



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 77/14

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2012 041 338

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 15. November 2017 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Knoll, der Richterin Kriener und des Richters Dr. Nielsen

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe:

I.

Das am 25. Juli 2012 angemeldete Zeichen

Monster Abwehr Spray

ist am 22. November 2012 unter der Nr. 30 2012 041 338 in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Markenregister für die nachfolgenden Waren und Dienstleistungen der Klassen 5, 30 und 35 eingetragen worden:

Klasse 5: Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse; Hygienepräparate für medizinische Zwecke; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost; Pflaster, Verbandmaterial; Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke; Desinfektionsmittel; Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren; Fungizide, Herbizide, mineralische Nahrungsergänzungsmittel, Nahrungsergänzungsmittel für medizinische Zwecke, Vitaminpräparate, Präparate von Spurenelementen für Human- und Tierkonsum; Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Ballaststoffen oder Kohlenhydraten;

Klasse 30: Kaffee, Tee, Kakao, Zucker, Reis, Tapioka, Sago, Kaffee-Ersatzmittel; Mehle und Getreidepräparate; Brot, feine Backwaren und Konditorwaren, Speiseeis; Honig, Melassesirup; Hefe, Backpulver; Salz, Senf; Essig, Saucen (Würzmittel); Gewürze; Kühleis;

Klasse 35: Einzelhandelsdienstleistungen mittels Teleshopping-Sendungen in den Bereichen: Drogerie-, Kosmetik- und Haushaltswaren, Waren des Gesundheitssektors, Maschinen, Werkzeuge und Metallwaren, Elektro- und Elektronikwaren, Ton- und Datenträger, Uhren und Schmuckwaren, Druckereierzeugnisse, Papier- und Schreibwaren, Büroartikel, Täschner- und Sattlerwaren, Einrichtungs- und Dekorationswaren, Zelte, Planen, Bekleidungsartikel, Schuhe und Textilwaren, Spielwaren, Sportwaren, Lebensmittel und Getränke, Tabakwaren und sonstige Genussmittel; Online- oder Katalogversandhandelsdienstleistungen im Bereich: Apotheken-, Drogerie-, Kosmetik- und Haushaltswaren, Waren des Gesundheitssektors, Maschinen, Werkzeuge und Metallwaren, Elektro- und Elektronikwaren, Ton- und Datenträger, Uhren und Schmuckwaren, Druckereierzeugnisse, Papier- und Schreibwaren, Büroartikel, Täschner- und Sattlerwaren, Einrichtungs- und Dekorationswaren, Zelte, Planen, Bekleidungsartikel, Schuhe und Textilwaren, Spielwaren, Sportwaren, Lebensmittel und Getränke, Tabakwaren und sonstige Genussmittel; Großhandelsdienstleistungen in den Bereichen: Apotheken-, Drogerie-, Kosmetik- und Haushaltswaren, Waren des Gesundheitssektors, Maschinen, Werkzeuge und Metallwaren, Elektro- und Elektronikwaren, Ton- und Datenträger, Uhren und Schmuckwaren, Druckereierzeugnisse, Papier- und Schreibwaren, Büroartikel, Täschner- und Sattlerwaren, Einrichtungs- und Dekorationswaren, Zelte, Planen, Bekleidungsartikel, Schuhe und Textilwaren, Spielwaren,

Sportwaren, Lebensmittel und Getränke, Tabakwaren und sonstige Genussmittel; Verbreitung von Werbeanzeigen; Verfassen von Werbetexten; Herausgabe von Werbetexten; Layoutgestaltung für Werbezwecke; Organisation und Durchführung von Werbeveranstaltungen; Organisation von Ausstellungen und Messen für wirtschaftliche und Werbezwecke; Plakatanschlagwerbung; Planung von Werbemaßnahmen; Verteilung von Warenproben zu Werbezwecken; Verteilung und Werbematerial [Flugblätter, Prospekte, Drucksachen, Warenproben]; Verteilung von Werbemitteln; Vervielfältigung von Dokumenten; Waren- und Dienstleistungspräsentationen; Werbung durch Werbeschriften; Werbung im Internet für Dritte.

