



BUNDESPATENTGERICHT

33 W (pat) 62/08

(Aktenzeichen)

Verkündet am
1. Juni 2010

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 303 27 763

hat der 33. Senat (Marken Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 1. Juni 2010 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Bender, der Richterin am OLG Dr. Hoppe und des Richters Kätker

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Widersprechenden werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 1 des Deutschen Patent und Markenamts vom 25. August 2006 und 28. April 2008 teilweise aufgehoben und die Löschung der Marke 303 27 763 für folgende Waren angeordnet:

Klasse 1: chemische Erzeugnisse für gewerbliche und wissenschaftliche Zwecke; chemische Erzeugnisse einschließlich solcher mit biologischen Grundstoffen für land-, garten- und forstwirtschaftliche Zwecke einschließlich für den Landschafts- und Sportplatzbau, zur Bodenhaltung und Vorrathaltung, insbesondere Pflanzenschutzmittel, Mittel zum Frischhalten und Haltbarmachen von Futtermitteln und Blumen, Blattganzmittel, Düngemittel einschließlich Naturdünger, Bodenhilfsstoffe, Bodenverbesserungsmittel einschließlich Bodenfestigungs- und Bodenlockerungsmittel und Pflanzenstärkungsmittel, Pflanzgranulat zum Umschließen des Wurzelbereiches von Pflanzen, Kompostierungsmittel, Torfe (Dünger), Auftaumittel, Mittel zur Behandlung von Saatgut einschließlich Saatbeizmittel und Saatgutvergäl-

lungsmittel, alle vorgenannten Waren soweit in Klasse 01 enthalten; Mittel zur Reinigung von Gärten und Behältern, soweit in Klasse 01 enthalten; Wachstumsregulatoren;

Klasse 3: Mittel zur Reinigung von Gärten und Behältern;

Klasse 5: Fungizide, Herbizide; chemische Erzeugnisse einschließlich solcher mit biologischen Grundstoffen zur Behandlung von Mangelkrankheiten bei Pflanzen; Mittel zur Vertilgung von Unkraut und schädlichen Tieren sowie chemische Erzeugnisse einschließlich solcher mit biologischen Grundstoffen zum Schutz von pflanzlichen Erzeugnissen (Vorratsschutz), nämlich Mittel zur Bekämpfung von pflanzlichen, pilzlichen, tierischen und mikrobiellen Schädlingen; Tier- und Insektenrepellents, Lockstoffe für Tiere und Insekten, Insektenverwirrmittel und Haushaltshygienemittel gegen Schädlinge und Lästlinge, chemische Erzeugnisse einschließlich solcher mit biologischen Grundstoffen zur Schädlingsbekämpfung.

2. Im Übrigen wird die Beschwerde hinsichtlich der noch verfahrensgegenständlichen Waren zurückgewiesen, nämlich hinsichtlich

Klasse 5: pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; Desinfektionsmittel.

Gründe

I.

Gegen die Eintragung der Wortmarke 303 27 763

CALLIDO

für

Klasse 1: chemische Erzeugnisse für gewerbliche und wissenschaftliche Zwecke; chemische Erzeugnisse einschließlich solcher mit biologischen Grundstoffen für land-, garten- und forstwirtschaftliche Zwecke einschließlich für den Landschafts- und Sportplatzbau, zur Bodenhaltung und Vorratshaltung, insbesondere Pflanzenschutzmittel, Mittel zum Frischhalten und Haltbarmachen von Futtermitteln und Blumen, Blattglanzmittel, Düngemittel einschließlich Naturdünger, Bodenhilfsstoffe, Bodenverbesserungsmittel einschließlich Bodenfestigungs- und Bodenlockerungsmittel und Pflanzenstärkungsmittel, Pflanzgranulat zum Umschließen des Wurzelbereiches von Pflanzen, Kompostierungsmittel, Torfe (Dünger), Auftaumittel, Mittel zur Behandlung von Saatgut einschließlich Saatbeizmittel und Saatgutvergällungsmittel, alle vor-

genannten Waren soweit in Klasse 01 enthalten; Mittel zur Reinigung von Gärten und Behältern, soweit in Klasse 01 enthalten, chemische Erzeugnisse zum Frischhalten und Haltbarmachen von Lebensmitteln; Wachstumsregulatoren;

Klasse 3: Wasch- und Bleichmittel; Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel; Mittel zur Reinigung von Gärten und Behältern;

Klasse 5: pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; Fungizide, Herbizide; chemische Erzeugnisse einschließlich solcher mit biologischen Grundstoffen zur Behandlung von Mangelkrankheiten bei Pflanzen; Mittel zur Vertilgung von Unkraut und schädlichen Tieren sowie chemische Erzeugnisse einschließlich solcher mit biologischen Grundstoffen zum Schutz von pflanzlichen Erzeugnissen (Vorratsschutz), nämlich Mittel zur Bekämpfung von pflanzlichen, pilzlichen, tierischen und mikrobiellen Schädlingen; Tier- und Insektenrepellents, Lockstoffe für Tiere und Insekten, Insektenverwirrmittel und Haushaltshygienemittel gegen Schädlinge und Lästlinge, chemische Erzeugnisse einschließlich solcher mit biologischen Grundstoffen zur Schädlingsbekämpfung, Desinfektionsmittel

(Warenverzeichnis in der Fassung nach der Teillöschung vom 10. März 2004)

ist Widerspruch erhoben worden aus der Wortmarke 300 50 729

CALLISTO

für

Klasse 5: Herbizide.

Mit Schriftsatz vom 21. Dezember 2006 hat die Inhaberin der jüngeren Marke die Nichtbenutzungseinrede gegen die seit dem 19. Oktober 2000 ohne nachfolgendes Widerspruchsverfahren eingetragene Widerspruchsmarke erhoben. Die Widersprechende hat Unterlagen zur Glaubhaftmachung der rechtserhaltenden Benutzung ihrer Marke vorgelegt.

