



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 119/01

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 396 24 806

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 2. Juli 2003 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Albert sowie des Richters Kraft und der Richterin Eder

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Gegen die für die Waren

"Weine, Spirituosen und Liköre, alkoholische Präparate für die Zubereitung von Getränken, alkoholische Milchmischgetränke, Cocktails und Aperitifs auf Spirituosen- oder Weingrundlage, weinhaltige Getränke, Sekte"

eingetragenen Marke 396 24 806

siehe Abb. 1 am Ende

ist Widerspruch erhoben worden aus der Marke 2 102 391

Ballermann

die seit 1996 für die Waren "Spirituosen" eingetragen ist.

Aufgrund dieses Widerspruchs hat die Markenstelle für Klasse 33 des Deutschen Patent- und Markenamts die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet. Zur Begründung hat sie ausgeführt, daß die beiderseitigen Waren teilweise identisch ("Spirituosen"), teilweise nur entfernt ähnlich seien. Den danach notwendigen erheblichen Abstand halte die angegriffene Marke von der Widerspruchsmarke nicht ein. Für einen markenrechtlich erheblichen Teil des deutschen Verkehrs, dem der auf die Insel Mallorca bezogene Sinngehalt der angegriffenen Marke (BALNEARIO) nicht geläufig sei, liege es fern, die angegriffene Marke als geschlossenen Gesamtbegriff anzusehen. Da der weitere Bestandteil "BALLERMANN" dagegen in optisch hervorgehobener Weise an erster Stelle stehe und als deutscher Begriff leichter merk- und aussprechbar sei, müsse davon ausgegangen werden, daß ihm der Verkehr die maßgebliche kennzeichnende Bedeutung beimessen werde. Damit sei eine unmittelbare Verwechslungsgefahr nicht zu verneinen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke, die ihre Verteidigung auf die Waren

"alkoholische Milchmischgetränke, wein- und sekthaltige Getränke, alkoholische Präparate für die Zubereitung von Getränken"

beschränkt. Sie erhebt die Einrede der Nichtbenutzung, die sie auch nach Vorlage verschiedener Benutzungsunterlagen durch den Widersprechenden mit der Begründung aufrecht erhält, dieser habe nicht den Nachweis erbracht, daß die in Fremdadfüllung hergestellten Spirituosen tatsächlich in nennenswertem Umfang

und in der Absicht einer ernsthaften Gewinnerzielung in den Verkehr gebracht worden seien. Im übrigen geht sie davon aus, daß die von ihr noch beanspruchten Waren den "Spirituosen" der Widerspruchsmarke entfernt ähnlich sind. Dieser erhebliche Warenabstand reiche aus, die Gefahr von Verwechslungen der sich gegenüberstehenden Zeichen auszuschließen.

Demgemäß beantragt sie, die angefochtenen Beschlüsse im Umfang der noch von ihr beanspruchten Waren aufzuheben und den Widerspruch insoweit zurückzuweisen.

Der Widersprechende beantragt die Zurückweisung der Beschwerde.

Seiner Ansicht nach belegen die von ihm vorgelegten und im einzelnen erläuterten Unterlagen die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke. Aufgrund des vielfältigen Warenangebots im Verhältnis zur Unternehmensgröße seiner Firma hält er die Verkaufsmenge pro Spirituosenprodukt gesamtwirtschaftlich für angemessen. Im übrigen verteidigt er die angefochtenen Beschlüsse.

II.

Die zulässige Beschwerde erweist sich als unbegründet. Zwischen der Marke 396 24 806 und der älteren Kennzeichnung 2 102 391 besteht die Gefahr von Verwechslungen iSd § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG.

Die von der Beschwerdeführerin erhobene Einrede der mangelnden Benutzung der Widerspruchsmarke greift nicht durch: Zwar ist die Einrede zulässig, weil die fünfjährige Benutzungsschonfrist der 1996 eingetragenen Widerspruchsmarke abgelaufen ist (§ 43 Abs 1 Satz 2 MarkenG); entgegen der von der Markeninhaberin vertretenen Auffassung hat der Widersprechende jedoch eine ernsthafte Markenverwendung iSd § 26 MarkenG innerhalb des relevanten Zeitraums hinreichend glaubhaft gemacht. Für die Beurteilung der Ernstlichkeit der Markenbenutzung ist

