



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 85/13

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 305 26 604

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 11. Februar 2015 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Kortge sowie des Richters Reker und der Richterin Werner

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Gegen die am 4. Mai 2005 angemeldete und am 12. Oktober 2005 in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Markenregister eingetragene Wort-/Bildmarke 305 26 604



für Waren der Klasse 34: Tabak; Raucherartikel; Streichhölzer

ist nach Veröffentlichung der Eintragung am 11. November 2005 von der Widersprechenden Widerspruch erhoben worden

1. aus der am 26. November 2001 als Gemeinschaftsmarke angemeldeten Wortmarke

ASSOS SLIMS

die am 12. Mai 2006 beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (HABM) unter der Nummer 002477289 für Waren der Klassen 3, 25 und 34, darunter für Waren der

Klasse 34: Tabak im Rohzustand oder verarbeitet; Raucherartikel; Streichhölzer

eingetragen worden ist, sowie

2. aus der ebenfalls am 26. November 2001 als Gemeinschaftsmarke angemeldeten dreidimensionalen Marke (gold, hellblau, blau, weiß)



die beim HABM am 22. September 2005 unter der Nummer 002476877 ebenfalls für die Waren der Klassen 3, 25 und 34, darunter für Waren der

Klasse 34: Tabak im Rohzustand oder verarbeitet; Raucherartikel; Streichhölzer

eingetragen worden ist. Die Widersprüche richten sich ausschließlich gegen die Eintragung der angegriffenen Marke für Waren der Klasse 34 und stützen sich auch nur auf Waren der Klasse 34.

Die Markenstelle für Klasse 20 des DPMA hat mit Beschluss vom 13. Mai 2009 auf die Widersprüche hin die Löschung der angegriffenen Marke für die Waren der Klasse 34 angeordnet. Auf die Erinnerung des Markeninhabers, der im Erinnerungsverfahren mit Schriftsatz vom 4. Januar 2011 zunächst bezüglich der Widerspruchsmarke zu 2. und mit Schriftsatz vom 15. Mai 2011 auch bezüglich der Widerspruchsmarke zu 1. Nichtbenutzungseinreden erhoben hat, woraufhin die Widersprechende Unterlagen zur Glaubhaftmachung der bestrittenen Benutzung eingereicht hat, hat die Markenstelle ihren Beschluss vom 13. Mai 2009 aufgehoben und die Widersprüche mit Beschluss vom 16. September 2013 zurückgewiesen.

Zur Begründung hat die Markenstelle ausgeführt, die Widersprechende habe auf die zulässigen Nichtbenutzungseinreden des Markeninhabers keine Unterlagen eingereicht, die geeignet seien, die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarken glaubhaft zu machen. Die Verwendung der Widerspruchsmarke zu 1. für Zigaretten von 2007 bis 2011 in Bulgarien könne nicht als ernsthafte Benutzung in der Gemeinschaft angesehen werden. Der geringe Anteil am europäischen Gesamtumsatz gehe kontinuierlich zurück, von 0,21 % in 2010 auf 0,02 % in 2011, so dass diese Benutzung nicht geeignet sei, Absatzmärkte in der EU zu sichern oder neu zu erschließen. Ferner fehlten Umsatzangaben. Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Benutzung der Widerspruchsmarke zu 2. seien nicht eingereicht worden.

Hiergegen wendet sich die Widersprechende mit ihrer Beschwerde.

Sie hat im Beschwerdeverfahren weitere Glaubhaftmachungsunterlagen, insbesondere auch zu einer Benutzung in Griechenland, vorgelegt. Sie ist der Ansicht, eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarken sei hinreichend belegt und die Vergleichsmarken seien hinsichtlich Waren und Zeichen hochgradig ähnlich, so dass Verwechslungsgefahr bestehe.

Die Widersprechende beantragt,

den Beschluss des DPMA vom 16. September 2013 aufzuheben und das DPMA anzuweisen, die Löschung der angegriffenen Marke wegen der Widersprüche aus den beiden Gemeinschaftsmarken 2477289 und 2476877 im Umfang der Klasse 34 anzuordnen.

