



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 120/06

(AktENZEICHEN)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
7. Oktober 2008

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke 301 63 780

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 18. Juni 2008 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Fuchs-Wisseemann sowie des Richters Reker und der Richterin Kopacek

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I

Gegen die für die Waren und Dienstleistungen

„32: Biere; Mineralwässer und kohlensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken;

33: alkoholische Getränke (ausgenommen Biere);

42: Verpflegung; Beherbergung von Gästen“

eingetragene Wortmarke 301 63 780

Serringer

ist Widerspruch eingelegt worden aus der für die Waren

„Alkoholische Getränke (ausgenommen Biere)“

eingetragenen Wortmarke 2 029 979

ZÄHRINGER.

Die Markenstelle für Klasse 32 des Deutschen Patent- und Markenamts hat durch einen Prüfer des gehobenen Dienstes den Widerspruch mit der Begründung zurückgewiesen, aufgrund der stark differierenden Wortanfänge „ZÄH-“ und „Ser-“ werde der Verkehr bei Kennzeichnungsschwäche der verbreiteten Endung „-ringer“ keiner Verwechslungsgefahr unterliegen. Auf die Erinnerung der Widersprechenden ist der Erstbeschluss aufgehoben und die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet worden. Zur Begründung ist ausgeführt worden, die Vergleichsmarken wiesen hochgradige Ähnlichkeiten in Silbenzahl, Wortlänge und Vokalfolge sowie im Sprechrhythmus und in der Sprachmelodie auf. Es bestehe eine im Wesentlichen übereinstimmende Vokalstruktur, da der Vokal „e“ in der ersten Silbe der angegriffenen Marke aufgrund der nachfolgenden Konsonantenverdopplung offen in Richtung des Umlauts „ä“ in der ersten Silbe der Widerspruchsmarke gesprochen werde. Die jeweiligen Anfangsbuchstaben seien als Zischlaute erheblich klangverwandt. Der Markenbestandteil „-ringer“ sei trotz häufiger Verwendung in Drittmarken im Gesamteindruck mit zu berücksichtigen. Die Waren „alkoholische Getränke“ der Widerspruchsmarke seien im Waren-/Dienstleistungsverzeichnis der angegriffenen Marke identisch enthalten. Zu den Waren „alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte“ der angegriffenen Marke bestehe eine mittlere Ähnlichkeit. „Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer“ der jüngeren Marke seien mit den Waren der Widerspruchsmarke aufgrund gewisser Berührungspunkte ebenso entfernt ähnlich wie „Sirupe und andere Präparate für die Herstellung von Getränken“. Schließlich bestehe auch eine Ähnlichkeit zwischen den Waren der Widerspruchsmarke und den von der ange-

griffenen Marke beanspruchten Dienstleistungen. Zum einen betrieben einige bekannte Hersteller von Spirituosen auch Gastwirtschaften. Zum anderen würden in Hotel- oder Minibars alkoholische Getränke angeboten. Im Hinblick auf die hochgradige Ähnlichkeit der Marken sei aufgrund der Wechselwirkungstheorie auch im Bereich einer entfernten Ähnlichkeit der Waren bzw. Dienstleistungen von einer Verwechslungsgefahr auszugehen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke. Im Verfahren vor der Markenstelle hat sie den ursprünglich erhobenen Nichtbenutzungseinwand fallen gelassen und im Beschwerdeverfahren erneut erhoben. Sie vertritt die Auffassung, eine Benutzung der Widerspruchsmarke für die zurückliegenden fünf Jahre sei aus den bisherigen Benutzungsunterlagen nicht ersichtlich. Aus der eidesstattlichen Versicherung des geschäftsführenden Gesellschafters sowie aus den Preislisten ergäben sich nicht die Umsätze einzelner mit der Widerspruchsmarke gekennzeichneten Waren, weshalb eine Zuordnung der jeweiligen Umsätze zu den Waren nicht möglich sei. Auf den beigelegten Rechnungen sei nur die Bezeichnung „ZÄHRINGER LÖWE“ zu finden. Von den sich gegenüberstehenden Waren und Dienstleistungen seien die Waren „Biere; Mineralwässer und kohlensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte“ im allenfalls mittleren, eher unteren Ähnlichkeitsbereich anzusiedeln. Im klanglichen Vergleich führten der klangstarke Konsonant „Z“ sowie die Kombination „Ä-H“ in der Widerspruchsmarke zu einer markanten Betonung auf der ersten Silbe, die gedehnt gesprochen werde, während die angegriffene Marke „Serringer“ weich geschwungen und flüssiger betont werde. In schriftbildlicher Hinsicht wiesen die Wortanfänge deutliche Unterschiede in den Ober- und Unterlängen auf. Besonders sei zu berücksichtigen, dass die betreffenden Waren zunehmend auf Sicht gekauft würden. Die Widerspruchsmarke bezeichne ein badisches Adelsgeschlecht, während der angegriffenen Marke kein Begriffsgehalt zugeordnet werden könne. Aufgrund der weiteren beschreibenden Bedeutung von „Zähringer“ als Hinweis auf einen Landstrich, in dem die betreffenden

