



# BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 246/02

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
26. November 2003

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Marke 399 29 203**

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 26. November 2003 unter Mitwirkung der Richterin Schwarz-Angele als Vorsitzende und der Richter Paetzold und Schramm

beschlossen:

Die Beschwerde des Markeninhabers und die Anschlussbeschwerde der Widersprechenden werden zurückgewiesen.

**Gründe**

**I.**

In das Markenregister eingetragen ist unter der Rollenummer 399 29 203 die Marke

**Alpkönig**

als Kennzeichnung für Waren und Dienstleistungen der Klassen 29, 30, 33, 41 und 42 darunter

KI 33: alkoholische Getränke (ausgenommen Biere)

KI 42: Verpflegung; Beherbergung von Gästen; Betrieb eines Biergartens; Vermietung von Verkaufsautomaten

sowie

KI 41: Unterhaltung; sportliche und kulturelle Aktivitäten, insbesondere Betrieb einer Galerie.

Die Eintragung ist am 8. Juli 1999 veröffentlicht worden.

Die Inhaberin der rangälteren, seit dem 18. August 1982 eingetragenen Marke  
1 037 152

### **Alpkönig**

hat hiergegen Widerspruch erhoben. Diese Marke ist ua für „Bier“ eingetragen.

Der Markeninhaber hat die Benutzung der Widerspruchsmarke bereits im Verfahren vor der Markenstelle bestritten. Die Widersprechende hat zur Glaubhaftmachung der Benutzung eine eidesstattliche Versicherung und Benutzungsunterlagen für den Zeitraum 1995 bis 1999 vorgelegt, wonach die Marke für die Kennzeichnung von „Bier“ mit einem Jahresumsatz von ... DM verwendet wird.

Die Markenstelle für Klasse 29 des Deutschen Patent- und Markenamts hat in zwei Beschlüssen die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke für „Bier“ bejaht und eine Löschung der angegriffenen Marke bezüglich der oben genannten Waren und Dienstleistungen der Klassen 33 und 42 wegen Verwechslungsgefahr angeordnet. Im übrigen hat sie den Widerspruch zurückgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt, die vorgelegten Unterlagen reichten zur Glaubhaftmachung einer ernsthaften Benutzung aus und die betreffenden Waren und Dienstleistungen seien mit der Ware „Bier“ zumindest in einem solchen Maß ähnlich, dass bei der vorliegenden Identität der Marken eine Verwechslungsgefahr vorliege.

Der Markeninhaber hat hiergegen Beschwerde eingelegt und insbesondere die rechtserhaltende Benutzung in Abrede gestellt. Die Umsätze seien angesichts des im übrigen großen Brauereimarktes zu gering, zudem sei die Marke wegen der

Hinzufügung eines Bildbestandteiles unzulässig verändert worden. Auch bestehe zumindest zu den Dienstleistungen keine relevante Ähnlichkeit.

Die Widersprechende hat in der mündlichen Verhandlung Anschlussbeschwerde erhoben, mit der sie die Löschung der oben angeführten Dienstleistungen der Klasse 41 begehrt. Was die von der Markenstelle gelöschten Waren und Dienstleistungen betrifft, hält sie die dort gemachten Ausführungen für zutreffend. Hinzu komme aber eine beachtenswerte Ähnlichkeit zu den angegriffenen Dienstleistungen der Klasse 41, denn bei einer Unterhaltung und sonstigen Veranstaltungen sei der Ausschank von Bier von erheblicher Bedeutung, weshalb derartige Veranstaltungen auch häufig von Brauereien beworben und finanziell unterstützt würden. Zur Frage der Benutzung ihrer Marke legt sie eine neue eidesstattliche Versicherung für den Zeitraum 2000 bis 2003 vor; darin wird ein jährlicher Umsatz von über ... Bier, gekennzeichnet mit der Marke „Alpkönig“, versichert.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die angefochtenen Beschlüsse sowie auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Die Beschwerde ist zulässig (§ 66 Abs 1 MarkenG), hat in der Sache aber keinen Erfolg. Die von der Widersprechenden vorgelegten Unterlagen genügen für die Bejahung einer ausreichenden Benutzung der älteren Marke, zudem ist die angesichts der Markenidentität nur im geringen Umfang notwendige Ähnlichkeit zwischen den Waren und Dienstleistungen zu bejahen, so dass Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG besteht.

Auch die Anschlussbeschwerde – die nach § 82 Abs 1 Satz 1 MarkenG, § 567 Abs 3 ZPO zulässig ist – ist ohne Erfolg, denn die damit angegriffenen Dienstleistungen liegen nicht mehr innerhalb eines relevanten Ähnlichkeitsbereiches.