Der Markeninhaber und Beschwerdegegner hat sich im Beschwerdeverfahren nicht zur Sache geäußert. Im Amtsverfahren hat er die Auffassung vertreten, die Widerspruchsmarken seien weder in der eingetragenen Form noch in der EU rechtserhaltend benutzt worden.

II.

Die zulässige Beschwerde der Widersprechenden ist unbegründet.

Die Beschwerde hat keinen Erfolg, weil die Widersprechende die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarken nicht glaubhaft gemacht hat. Sie führt aber auch deshalb nicht zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses, weil zwischen der angegriffenen Marke und den Widerspruchsmarken keine Verwechslungsgefahr besteht.

1. Die Gesamtheit der von der Widersprechenden vorgelegten Unterlagen ist nicht geeignet, die vom Markeninhaber bestrittene rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarken glaubhaft zu machen.

a) Das ohne Bezugnahme auf die einzelnen, in § 43 Abs. 1 S. 1 und 2 MarkenG bezeichneten Glaubhaftmachungszeiträume erfolgte undifferenzierte Bestreiten der Benutzung der Widerspruchsmarken durch den Markeninhaber ist dahinge-

hend zu verstehen, dass die Einrede beide Zeiträume des § 43 Abs. 1 Satz 1 und 2 MarkenG umfassen soll (BGH GRUR 1998, 938 – DRAGON; GRUR 2008, 719, Rdnr. 20 – idw Informationsdienst Wissenschaft; Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Aufl., § 43 Rdnr. 12; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 11. Aufl., § 43 Rdnr. 26; Fezer/Grabrucker, Handbuch der Markenpraxis, 2. Aufl., Rdnr. 560).

aa) Das Bestreiten der Benutzung der beiden Widerspruchsmarken durch den Markeninhaber war zwar gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG unzulässig, da die prioritätsälteren Widerspruchsmarken im Zeitpunkt der Veröffentlichung der Eintragung der angegriffenen Marke am 11. November 2005 noch gar nicht bzw. noch nicht fünf Jahre im Register des HABM eingetragen waren; denn die Widerspruchsmarke zu 1. wurde ausweislich des HABM-Markenregisters erst am 12. Mai 2006 und die Widerspruchsmarke zu 2. erst am 22. September 2005 eingetragen.

bb) Der Markeninhaber hat mit seinem undifferenzierten Bestreiten der Benutzung der Widerspruchsmarke zu 2. in seinem Schriftsatz vom 4. Januar 2011 sowie der Benutzung der Widerspruchsmarke zu 1. in seinem Schriftsatz vom 15. Mai 2011 jedoch jeweils zulässig die Einrede der Nichtbenutzung nach § 43 Abs. 1 S. 2 MarkenG erhoben; denn die Benutzungsschonfrist für die am 22. September 2005 eingetragene Widerspruchsmarke zu 2. endete mit Ablauf des 22. September 2010 und die Benutzungsschonfrist für die am 12. Mai 2006 eingetragene Widerspruchsmarke zu 1. endete mit Ablauf des 12. Mai 2011. Der Widersprechenden oblag es daher, glaubhaft zu machen, dass sie ihre Widerspruchsmarken innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Entscheidung über den Widerspruch im Beschwerdeverfahren, also im Zeitraum vom 11. Februar 2010 bis zum 11. Februar 2015 rechtserhaltend benutzt hat (§§ 125b Nr. 4, 43 Abs. 1 S. 2 MarkenG i. V. m. Art. 15 GMV).

b) Die von der Widersprechenden vorgelegten Unterlagen sind nicht geeignet, eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarken für Waren der Klasse 34 im vorgenannten Zeitraum glaubhaft zu machen.

aa) Sämtliche vorgelegten Benutzungsunterlagen betreffen ausschließlich Zigaretten, die zu der in den Warenverzeichnissen der Widerspruchsmarken aufgeführten Ware „Tabak im Rohzustand oder verarbeitet“ zählen. Für die Waren der Klasse 34 „Raucherartikel und Streichhölzer“ fehlt es an jedweden Benutzungsbelegen, so dass diese Waren schon deshalb bei der Entscheidung über die Widersprüche außer Betracht zu bleiben haben (§§ 125b Nr. 4, 43 Abs. 1 Satz 3 MarkenG).

bb) Die vorgelegten Unterlagen können aber auch eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarken für Zigaretten nicht glaubhaft machen.

