalten wird.

Auch in schriftbildlicher Hinsicht, soweit man überhaupt – unabhängig von der Beurteilung als Gesamtbegriff - von einer Prägung des schriftbildlichen Gesamteindrucks der angegriffenen Marke durch einen einzelnen Bestandteil ausgehen könnte, was hier dahingestellt bleibt (vgl zu dieser Frage Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 9 Rdn 434), ist der Unterschied in der Konsonantenfolge deutlich. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine handschriftliche Wiedergabe, bei denen sich die Wörter "beta" und "BEBA" noch am nächsten kommen, bei den vorliegenden Waren nur eine sehr untergeordnete Rolle spielt. Auch in schriftbildli-

cher Hinsicht ist die Wiederholung des Buchstabens "b", der sich durch seine Rundungen von dem Buchstaben "t" abhebt, sowohl bei einer Wiedergabe in Groß- als auch in Kleinbuchstaben unter Berücksichtigung des allenfalls stark reduzierten Vergleichs dieser Wörter in Alleinstellung noch ausreichend auffällig. Bei der visuellen Wahrnehmung ist zudem zu berücksichtigen, dass das Schriftbild von Marken erfahrungsgemäß eine genauere und in der Regel sogar wiederholte Wahrnehmung der Bezeichnung gestattet als das schnell verklingende gesprochene Wort (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 9 Rdn 207).

Bei Beurteilung aller Umstände kann nicht festgestellt werden, dass bei noch beachtlichen Verkehrskreisen eine rechtserhebliche Verwechslungsgefahr besteht.

Die Beschwerde der Widersprechenden hat daher keinen Erfolg.

Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bot der Streitfall keinen Anlass, § 71 Abs 1 MarkenG.

Kliems

Sredl

Bayer

Ko