

# BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 28/01

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
28. November 2001

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Marke 397 40 590.1**

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 28. November 2001 durch die Vorsitzende Richterin Winkler und die Richter Dr. Albrecht und Sekretaruk

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

**Gründe**

**I.**

Gegen die am 7. Oktober 1997 für

Teegetränke, insbesondere Eistee; alkoholfreie Erfrischungsgetränke, insbesondere Limonaden, Kaltgetränke, Brausen, Fruchtsaftgetränke; Fruchtsäfte, Fruchtgetränke, Fruchtnektare; diätetische Erfrischungsgetränke (soweit in Klasse 32 enthalten),

eingetragene Wortmarke

**MAGNUM**

ist Widerspruch erhoben aus der seit 17. November 1989 für

Speiseeis

eingetragenen Wortmarke 1 149 972

Magnum.

Die Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts hat in einem Erstbeschluss den Widerspruch wegen fehlender Warenähnlichkeit zurückgewiesen; auf Erinnerung wurde dieser aufgehoben und die angegriffene Marke gelöscht. Zur Begründung wurde ausgeführt, die Marken seien identisch und die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke mindestens durchschnittlich. Die sich gegenüberstehenden Waren wiesen beachtliche Berührungspunkte auf, so dass von einer Ähnlichkeit der von den jeweiligen Marken erfassten Waren auszugehen sei. Die Gefahr von Verwechslungen könne demzufolge nicht ausgeschlossen werden.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Markeninhaberin. Sie trägt vor, dass schon unter Geltung des Warenzeichengesetzes Eiskonfekt und Kaltgetränke nicht als gleichartig angesehen wurden. An dieser Sachlage habe sich zumindest bis zum Anmeldezeitpunkt der angegriffenen Marke im Jahre 1997 auf den bei der Betrachtung der Warenähnlichkeit abzustellen sei nichts geändert. Die jeweiligen Waren würden in völlig unterschiedlichen Herstellungsstätten produziert; auch habe es im entscheidenden Zeitpunkt keine Hersteller gegeben, die Eis und Getränke produzierten. Auch sei nicht erkennbar, welche sonstigen Bezüge Eis und Getränke haben sollten, die den Verbraucher veranlassen könnten, die Waren beider Marken lediglich dem Geschäftsbetrieb eines Beteiligten zuzuordnen.

Die Markeninhaberin beantragt,

den Beschluss der Markenstelle vom 6. Dezember 2000 aufzuheben und den Widerspruch zurückzuweisen.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie weist neben der Identität der Marken auf eine erheblich gesteigerte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke hin und trägt vor, dass ganz erhebliche Bezüge zwischen Eis und Getränken festzustellen seien. So habe es bereits 1997 Lipton-Eis und Lipton-Eistee gegeben. Inzwischen gebe es Nestea-Eis und Eistee, Möwenpick-Eis und Saft und Nesquick-Kakao und Eis.

## II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet.

Nach § 9 Abs 1 Nr 2, § 42 Abs 2 Nr 1 MarkenG ist die Eintragung einer Marke im Falle eines Widerspruchs zu löschen, wenn wegen ihrer Ähnlichkeit mit einer eingetragenen Marke mit älterem Zeitrang und der Ähnlichkeit der durch die beiden Marken erfassten Waren für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, einschließlich der Gefahr, dass die Marken gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden. Die Frage der Verwechslungsgefahr ist dabei unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, wobei eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht kommenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren sowie der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke besteht (vgl BGH MarkenR 2000; 359, 360 - Bayer/BeiChem).

Es stehen sich klanglich identische Marken gegenüber.