Soweit die Geltendmachung von Ansprüchen aus einer eingetragenen Gemeinschaftsmarke davon abhängig ist, dass die Marke benutzt worden ist, muss sie von ihrem Inhaber für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, in der Gemeinschaft ernsthaft benutzt worden sein. Die Beurteilung der Ernsthaftigkeit der Benutzung erfolgt anhand aller relevanten Tatsachen und Umstände des Einzelfalls, die eine wirtschaftliche Verwendung der Marke im Geschäftsverkehr belegen. Maßgeblich sind hier in erster Linie die branchenbedingten Besonderheiten der betroffenen Waren oder Dienstleistungen und im Weiteren Ort, Dauer und Umfang der Benutzung sowie das wirtschaftliche Umfeld und der Zuschnitt des Unternehmens des Markeninhabers (EuGH GRUR 2003, 425, Rdnr. 38 – Ansul/Ajax; GRUR 2008, 343, Rdnr. 72 – Il Ponte Finanziaria Spa/HABM; GRUR 2013, 182, Rdnrn. 29 und 58 – Leno Marken [ONEL/OMEL]; BGH GRUR 2006, 152, Rdnr. 21 – GALLUP; GRUR 2013, 725, Rdnr. 38 – Duff Beer). Als ernsthafte Benutzung sind nur Handlungen zu bewerten, die eine übliche und sinnvolle Verwendung von Marken darstellen (BGH GRUR 1995, 347, 349 – Tetrasil; GRUR 2010, 270, Rdnr. 17 – ATOZ III; a. a. O. - Duff Beer). Die

Marke muss tatsächlich, stetig und mit stabilem Erscheinungsbild auf dem Markt präsent sein (EuGH a. a. O., Rdnr. 74 – Il Ponte Finanziaria Spa/HABM; Bergmann MarkenR 2009, 1, 3). Die Benutzung einer Gemeinschaftsmarke muss, um als ernsthaft zu gelten, nicht notwendig im gesamten Gebiet der Gemeinschaft erfolgen. Vielmehr ist die Größe des Gebiets der Benutzung nur eines von mehreren maßgeblichen Kriterien für die Beurteilung einer ernsthaften Benutzung, die untereinander sämtlich in einer Art Wechselwirkung zueinander stehen (EuGH a. a. O. Rdnr. 55 – Leno Marken [ONEL/OMEL]).

Eine Marke ist grundsätzlich in der eingetragenen Form zu benutzen. Gemäß Art. 15 Abs. 1 Buchstabe a GMV gilt als rechtserhaltend auch eine Benutzung der Gemeinschaftsmarke in einer Form, die von der Eintragung nur in Bestandteilen abweicht, ohne dass die Unterscheidungskraft der Marke dadurch beeinflusst wird. Wird eine Marke in einer von der Eintragung abweichenden Form benutzt, liegt eine rechtserhaltende Benutzung nur vor, wenn die Abweichung den kennzeichnenden Charakter der Marke nicht verändert. Das ist der Fall, wenn der Verkehr das abweichend benutzte Zeichen gerade bei Wahrnehmung der Unterschiede dem Gesamteindruck nach mit der eingetragenen Marke gleichsetzt, das heißt in der benutzten Form noch dieselbe Marke sieht (BGH GRUR 2012, 832, 835 Rdnr. 33 – ZAPPA; vgl. zu § 26 Abs. 3 MarkenG: BGH GRUR 2009, 772 Rdnr. 39 - Augsburger Puppenkiste; GRUR 2010, 729 Rdnr. 17 – MIXI; GRUR 2011, 623 Rdnr. 55 - Peek & Cloppenburg II; GRUR 2013, 725 Rdnr. 13 - Duff Beer). Davon ist auszugehen, wenn es sich um eine unveränderte Verwendung der eingetragenen Zeichenform handelt und die Zusätze als zeichenmäßig bedeutungslose austauschbare Zutat, beispielsweise als schmückendes Beiwerk, und nicht als ein den Gesamteindruck wesentlich mitprägendes Element aufgefasst werden (BGH GRUR 2002, 171, 173 – Marlboro-Dach; GRUR 1986, 892 f. – Gaucho; GRUR 1984, 872 f. – Wurstmühle; GRUR 1979, 856, 858 – Flexiole). In der Auslassung von Wortbestandteilen sieht der Verkehr regelmäßig eine wesentliche Veränderung, es sei denn, dass es sich bei den ausgelassenen Bestandteilen um kennzeichnungsschwache oder sonst bedeutungslose Bestandteile handelt.