Mit Beschlüssen vom 25. August 2006 und 28. April 2008, letzter im Erinnerungsverfahren, hat die Markenstelle für Klasse 1 des Deutschen Patent- und Markenamts den Widerspruch zurückgewiesen.

Nach Auffassung der Markenstelle besteht keine Gefahr von Verwechslungen i. S. v. §§ 42 Abs. 2 Nr. 1, 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte sei von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke auszugehen. Zwar liege hinsichtlich der Waren "Herbizide" Identität vor, Waren aus dem Bereich der Schädlingsbekämpfung würden aber nicht leichtfertig gebraucht, so dass auch breite Verkehrskreise, insbesondere Hobbygärtner, an die sich die Waren wendeten, beim Kauf eine gewisse Sorgfalt walten ließen. An den zu fordernden Abstand der Marken seien daher keine allzu strengen Anforderungen zu stellen. Dieser werde vorliegend von der jüngeren Marke noch eingehalten. Zwar verfügten die Marken über gleiche Silbenzahl, Vokalfolge sowie Sprech- und Betonungsrhythmus. Sie unterschieden sich aber in der Wortmitte, wo die angegriffene Marke den klangschwachen Konsonanten und Sprenglaut "D", die Widerspruchsmarke hingegen an gleicher Stelle den klangschwachen

Konsonanten und Zischlaut "S" sowie den klangstarken Sprenglaut "T" aufweise. Ein Grund zur Vernachlässigung oder zum Weglassen eines Bestandteils bestehe nicht. Durch die prägnante Buchstabenkombination "ST" klinge die Widerspruchsmarke markanter als die weicher klingende angegriffene Marke. Dabei komme es nicht darauf an, ob die Silben "-LIS-TO" getrennt würden, da hierbei keine akustisch deutliche Sprechpause entstehe. Angesichts der zu erwartenden Sorgfalt bei der Auswahl der u. U. gesundheitsschädlichen Waren bestehe damit keine klangliche Verwechslungsgefahr. Auch in schriftbildlicher Hinsicht unterschieden sich die Marken durch die typische Umrisscharakteristik des Buchstaben "D" der jüngeren Marke gegenüber "ST" bei der Widerspruchsmarke ausreichend. Auf die Frage der rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke komme es daher nicht an.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden. Zur Begründung führt sie aus, dass sie ihre Marke rechtserhaltend benutzt habe. Ergänzend hat sie mit Schriftsatz vom 3. September 2009 weitere Benutzungsunterlagen vorgelegt. Sie meint, dass die daraus hervorgehende, seit 2001 benutzte Verwendungsform mit stilisiertem "i" den kennzeichnenden Charakter der Marke nicht verändere. Soweit die Markeninhaberin gegen die Verwendung dieser Form seit 2001 einwende, dass die Unterlagen ein Datum vom 27. Juni 2006 aufwiesen, so stehe dies der Glaubhaftigkeit nicht entgegen, da die Druckvorlagen nur aus technischen Gründen dieses Datum, an dem sie ausgestellt worden seien, trügen. Die rechtserhaltende Benutzung sei dabei nicht auf den speziellen Verwendungszweck der benutzten Herbizide für Mais eingeschränkt.

Hinsichtlich der Ware "Herbizide" bestehe Identität zum identisch für die jüngere Marke eingetragenen Warenbegriff sowie zu den Waren "Mittel zur Vertilgung von Unkraut und schädlichen Tieren" der jüngeren Marke. Hinsichtlich der weiteren Waren der jüngeren Marke, etwa chemische Erzeugnisse einschließlich solcher mit biologischen Grundstoffen für land-, garten und forstwirtschaftliche Zwecke; Bodenhilfsstoffe, Bodenverbesserungsmittel" oder "Mittel zur Reinigung von Gär-

ten und Behältern" bestehe starke Ähnlichkeit. Eine Ähnlichkeit bestehe auch zu den Waren "pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege" und "Desinfektionsmittel" der angegriffenen Marke. Hierfür spreche vor allem die Herkunft der beiderseitigen Waren aus Unternehmen der chemischen Industrie, gleiche Abnehmerkreise und teilweise übereinstimmende Inhaltsstoffe. Zudem verweist die Widersprechende auf Entscheidungen, die eine solche Ähnlichkeit bestätigten, insbesondere die Entscheidung des 30. Senats des Bundespatentgerichts vom 5. Mai 2008 (30 W (pat) 205/04).

Von den (in 1-, 5- und 20 Liter-Gebinden vertriebenen) Waren würden auch breite Endverbraucherkreise einschließlich Kleinbauern oder kleinere landwirtschaftliche Betriebe o. Ä. angesprochen. Diese ließen zwar bei der Auswahl der Waren eine gewisse Sorgfalt walten, es könne aber nicht von einer erhöhten Aufmerksamkeit wie z. B. bei pharmazeutischen Produkten ausgegangen werden. Zudem sei nach der Rechtsprechung selbst beim Durchschnittsverbraucher von normal informierten und interessierten Personen auszugehen, so dass sich letztendlich kein Unterschied zu den o. g. Fachverbrauchern ergebe. Vielmehr sei ein deutlicher Abstand der jüngeren Marke von der älteren zu fordern, den diese jedoch nicht einhalte.

