



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 25/17

(Aktenzeichen)

Verkündet am
21. September 2017

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2008 077 252

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 21. September 2017 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Knoll, der Richterin Kriener und des Richters Dr. Nielsen

beschlossen:

Die Beschwerde des Markeninhabers wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Das am 8. Dezember 2008 angemeldete Zeichen

Afro

ist am 10. Dezember 2012 unter der Nr. 30 2008 077 252 in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Markenregister für die nachfolgenden Waren der Klasse 30 eingetragen worden:

Kakao-, Schokolade-, Zucker- und Konditorwaren.

Gegen die Eintragung der am 11. Januar 2013 veröffentlichten Marke hat die Inhaberin der prioritätsälteren, am 16. September 1930 eingetragenen Marke 423 419

Aero

die Schutz genießt für Waren der Klasse 30, nämlich:

Kaffee, Kaffeesurrogate, Tee, Zucker, Sirup, Honig, Mehl und Vorkost, Teigwaren, Gewürze, Saucen, Essig, Senf, Kochsalz, Kakao, Schokolade, Malzkakao, Malzschokolade, Zuckerwaren, Back- und Konditorwaren, Hefe, Backpulver, Backhilfsmittel in jeder Form;

am 6. April 2013 Widerspruch erhoben.

Die Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Erstbeschluss vom 16. Juni 2014 den Widerspruch zurückgewiesen und die Gefahr von Verwechslungen verneint. Auf die Erinnerung der Widersprechenden hat die Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts mit Erinnerungsbeschluss vom 28. Januar 2016 den Beschluss vom 16. Juni 2014 aufgehoben und die angegriffene Marke aufgrund des Widerspruchs aus der Marke 423 419 gelöscht. Zur Begründung ist im Erinnerungsbeschluss ausgeführt, dass die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke hinsichtlich aller beanspruchten Waren durchschnittlich sei. Die Widerspruchsmarke bestehe zwar aus dem Wort „Aero“, das dem Griechischen entstamme und als Wortbildungspräfix die Bedeutung von „Luft-“ oder „Gas-“ habe. Nachdem aber ein Präfix regelmäßig mit einem nachfolgenden Element verbunden sei, wie etwa in „Aerodynamik“, und der Widerspruchsmarke ein solches Element fehle, verstünden die angesprochenen Verkehrskreise das Zeichen nicht im Sinne von „Luft“. Daher sei von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke auszugehen, selbst wenn es Schokolade gebe, die mit Luftbläschen versehen sei, weshalb ein gewisser beschreibender Anklang gegeben sein könnte. Eine Steigerung der Kennzeichnungskraft durch eine umfangreiche Benutzung sei nicht festzustellen. Die Widersprechende behaupte zwar, dass die Marke „Aero“ jedermann bekannt sei. Sie habe aber keine entsprechenden Tatsachen vorgetragen, wie etwa Marktanteile, Umsätze oder Werbeaufwendungen. Nach der Registerlage bestehe im Hinblick auf die zu vergleichenden Waren eine hochgradige, bis zur Identität rei-

chende Ähnlichkeit. Die Vergleichszeichen seien schriftbildlich hochgradig ähnlich. Bei der Wiedergabe der Zeichen in Großbuchstaben, die bei Wortmarken neben der eingetragenen Schreibweise als verkehrsübliche Wiedergabeform vom Schutzzumfang der Marken umfasst sei, stünden sich die Zeichen AFRO und AERO gegenüber. Dabei bestehe der einzige Unterschied zwischen den Marken in dem Buchstaben „F“ bzw. „E“, wobei sich der Buchstabe „F“ in Großschreibung lediglich durch den fehlenden unteren Querstrich vom Buchstaben „E“ unterscheide und diesem damit beträchtlich nahe komme. Zudem befänden sich die abweichenden Buchstaben nicht am stärker beachteten Wortanfang, sondern in der Wortmitte. Weiterhin gebe es keinen dahingehenden allgemeinen Grundsatz, dass bei Kurzzeichen mit bis zu vier Buchstaben grundsätzlich die Abweichung in nur einem Laut Verwechslungen ausschließe. Vielmehr seien auch bei solchen Zeichen die Umstände des Einzelfalls zu betrachten und die Abweichungen müssten in jeder Hinsicht deutlich in Erscheinung treten, was vorliegend nicht gegeben sei. Vor dem Hintergrund der hochgradigen schriftbildlichen Ähnlichkeit sei selbst ein eindeutig begrifflich abweichender Gehalt der zu vergleichenden Zeichen in der Regel nicht geeignet, die Gefahr von Verwechslungen zu reduzieren, wobei vorliegend zudem kein Zeichen einen eindeutigen, sofort erfassbaren Sinngehalt aufweise.