Hiervon ausgehend ist eine rechtserhaltende Benutzung beider Widerspruchsmarken auch für Zigaretten nicht glaubhaft gemacht.

aaa) Widerspruchsmarke zu 1. (Gemeinschaftswortmarke „ASSOS SLIMS“)

Im Hinblick auf die Widerspruchsmarke zu 1. hat die Widersprechende eine Benutzung für Zigaretten in Bulgarien und Griechenland dargelegt und diesbezüglich insbesondere eidesstattliche Versicherungen, Abbildungen von Zigaretten-schachteln und Rechnungskopien vorgelegt.

(1) Die vorgetragene und belegte Verwendung der Marke „ASSOS SLIMS“ in Bulgarien kann eine der Dauer und dem Umfang nach ernsthafte Benutzung dieser Marke im Sinne einer tatsächlichen, stetigen Marktpräsenz mit stabilem Erscheinungsbild in dem maßgeblichen Zeitraum vom 11. Februar 2010 bis 11. Februar 2015 nicht glaubhaft machen.

Für die Zeit von 2012 bis Februar 2015 fehlt es an jeglichen Angaben zur Benutzung der Marke, so dass davon ausgegangen werden muss, dass in dieser Zeit keine oder jedenfalls keine nennenswerte Benutzung der Marke in Bulgarien stattgefunden hat. Angaben und Belege zu Benutzungshandlungen gibt es nur für die Jahre 2010 bis 2011. Insoweit können jedoch auch nur die ausgewiesenen Rechnungsposten „Assos Slims Blu“ und „Assos Slims Pink“ Berücksichtigung finden, weil für die übrigen Rechnungsposten keine Beispiele zur konkreten Art und Form der Verwendung der Marke vorgelegt worden sind und bei allen anderen Verwendungsformen als den zuvor explizit genannten zudem der Markenbestandteil „SLIMS“ durch andere kennzeichnungskräftige Zusätze ersetzt worden ist.

Die einzige in den maßgeblichen Glaubhaftmachungszeitraum fallende und damit berücksichtigungsfähige Rechnung vom 12. März 2011, die im Amtsverfahren vorgelegt worden ist, weist einen Rechnungsbetrag von 6.777,98 BGN (2 x 3.388,99 BGN) auf, was etwa 3.500 EUR entspricht. Die wenigen im Beschwerde-

verfahren vorgelegten Rechnungen aus dem Jahre 2011, die eine Benutzung von „ASSOS SLIMS“ zeigen, lassen nur einen Absatz von 180 Schachteln à 20 Zigaretten, also von insgesamt 3.600 Zigaretten erkennen, was weder für sich genommen noch in Verbindung mit dem weiterhin glaubhaft gemachten Umsatz von 3.500 EUR als eine ernsthafte Benutzung der Widerspruchsmarke zu 1. für Zigaretten in der Gemeinschaft gewertet werden kann. Denn Zigaretten sind ein Massenartikel, der in großen Stückzahlen hergestellt und vertrieben wird.

Auch nach den sonstigen Angaben der Widersprechenden ist davon auszugehen, dass der Anteil der gesamten „ASSOS“-Marken, einschließlich der nicht berücksichtigungsfähigen, weil in ihrem kennzeichnenden Charakter gegenüber der Widerspruchsmarke zu 1. veränderten Verwendungsformen, am bulgarischen Zigarettenmarkt mit 0,21 % im September 2010 bzw. 0,02 % im September 2011 äußerst gering war. Bei dieser Sachlage sowie einer fehlenden Glaubhaftmachung der Benutzung der Marke in Bulgarien für die Jahre 2012 bis 2015 ist eine ernsthafte Benutzung der Marke nach Umfang und Dauer für das Gebiet von Bulgarien nicht feststellbar.