Gegen die Eintragung der am 28. Dezember 2012 veröffentlichten Marke hat die Inhaberin der zwei nachfolgenden prioritätsälteren Marken am 28. März 2013 Widerspruch erhoben, nämlich aus der Marke

Monster,

die seit dem 21. Juli 2010 unter der Nummer 30 2010 067 454 eingetragen ist und Schutz genießt für die nachfolgenden Waren Klassen 11, 28, 30, 32 und 33:

Klasse 11: Getränk Kühlapparate;

Klasse 28: Spiele, nämlich Brettspiele, nämlich Mühle, Dame, Schach, Backgammon; Kartenspiele, Würfspiele, Denkspiele, Würfelspiele, Gesellschaftsspiele (sämtliche vorgenannten Waren auch mit elektronischen Bestandteilen); Spielzeug, nämlich Autos, Eisenbahnen, Autobahnen, Holz-, Metall- und Elektrobaukästen, Spielbälle, Spielwürfel, Spielbausteine und -figuren, Spielbaustein-

systeme; Turn- und Sportgeräte; Ski-, Tennis- und Angelsportgeräte; Christbaumschmuck;

Klasse 30: Speiseeis; Speiseeispulver; Sorbets [Speiseeis]; Joghurteis [Speiseeis]; Eiscreme; Eistee; Eiskristallgetränke (Slush); Bindemittel für Speiseeis;

Klasse 32: Biere; Mineralwässer und kohlensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte;

Klasse 33: Spirituosen, Liköre, Schaumweine, Wein und weinhal-
tige Getränke sowie andere alkoholische Getränke (ausgenom-
men Biere);

und der Unionsmarke

Monster,

die seit dem 19. April 2011 unter der Nummer 94 921 58 eingetragen ist und Schutz genießt für die nachfolgenden Waren der Klassen 5, 29, 30, 32 und 33:

Klasse 5: Nahrungsergänzungsmittel, soweit in Klasse 5 enthal-
ten;

Klasse 29: Milchgetränke und Milchgetränke mit Kaffeeanteil, so-
weit sie in Klasse 29 enthalten sind;

Klasse 30: Kaffeegetränke und Kaffeegetränke mit Milchanteil,
soweit sie in Klasse 30 enthalten sind;

Klasse 32: Alkoholfreie Getränke, nämlich Energiegetränke und Energiegetränke mit Kaffeegeschmack, alle angereichert mit Vitaminen, Mineralstoffen, Nährstoffen, Aminosäuren und/oder Kräutern, soweit sie in Klasse 32 enthalten sind;

Klasse 33: Alkoholhaltige Energy Drinks; alkoholische Kaffegetränke, alkoholische Getränke (ausgenommen Biere), soweit sie in Klasse 33 enthalten sind.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 19. Februar 2014 die Gefahr von Verwechslungen im Sinne von §§ 125b Nr. 1, 42 Abs. 2 Nr. 1, 9 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 MarkenG verneint und beide Widersprüche insgesamt zurückgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt, dass auch bei einer teilweise erhöhten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken und teilweiser Warenidentität das jüngere Zeichen den erforderlichen Markenabstand einhalte, da sich die Zeichen klanglich, schriftbildlich und begrifflich sehr deutlich voneinander unterscheiden würden. Die Widerspruchsmarken seien originär durchschnittlich kennzeichnungskräftig. Eine Steigerung der Kennzeichnungskraft sei nur im Hinblick auf Energiegetränke gegeben. In Bezug auf diese Waren habe die Widersprechende glaubhaft gemacht, dass sie im Jahr 2012 in Europa Umsätze im ...stelligen ...bereich und in Deutschland im unteren ...stelligen ...bereich erzielt habe. Seit dem Jahr 2002 habe die Widersprechende in Europa Werbeaufwendungen im mittleren ...stelligen ...bereich und in Deutschland im unteren ...stelligen ...bereich getätigt. Sie sei insbesondere als Sponsor von Sportlern oder sportlichen Veranstaltungen aufgetreten. Die Benutzung der Widerspruchsmarken auf Merchandiseartikeln sei bei der Frage der Steigerung der Kennzeichnungskraft nicht zu berücksichtigen, da die Widerspruchsmarken für diese Waren nicht geschützt seien. Die zu vergleichenden Waren- und Dienstleistungen seien teilweise hochgradig ähnlich bis identisch. Dies gelte für die Waren der Klasse 5, die von der angegriffenen Marke und der Unionsmarke 9492158 beansprucht würden sowie