Hiergegen wendet sich der Markeninhaber mit seiner Beschwerde. Er ist der Auffassung, dass die Zeichen „Afro“ und „Aero“ nicht verwechslungsfähig seien. Sie würden unterschiedlich geschrieben und ausgesprochen. Es bestehe auch keine begriffliche Ähnlichkeit. Die Gefahr von Verwechslungen sei schon deshalb reduziert, weil bei Kurzzeichen einzelne Abweichungen stärker auffielen. Entgegen der Auffassung der Markenstelle sei keine hochgradige Ähnlichkeit im Schriftbild festzustellen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Marken im Schriftbild erfahrungsgemäß mit etwas größerer Sorgfalt wahrgenommen würden als im flüchtigen Klangbild. Bei der angegriffenen Marke bewirke der Buchstabe „f“ im Gesamteindruck ein deutlich schmaleres Schriftbild, während der Buchstabe „e“ im Vergleich mehr Raum einnehme. Bei der Widerspruchsmarke rage der Buchstabe „A“

heraus, während die folgenden Buchstaben in der Höhe miteinander abschließen würden. Demgegenüber setze sich der zweite Buchstabe „f“ bei der angegriffenen Marke hinsichtlich seiner Höhe von der verbleibenden Buchstabenfolge ab. Die Buchstabenkombination „AE“ der Widerspruchsmarke werde vom Verkehr besonders beachtet, da diese in der deutschen Sprache auch als Umlaut verstanden werden könnte. Dem auf den Buchstaben „A“ folgenden Buchstaben „E“ werde der Verkehr daher besondere Aufmerksamkeit widmen. Entgegen der Auffassung der Markenstelle befinde sich der Buchstabe „f“ am Wortanfang und nicht in der Wortmitte. Klanglich bestünde ebenfalls ein erheblicher Unterschied zwischen den Zeichen. Deren Aussprache sei aufgrund der divergierenden zweiten Buchstaben erheblich unterschiedlich. Der Vokal „e“ in der Widerspruchsmarke bewirke im Klang entweder eine Zäsur oder er führe bei der Aussprache „Ä“ zu einem deutlich abweichenden Klangbild. Der Konsonant „f“ in der angegriffenen Marke trete demgegenüber stärker hervor und führe zu einem härteren Klangbild. Auch im Sinngehalt seien die zu vergleichenden Zeichen deutlich verschieden. Gedanklich werde der angesprochene Verkehr die angegriffene Marke „Afro“ mit Bezeichnungen wie „Afrolook“, „Afrofrisur“ oder „afroamerikanisch“ in Verbindung bringen. Der Verkehr werde daher mit dem Zeichen den afrikanischen Kontinent assoziieren oder in ihm eine Phantasiebezeichnung wahrnehmen. Schließlich sei erkennbar, dass die Wortmarke eine Abkürzung des Namens des Markeninhabers ... sei. Demgegenüber werde der Wortbestandteil „Aero“ als „Luft“ verstanden. Mögliche Übereinstimmungen im Wort- oder Klangbild der Zeichen würden durch diesen abweichenden Begriffsgehalt so reduziert, dass eine Verwechslungsgefahr zu verneinen sei.