(2) Auch die zur Verwendung der von „ASSOS“-Marken in Griechenland vorgelegten Unterlagen sind nicht geeignet, die Benutzung der Widerspruchsmarke zu 1. glaubhaft zu machen. Sämtliche dargelegten und glaubhaft gemachten Benutzungsformen weichen von der eingetragenen Widerspruchsmarke zu 1. so erheblich ab, dass der Verkehr in den benutzten Zeichen und der eingetragenen Marke nicht dieselbe Marke sieht.

Soweit die Widersprechende die Bezeichnung „ASSOS CLASSIC Slims“ auf Zigaretenschachteln verwendet hat, tritt hierin das Wort „ASSOS“ visuell so stark zurück, dass das zentrale Wort „CLASSIC“, das in der Widerspruchsmarke nicht enthalten ist, für den Verkehr als Hauptmarke erscheint, zumindest aber von ihm nicht als unbeachtlich angesehen wird. Jedenfalls die konkrete Verwendungsform der Bezeichnung „ASSOS CLASSIC Slims“, bei der die in der eingetragenen Form

unmittelbar aufeinanderfolgenden Wortbestandteile „ASSOS“ und „SLIMS“ der Widerspruchsmarke räumlich deutlich voneinander getrennt sind und das Wort „ASSOS“ gegenüber den weiteren Wörtern „CLASSIC Slims“ deutlich nach Stellung und Größe in den Hintergrund tritt, stellt eine Veränderung des kennzeichnenden Charakters der eingetragenen Marke dar, so dass die benutzte Form keine Benutzung der eingetragenen Marke darstellt.

Im Übrigen ist durch die vorgelegten Unterlagen nur die Verwendung des Markenbestandteils „ASSOS“ zusammen mit weiteren Zusätzen, jedoch ohne den weiteren Teil „SLIMS“ der eingetragenen Marke belegt worden. Wortelemente bestimmen bei Wortmarken aber regelmäßig den kennzeichnenden Charakter mit und dürfen deshalb grundsätzlich nicht weggelassen werden (BGH GRUR 1997, 744, 746 – ECCO). Auch bei der Bewertung der Weglassung von beschreibenden Markenteilen ist Zurückhaltung geboten, weil auch beschreibenden Elementen im Einzelfall vom Verkehr eine besondere Bedeutung zugemessen werden kann, welche den kennzeichnenden Charakter einer Marke zu beeinflussen vermag (BGH GRUR 2002, 1077, 1078 f. – BWC). Hiervon ist auch bei Zigarettenmarken auszugehen, da auf diesem Warengbiet dem Verkehr häufig kennzeichnungsschwache Bestandteile in Verbindung mit anderen Markenteilen zur Orientierung dienen und diese Angaben trotz beschreibender Anklänge bei Bestellungen häufig mit benannt werden, um die konkret gewünschte Ware zu erhalten. Allein die Weglassung des Markenteils „SLIMS“ stellt daher schon eine Veränderung des kennzeichnenden Charakters der eingetragenen Marke „ASSOS SLIMS“ dar.

Die von der Widersprechenden verwendeten Formen unterscheiden sich von der eingetragenen Marke aber nicht nur durch das Weglassen des Markenwortes „SLIMS“, sondern zudem durch die Hinzufügung eines weiteren, das Wort „SLIMS“ ersetzenden Bestandteils. Es liegt somit keine bloße Verbindung einer – als solcher unveränderten – eingetragenen Marke mit weiteren, zum Teil kennzeichnungsschwachen Wörtern, sondern eine zweifache Veränderung der eingetragenen Marke vor, die fraglos zu einer Veränderung des kennzeichnenden Cha-

racters der eingetragenen Widerspruchsmarke führt, weil der Verkehr bei Bezeichnungen wie „ASSOS Gold“, „ASSOS Silver“ oder „ASSOS 1“ nicht dasselbe Produkt und auch nicht dieselbe Marke sehen wird.