für die Waren „Kaffee“ und „Kaffee-Ersatzmittel“ seitens der angegriffenen Marke und den in Klasse 30 von der Unionsmarke 9492158 beanspruchten Waren „Kaffeegetränke und Kaffeegetränke mit Milchanteil, soweit sie in Klasse 30 enthalten sind“. Im Übrigen sei teils von durchschnittlicher Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit auszugehen, teils bestehe keine Ähnlichkeit. Die Vergleichszeichen würden sich in klanglicher, schriftbildlicher und begrifflicher Hinsicht sehr deutlich voneinander unterscheiden. Der Bestandteil „Abwehr Spray“ in der angegriffenen Marke könne weder überhört noch übersehen werden. Die angegriffene Marke werde nicht durch den Bestandteil „Monster“ geprägt. Allenfalls hinsichtlich eines kleinen Teils der beanspruchten Waren und Dienstleistungen, nämlich hinsichtlich der Waren „Desinfektionsmittel; Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren; Fungizide, Herbizide“, könne von einer Prägung ausgegangen werden, da nur insoweit der Zeichenbestandteil „Abwehr Spray“ als sachbeschreibend verstanden werden könne. Im Übrigen trete der Bestandteil „Abwehr Spray“ gegenüber dem übereinstimmenden Zeichenbestandteil „Monster“ nicht als rein beschreibend zurück. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die angegriffene Marke die Unterscheidungskraft und Wertschätzung der älteren Marken gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG ausbeute. Auch wenn zugunsten der Widersprechenden eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken im Hinblick auf Energiegetränke unterstellt werde, würden die Vergleichszeichen nicht miteinander assoziiert. Zur Bejahung der Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt des Bekanntheitsschutzes sei zumindest eine gewisse Zeichenähnlichkeit erforderlich, die vorliegend aber nicht gegeben sei.

Hiergegen wendet sich die Widersprechende mit ihrer Beschwerde. Die Widerspruchsmarken seien bekannte Marken, deren Bekanntheit und Image von der angegriffenen Marke ausgenutzt würden. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass kein Bekanntheitsschutz bestehe, sei wegen der hochgradigen Zeichenähnlichkeit eine unmittelbare Verwechslungsgefahr gegeben. Darüber hinaus bestehe eine mittelbare Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt eines Serienzeichens.