Die Markenstelle räume selbst ein, dass die Vergleichsmarken über die gleiche Silbenzahl, Vokalfolge und ähnlichen Sprech- und Betonungsrhythmus verfügten, würdige aber nicht, dass die Marken in den stärker beachteten ersten fünf Lauten "CALLI" und dem letzten Laut "O" übereinstimmten und damit eine bis an Identität reichende Ähnlichkeit aufwiesen. Auch die beiden jeweils vorletzten Laute seien fast identisch, da "D" lediglich eine weiche Abart von "T" darstelle. Der einzige Unterschied bestehe in dem zusätzlichen drittletzten Laut "S" bzw. "ST" der Widerspruchsmarke. Dieser Unterschied in der Wortmitte trete aber keinesfalls deutlich hervor. Der Laut "S" der Widerspruchsmarke stelle einen klangschwachen Auslaut der mittleren Silbe dar, wobei die Marken in den jeweiligen Endsilben "TO" und "DO" fast identisch klängen. Selbst wenn man davon ausgehe, dass "S" den (klangschwachen) Auftaktlaut der letzten Silbe darstelle, ändere dies nichts am

ansonsten identischen klanglichen Gesamteindruck. Zudem würden beide Marken in der zweiten Silbe auf dem gemeinsamen Vokal "l" betont. Allenfalls komme noch eine Betonung beider Marken auf der jeweiligen Anfangsilbe "CAL" in Frage. Insgesamt könne man möglicherweise beim direkten Vergleich der Marken noch die Unterschiede erkennen, aus der Erinnerung heraus ließen sich die Marken jedenfalls aber nicht ausreichend unterscheiden. Angesichts der großen Übereinstimmungen könnten Verwechslungen nach dem Gesamteindruck nicht ausgeschlossen werden.

Zudem sei die Markenstelle fehlerhaft von einer Wiedergabe der Vergleichsmarken in Großbuchstaben ausgegangen. Es seien jedoch sämtliche üblichen Wiedergaben zu berücksichtigen, auch solche in Groß-/Kleinschreibung ("Calisto"/"Callido"). Dabei träten die Übereinstimmungen der fünf Anfangsbuchstaben "Calli" und in dem Endbuchstaben "o" deutlich hervor, während die Unterschiede in den vorletzten Buchstaben "t" und "d" kaum wahrzunehmen seien, da beide Buchstaben in erster Linie durch die senkrechte Gerade mit Oberlänge geprägt würden und der zusätzliche Buchstabe "s" keine deutliche Umprägung des ansonsten fast identischen schriftbildlichen Gesamteindrucks der Marken darstelle, zumal "s", je nach Wiedergabe, große Ähnlichkeit mit der unteren Rundung des Buchstaben "d" in der jüngeren Marke aufweise.

In der mündlichen Verhandlung hat die Widersprechende die Rücknahme des Widerspruchs für folgende Waren der angegriffenen Marke erklärt:

Klasse 1: chemische Erzeugnisse zum Frischhalten und Haltbarmachen von Lebensmitteln;

Klasse 3: Wasch- und Bleichmittel, Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel.

Die Widersprechende beantragt nunmehr sinngemäß,

die angefochtenen Beschlüsse aufzuheben und die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt sinngemäß,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Nach ihrer Auffassung nehme die Widersprechende eine willkürliche und nicht sprachübliche Aufspaltung der Marken in Einzelsilben vor. Bei sprachüblicher Silbentrennung ständen sich vielmehr "CAL-LI-DO" und "CAL-LIS-TO" gegenüber, wobei der Vokal "I" nur in der ersten Marke betont werde. Die Marken seien klanglich deutlich unterschiedlich, und die unterschiedlichen Wortlängen und Buchstabenfolgen führten auch visuell zu einer ausreichenden Unterscheidbarkeit.

Die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke werde weiterhin bestritten. Die eidesstattliche Versicherung von D... vom 10. Dezember 2008 erscheine nicht schlüssig. Darin werde angegeben, dass die vorgelegten Unterlagen seit 2001 in dieser Form verwendet würden. Dies sei jedoch nicht möglich, da die Unterlagen ein Druckdatum vom 27. Juni 2006 aufwiesen.

Die Waren wendeten sich nicht an Hobbygärtner, sondern an gewerbliche Abnehmer mit (nachzuweisender) Sachkunde über den sorgfältigen Umgang und die sorgfältige Auswahl der Pflanzenschutzmittel, was auch die von der Widersprechenden eingereichten Benutzungsunterlagen zeigten. Da diese Abnehmer genau zu dokumentieren hätten, welche Mittel zur Pflanzenbehandlung verwendet würden, sei mit einer hohen Aufmerksamkeit zu rechnen, so dass die deutlichen Unterschiede der Marken signifikant auffielen. Selbst Hobbygärtner würden angesichts der toxischen Wirkungen der Waren bei deren Erwerb und Verwendung hohe Aufmerksamkeit walten lassen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

1. Die zulässige Beschwerde der Widersprechenden ist teilweise begründet.

a) Die Widersprechende hat die zulässig bestrittene Benutzung ihrer Marke gemäß §§ 43 Abs. 1 Satz 2, 26 MarkenG hinreichend glaubhaft gemacht. Die Nichtbenutzungseinrede vom 21. Dezember 2006 ist zwar undifferenziert erhoben worden. Da die am 19. Oktober 2000 ohne nachfolgendes Widerspruchsverfahren eingetragene Widerspruchsmarke zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der jüngeren Marke am 26. September 2003 noch keine fünf Jahre eingetragen war, die Benutzungsschonfrist vielmehr erst am 19. Oktober 2005 ablief, ist die Nichtbenutzungseinrede allein nach der Alternative des § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG zulässig. Demnach hatte die Widersprechende die rechtserhaltende Benutzung ihrer für "Herbizide" eingetragenen Marke für den Zeitraum von fünf Jahren vor der mündlichen Verhandlung, also von Mai 2005 bis (einschließlich) Mai 2010 glaubhaft zu machen.

Die rechtserhaltende Benutzung ist zunächst nach der Art der Benutzung hinreichend glaubhaft gemacht worden. Hierzu hat die Widersprechende bereits im Verfahren vor der Markenstelle mit Schriftsatz vom 26. Mai 2007 ein Produktblatt vorgelegt, das eine - wenn auch kleine - Fotografie mit zwei Kanistern und einer Flasche zeigt, auf denen jeweils ein Etikett mit dem deutlich erkennbaren und optisch herausgestellten Wort "Callisto" angebracht ist ("Prod.blatt_Callisto_2/05 mit der Überschrift "Aus der Natur für den Mais"). Entsprechende, zudem größere Fotografien mit dem Wort "Callisto" als obere, erste und größtmäßig herausgestellte Kennzeichnung auf Gebindeetiketten hat die Widersprechende auch im Beschwerdeverfahren mit Schriftsatz vom 3. September 2009 vorgelegt.