entscheidend, ob sich die Benutzungshandlungen im Verhältnis zur sonstigen Geschäftstätigkeit des Widersprechenden als wirtschaftlich sinnvoll darstellen, wobei die Struktur und Größe des betreffenden Unternehmens von wesentlicher Bedeutung sind. Für die Ernstlichkeit spricht auch eine lange Benutzungsdauer (vgl dazu Ströbele/Hacker, Markengesetz 7. Aufl, § 26 Rdn 75 ff mwNachw). Hieran gemessen sprechen die vom Widersprechenden vorgelegten Unterlagen und die durch eidesstattliche Versicherung glaubhaft gemachten Angaben für eine auch im Umfang noch anzuerkennende rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke. Bei der Firma des Widersprechenden handelt es sich um ein kleines mittelständisches Unternehmen mit nur vier Angestellten, das ua dreizehn verschiedene Spirituosenprodukte in vier eigenen Verkaufsstätten vertreibt. Der Vertrieb des unter der Kennzeichnung "BALLERMANN" verkauften Likörs wurde im Jahre 1996 aufgenommen und seitdem ununterbrochen fortgeführt. Vor diesem Hintergrund reichen die vom Widersprechenden für die Jahre 1996 bis 2002 unter der Marke "BALLERMANN" umgesetzten Spirituosenmengen aus, um unter Zugrundelegung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Verwenders von einer ernstlichen und damit rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke auszugehen.

Die Gefahr markenrechtlich erheblicher Verwechslungen ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, die zueinander in einer Wechselbeziehung stehen, umfassend zu beurteilen. Zu den maßgeblichen Umständen gehören insbesondere die Ähnlichkeit der Marken und der damit gekennzeichneten Waren sowie die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke (vgl EuGH GRUR 1998, 387 – Sabèl/Puma; BGH GRUR 1995, 216 – Oxygenol II).

Zu den Faktoren, die das Verhältnis der Waren kennzeichnen, zählen vor allem deren Art, Verwendungszweck und Nutzung sowie ihre Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Waren (vgl EuGH GRUR 1998, 922 – Canon). Im vorliegenden Falle handelt es sich bei den von der Beschwerdeführerin noch beanspruchten Waren sowie bei den "Spirituosen" der Widerspruchsmarke jeweils um alkoholhaltige Getränke bzw um alkoholische Präparate zu de-

ren Zubereitung. Diese Waren werden in der Regel von den gleichen Unternehmen hergestellt und angeboten. Auch ihr Verwendungszweck und ihre Nutzung als Genußmittel sind identisch. Unter Berücksichtigung der Tatsache, daß selbst der Abstand zwischen den Waren "Wein" und "Mineralwasser" nicht als besonders groß einzustufen ist (vgl BGH BIPMZ 2001, 213 – EVIAN/REVIAN), ist auch bei den hier maßgeblichen beiderseitigen Waren von einer jedenfalls durchschnittlichen Ähnlichkeit auszugehen.

Auch für die Annahme einer entscheidungserheblichen Schwächung der Widerspruchsmarke bzw des Wortes "BALLERMANN" in der angegriffenen Marke fehlt es an tatsächlichen Anhaltspunkten. Wie der BGH in der gleichnamigen Streitsache (GRUR 2000, 1028, 1029) festgestellt hat, besitzt der Begriff "Ballermann" von Haus aus in Ermangelung eines beschreibenden Begriffsinhalts für alkoholische Getränke eine normale Kennzeichnungskraft. Zur weiteren Begründung wird auf die Senatsentscheidung 26 W (pat) 207/00 verwiesen. An diesem Verfahren waren die gleichen Parteien beteiligt wie im vorliegenden Fall.

Selbst wenn zugunsten der Markeninhaberin eine allenfalls geringe Schwäche des Wortes "Ballermann" unterstellt wird, besteht wegen der durchschnittlichen Ähnlichkeit der Waren zwischen den Marken die Gefahr klanglicher Verwechslung. Zur weiteren Begründung wird auch insoweit auf die Entscheidung des BGH aaO – Ballermann sowie die vorgenannte Senatsentscheidung verwiesen. Angesichts der klanglichen Identität des den Gesamteindruck der angegriffenen Marke prägenden Wortes "Ballermann" mit der Widerspruchsmarke besteht eine erhebliche Verwechslungsgefahr zwischen beiden Marken, selbst wenn zugunsten der Markeninhaberin von einem größeren Warenabstand als in den früher entschiedenen Verfahren ausgegangen wird.

Die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke mußte deshalb erfolglos bleiben.

Für eine Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen (§ 71 Abs 1 Satz 2 MarkenG) lagen keine Anhaltspunkte vor.

Albert

Eder

Kraft

Bb

Abb. 1