Die Widerspruchsmarken seien bekannte Marken im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG. Die Widersprechende sei weltweit eine der führenden Herstellerinnen von Energiegetränken, die sie unter dem Zeichen „Monster“ vertreibe. Die Marke sei durch umfangreiches Sponsoring im Sport- und Musikbereich in Deutschland äußerst populär, insbesondere bei der jüngeren Zielgruppe. Die Marke „Monster Energy“ sei so etabliert, dass über Fanshops Merchandising-Artikel wie Aufkleber, Motorradhelme und Pullover vertrieben würden. Die Widerspruchsmarken seien auch in sozialen Netzwerken beliebt. So habe der deutsche „Monster Energy T... Account“ über ... Follower. Von der Markteinführung entsprechend gekennzeichnete Produkte im Jahr 2010 bis zum Ende des Jahres 2013 seien in Deutschland mehr als ... Millionen Dosen mit Energiegetränken verkauft worden. Dies entspreche einem Marktanteil von 4,6 % im Jahr 2011 und 8,1 % im Jahr 2012 und 8,6 % in den ersten 9 Monaten des Jahres 2013. Im Jahr 2011 seien ... Millionen Getränkedosen verkauft worden. Im ersten Halbjahr des Jahres 2012 seien mehr als ... Millionen Dosen mit einem Umsatz von ... Euro verkauft worden. In Europa habe die Widersprechende Umsätze in Höhe von etwa ... Euro im Jahr 2009, ... Euro im Jahr 2010, ... Euro im Jahr 2011 und ... Euro im Jahr 2012 erzielt. Seit dem Jahr 2002 habe die Beschwerdeführerin weltweit mehr als ... US-Dollar und in Deutschland mehr als ... Euro für Werbung und Marketing aufgewandt. Die zu vergleichenden Waren und Dienstleistungen seien zum Teil identisch und zum Teil hochgradig ähnlich. Nachdem „Monster“ zumindest für „alkoholfreie Getränke“ eine bekannte Marke sei, erstrecke sich der Schutzbereich auch auf nicht ähnliche Waren. Zwischen den Zeichen bestehe aufgrund des übereinstimmenden Bestandteils „Monster“ eine hochgradige Zeichenähnlichkeit. Der Bekanntheitsschutz setze zudem nur voraus, dass die beteiligten Verkehrskreise das Zeichen und die Marke gedanklich miteinander verknüpfen würden. Dies sei vorliegend schon wegen der Übereinstimmung in dem Bestandteil „Monster“ der Fall. Die Beschwerdegegnerin spiele mit ihrer Bezeichnung klar auf die Bekanntheit und das gute Image der Widerspruchsmarken an und ziele auf einen unlauteren Imagetransfer ab. Selbst wenn man nicht davon ausgehen wollte, dass die

Widerspruchsmarken bekannte Marken seien, so bestehe gleichwohl eine unmittelbare Verwechslungsgefahr. Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchszeichen sei für „alkoholfreie Getränke, nämlich Energiegetränke und Energiegetränke mit Kaffeegeschmack, alle angereichert mit Vitaminen, Mineralstoffen, Nährstoffen“ wegen der intensiven Benutzung überdurchschnittlich. Die beanspruchten Waren und Dienstleistungen seien identisch bzw. hochgradig ähnlich. Die angegriffene Marke halte den bei dieser Sachlage erforderlichen Zeichenabstand nicht ein. Die Marken seien visuell, phonetisch und konzeptionell hochgradig ähnlich. Die Widerspruchsmarken bzw. der prägende Bestandteil „Monster“ fänden sich vollständig in dem prioritätsjüngeren Zeichen wieder. Darüber hinaus sei zu beachten, dass die beanspruchten Waren solche des täglichen Bedarfs seien, weswegen nur von mäßiger Aufmerksamkeit des angesprochenen Verkehrs auszugehen sei. Im Übrigen bestehe auch eine mittelbare Verwechslungsgefahr. Ein beachtlicher Teil des Verkehrs werde die Marken gedanklich miteinander in Verbindung bringen, da die Widersprechende Inhaberin einer Reihe von „Monster-Marken“ sei, die im Sinne eines Serienzeichens umfangreich benutzt würden. Der Bestandteil „Monster“ sei dabei der zentrale Bezugspunkt und der charakteristische Wortstamm der jeweiligen Gesamtzeichen. Die angegriffene Marke enthalte mit dem Begriff „Monster“ einen Bestandteil, der Hinweischarakter besitze und der in der angegriffenen Marke nicht untergehe, sondern als selbständiger Bestandteil erhalten bleibe. Im Sprachgebrauch der angesprochenen Verkehrskreise werde die Widersprechende abgekürzt mit „Monster“ bezeichnet. Der Verkehr werde daher annehmen, dass die mit „Monster Abwehr Spray“ gekennzeichneten Waren aus demselben Unternehmen stammten.