Angesichts der Tatsache, dass die Widersprechende für Griechenland nur Verwendungsformen dargelegt und glaubhaft gemacht hat, die gegenüber der eingetragenen Marke eine Veränderung des kennzeichnenden Charakters bedeuten und die deshalb keine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke zu 1. darstellen, kann die Frage, ob die in Griechenland erzielten Umsätze allein oder in Verbindung mit den in Bulgarien erzielten Umsätzen eine dem Umfang nach ausreichende Benutzung der Widerspruchsmarke zu 1. in der Gemeinschaft darstellen, dahingestellt bleiben.

bbb) Widerspruchsmarke zu 2. (Dreidimensionale Gemeinschaftsmarke „ASSOS Slim Style“)

Der Obliegenheit zur Glaubhaftmachung der Benutzung dieser Widerspruchsmarke ist die Widersprechende nicht nachgekommen. Sie hat weder Belege für die konkrete Benutzung einer in Form und Farbe der eingetragenen Marke entsprechenden Zigarettenschachtel mit der Aufschrift „ASSOS Slim Style“ und dem blau-goldenen Grafikbestandteil für Bulgarien, Griechenland oder einen anderen Staat der EU vorgelegt noch diesbezügliche Umsatz- oder Absatzzahlen von Zigaretten in solchen Packungen benannt oder glaubhaft gemacht. Der Widerspruch aus dieser Marke kann daher nicht auf die Waren der Klasse 34 gestützt werden (§§ 125b Nr. 4, 43 Abs. 1 Satz 3 MarkenG).

Da somit eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarken für keine der maßgeblichen Waren der Klasse 34 glaubhaft gemacht worden ist, kann die Beschwerde der Widersprechenden schon deshalb keinen Erfolg haben.

2. Zwischen der angegriffenen Marke und den Widerspruchsmarken besteht aber auch dann, wenn zu Gunsten der Widersprechenden eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarken für Zigaretten unterstellt wird, keine Verwechslungsgefahr im Sinne der §§ 125b Nr. 1, 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG.

Nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG ist eine Marke zu löschen, wenn und soweit wegen ihrer Ähnlichkeit mit einer angemeldeten oder eingetragenen Marke mit älterem Zeitrang und der Ähnlichkeit der durch die Marken erfassten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum 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 und Waren und der Kennzeichnungskraft der älteren Marke, in der Weise auszugehen, dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken oder durch eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (st. Rspr.; siehe u. a. EuGH GRUR 1998, 387, 389, Rdnr. 22 – Sabèl/Puma; GRUR Int. 2012, 754, 757, Rdnr. 63 – Linea Natura; BGH GRUR 2006, 859, 861 – Malteserkreuz; GRUR 2014, 488, Rdnr. 9 – DESPERADOS/ DESPERADO).

a) Bei zu Gunsten der Widersprechenden unterstellter rechtserhaltender Benutzung der Widerspruchsmarken für Zigaretten bestünde zwar eine hochgradige bis mittlere Ähnlichkeit der beiderseitigen Waren der Klasse 34. Tabak und Zigaretten weisen in ihrer Beschaffenheit und ihrem Verwendungszweck große Übereinstimmungen auf und haben regelmäßig die gleichen Herstellungs- und Vertriebsstätten. Zwischen Zigaretten sowie Raucherartikeln und Streichhölzern besteht eine mittelgradige Ähnlichkeit als einander funktional ergänzende Waren mit häufig gleichen Vertriebsstätten (BPatG 26 W (pat) 92/97 - GIANTS/GITANES;

26 W (pat) 205/95 - PUMA/PUMA; 26 W (pat) 171/94 - TIFFANY/TIFFANY & CO;
BPatG 26 W (pat) 119/04 – red full flavour/Red).

b) Die sich gegenüberstehenden Waren der Vergleichsmarken richten sich sowohl an den Durchschnittsverbraucher als auch an den Fachhandel. Da es sich bei Tabakwaren meist um einfache, relativ billige Artikel des täglichen Bedarfs handelt, kauft der Verbraucher diese ohne besondere Aufmerksamkeit gewissermaßen im Vorbeigehen. Gleiches gilt für Streichhölzer, während bei dem Kauf der teils teureren Raucherartikel von einer zumindest mittleren Aufmerksamkeit des Verkehrs auszugehen ist.

c) Die Kennzeichnungskraft der beiden Widerspruchsmarken ist durchschnittlich. Für die Feststellung einer nachträglich gesteigerten Kennzeichnungskraft der Marken reichen die von der Widersprechenden zur Benutzung vorgelegten Unterlagen nicht aus.