Neben dieser Verwendung als alleinige Marke wird die Marke auch als Zweitmarke auf Verpackungen des Produkts (bzw. der Produktkombination) "ZINTAN GOLD Pack" verwendet. Dies belegt eine mit Schriftsatz der Widersprechenden vom 26. März 2007 eingereichte Werbefotografie ("Der Allesreiniger"), in der ein Karton abgebildet ist, auf dem der Text "Herbizid Kombination aus den zugelassenen Herbiziden GARDO®Gold und CALLISTO® zur Bekämpfung von ... in Mais") sowie die darunter befindlichen Kennzeichnungen "Gardo Gold" und "Callisto" erkennbar sind. Eine entsprechende Kartonabbildung findet sich auch im Prospekt "Mais aktuell - Frühjahr 2004", Seite 20, den die Widersprechende (eigentlich zur Glaubhaftmachung einer anderen, inzwischen nicht mehr streitgegenständlichen Marke) mit Schriftsatz vom 13. September 2004 eingereicht hat.

In den eidesstattlichen Versicherungen des "Global Head of Trademarks" der Widersprechenden, D..., vom 12. März 2007 und vom 10. Dezember 2008 wird eidesstattlich versichert, dass die Art der Benutzung aus den beiliegenden Unterlagen ersichtlich und diese Unterlagen seit 2001/2002 bis "heute" so verwendet wurden. Damit ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dargetan, dass die Widerspruchsmarke von Beginn des Nachweiszeitraums bis zumindest Ende 2008, also für eine als ausreichend anzusehende Dauer, in markenmäßig herausgestellter Form auf den Warenbehältnissen angebracht worden ist.

Soweit die Markeninhaberin hiergegen vorträgt, dass die eidesstattliche Versicherung nicht aussage, "dass alle angegebenen Produktmengen in Kanistern verkauft wurden, von denen jeder in der angegebenen Art und Weise gekennzeichnet wurde" (Schriftsatz vom 9. Juli 2007), führt dies nicht zu Zweifeln an einer funktionsgemäßen Art der Benutzung der Marke. Denn in der eidesstattlichen Versicherung vom 12. März 2007 heißt es: "Die Art der Benutzung ist aus den beiliegenden Unterlagen, ... ersichtlich" und die abgebildeten Kanister und Flaschen mit dem Aufdruck bzw. Etikett "Callisto" sowie die o. g. ZINTAN GOLD Pack- Kombinationspackungen sind die einzig in den Unterlagen erkennbaren und damit in Betracht kommenden Behälter bzw. Abgabeformen. Es ist daher mit überwiegen-

der Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass das Herbizid-Produkt in so gekennzeichneten Gebinden bzw. Verpackungen an den Kunden abgegeben wird.

Auch soweit die Markeninhaberin die im Beschwerdeverfahren vorgelegten Unterlagen dahingehend kritisiert, dass es einerseits in der eidesstattlichen Versicherung vom 12. Dezember 2008 heiÙe, dass die betreffenden Unterlagen seit dem Jahr 2001 in der übermittelten Fassung verwendet würden, die vorgelegten Unterlagen aber andererseits ein Druckdatum vom 27. Juni 2006 aufwiesen, vermag dieser Vortrag die Glaubhaftigkeit der eidesstattlichen Versicherung nicht zu erschüttern. Denn die Voraufgaben der seit 2006 verwendeten Verpackungen und Beipackzettel können ebenso oder nahezu ebenso ausgesehen haben wie diese. Dies ist sogar wahrscheinlich, denn das mit Schriftsatz der Widersprechenden vom 26. März 2007 eingereichte o. g. Foto mit drei unterschiedlich großen Gebinden, dessen Ausdruck (ganz oben) die Angabe "Prod.blatt_Callisto_-2/05 02.03.2005 ..." trägt, lässt keine Unterschiede zu den Abbildungen erkennen, die später als Anlage zur eidesstattlichen Versicherung vom 12. Dezember 2008 eingereicht worden sind.

Im Gegensatz zur Auffassung der Markeninhaberin erkennt der Senat in der aus den Unterlagen ersichtlichen Form der Benutzung mit der Schreibweise "Callisto" unter grafischer Verfremdung des "i" zu einer stilisierten Pflanze mit einem auf ganzer Länge mit Blättern bedeckten Pflanzenstängel sowie einem an der Spitze befindlichen Punkt bzw. Oval keine Veränderung des kennzeichnenden Charakters der eingetragenen Wortmarke "CALLISTO". Dies stellt nur eine werbeübliche und klanglich ohnehin nicht wahrnehmbare Verfremdung eines Buchstabens dar, die zudem als maisähnliche Pflanzendarstellung einen deutlich beschreibenden Anklang für die Ware "Herbizide" aufweist. Den kennzeichnenden Charakter des Wortes "CALLISTO", das - auch in der Schreibweise "Kallisto" - als Bezeichnung einer Figur der griechischen Mythologie und eines danach benannten Jupiter-Mondes normal kennzeichnungskräftig ist, vermag eine solche Ausgestaltung nicht zu verändern.

Auch der Dauer nach ist eine ernsthafte Benutzung i. S. d. § 26 Abs. 1 MarkenG glaubhaft gemacht worden, denn laut den eingereichten eidesstattlichen Versicherungen ist die Widerspruchsmarke seit mindestens 2001 "bis heute", also mindestens bis Dezember 2008 und damit über einen ausreichenden Zeitraum verwendet worden. Dies wird durch die bereits o. g. Druckdaten der vorgelegten Warenabbildungen gestützt.