Die Widersprechende beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 19. Februar 2014 in der Hauptsache aufzuheben, soweit die Widersprüche aus der Unionsmarke 94 921 58 und der deutschen Marke 30 2010 097 454 zurückge-

wiesen worden sind und wegen dieser Widersprüche die Löschung der Marke 30 2012 041 338 anzuordnen.

Der Markeninhaber hat sich im Beschwerdeverfahren nicht geäußert und keinen Antrag gestellt.

Die Widersprechende hat den hilfsweisen Antrag auf Durchführung der mündlichen Verhandlung mit Schriftsatz vom 1. August 2017 zurückgenommen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss der Markenstelle für Klasse 30 vom 19. Februar 2014, auf den Ladungszusatz des Senats vom 24. August 2016 sowie auf die Schriftsätze der Beteiligten, insbesondere die eidesstattliche Versicherung des Vorstandsvorsitzenden und Geschäftsführers der Konzernmutter der Widersprechenden, und den weiteren Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die nach § 66 Abs. 1 Satz 1 MarkenG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde der Widersprechenden bleibt in der Sache ohne Erfolg. Zwischen den Vergleichsmarken besteht keine Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 i. V. m. § 42 Abs. 2 Nr. 1 bzw. §§ 125b Nr. 1, 9 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 i. V. m. § 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, so dass die Markenstelle die Widersprüche zu Recht gemäß § 43 Abs. 2 Satz 2 MarkenG zurückgewiesen hat.

1. 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; GRUR 2016, 382 Rn. 19 – BioGourmet). 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 sich für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr weitere Faktoren entscheidungserheblich auswirken, 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. Nach diesen Grundsätzen besteht zwischen der angegriffenen Wortmarke „Monster Abwehr Spray“ und den älteren Widerspruchsmarken „Monster“ im maßgeblichen Zusammenhang mit den beschwerdegegenständlichen Waren und Dienstleistungen keine Verwechslungsgefahr. Bei durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken sowie unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die angesprochenen Verkehrskreise dem Großteil der jeweils beanspruchten Waren und Dienstleistungen eine vergleichsweise geringe Aufmerksamkeit entgegenbringen, hält das jüngere Zeichen auch hinsichtlich identischer Waren den zu fordernden deutlichen Zeichenabstand in jeder Hinsicht ein.

1.1. Entgegen der Auffassung der Widersprechenden ist im relevanten Zeitpunkt nicht von einer gesteigerten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken auszugehen. Die originäre Kennzeichnungskraft wird durch die Eignung einer Marke bestimmt, sich unabhängig von der jeweiligen Benutzungslage als Unterscheidungsmittel für die Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens bei den beteiligten Verkehrskreisen einzuprägen und die Waren und Dienstleistungen

damit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. BGH, GRUR 2016, 382 Rn. 31 – BioGourmet). Liegen diese Voraussetzungen vor, ohne dass konkrete Anhaltspunkte erkennbar sind, die für eine hohe oder geringe Kennzeichnungskraft sprechen, wovon bei den Widerspruchsmarken ohne Weiteres auszugehen ist, ist die Marke im Zeitpunkt der Eintragung grundsätzlich durchschnittlich kennzeichnungskräftig (Ströbele/Hacker, MarkenG, 11. Aufl., § 9 Rn. 137). Dabei mag es sein, dass die Kennzeichnungskraft der Marken der Widersprechenden im Zeitpunkt der Entscheidung des Senats durch intensive Benutzung zumindest im Warenbereich der Energiegetränke deutlich gesteigert worden ist. Diese Behauptung der Widersprechenden kann jedoch als nicht entscheidungserheblich dahingestellt bleiben, da im Registerverfahren bei der Frage einer gesteigerten Kennzeichnungskraft einer Widerspruchsmarke grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen jüngeren Marke abzustellen ist, wobei die Steigerung der Kennzeichnungskraft auch bis zum Zeitpunkt der Entscheidung fortbestehen muss (Ströbele/Hacker, MarkenG, 11. Aufl., § 9 Rn. 211 m. w. N.). Die Widersprechende hat aber die Steigerung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken bereits zum Prioritätszeitpunkt der jüngeren Marke nicht ausreichend glaubhaft gemacht. Hierauf hat der Senat die Beteiligten mit dem Ladungszusatz vom 24. August 2016 ausdrücklich hingewiesen. Die von der Widersprechenden vorgetragene Tatsachen, die der Inhaber der angegriffenen Marke nicht bestritten hat, belegen zwar eine nicht ganz unerhebliche Benutzung der Marken bereits im Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke, reichen insgesamt aber nicht aus, um von einer gesteigerten Kennzeichnungskraft ausgehen zu können.