Beide Widerspruchsmarken werden durch das Wort „ASSOS“ geprägt, weil die weiteren Wörter „Slims“ bzw. „Slim Style“ auf ein schlankes (Zigaretten-)Format bzw. den schlanken Stil von Zigaretten hinweisen und damit als Beschaffenheitsangaben in den Hintergrund treten. Mangels außergewöhnlicher Merkmale der Bildbestandteile der Widerspruchsmarke zu 2., die die Form einer gewöhnlichen Zigarettschachtel aufweist, ist auch bei dieser Marke, jedenfalls in klanglicher Hinsicht, auf die Bezeichnung „ASSOS“ abzustellen.

Auch wenn „Assos“ der Name einer antiken Stadt in der heutigen Türkei ist, die heute Behramkale heißt, weist dieser Wortbestandteil keine geschwächte Kennzeichnungskraft auf, weil dies nur wenige Verbraucher wissen und der Name einer antiken, wenig bekannten Stadt auch nicht als geografische Herkunftsangabe benötigt wird.

d) Ausgehend von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der beiden Widerspruchsmarken und hoch- bis mittelgradig ähnlichen Waren und nur eher geringer bis mittlerer Sorgfalt bei dem Erwerb dieser Waren hält die angegriffene Marke den erforderlichen Abstand gegenüber den Widerspruchsmarken noch ein.

aa) Die einander gegenüberstehenden Marken weisen selbst dann, wenn zu Gunsten der Widersprechenden auch in bildlicher Hinsicht von einer Prägung der Widerspruchsmarken durch ihren Bestandteil „ASSOS“ ausgegangen wird, keine schriftbildliche Ähnlichkeit auf.

Bei der insoweit maßgeblichen visuellen Wahrnehmung ist zu berücksichtigen, dass das Schriftbild von Marken eine genauere und in der Regel sogar wiederholte Wahrnehmung der Bezeichnung gestattet als das schnell verklingende Wort (BPatGE 43, 108, 114 – Ostex/OSTARIX; BPatG GRUR 2004, 950, 954 – ACELAT/Acesal). Weiterhin bestimmen den bildlichen Gesamteindruck von Wörtern meist deren Anfangs- und Schlusselemente stärker als die Wortmitte (BPatGE 17, 158, 159 f. – Proctavenon/Pentavenon; BPatG 25 W (pat) 85/99 – LEMOCAIN/LEMOCIN). Zudem werden längere Markenwörter auch schriftbildlich leichter verwechselt als relativ kurze Marken.

Das die Widerspruchsmarken prägende Wort „Assos“ und die angegriffene Marke



sind relativ kurze Bezeichnungen und unterscheiden sich insbesondere durch ihre Anfangs- und Schlussbuchstaben. Selbst wenn die Markenwörter in gleicher Schriftart wiedergegeben werden sollten, bildete der oben geschlossene und spitz zulaufende Anfangsbuchstabe „A“ des Wortes „Assos“ einen deutlichen grafischen Unterschied gegenüber dem Anfangsbuchstaben „H“ der angegriffenen Marke. Auch die Endbuchstaben der Marken, nämlich „s“ und „o“, weisen eine auffallend unterschiedliche Kontur auf. Diese deutli-

chen Unterschiede der relativ kurzen Markenwörter sind auch bei einer Benutzung der Marken für hochgradig ähnliche Waren geeignet, Verwechslungen der Marken bei visueller Wahrnehmung auszuschließen.

bb) Klanglich weisen die Wörter „Assos“ und „HASSO“ zwar Übereinstimmungen in vier von fünf Buchstaben sowie in der Vokalfolge auf. Beide werden zudem jeweils auf ihrer ersten Silbe betont. Unterschiede weisen sie jedoch am stärker beachteten Wortanfang sowie am Wortende auf. Der Anfangslaut „H“ ist zwar klangschwach, wird im Deutschen aber wahrnehmbar ausgesprochen. Der Schlusskonsonant „s“ des Wortes „Assos“ sowie dessen griechisch anmutende Schlussilbe „os“, die dem deutschen Verkehr aus Begriffen wie „Chaos“, „Mythos“ oder „Pathos“ sowie aus bekannten geografischen Angaben wie „Mykonos“ oder „Rhodos“ bekannt ist, bewirken zudem eine kurze Aussprache des vorangehenden Vokals „o“, während der Schlussvokal „o“ des Wortes „Hasso“ deutlich gedehnter und heller klingt. Das Schluss-„s“ des Wortes „assos“ wird vom deutschen Verkehr auch nicht verschluckt, wie die buchstabengetreue Aussprache der vorstehend aufgeführten griechischstämmigen Begriffe bzw. griechischen geografischen Namen belegt. Das Gesamtklangbild von „Assos“ und „Hasso“ ist damit so unterschiedlich, dass ein Verhören bei mündlicher Wiedergabe der Marken als ausgeschlossen erscheint.