1. Die von der Widersprechenden für den maßgeblichen Benutzungszeitraum von 1995 bis 2003 vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen und Verwendungsbeispiele für den Gebrauch der Marke zur Kennzeichnung der Ware „Bier“ lassen keine ernsthaften Zweifel an einer hinsichtlich Art, Umfang, Dauer und Form ausreichenden Benutzung der älteren Marke aufkommen. Ein Ausstoß von über ... Bier mag im Verhältnis zu Großbrauereien gering erscheinen, er liegt aber fernab der für das Markenrecht maßgeblichen Umsatz - Untergrenze, mit der die Geltendmachung von bloß formalen Markenrechten verhindert werden soll (vgl hierzu BGH WRP 2003, 1439 ff;) Kellogg`s/Kelly`s, veröffentlicht in juris; dort wurde die Belieferung allein des Münchner Olympiastadions mit Knabberartikeln als unterhalb des jeweils Verkehrsüblichen und wirtschaftlich Angebrachten angesehen). Ebenso wenig ist die Form der Benutzung der Wortmarke auf dem Flaschenetikett zu beanstanden. Der Zusatz von Grafik, beschreibenden Hinweisen sowie einem Portrait hat keinen Einfluss auf den kennzeichnenden Charakter der Marke etwa dergestalt, dass „Alpkönig“ nicht mehr als selbständiger Herkunftshinweis erscheinen würde. Die Gesamtgestaltung hebt im Gegenteil die Wortmarke gestalterisch hervor, so dass sie sich als erstes zur Benennung der Biermarke anbietet.

2. Angesichts der Identität der jüngeren Marke sowie der durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der älteren Marke, müssen die angegriffenen Waren und Dienstleistungen zumindest einen erheblichen Abstand zu der Ware „Bier“ einhalten. Nach den zutreffenden Ausführungen der Markenstelle ist dies bei den zurückgewiesenen Waren nicht der Fall.

So besteht zu den „alkoholischen Getränken (ausgenommen Biere)“ eine Warenähnlichkeit im wenigstens mittleren Bereich (vgl BGH, GRUR 200, 507 – EVIAN/REVIAN: Wein ähnlich zu Wasser; iü Richter/Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen, 12. Auflage, Seite 80 f, mit zahlreichen Entscheidungs-Nachweisen zur Ähnlichkeit von Bier mit alkoholfreien und alkoholischen

Getränken). Eine ebensolche Ähnlichkeit ist auch in Hinblick auf die Dienstleistungen der „Verpflegung; Beherbergung von Gästen; Betrieb eines Biergartens“ zu bejahen, denn bei einer identischen Kennzeichnung wird der Verbraucher von einer wirtschaftlichen Verknüpfung der Brauerei mit den jeweiligen Dienstleistern ausgehen. Brauereien unterhalten häufig eigene Gaststätten und Gasthöfe (vgl auch BGH, MarkenR 2000, 321 – PAPPAGALLO, GRUR 1999, 586 – Lions), dort umfasst die Dienstleistung „Beherbergung von Gästen“ in aller Regel auch deren Verpflegung, so dass insoweit keine Aussonderung möglich ist. Schließlich besteht auch zu der „Vermietung von Verkaufsautomaten“ eine noch relevante Ähnlichkeit, denn es erscheint naheliegend, dass der Verbraucher eine derartige Dienstleistung, wenn sie mit einer Biermarke gekennzeichnet ist, dem Verantwortungsbereich eben dieser Brauerei zuordnet.

Die patentamtliche Entscheidung ist also zu Recht ergangen und die Beschwerde ist ohne Erfolg.

3. Die mit der Anschlussbeschwerde angegriffenen Dienstleistungen „Unterhaltung; sportliche und kulturelle Aktivitäten, insbesondere Betrieb einer Galerie“ haben jedoch keine im markenrechtlichen Sinn maßgebliche Ähnlichkeit zu der Ware „Bier“. Brauereien mögen zwar Förderer und mitunter Veranstalter solcher Aktivitäten sein, in erster Linie jedoch sind sie nur Lieferant der dort konsumierten Getränke. Als solche nimmt sie der Verbraucher auch wahr, womit die Überschneidungen von Ware und Dienstleistung, die ohnehin nur bei Vorliegen besonderer Umstände zu einer Ähnlichkeit führen kann, viel zu gering und auch zu selten sind, als dass von einer Produkt- oder Dienstleistungs-Verantwortlichkeit ausgegangen würde.

Damit entfällt eine Verwechslungsgefahr und die Beschwerde der Widersprechenden ist ohne Erfolg

Eine Kostenentscheidung war nicht veranlasst, § 71 Abs 1 Satz 2 MarkenG.

Schwarz-Angele

Paetzold

Schramm

Bb