Die angegriffene Marke ist am 25. Juli 2012 angemeldet worden. Nach dem Vortrag der Widersprechenden, insbesondere der eidesstattlichen Versicherung des Vorstandsvorsitzenden der Konzernmutter der Widersprechenden vom 5. Mai 2014, ist zu diesem Zeitpunkt noch keine durch intensive Benutzung gesteigerte Kennzeichnungskraft feststellbar. Die Widersprechende hat erst im Jahr 2008 mit dem Vertrieb von mit „Monster“ gekennzeichneten Energiegeträn-

ken in Europa begonnen. In Deutschland werden entsprechende Getränke der Widersprechenden erst seit Dezember 2009 verkauft. Offiziell wurden diese Getränke sogar erst im Juli 2010 in Deutschland eingeführt. Die für die Europäische Union genannten Umsatzzahlen von ... Euro im Jahr 2009, ... Euro im Jahr 2010 und ... Euro im Jahr 2011 rechtfertigen angesichts des Gesamtmarktes für Energiegetränke keine gesteigerte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken. Gleiches gilt für die für Deutschland vorgetragene Umsatzzahlen. Auch die in der eidesstattlichen Versicherung genannten Marktanteile in fünf Staaten der Europäischen Union für das Jahr 2011 zwischen 4,6 % und 14 % – wobei ein leicht ansteigender Marktanteil bis Juli 2012 unterstellt werden kann – rechtfertigen angesichts der Kürze des Vertriebs in Europa zu dem genannten Zeitpunkt noch keine relevante Steigerung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken. Insofern kann folgerichtig erst recht nicht angenommen werden, dass eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken auf andere Waren- oder Dienstleistungsbereiche ausstrahlen könnte. Auch die weiteren, neben den Umsatzzahlen und Werbeaufwendungen von der Widersprechenden vorgebrachten Tatsachen können eine gesteigerte Kennzeichnungskraft nicht belegen. Der Vertrieb von Merchandisingartikeln ist häufig Teil einer vorausplanenden Marketingstrategie und nicht zwingend die Folge einer besonderen Popularität einer Marke. Auch die von der Widersprechenden genannte Zahl von ... T...-Followern erscheint nicht nennenswert hoch. Insoweit kann dahingestellt bleiben, ob die genannten Aktivitäten, der Verkauf von Merchandisingartikeln und die Präsenz in sozialen Netzwerken, bereits im Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marken betrieben wurden. Einer relevanten Steigerung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken steht überdies entgegen, dass der Begriff „Monster“ als Marke bzw. als Markenbestandteil außerordentlich beliebt und verbreitet ist. Es gibt deutlich mehr als 400 entsprechende Marken, die im Inland als deutsche Marken oder als Unionsmarken für die verschiedensten Waren- und Dienstleistungsbereiche und für verschiedene Inhaber Schutz genießen. Auch wenn 125 dieser Marken für die Widersprechende eingetragen sind, verbleiben annähernd noch 300 Marken, deren Inhaber Dritte sind. Auch wenn hinsichtlich

der Benutzungslage dieser Drittmarken im Einzelnen keine Erkenntnisse vorliegen, kann der Registerstand bei der Beurteilung der Kennzeichnungskraft einer Marke nicht völlig unberücksichtigt bleiben (siehe dazu auch Ströbele/Hacker, MarkenG, 11. Aufl., § 9 Rn. 178 m. w. N.). Zahlreiche eingetragene Drittmarken sind jedenfalls ein deutliches Indiz für eine originäre Kennzeichnungsschwäche und einen eingeschränkten Schutzzumfang. Im Übrigen sind einige Marken mit dem Bestandteil „Monster“ europaweit in Benutzung, wie etwa die „Monster“ Personalvermittlung oder das Motorrad „Monster“ von Ducati. Für den deutschen Markt ist nur beispielhaft auf die Quarkspeise „Monster Backe“ zu verweisen.