Alle von der Inhaberin der angegriffenen Marke beanspruchten Waren sind dem Speiseeis der Widersprechenden ähnlich. Waren sind dann als ähnlich anzusehen, wenn – Identität der Marken und höchste Kennzeichnungskraft unterstellt – nicht ausgeschlossen ist, dass die beteiligten Verkehrskreise der Auffassung sein können, die beiderseitigen Waren stammten aus denselben oder ggf wirtschaftlich verbundenen Unternehmen (vgl Althammer/Ströbele MarkenG, 6. Aufl, § 9 Rdn 41). Dabei sind alle erheblichen Faktoren, die ihr Verhältnis zueinander kennzeichnen, zu berücksichtigen. Abzustellen ist dabei auf den Zeitraum zwischen Anmeldung der angegriffenen Marke und dem Zeitpunkt der Entscheidung über den Widerspruch (vgl BGH BIPMZ 1999, 314, 316 – Canon II; Ingerl/Rohnke, MarkenG § 14 Rdn 240; a.A. Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Aufl § 9 Rdn 51; Fezer, MarkenR 3. Aufl § 14 Rdn 360). Auf den Meinungsstreit kommt es vorliegend nicht an, denn Ähnlichkeit liegt nicht nur - wie durch zahlreiche Nachweise belegt – im Zeitpunkt der Entscheidung vor, sondern sie war auch bereits im Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke gegeben.

Teegetränke, insbesondere Eistee enthalten vornehmlich Wasser, Zucker, Zitronensäure, Tee-Extrakt und Aromen. Eistee unterscheidet sich daher nicht oder nur geringfügig von sogenanntem Wassereis (Sorbets, Fruchteis). Auch wenn sich Eistee und Speiseeis hinsichtlich der Konsistenz unterscheiden, so bedarf es nur eines geringen Aufwandes (Kühlen im Gefrierfach eines herkömmlichen Kühlschranks), um Eistee in Wassereis zu verwandeln. Eistee und Speiseeis dienen beide der Erfrischung. Sie treten als konkurrierende Produkte in Lebensmittelgeschäften, Tankstellen und an Kiosken auf. Genauso verhält es sich mit alkoholfreien Erfrischungsgetränken, insbesondere Limonaden, Kaltgetränken, Brausen und Fruchtsaftgetränken. "Alkoholfreie Erfrischungsgetränke" schließen auch Eistee und sogenannte Milchshakes ein, die aus Speiseeis unter Verwendung von Milch, wie das Eis der Widersprechenden, und Früchten durch Vermischen hergestellt werden.

Dasselbe gilt für Fruchtsäfte, Fruchtgetränke, Fruchtnektare und Speiseeis. Hinzu kommt, dass Speiseeis häufig mit Fruchtexttrakten (traditionell als Überzug; heute auch mit Fruchtexttraktkernen) angeboten wird. Diätetische Erfrischungsgetränke und Speiseeis weisen ebenfalls die bereits dargestellten Bezüge auf. Den Verbrauchern ist bekannt, dass Erfrischungsgetränke und Eis auch mit geringeren Fettanteilen und/oder Verwendung von Zuckerersatzstoffen hergestellt werden (zB "für Diabetiker geeignet").

Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke war im Zeitpunkt ihrer Anmeldung durchschnittlich, denn für Speiseeis ist MAGNUM nicht beschreibend. Der Verkehr kennt diesen Begriff nur als Flaschengröße bei Sekt und Champagner und als Bezeichnung eines Kalibers bei Schusswaffen. Dass dies von den angesprochenen Verbrauchern auf Speiseeis übertragen wird, kann nicht festgestellt werden. Für eine Schwächung der Widerspruchsmarke durch im Gebrauch befindliche Drittmarken auf dem einschlägigen Warenggebiet fehlen jegliche Anhaltspunkte.

Ob sich die Kennzeichnungskraft bis zum Zeitpunkt der Entscheidung erhöht hat und ob dies zu berücksichtigen wäre, kann dahinstehen, denn bei der gegebenen klanglichen Markenidentität und der festgestellten Markenähnlichkeit, ist eine Verwechslungsgefahr auch bei durchschnittlicher Kennzeichnungskraft nicht auszuschließen.

Die Auferlegung von Kosten (§ 71 Abs 1 MarkenG) ist nicht veranlasst.

Winkler

Dr. Albrecht

Sekretaruk

br/Ko/Fa