Getränke produziert würden, weise die Widerspruchsmarke nur schwache Kennzeichnungskraft auf.

Die Markeninhaberin beantragt daher,

den Erinnerungsbeschluss aufzuheben und die Erinnerung zurückzuweisen.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie trägt vor, sie habe im Verfahren vor der Markenstelle umfangreiche Benutzungsunterlagen vorgelegt, die eine eidesstattliche Versicherung mit Umsatzangaben für die Jahre 2003 und 2004 sowie Produktetiketten, Preislisten und Rechnungskopien umfassten. Dabei sei eine ausreichende Differenzierung zwischen den Waren aufgrund der Vorlage unterschiedlicher Etiketten getroffen worden. Zum weiteren Nachweis der Benutzung würden Auszüge aus der Website „ZÄHRINGER“ vorgelegt, aus denen sich die aktuelle Verwendung der Widerspruchsmarke ergebe. Die Benutzung sei für die Waren „Wein, Sekt, Brände“ glaubhaft gemacht worden, die zu den Waren und Dienstleistungen der angegriffenen Marke - wie im Erinnerungsbeschluss ausführlich dargelegt - identisch oder ähnlich seien. Zwischen den Vergleichsmarken sei engste markenrechtliche Ähnlichkeit gegeben, zumal der Vokal „e“ in der angegriffenen Marke kurz und offen artikuliert werde, wodurch eine Nähe zum Umlaut „Ä“ nicht in Abrede gestellt werden könne. Insbesondere aufgrund regionaler Unterschiede in der Aussprache ergäben sich erhebliche klangliche Ähnlichkeiten. Eine Abnutzung des Bestandteils „-ringer“ könne durch Pauschalverweis auf die Drittzeichenlage nicht belegt werden, vielmehr sei der Schutzzumfang nur dann eingeschränkt, wenn zahlreiche benutzte Marken mit diesem Bestandteil existierten.

Zum weiteren Vorbringen wird auf die zwischen den Verfahrensbeteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II

Die zulässige Beschwerde erweist sich als unbegründet. Zwischen den beiderseitigen Marken besteht für alle von der angegriffenen Marke beanspruchten Waren und Dienstleistungen die Gefahr von Verwechslungen i. S. d. §§ 9 Abs. 1 Nr. 2, 42 MarkenG.

Nach den genannten Vorschriften ist eine Marke zu löschen, wenn wegen ihrer Ähnlichkeit mit einer angemeldeten oder eingetragenen Marke mit älterem Zeitrang und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die beiden Marken erfassten Waren oder Dienstleistungen die Gefahr von Verwechslungen besteht, einschließlich der Gefahr, dass die Marken gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden. Für die Frage der Verwechslungsgefahr ist von dem allgemeinen kennzeichenrechtlichen Grundsatz einer Wechselwirkung zwischen allen in Betracht kommenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der zu beurteilenden Marken, der Identität oder Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen und der Kennzeichnungskraft der älteren Marke, in der Weise auszugehen, dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Marken durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen oder der Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (st. Rspr., vgl. BGH GRUR 2005, 513, 514 - MEY/Ella May; GRUR 2007, 235 ff. - Goldhase; GRUR 2007, 1066 - Kinderzeit).

Die neuerliche Erhebung des Nichtbenutzungseinwands im Beschwerdeverfahren durch die Markeninhaberin war zulässig (vgl. BGH GRUR 2000, 886, 887 - Bayer/BeiChem; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 43 Rdnr. 26). Die vorgelegten Benutzungsunterlagen rechtfertigen indes bei einer Gesamtwür-

digung aller vorgelegten Unterlagen die Annahme einer rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke nur für Sekt und Edelbrände bzw. Spirituosen.