Aber auch aus der im Allgemeinen eher unsicheren Erinnerung heraus wird der inländische Verkehr die Marken klanglich auseinanderhalten können. Denn die angegriffene Marke weist einen für den deutschen Verkehr ohne weiteres Nachdenken sofort erkennbaren Begriffsgehalt auf. „Hasso“ ist ein in Deutschland geläufiger männlicher Vorname und zudem ein verbreiteter Hundename (Duden, Das deutsche Vornamenlexikon, 3. Auflage 2007, S. 193; Walter Burkart, Neues Lexikon der Vornamen, Bastei Lübbe 2002, S. 180), was auch vom deutschen Durchschnittsverbraucher von Tabakwaren und Raucherartikeln sofort und ohne weiteren Denkvorgang erkannt und verstanden wird.

Bei abweichendem Begriffsgehalt werden schriftbildliche und klangliche Unterschiede von Markenwörtern vom Leser oder Hörer wesentlich schneller und besser erfasst, so dass es gar nicht zu einer Verwechslung kommt (EuGH GRUR Int 2009, 397, 402 Rdnr. 98 – OBELIX/MOBILIX; GRUR 2006, 413, 415 Rdnr. 35 – SIR/Zirh; GRUR 2006, 237, 238 Rdnr. 20 – PICARO/PICASSO; BGH GRUR 2010, 235 – AIDA/AIDU). Dabei reicht es aus, wenn nur eine Marke einen geläufigen Begriff verkörpert, sofern sich dessen Begriffsgehalt für den Verkehr deutlich aufdrängt (BGH GRUR 1967, 246, 247 – Vitapur). Dies ist bei dem Begriffsgehalt des die angegriffene Marke bildenden Wortes „Hasso“ der Fall. Durch dessen im Inland allgemein bekannte Bedeutung, die dem Hörer bzw. Leser der angegriffenen Marke deren schnelle und zutreffende Erfassung ermöglicht und in das Erinnerungsbild mit einfließt, wird auch der geringe Grad an klanglicher Ähnlichkeit von „Assos“ und „Hasso“ so weit reduziert, dass mit einer Verwechslung der beiderseitigen Marken auch in klanglicher Hinsicht nicht zu rechnen ist.

cc) Eine begriffliche Ähnlichkeit der sich gegenüber stehenden Marken besteht ebenfalls nicht, weil, wie gerade eingehend erörtert, das den Gesamteindruck der Widerspruchsmarken prägende Wort „Assos“ keinen mit „Hasso“ ähnlichen Begriffsgehalt aufweist.

Aus den vorstehenden Gründen besteht zwischen der angegriffenen Marke und den Widerspruchsmarken nicht die Gefahr unmittelbarer Verwechslungen.

e) Für die Gefahr einer Verwechslung der Marken durch gedankliches In-Verbindung-Bringen bieten die beiderseitigen Marken keinerlei tatsächliche Anhaltspunkte.

III.

Für eine Auferlegung der Verfahrenskosten auf eine der Verfahrensbeteiligten aus Billigkeitsgründen (§ 71 Abs. 1 Satz 1 MarkenG) gibt weder die Sach- und Rechtslage noch das Verhalten der Beteiligten Anlass.

IV.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde nur gegeben, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerdeschrift muss von einer beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältin oder von einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet und innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe eingereicht werden. Die Frist kann nicht verlängert werden.

Kortge

Reker

Richterin Werner ist wegen Abordnung an eine Verwaltungsbehörde gehindert zu unterschreiben.

Kortge

prä