Gleiches gilt für den Umfang der Benutzung, denn die für die Jahre 2002 bis 2006 eidesstattlich versicherten Umsätze bewegen sich in Deutschland in einer Größenordnung von jährlich ... bis EUR. Hierbei war mit zu berücksichtigen, dass es sich bei dem konkreten Produkt der Widersprechenden um ein Herbizid speziell für Mais handelt, das in kleineren Gebinden verkauft wird (20l-, 5l-, 1l-Kanister bzw. Flaschen), und die Benutzung auch schon deutlich vor dem Beginn des hier relevanten Benutzungszeitraums begann (zur Mitberücksichtigung der u. U. auch außerhalb des Nachweiszeitraums liegenden Benutzungsdauer bei der Beurteilung der Ernsthaftigkeit nach dem Umfang, vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 26, Rdn. 57). Zudem lassen die ergänzenden Benutzungunterlagen in ihrer Gesamtheit einen durchaus beachtlichen Aufwand bei der Konzeption von Werbeunterlagen erkennen, so dass insgesamt nicht von einer bloßen Scheinbenutzung ausgegangen werden kann.

Soweit sich aus den Unterlagen eine S... GmbH als benutzendes Unternehmen ergibt, bestehen keine Bedenken, die Benutzung nach § 26 Abs. 2 MarkenG der Widersprechenden zuzurechnen. Bei beiden Unternehmen handelt es sich um Gesellschaften innerhalb der S...-Unternehmensgruppe. Bei solchen Konzernverbindungen kann auch ohne besondere Darlegung vom Vorliegen des nach § 26 Abs. 2 MarkenG erforderlichen Einverständnisses des Markeninhabers ausgegangen werden, da eine Benutzung der Marke ohne Wissen und Einwilligung des Markeninhabers als wirklichkeitsfremd erscheinen muss (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 26, Rdn. 83 m. w. N.). Zudem sind aus den Benutzungunterlagen verschiedene Hinweise darauf ersichtlich, dass die Markenbenutzung

offenbar durch verschiedene Unternehmen innerhalb der Unternehmensgruppe vorgesehen ist (z. B. "®= eingetragene Marke einer S... Konzerngesellschaft"; "Product names marked ® or ™, the ... Logo and the CP FRAME are Trademarks of a S... Group Company").

Damit ist die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke für das aus den Benutzungsunterlagen ersichtliche Herbizid zum Schutz von Mais gegen Unkräuter glaubhaft gemacht worden. Ob die rechtserhaltende Benutzung dieses Spezialprodukts im Wege der Integration darüber hinaus auch für Herbizide zum Schutz von Getreidepflanzen oder noch weitergehend für Herbizide zum Schutz landwirtschaftlicher Nutzpflanzen anzuerkennen ist, wozu der Senat neigt, kann offen bleiben.

b) Im Umfang der Löschanordnung liegt zwischen den Marken eine Gefahr von Verwechslungen i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG vor.

Verwechslungsgefahr liegt vor, wenn die Öffentlichkeit glauben könnte, dass die betreffenden Waren oder Dienstleistungen aus demselben Unternehmen oder gegebenenfalls aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen. Das Vorliegen von Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen. Dabei ist hinsichtlich der Ähnlichkeit der betreffenden Marken im Bild, Klang oder in der Bedeutung auf den Gesamteindruck abzustellen, den die Marken hervorrufen, wobei insbesondere die kennzeichnungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind. Für die umfassende Beurteilung der Verwechslungsgefahr kommt es entscheidend darauf an, wie die Marke auf den Durchschnittsverbraucher dieser Waren oder Dienstleistungen wirkt (vgl. EuGH GRUR 2005, 1042, Rdn. 28 - THOMSON LIFE; GRUR 2008, 343, Nr. 33 - Il Ponte Finanziaria Spa/HABM ("BAINBRIDGE"), jew. m. w. N.).

aa) Wie bereits oben unter a) festgestellt, ist die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke als Bezeichnung einer Figur der griechischen Mythologie, nach der auch ein Jupitermond benannt ist, normal.

bb) Die sich gegenüberstehenden Waren liegen weitgehend im Bereich einer Identität oder einer zumindest mittelgradigen Ähnlichkeit.

Der für die angegriffene Marke eingetragene Warenbegriff "chemische Erzeugnisse für gewerbliche und wissenschaftliche Zwecke" umfasst Herbizide, so dass insoweit Identität besteht.

Gleiches gilt für "chemische Erzeugnisse einschließlich solcher mit biologischen Grundstoffen für land-, garten- und forstwirtschaftliche Zwecke einschließlich für den Landschafts- und Sportplatzbau, zur Bodenhaltung und Vorratshaltung, insbesondere Pflanzenschutzmittel, Mittel zum Frischhalten und Haltbarmachen von Futtermitteln und Blumen, Blattglanzmittel, Düngemittel einschließlich Naturdünger, Bodenhilfsstoffe, Bodenverbesserungsmittel einschließlich Bodenfestigungs- und Bodenlockerungsmittel und Pflanzenstärkungsmittel, Pflanzgranulat zum Umschließen des Wurzelbereiches von Pflanzen, Kompostierungsmittel, Torfe (Dünger), Auftaumittel, Mittel zur Behandlung von Saatgut einschließlich Saatbeizmittel und Saatgutvergällungsmittel, alle vorgenannten Waren soweit in Klasse 01 enthalten", bei dem es sich nach der Verwendung von Kommata statt Strichpunkten um einen einheitlichen Warenoberbegriff handelt, so dass sich eine den ganzen Warenoberbegriff der jüngeren Marke erfassende Identität schon infolge des ihm definierenden Unterbegriffs "... insbesondere Pflanzenschutzmittel ..." (Oberbegriff zu Herbiziden) ergeben muss (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 9, Rdn. 64).