Der Inhaber der angegriffenen Marke beantragt,

den Erinnerungsbeschluss der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 28. Januar 2016 aufzuheben und den Widerspruch aus der Marke 423 419 zurückzuweisen.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Widersprechende ist der Auffassung, dass Verwechslungsgefahr bestehe. Die von der angegriffenen Marke beanspruchten Waren seien mit denen der Widerspruchsmarke identisch. Die Marken „Aero“ und „Afro“ seien klanglich und schriftbildlich ähnlich. Beim Vergleich der Zeichen stünden sich zwei zweisilbige Wörter gegenüber, wobei die jeweils zweite Silbe „ro“ betont werde. Die Zeichen seien klanglich ähnlich. Schriftbildlich bestehe bei der Darstellung der Zeichen in Großbuchstaben fast Identität. Entgegen der Auffassung des Inhabers der angegriffenen Marke sei die schriftbildliche Verwechslungsgefahr auch nicht durch einen eindeutig abweichenden begrifflichen Gehalt ausgeschlossen. In dieser Hinsicht sei weder für „Afro“ noch für „Aero“ ein konkreter Sinngehalt feststellbar. Beide Begriffe würden in der deutschen Sprache lediglich als Präfix genutzt. Der Inhaber der angegriffenen Marke unterstreiche selbst, dass das Zeichen „Afro“ ein Phantasiewort sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 30 vom 16. Juni 2014 und vom 28. Januar 2016, auf die Schriftsätze der Beteiligten sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 21. September 2017 und den weiteren Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die nach § 66 Abs. 1 Satz 1 MarkenG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde des Inhabers der angegriffenen Marke bleibt in der Sache ohne Erfolg. Zwischen der Widerspruchsmarke und der angegriffenen Marke besteht die Gefahr von Verwechslungen im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG i. V. m. § 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, so dass die Markenstelle zu Recht die Löschung der ange-

griffenen Marke angeordnet hat, § 43 Abs. 2 Satz 1 MarkenG. Bei durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und Identität der zu vergleichenden Waren hält die angegriffene Marke den zu fordernden deutlichen Zeichenabstand nicht ein. Es besteht eine hochgradige schriftbildliche Zeichenähnlichkeit, ohne dass ein sofort erfassbarer abweichender Begriffsinhalt der Zeichen die Gefahr von Verwechslungen in relevanter Weise reduzieren oder verhindern könnte.

Das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr für das Publikum ist nach ständiger Rechtsprechung sowohl des Europäischen Gerichtshofes als auch des Bundesgerichtshofes unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (vgl. hierzu z.B. EuGH GRUR 2010, 933, Rn. 32 - BARBARA BECKER; GRUR 2010, 1098, Rn. 44 - Calvin Klein/HABM; BGH GRUR 2012, 64, Rn. 9 - Maalox/Melox-GRY; GRUR 2012, 1040, Rn. 25 - pjur/pure; GRUR 2013, 833, Rn. 30 – Culinaria/Villa Culinaria). Von maßgeblicher Bedeutung sind insoweit insbesondere die Identität oder Ähnlichkeit der relevanten Vergleichsprodukte (Waren und/oder Dienstleistungen), die Identität oder Ähnlichkeit der Marken sowie die Kennzeichnungskraft und der daraus folgende Schutzzumfang der Widerspruchsmarke. Diese einzelnen Faktoren sind zwar für sich gesehen voneinander unabhängig, bestimmen aber in ihrer Wechselwirkung den Rechtsbegriff der Verwechslungsgefahr (vgl. dazu EuGH GRUR 2008, 343, Rn. 48 - Il Ponte Finanziaria Spa/HABM; BGH GRUR 2012, 64, Rn. 9 - Maalox/Melox-GRY; GRUR 2012, 1040, Rn. 25 - pjur/pure; siehe auch Ströbele/Hacker, Markengesetz, 11. Aufl., § 9 Rn. 41 ff m. w. N.). Darüber hinaus können für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr weitere Faktoren relevant sein, wie u.a. etwa die Art der Ware, die im Einzelfall angesprochenen Verkehrskreise und daraus folgend die zu erwartende Aufmerksamkeit und das zu erwartende Differenzierungsvermögen dieser Verkehrskreise bei der Wahrnehmung der Kennzeichen.

1. Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ist durchschnittlich. Die originale Kennzeichnungskraft wird durch die Eignung einer Marke bestimmt, sich un-

abhängig von der jeweiligen Benutzungslage als Unterscheidungsmittel für Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens bei den beteiligten Verkehrskreisen einzuprägen und die Waren und Dienstleistungen damit von denjenigen anderer zu unterscheiden (BGH GRUR 2016, 382 Rn. 31 – BioGourmet). Die Markenstelle hat hierzu zu Recht festgestellt, dass die Widerspruchsmarke aus dem Griechischen stammt und in der deutschen Sprache als Präfix im Sinne von „Luft“ verstanden wird. Insoweit ist zunächst kein sachbeschreibender Zusammenhang mit den beanspruchten Waren erkennbar. Soweit darauf verwiesen wird, dass Schokolade angeboten wird, die Luftbläschen enthält, ist ein gewisser gedanklicher Schritt erforderlich, um einen sachbeschreibenden Zusammenhang herzustellen. Auch nach Ansicht des Senats reicht dieser Anklang nicht aus, um insoweit von einer originär unterdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft auszugehen. Die Markenstelle hat weiterhin zutreffend festgestellt, dass es keine Anhaltspunkte gibt, die für eine Schwächung oder Stärkung der originär durchschnittlichen Kennzeichnungskraft sprechen könnten. Auch nach dem Hinweis der Markenstelle im Erinnerungsbeschluss, dass die Widersprechende zwar eine gesteigerte Kennzeichnungskraft behauptet habe, ohne jedoch entsprechende Tatsachen vorzutragen, hat diese im Beschwerdeverfahren keine weiteren tatsächlichen Ausführungen gemacht.

2. Sämtliche von der angegriffenen Marke beanspruchten Waren sind im Warenverzeichnis der Widerspruchsmarke identisch enthalten.

3. Ausgehend von diesen Faktoren hat die angegriffene Marke einen deutlichen Zeichenabstand von der Widerspruchsmarke einzuhalten, zumal die Aufmerksamkeit der angesprochenen Verkehrskreise gegenüber den hier beanspruchten Lebens- und Genussmitteln jedenfalls nicht erhöht ist.

Die Ähnlichkeit der Vergleichszeichen ist nach deren Ähnlichkeit im (Schrift-)Bild, im Klang und im Bedeutungs- oder Sinngehalt zu beurteilen, weil Marken auf die mit ihnen angesprochenen Verkehrskreise in bildlicher, klanglicher und begriffli-

cher Hinsicht wirken können. In der Regel genügt bereits die hinreichende Übereinstimmung in einem Aspekt für die Annahme einer Verwechslungsgefahr (vgl. BGH GRUR 2009, 1055 Rn. 26 – airdsl; GRUR 2011, 824 Rn. 26 – Kappa; GRUR 2006, 60 Rn. 17 – coccodrillo). Bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit ist auf den durch die Zeichen hervorgerufenen Gesamteindruck abzustellen, wobei insbesondere ihre unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind (vgl. EuGH GRUR Int. 2010, 129 Rn. 60 – La Espahola/Carbonell; BGH GRUR 2009, 1055 Rn. 26 – airdsl).

3.1. Vorliegend kommen sich die Vergleichszeichen schriftbildlich zu nahe. Die Zeichen sind beim Vergleich des Schriftbildes in allen üblichen Wiedergabeformen zu vergleichen, wobei auch insoweit die zu große Annäherung bereits in einer der üblichen Schreibweisen für die Bejahung der Verwechslungsgefahr ausreicht. Übliche Schreibweisen sind insbesondere die Schreibweise mit großem Anfangsbuchstaben und nachfolgender Kleinschreibung und die Schreibweise in Großbuchstaben (vgl. hierzu Ströbele/Hacker, MarkenG, 11. Aufl., § 9 Rn. 220, 282). Bei der letztgenannten Schreibweise