Grundsätzlich ist die Verwendung der Widerspruchsmarke nach Art, Zeit, Ort und Umfang glaubhaft zu machen. Aus den vorgelegten Unterlagen muss sich eindeutig ergeben, in welcher Form, in welchem Zeitraum, in welchem Gebiet und in welchem Umfang die Benutzung erfolgt ist. Diese Erfordernisse müssen insgesamt erfüllt sein (vgl. BPatGE 23, 158, 165 - FLUDEX), wobei die eidesstattliche Versicherung das wichtigste Mittel zur Glaubhaftmachung hinsichtlich Umfang und Zeitraum der bestrittenen Benutzung darstellt (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 43 Rdnr. 46). Ausweislich der eidesstattlichen Versicherungen des geschäftsführenden Gesellschafters der Widersprechenden vom 16. April 2003 und vom 28. April 2006 wurden in den Jahren 1999 bis 2001 sowie 2003 und 2004 bezüglich den mit „ZÄHRINGER“ gekennzeichneten Weinen, Sekten und Spirituosen bzw. Edelbränden die jeweils einzeln aufgelisteten Umsätze erzielt. Sowohl der eidesstattlichen Versicherung aus dem Jahr 2003 wie auch jener aus dem Jahr 2006 sind jeweils Etiketten beigefügt, die auf die betreffenden Waren aufgebracht wurden. Diese weisen für die Warengruppen Sekt und Spirituosen (Edelbrände) die Kennzeichnung „ZÄHRINGER“ in ihrer eingetragenen Form auf; die weiteren auf den Etiketten enthaltenen Elemente sind entweder beschreibender Natur oder stellen Zweitkennzeichnungen dar, deren Hinzufügung die Annahme einer rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke nicht hindern (vgl. BGH GRUR 2000, 510, 511 - Contura; GRUR 2005, 515, 516 - FERROSIL). Die mit den jeweiligen Kennzeichnungen für Sekt und Edelbrände bzw. Spirituosen erzielten Umsätze lassen für die relevanten Zeiträume auch keinen Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Benutzung aufkommen. Insbesondere sind die für Brände in 2003 und 2004 erzielten Umsätze in Höhe von knapp ... EURO jährlich zwar nicht sehr hoch, reichen aber im Hinblick darauf, dass Spirituosen keine täglich konsumierten Getränke darstellen und daher meist höhere Verbrauchszeiträume haben, noch aus. Auch sind die relevanten Benutzungsintervalle ausreichend abgedeckt, zumal die Widersprechende in der eidesstattlichen Versicherung eine

Benutzung der Widerspruchsmarke für die betreffenden Warengruppen nicht nur für die Jahre 1999-2001 und 2003, 2004 explizit beziffert, sondern darüber hinaus in der eidesstattlichen Versicherung dargelegt hat, dass die Kennzeichnung mit der Marke „ZÄHRINGER“ nicht nur innerhalb von fünf Jahren vor Veröffentlichung der angegriffenen Marke, sondern auch bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt stattgefunden hat.

Hinsichtlich der Ware „Weine“ erscheint indes problematisch, dass die vorgelegten Etiketten die Widerspruchsmarke „ZÄHRINGER“ nicht lediglich in Verbindung mit beschreibenden Zusätzen und Zweitkennzeichnungen aufweisen, sondern ein Teil dieser Wein-Etiketten die Kennzeichnung „ZÄHRINGER LÖWE“, die als in sich geschlossener einheitlicher Gesamtbegriff erscheint, enthalten. Diese Verbindung, bei der die Widerspruchsmarke in ihrem Sinngehalt verändert bzw. von einem Zusatz überlagert wird, ist nicht mehr als rechtserhaltende Benutzung in der eingetragenen Form i. S. v. § 26 Abs. 3 Satz 1 MarkenG zu bewerten (vgl. BGH GRUR 2004, 598, 599 - Kleiner Feigling). Da die Widersprechende in der eidesstattlichen Versicherung nur die Umsätze für Weine insgesamt dargelegt und diese nicht nach den einzelnen Kennzeichnungen aufgeschlüsselt hat, lässt sich daraus nicht entnehmen, welcher Umsatzanteil auf die Benutzung der Kennzeichnung „ZÄHRINGER“ in ihrer eingetragenen Form entfällt, weshalb eine Benutzung der Widerspruchsmarke für die Ware „Weine“ insgesamt als nicht ausreichend nachgewiesen zu erachten ist.