Eine (Teil-)Identität, zumindest aber mittlere Ähnlichkeit besteht auch zwischen Herbiziden und den für die jüngere Marke eingetragenen "Wachstumsregulatoren", schon weil es sogenannte Wuchsstoff-Herbizide gibt (vgl. a. Richter/Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen, S. 325, li. Sp.: Unkrautvertilgungsmittel mittelgradig ähnlich mit Wachstumsregulatoren).

Eine noch mittlere Ähnlichkeit besteht auch zu "Mitteln zur Reinigung von Gärten und Behältern, soweit in Klasse 01 enthalten" ebenso wie zu dem in Klasse 3 eingetragenen Warenbegriff "Mittel zur Reinigung von Gärten und Behältern" der jüngeren Marke. Die beiderseitigen Waren können bei der Pflanzenpflege parallel angewendet werden. Hierbei ist eine Reinigung im Gartenbereich zur Unkrautbeseitigung oder eine Reinigung mit Hilfe von zugleich herbizid wirkenden Reinigungsmitteln (gegen Moos oder Algen) ebenso möglich wie bei speziellen Reinigungsmitteln zur Reinigung von Herbizid-Behältern.

Weiter besteht teilweise wörtliche Identität, teilweise engste Ähnlichkeit zwischen den für die Widersprechende geschützten Herbiziden und den für die jüngere Marke eingetragenen Warenbegriffen "Fungizide, Herbizide; chemische Erzeugnisse einschließlich solcher mit biologischen Grundstoffen zur Behandlung von Mangelkrankheiten bei Pflanzen; Mittel zur Vertilgung von Unkraut und schädlichen Tieren sowie chemische Erzeugnisse einschließlich solcher mit biologischen Grundstoffen zum Schutz von pflanzlichen Erzeugnissen (Vorratsschutz), nämlich Mittel zur Bekämpfung von pflanzlichen, pilzlichen, tierischen und mikrobiellen Schädlingen; Tier- und Insektenrepellents, Lockstoffe für Tiere und Insekten, Insektenverwirrmittel und Haushaltshygienemittel gegen Schädlinge und Lästlinge, chemische Erzeugnisse einschließlich solcher mit biologischen Grundstoffen zur Schädlingsbekämpfung". Soweit hier nicht schon wörtliche oder begriffliche Identität besteht, liegt zumindest eine hochgradige Ähnlichkeit vor, da es sich beiderseits um Waren aus dem Kernbereich des Pflanzenschutzes und der Bekämpfung von Pflanzenschädlingen handelt.

cc) Den damit zu fordernden deutlichen Abstand zur Widerspruchsmarke hält die jüngere Marke nicht ein. In klanglicher Hinsicht entsprechen sich die Marken in fast allen Kriterien der klanglichen Ähnlichkeit. Ihre Vokalfolge ist identisch (A-I-O), ebenso ihre Silbengliederung, wobei der Senat von einer Gliederung in "CA(L)-LI-DO" und "CA(L)-LI-STO" ausgeht (möglich auch - ohne Änderung der Silbengliederung - : "CA(L)-LIS-TO") . Identisch sind dabei auch die regelmäßig stärker beachteten Wortanfänge, wobei die Markenwörter sogar bis hin zur Wortmitte übereinstimmen. Weniger beachtet, aber in der Gesamtwürdigung nicht ganz zu vernachlässigen, ist der identische Schlusslaut, wobei die relativ auffällige Endung auf dem Vokal "O" durchaus zum klanglichen, an romanischsprachige Wörter erinnernden Gesamtklangcharakter mit beiträgt. Zudem werden beide Marken auf dem Vokal "i" betont, ähnlich wie etwa "Kaliber", "Kanister" oder "Mephisto". Schließlich stimmen die Markenwörter auch in ihrem Sprechrhythmus weitgehend überein. Wegen des Doppelkonsonanten "LL" werden sie am Anfang schnell gesprochen, woran sich eine betonungsbedingte leichte Dehnung auf dem "i" anschließt, woraufhin die Wörter auf dem unbetonten Schlussvokal "o" kurz ausklingen.

Angesichts der Fülle dieser deutlichen Gemeinsamkeiten können die Unterschiede am Wortende keinen anderen Gesamtklangcharakter der Marken mehr begründen, geschweige denn den erforderlichen deutlichen Abstand zur Gegenmarke schaffen. Da die Konsonanten "D" und "T" als Zahnsprenglaute verwandt sind, stellt das stimmlose "S" in der Widerspruchsmarke den wesentlichen Unterschied zwischen den Marken dar. Dieser bloße Konsonantenunterschied im Inneren nicht mehr kurzer Markenwörter und zudem an deren eher weniger beachteten Wortende reicht für eine sichere Unterscheidbarkeit nicht aus, selbst wenn man den geringen Klangunterschied zwischen "D" und "T" noch ergänzend mit einbezieht.

Im Übrigen ist auch in schriftbildlicher Hinsicht eine hochgradige Ähnlichkeit festzustellen. Die für den schriftbildlichen Vergleich wichtigen Anfangs- und Schlusselemente sind identisch. Überhaupt besteht eine komplette Identität der Marken

vom Anfang bis über die Worthälfte hinaus, wobei der übereinstimmende Doppelbuchstabe "LL" als besonders markant auffällt. Die Unterschiede "D"/"ST" befinden sich wiederum an einer relativ unauffälligen Stelle im Wortinneren des letzten Drittels. Zudem kann die nur einen Buchstaben ausmachende unterschiedliche Wortlänge bei Markennwörtern, die mit sieben bzw. acht Buchstaben keine Kurzmarken mehr sind, vom Verkehr beim Lesen mit normaler Aufmerksamkeit nicht erfasst werden. Auch in der Normalschrift ("Callido"/"Callisto") sind die Marken hochgradig ähnlich, wobei hier die gleiche Wortkontur hinzu kommt.