AFRO

AERO

ist die Ähnlichkeit der Vergleichszeichen ausgesprochen groß. Insoweit ist auch hier auf die zutreffenden Ausführungen der Markenstelle zu verweisen. Die Vergleichszeichen stimmen nicht nur in den die Umrisscharakteristik stärker beeinflussenden Anfangs- und Endbuchstaben überein, sondern auch im vorletzten Buchstaben. Auch der einzige Unterschied im jeweils zweiten Buchstaben zwischen „F“ bzw. „E“ ist sehr gering, weil diese beiden Buchstaben sich bei der Versalienschreibweise nur durch einen zusätzlichen unteren Querstrich beim Buchstaben „E“ voneinander abheben. Auch wenn die Kürze der Vergleichsbezeichnungen verwechslungsmindernd in Rechnung gestellt wird und bei der Beurteilung der schriftbildlichen Verwechslungsgefahr berücksichtigt wird, dass das Schriftbild

von Marken - anders als dies beim schnell verklingenden gesprochenen Wort der Fall ist - erfahrungsgemäß eine etwas genauere und in der Regel wiederholte Wahrnehmung der Bezeichnungen gestattet (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 11. Aufl., § 9 Rn. 281 m. w. N.), so dass schon aus diesem Grund auch vergleichsweise größere Annäherungen der Vergleichsbezeichnungen hinzunehmen sind, kommen die Vergleichszeichen sich gleichwohl deutlich zu nahe. Sie können schon bei geringer Unaufmerksamkeit direkt füreinander gelesen werden. Nachdem schon die schriftbildliche Ähnlichkeit in Versalien ausreicht, um eine Zeichenähnlichkeit zu begründen, kommt es nicht auf die Ähnlichkeit des Schriftbildes der Zeichen in anderen Schreibweisen an. Die diesbezüglichen Ausführungen des Inhabers der angegriffenen Marke können insoweit als nicht entscheidungserheblich dahingestellt bleiben.

3.2. Ausgehend von einem hochgradig ähnlichen Schriftbild mit der realistischen Gefahr, dass die Vergleichszeichen direkt füreinander gelesen werden, können auch die Bedeutungen bzw. Bedeutungsanklänge der Vergleichsbezeichnungen im Sinne von „afrikanisch“ bzw. „Luft“ nicht verwechslungsausschließend zum Tragen kommen. Im Übrigen können ohnehin nur solche abweichende Sinngehalte berücksichtigt werden, die auch bei flüchtiger Wahrnehmung sofort erfasst werden (siehe dazu Ströbele/Hacker, MarkenG, 11. Aufl., § 9 Rn. 291 m. w. N.). Einer solchen Annahme steht hier aber entgegen, dass die angesprochenen Verkehrskreise die angegriffene Marke entweder für ein Phantasiewort halten werden oder aber für einen Hinweis auf den afrikanischen Kontinent, was der Inhaber der angegriffenen Marke zutreffend vorgetragen hat. Schon aus diesem Grund ist ein auch bei flüchtiger Wahrnehmung sofort erfassbarer Sinngehalt der angegriffenen Marke offensichtlich ausgeschlossen. Weiterhin hat die Markenstelle zutreffend dargelegt, dass es sich bei den Zeichen jeweils um Präfixe handelt, die nicht in Alleinstellung benutzt werden. So ist das Zeichen „Aero“ ebenso wenig ein Synonym für „Luft“ wie „Afro“ für „Afrika“. Soweit der Inhaber der angegriffenen Marke darauf verweist, dass die Marke „Afro“ eine Abkürzung seines Namens sei, hat dies schon deswegen keine Bedeutung für die Frage der Verwechslungsgefahr,

weil es insoweit allein auf die Registerlage ankommt, also auf das betreffende Zeichen nebst der beanspruchten Waren und Dienstleistungen, jedoch nicht auf den Inhaber der Marke.

4. Soweit der Inhaber der angegriffenen Marke in der mündlichen Verhandlung die Zulassung der Rechtsbeschwerde angeregt hat, war dem nicht zu folgen. Es war weder eine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung zu entscheiden noch war zur Fortbildung des Rechts oder der Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs erforderlich. Der Senat hat die vorliegende Entscheidung unter Berücksichtigung der höchstrichterlich aufgestellten Rechtsgrundsätze und der allgemein anerkannten Erfahrungssätze getroffen.

III.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss können die am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde einlegen. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, 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 Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form einzulegen.

Knoll

Kriener

Dr. Nielsen

Ko