1.2. Soweit die Vergleichszeichen in ihrer Gesamtheit gegenübergestellt werden, besteht unter keinem Gesichtspunkt eine relevante Verwechslungsgefahr. Dabei ist die Frage der Ähnlichkeit einander gegenüber stehender Marken nach deren Ähnlichkeit im Klang, im (Schrift-) Bild und im Bedeutungs- oder Sinngehalt zu beurteilen, weil Marken auf die mit ihnen angesprochenen Verkehrskreise in klanglicher, bildlicher und begrifflicher Hinsicht wirken können (EuGH GRUR Int. 2010, 129 Rn. 60 – La Espanola/Carbonell; BGH GRUR 2009, 1055 Rn. 26 – airdsl). 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).

Vorliegend ergibt sich klanglich und schriftbildlich schon durch die weiteren Wortbestandteile „Abwehr“ und „Spray“ der angegriffenen Marke ein markanter Unterschied zwischen den Vergleichsbezeichnungen, die damit eine unterschiedliche Silbenzahl bzw. eine deutlich unterschiedliche Länge aufweisen. Auch in begrifflicher Hinsicht bezeichnet ein „Monster Abwehr Spray“ etwas völlig anderes als der Begriff „Monster“.

In Bezug auf die Beurteilung einer unmittelbaren Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt einer Prägung der jüngeren Marke durch den Bestandteil „Monster“ ist zunächst auf die zutreffende Ausführung im Beschluss der Markenstelle vom 19. Februar 2014 zu verweisen. Die weiteren Zeichenbestandteile der angegriffenen Marke „Abwehr“ und „Spray“ sind, wie von der Markenstelle zutreffend ausgeführt, hinsichtlich der meisten Waren und Dienstleistungen in keiner Weise beschreibend. Gegen eine Prägung der jüngeren Marke durch den Bestandteil „Monster“ hinsichtlich der übrigen Waren spricht zudem, dass die drei Wortbestandteile in einem sinnvollen Zusammenhang stehen und eine (ironische) Gesamtaussage im Sinne eines „Sprays“ zur „Abwehr“ von „Monstern“ ergeben. Ausgehend davon ist nicht ersichtlich, weshalb der Verkehr insoweit den Zeichenbestandteil „Monster“ von weiteren Bestandteilen „Abwehr“ und „Spray“ abspalten sollte und in ersterem den allein kennzeichnenden Bestandteil des Gesamtzeichens sehen sollte. Soweit in den Bestandteilen „Abwehr“ und „Spray“ beschreibende Anklänge im Hinblick auf die Waren angedacht werden können, die in irgendeiner Art und Weise ein „Abwehrspray“ sein können, wie etwa „Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren“, steht selbst hier einer gedanklichen Aufspaltung des angegriffenen Zeichens durch die angesprochenen Verkehrskreise entgegen, dass es tatsächlich keine Monster gibt, so dass die angegriffene Marke insoweit phantasievoll und humorvoll übertreibend ausgestaltet ist. Unabhängig davon weisen die Waren, die ein Abwehrspray sein können, keine Ähnlichkeiten zu den von den Widerspruchsmarken beanspruchten Waren auf, so dass auch dann keine Verwechslungsgefahr bestünde, wenn insoweit eine Prägung der angegriffenen Marke durch den Bestandteil „Monster“ unterstellt würde.