Die Waren Sekt und Brände, für die ein ausreichender Benutzungsnachweis mit hin geführt worden ist, sind zweifelsfrei dem Oberbegriff der „alkoholischen Getränke (ausgenommen Biere)“ zuzuordnen. Ausgehend von der herrschenden erweiterten Minimallösung ist aber nicht der Oberbegriff als benutzt anzusehen, sondern nur die konkreten Waren, wobei zudem ein eine Spezialware umfassender, nicht zu breiter Warenoberbegriff zugrunde zu legen ist (vgl. BPatG GRUR 2004, 954, 955 - CYNARETTEN/Circanetten). Vorliegend ist demnach von

einer Benutzung der Widerspruchsmarke für die Waren „Sekt“ und „Spirituosen“, denen (Edel-)Brände unterfallen, auszugehen.

Zwischen diesen Waren besteht in Bezug auf die „alkoholischen Getränke (ausgenommen Biere)“ in der angegriffenen Marke Identität sowie hinsichtlich der übrigen Waren und Dienstleistungen eine geringe bis mittlere Ähnlichkeit. „Biere“ liegen zu „Schaumwein“ bzw. „Sekt“ sowie zu „Spirituosen“ im geringen bis mittleren Ähnlichkeitsbereich (vgl. Richter/Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen, 13. Aufl., S. 42 mittlere Spalte; S. 294 mittlere Spalte; BPatG 26 W (pat) 20/01). Dies gilt auch für „alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken“ (vgl. BPatG a. a. O.), die häufig mit Schaumweinen und Spirituosen gemischt konsumiert werden, sowie für die Dienstleistungen „Verpflegung; Beherbergung von Gästen“ (vgl. Richter/Stoppel, a. a. O., S. 294 und 295, jeweils mittlere Spalte). Hinsichtlich der Waren „Mineralwässer und andere kohlenensäurehaltige Wässer“ besteht zu Schaumweinen (vgl. PAVIS PROMA BPatG 26 W (pat) 23/02 - Revean/EVIAN) und Spirituosen jedenfalls keine absolute Unähnlichkeit, wenn auch ein großer Warenabstand gegeben ist.

Bei durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ist die Ähnlichkeit der Vergleichsmarken in klanglicher Hinsicht, die auf dem vorliegenden Warenssektor ebenfalls zu berücksichtigen ist, recht beachtlich. Zwischen den Wörtern „ZÄHRINGER“ und „Serringer“ besteht phonetisch nur ein geringer Abstand. Der Vokalfolge „E-I-E“ in der angegriffenen Marke steht die Abfolge „Ä-I-E“ in der Widerspruchsmarke gegenüber, die aufgrund der akustisch nur graduell abweichenden Aussprache des „Ä“ gegenüber dem „E“ hochgradig ähnlich erscheint. Auch das Konsonantengerüst beider Vergleichswörter ist einander stark angenähert. Identisch ist die Buchstabenfolge „-ringer“ der zweiten und dritten Silbe. Selbst wenn aufgrund der Drittzeichenlage von einem gewissen Originalitätsmangel (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 9 Rdnr. 201) dieser Endung auszugehen wäre, führt dies nicht dazu, dass dieser Zeichenteil bei der Prüfung der

Verwechslungsgefahr von vornherein außer Betracht bleiben würde. Vielmehr ist auch ein kennzeichnungsschwacher Bestandteil bei der Bestimmung der Ähnlichkeit mit zu berücksichtigen (vgl. BGH GRUR 2004, 783, 785 - NEURO-VIBOLEX/NEURO-VIBRAFLEX). Als einzige Abweichung in den Vergleichswörtern erscheint der Anfangskonsonant „S“ in der angegriffenen Marke gegenüber dem „Z“ in der Widerspruchsmarke. Beide sind als Zischlaute jedoch stark klangverwandt und daher nicht geeignet, die jeweiligen Klangbilder insgesamt unterschiedlich zu beeinflussen. Selbst bei teilweiser Warenferne ist demnach bei der gebotenen Gesamtbetrachtung aufgrund der ausgeprägten klanglichen Ähnlichkeit der Vergleichswörter eine Verwechslungsgefahr zu bejahen.

III

Es sind keine Gründe ersichtlich, von dem Grundsatz des § 71 Abs. 1 Satz 2 MarkenG abzuweichen, nach dem jeder Beteiligte seine Kosten selbst trägt.

Dr. Fuchs-Wisseemann

Reker

Kopacek

Bb