Die gegenteilige Auffassung der Markenstelle stellt eine Überbewertung der Unterschiede dar und vernachlässigt den Grundsatz, dass nicht die Unterschiede sondern das Maß an Übereinstimmungen den Beurteilungsmaßstab für die Verwechslungsgefahr bilden (vgl. BGH GRUR 2003, 1047, 1049 - Kellogg's/Kelly's). Allenfalls beim direkten Vergleich der Marken nebeneinander kann eine Unterscheidbarkeit gewährleistet sein. Der Einsatz von Pflanzenschutzmitteln ist jedoch naturbedingt eine Saisontätigkeit, so dass selbst beim Fachverkehr längere Phasen zu berücksichtigen sind, in denen er sich nicht mit den Waren und deren Kennzeichnungen beschäftigt. Gerade dann können aus der Erinnerung heraus klangliche und/oder schriftbildliche Verwechslungen der Marken eintreten. Auch soweit man von Verkehrskreisen ausgeht, die den im Ähnlichkeitsbereich liegenden Waren nur mit vergleichsweise hoher Aufmerksamkeit begegnen, reichen die Unterschiede zwischen den Marken daher nicht zur sicheren Unterscheidbarkeit aus. Damit liegt für die im Ähnlichkeitsbereich liegenden Waren die Gefahr von Verwechslungen i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG vor, so dass die Beschwerde teilweise begründet ist.

2. Hinsichtlich der übrigen streitgegenständlichen Waren "pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; Desinfektionsmittel" der angegriffenen Marke kann schon mangels rechtlich erheblicher Ähnlichkeit der beiderseitigen Waren keine Verwechslungsgefahr festgestellt werden. Hierbei sind vor allem der unterschiedliche Verwendungszweck

und die stoffliche Beschaffenheit der beiderseitigen Waren besonders auffällig. Insbesondere dienen Herbizide nicht der Heilung oder Verhütung von menschlichen oder tierischen Krankheiten, einschließlich dem Schutz vor schädlichen Keimen. Vielmehr haben Pflanzenschutzmittel eher den gegenteiligen, also einen gesundheitsgefährdenden Ruf. Dies gilt auch für das Verhältnis von Desinfektionsmitteln zu den benutzten landwirtschaftlichen Herbiziden, da letztere zwar Unkraut töten oder hemmen, die Nutzpflanze aber gerade unbehelligt lassen sollen. Demgegenüber mögen keimabtötende Desinfektionsmittel, die im Wesentlichen auf der Basis von Alkohol, Chlorverbindungen, Phenolen, Jod oder Wasserstoffperoxid wirken, im Einzelfall auch gegen Pflanzen wirksam sein, werden dabei jedoch unterschiedslos gegen alle Arten von Pflanzen schädlich sein und sich daher für die landwirtschaftliche Nutzung kaum eignen.

Soweit sich die Widersprechende zur Begründung einer Warenähnlichkeit vor allem auf die Herkunft der beiderseitigen Waren aus den gleichen Unternehmen der chemischen Industrie beruft, vermag dies angesichts der Verhältnisse auf den betreffenden Herstellungs- und Marktgebieten, die durch außergewöhnliche Sortimentsbreite der chemischen Industrie, aber auch durch eine weitgehende Trennung der Pharma- und Agrarchemiesparten geprägt sind, letztlich nicht zu überzeugen. Zwar kommt der regelmäßigen betrieblichen Herkunft der Waren im Hinblick auf die vorrangige Bedeutung der Herkunftsfunktion der Marke das stärkste Gewicht zu, allerdings ist die Voraussetzung einer regelmäßigen betrieblichen Herkunft noch nicht dadurch erfüllt, dass bei einzelnen wenigen Unternehmen (z. B. Großkonzernen, in denen mehrere branchenverschiedene Betriebe zusammengefasst sind) die Herstellung beider Waren tatsächlich festgestellt werden kann. Vielmehr muss eine darüber hinaus reichende gewisse allgemeine Branchenübung vorliegen, da nur eine solche die Verkehrsauffassung beeinflussen kann (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 9, Rdn. 72).

Der Produktionsbereich bekannter chemischer Großkonzerne wie Du Pont, Dow Chemical, BASF, Novartis, LyondellBasell, Bayer usw. von denen auch nicht

alle zugleich Pharmaprodukte herstellen, ist zwar einerseits von einer außergewöhnlichen Sortimentsbreite geprägt, gleichzeitig sind diese Konzerne aber auch in rechtlich selbständige Einzelunternehmen gegliedert, was im Pharma- und Agrarchemiebereich nicht zuletzt angesichts der intensiven rechtlichen Reglementierung der Zulassung, Kontrolle, des Vertriebs und der Haftung für solche Produkte naheliegt und den Abnehmern auch bewusst ist. Dies zeigt sich etwa auch an den von der Widersprechenden in der mündlichen Verhandlung genannten Beispielen BASF, Hoechst und Bayer, aber auch an der Widersprechenden selbst. BASF ist nach öffentlich zugänglichen Informationen zwar im Pflanzenschutz tätig, nicht aber im Pharmabereich. Das von der Widersprechenden genannte Unternehmen Hoechst gibt es nicht mehr, es ist zunächst mit Rhône-Poulenc zu Aventis verschmolzen, und nach Ausgliederung der Pflanzenschutzsparte (an Bayer) zu einem reinen Pharmakonzern (Sanofi-Aventis) geworden. Aber auch innerhalb des Bayer-Konzerns wird die Pflanzenschutzmittelsparte von einem eigenen rechtlich selbständigen Unternehmen geführt (Bayer Crop Science AG). Dies gilt ähnlich für den Konzern der Widersprechenden (N...), in dem rechtlich selbständige S...-Unternehmen innerhalb eines Teilkonzerns für den Pflanzenschutzbereich zuständig sind, während andere Konzernunternehmen, wie etwa Sandoz und Hexal, Arzneimittel herstellen.