1.3. Ausgehend von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken reicht der oben dargelegte Zeichenabstand aus, um auch für identisch beanspruchte Waren (wie Nahrungsergänzungsmittel oder Speiseeis) die Gefahr von Verwechslungen auszuschließen. Insofern können Darlegungen zum Abstand der übrigen, nicht identischen bzw. nur ähnlichen jeweils beanspruchten

Waren und Dienstleistungen im Einzelnen als nicht entscheidungserheblich dahingestellt bleiben.

2. Es sind auch keine Anhaltspunkte dahingehend gegeben, dass der Bestandteil „Monster“ innerhalb der angegriffenen Marke eine selbständig kennzeichnende Stellung haben könnte. Insbesondere liegt hier keine der Fallgruppen vor, bei denen unter diesem Gesichtspunkt eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne in Betracht gezogen werden könnte. Diese Rechtsfigur ist in der Rechtsprechung für den Fall entwickelt worden, dass ein mit der älteren Marke übereinstimmender Bestandteil identisch oder (sehr) ähnlich in eine komplexe prioritätsjüngere Marke aufgenommen wird, in der er neben einem Unternehmenskennzeichen oder einem Stammbestandteil eines Serienzeichen eine selbständig kennzeichnende Stellung behält, und wenn wegen der Übereinstimmung dieses Bestandteils mit der älteren Marke bei den angesprochenen Verkehrskreisen der Eindruck hervorgerufen wird, dass die fraglichen Waren oder Dienstleistungen aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen stammen (vgl. EuGH, GRUR 2005, 1042 – THOMSON LIFE; BGH, GRUR 2006, 859 Rn. 18 – Malteserkreuz I; BGH, GRUR 2008, 258 Rn. 33 – INTERCONNECT/T-InterConnect; GRUR 2010, 833 Rn. 20 ff. – Malteserkreuz II; BGH GRUR 2008, 905 Rn. 38 ff. – Pantohexal). Bei den Bestandteilen „Abwehr Spray“ der jüngeren Marke handelt es sich aber weder um den Stammbestandteil einer vom Inhaber der angegriffenen Marke benutzten Zeichenserie noch um ein Unternehmenskennzeichen des Inhabers der angegriffenen Marke, so dass eine Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt einer selbständig kennzeichnenden Stellung des Bestandteils „Monster“ offenkundig ausscheidet.

3. Im Übrigen ist auch keine mittelbare Verwechslungsgefahr gegeben, da die Widersprechende im Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke über keine Zeichenserie verfügte, die insoweit Voraussetzung für die Bejahung dieser

Art der Verwechslungsgefahr ist. Die Widersprechende hat zur Benutzung der von ihr angeführten Zeichenserie mit dem Bestandteil „Monster“ vor dem bzw. zum genannten Zeitpunkt keine hinreichend substantiierten Angaben gemacht. Hierauf hatte der Senat die Beteiligten mit dem Ladungszusatz vom 24. August 2016 ausdrücklich hingewiesen. Darüber hinaus steht der Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne auch entgegen, dass sich im Hinblick auf die Drittzeichenlage und die häufige kennzeichnende Verwendung des Bestandteils „Monster“ durch Dritte dieser Bestandteil grundsätzlich nicht als Stammbestandteil einer Markenserie eignet, was aber im Einzelnen als nicht entscheidungserheblich dahingestellt bleiben kann.

4. Angesichts der von der Widersprechenden im Zeitpunkt der Anmeldung der prioritätsjüngeren Marke vorgetragenen Umsatzzahlen und sonstigen Umstände hinsichtlich der Benutzung der Widerspruchsmarken, die für die Annahme einer gesteigerten Kennzeichnungskraft nicht ausreichen, kommt ein Bekanntheitschutz nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG, der ebenfalls bereits zum Prioritätszeitpunkt der jüngeren Marke hätte gegeben sein müssen, offensichtlich nicht in Betracht.

5. Der Antrag auf Durchführung der mündlichen Verhandlung war von der Widersprechenden zurückgenommen worden. Die Durchführung erschien auch aus Sicht des Senats nicht erforderlich, § 69 Nr. 1 und 3 MarkenG.

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

Fa