Insbesondere die in den letzten beiden Jahrzehnten, auch anhand der o. g. Beispiele, vermehrt zu beobachtende Neustrukturierung von Traditionsunternehmen unter Veräußerung ganzer Sparten an die Konkurrenz oder umgekehrt unter Erwerb solcher Sparten von der Konkurrenz zeigt, dass es bei der Frage der regelmäßigen Herkunft aus denselben Unternehmen weniger auf den Konzern, als vielmehr auf die einzelnen Produktionsunternehmen selbst ankommt. So hatte der 25. Senat des Bundespatentgerichts bereits 1979 festgestellt, dass die teilweise Überschneidung von Herstellerbetrieben, insbesondere der chemischen Großindustrie, deren Produktionsprogramm ganz allgemein eine Vielzahl unterschiedlichster Produkte umfasst, angesichts der Unterschiede in nahezu sämtlichen anderen für die Beurteilung der Warengleichartigkeit maßgebenden Umständen

keine Bejahung der Gleichartigkeit rechtfertigt (BPatG Mitt. 1979, 191 - NEMASOL: keine Gleichartigkeit zwischen landwirtschaftlichen Nematodenbekämpfungsmitteln und Sonnenschutzmitteln). Auf diese noch zur Warengleichartigkeit i. S. d. § 5 des Warenzeichengesetzes angestellten tatsächlichen Erwägungen und Schlussfolgerungen kann angesichts der Entwicklungen im Pharma- und Agrarchemiebereich auch bei der Beurteilung der Warenähnlichkeit i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG nach wie vor angeknüpft werden. Insbesondere sind Herbizide einerseits und pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege und Desinfektionsmittel andererseits in Beschaffenheit, Verwendungs- und Einsatzzweck und Vertriebswegen regelmäßig verschieden, sie stehen auch in keinem Ergänzungs- oder Alternativverhältnis zueinander.

Soweit sich die beiderseitigen Waren gelegentlich an gleiche Abnehmerkreise richten, wie etwa Landwirte, die sowohl Herbizide als auch veterinärmedizinische Erzeugnisse beziehen, ist darauf hinzuweisen, dass ein "Zusammentreffen" der beiderseitigen Waren bei gleichen Abnehmerkreisen nur ein allenfalls untergeordnetes Kriterium darstellt. An breite Endverbraucherkreise wenden sich z. B. die verschiedensten, zumeist völlig unähnliche Waren und Dienstleistungen aus nahezu allen Branchen. Dies gilt mit Einschränkungen auch für Landwirte, an die sich über Maschinen, Chemikalien, Pflanzen, Futter, Pharmaprodukte und verschiedene Dienstleistungen ebenfalls die unterschiedlichsten Waren und Dienstleistungen wenden. Dies allein kann mit gelegentlichen Überschneidungen bei den Vertriebswegen noch keine Warenähnlichkeit begründen.

Gewichtiger erscheint vielmehr, dass es sich bei den beiderseitigen Waren vorliegend um Produkte von weitgehend eigenständigen Branchen handelt, die eigene rechtliche Bestimmungen über Produktion, Zulassung und Vertrieb haben, und bei denen sich auch spezielle branchentypische Gepflogenheiten oder sonstige Besonderheiten herausgebildet haben (z. B. Reimporte bei Arzneimitteln, Finanzierung ihres Erwerbs teilweise über Krankenkassen u. Ä.). Letztlich handelt es sich

bei den o. g. beiderseitigen Waren um ganz verschiedene Warenarten. Damit geht der Senat insoweit von deren Unähnlichkeit aus.

Es braucht hier nicht entschieden zu werden, ob dies auch im Verhältnis von Arznei- und Desinfektionsmitteln zu anderen Pflanzenschutzmitteln, etwa Fungiziden oder Tiervertilgungsmitteln (z. B. Insektizide, Wurmbekämpfungsmittel) gilt. Da Menschen oder Tiere an Pilz- oder Parasitenbefall leiden können, kann hier durchaus Raum für eine differenzierte Beurteilung sein (vgl. Hinweise auf die eine Warengleichartigkeit, teilweise auch Warenähnlichkeit bejahende Rechtsprechung in Richter/Stoppel, a. a. O., S. 235 unter "Pflanzenschutzmittel"). Vorliegend genießt die Widerspruchsmarke aber nur Schutz für "Herbizide", wobei diese auch nur im landwirtschaftlichen Bereich benutzt werden. Unkräuter wachsen aber nicht in oder an Menschen und Haus- oder Nutztieren, so dass ausreichende funktionellen Berührungspunkte zwischen Herbiziden einerseits und pharmazeutischen Erzeugnissen, Gesundheitspflegepräparaten und Desinfektionsmitteln andererseits nicht ersichtlich sind (vgl. allerdings auch Hinweise, a. a. O., unter "Unkrautvertilgungsmittel", wobei in den dort genannten BPatG-Entscheidung zu 25 W (pat) 24/03 und 25 W (pat) 276/94 eine Warenähnlichkeit nicht eindeutig bzw. ausdrücklich bejaht, sondern ein erheblicher Warenabstand festgestellt wurde, der mit anderen Faktoren zur Verneinung der Verwechslungsgefahr führte). Auch aus der von der Widersprechenden in der mündlichen Verhandlung genannten Entscheidung des 30. Senats vom 5. Mai 2008 (30 W (pat) 205/04) kann sie nichts für sich herleiten. Darin scheint der 30. Senat zwar eine Ähnlichkeit zwischen u. a. "Mitteln zur Vertilgung von schädlichen Tieren; Fungiziden, Herbiziden" und "Arzneimitteln" sinngemäß bejaht zu haben, hat zur Ähnlichkeit speziell dieser Waren außer einem Hinweis auf "weitreichende Warenoberbegriffe" aber nichts ausgeführt.

Die Beschwerde war damit teilweise zurückzuweisen.

Bei der gegebenen Sach- und Rechtslage besteht kein Anlass, aus Gründen der Billigkeit einem der Verfahrensbeteiligten die Kosten des Beschwerdeverfahrens gemäß § 71 Abs. 1 Satz 1 MarkenG aufzuerlegen.

Bender

Dr. Hoppe

Kätker

Cl