



# BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 28/12

---

(AktENZEICHEN)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Marke 306 43 722**

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 22. August 2012 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Fuchs-Wisseemann sowie der Richter Reker und Hermann

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

**Gründe**

I

Gegen die Eintragung der für die Waren und Dienstleistungen

"Biere; Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken; alkoholische Getränke (ausgenommen Bier), insbesondere Spirituosen, einschließlich Branntweine, Obstbranntweine, Bärwurzbranntweine sowie sonstige unter Verwendung von Bärwurz hergestellte Spirituosen, Frucht- und Beerenweine, Kräuter- und Fruchtliköre, Schnäpse, Weinbrände; alkoholische Essenzen und Extrakte; alkoholhaltige Fruchtextrakte; destillierte Getränke; Dienstleistungen des Einzel- und Großhandels mit allen vorstehend genannten Waren, insbesondere mit alkoholischen und nichtalkoholischen Getränken; Werbung, Verteilung von Warenproben zu Werbezwecken; Marketing; Zusammenstellung aller vorstehend genannten Waren (ausgenommen deren Transport) für Dritte, um

den Verbrauchern Ansicht und Erwerb dieser Waren zu erleichtern; Zusammenstellung aller vorstehend genannten Waren für Dritte für Präsentations- und Verkaufszwecke; Zusammenstellung von Verzeichnissen aller vorstehend genannten Waren, Bereitstellung von Informationen bzgl. aller vorstehend genannten Waren, Bereitstellung von Informationen bzgl. aller vorstehend genannten Waren durch Werbung in Zeitschriften, Broschüren und Zeitungen; Aufstellung und Vorführung von Waren; Beratung in Fragen der Geschäftsführung sowie Geschäftsführung für Dritte in Läden; Dienstleistungen eines Einzelhändlers als Franchisegeber, nämlich Vermittlung von organisatorischem und wirtschaftlichem Know-how; Dienstleistungen einer Brennerei, insbesondere destillieren von Alkohol; Erziehung; Ausbildung; Unterhaltung; sportliche und kulturelle Aktivitäten; Organisation und Durchführung von kulturellen und/oder sportlichen Veranstaltungen; Durchführung von Ausstellungen für kulturelle und Unterrichtszwecke; Betrieb eines Handwerksmuseums; Betrieb eines Schnapsmuseums; Betrieb einer Schaubrennerei; Bewirtung, Verpflegung und Beherbergung von Gästen"

eingetragenen Bildmarke 306 43 722



ist aus der für die Waren und Dienstleistungen

"Alkoholische Getränke (ausgenommen Bier); alkoholische Essenzen, alkoholische Extrakte; alkoholische Fruchtgetränke; Aperitifs; Arrak; Birnenmost; Branntwein; Cocktails; Curacao; destillierte Getränke; alkoholhaltige Fruchtextrakte; Genever; Geiste, nämlich alkoholische Getränke; Honigwein; Kirschwasser; Liköre; Schnaps; Spirituosen; Weine; Tresterwein; Whisky; Organisation und Durchführung von Veranstaltungen kultureller Art; Öffentlichkeitsarbeit; Marketing; Unternehmensberatung; Informationen über Fruchtbearbeitung für wirtschaftliche und Werbezwecke; Dienstleistungen eines Destillateurs für Dritte; Druckarbeiten; Filmbearbeitung; Fotosatzarbeiten; Keltern von Früchten; Mahlen von Getreide und Früchten; Raffinieren; Walzen; Erziehung und Unterricht; Ausbildung und Weiterbildung; Verkostertraining; Vermietung von Büchern und Zeitschriften; Rundfunk- und Fernsehunterhaltung; Filmproduktion; Filmvermietung; Filmvorführungen; Veranstaltung von Messen und Ausstellungen für kulturelle und Unterrichtszwecke; Organisation und Durchführung von Seminaren, Lehrgängen, Vortragsveranstaltungen, Lehrveranstaltungen, Schulungen, Konferenzen und Kongressen; Herausgabe von Texten (ausgenommen Werbetexte); Veröffentlichung und Herausgabe von Büchern, Zeitungen und Zeitschriften; Information über Fruchtbearbeitung für kulturelle oder Unterrichtszwecke"

eingetragenen Bildmarke 304 11 078



Widerspruch erhoben worden.

Die Markenstelle für Klasse 33 des Deutschen Patent- und Markenamts hat den Widerspruch mit zwei Beschlüssen vom 14. November 2008 und 28. Oktober 2011, letzterer im Erinnerungsverfahren, zurückgewiesen, weil zwischen den Kollisionszeichen nicht die Gefahr von Verwechslungen bestehe, §§ 43 Abs. 2, 42 Abs. 2 Nr. 1 und 9 Abs. 1 Nr. 1 und 2 MarkenG. Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass zwar teilweise Warenidentität bzw. eine hochgradige Warenähnlichkeit bestehe und deshalb hohe Anforderungen an den Markenabstand zu stellen seien, die jüngere Marke von der Widerspruchsmarke jedoch einen ausreichenden Abstand einhalte, so dass die Gefahr von Verwechslungen nicht gegeben sei. Mangels anderer Anhaltspunkte könne von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ausgegangen werden. Die Bejahung der Ähnlichkeit zweier Bildmarken komme entweder unter der Voraussetzung in Betracht, dass hinreichende Gemeinsamkeiten in der konkreten bildlichen Ausgestaltung bestehen oder dass ein den Marken innewohnender identischer Sinngehalt dazu führt, dass die Marken im Verkehr gleich benannt werden (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Auflage, § 9 Rdnr. 220). In beiden Richtungen bestünden keine hinreichenden, eine Verwechslungsgefahr begründenden Ähnlichkeiten im Sinne des § 9 MarkenG. Für die kollisionsrechtliche Wirkung sei auch

bei Bildmarken der jeweilige Gesamteindruck der Marken maßgeblich (BGH, GRUR 2004, 594, 597 - Ferrari-Pferd). Dieser Gesamteindruck differiere aufgrund der unübersehbaren stilistischen und gegenständlichen Unterschiede zwischen den Zeichen so prägnant, dass der Verkehr keine Probleme haben werde, die beiden Marken sicher voneinander abzugrenzen. Eine begriffliche Verwechslungsgefahr etwa aufgrund einer übereinstimmenden Benennung der beiden Marken sei zu verneinen. Die bloße Möglichkeit, dass in zwei bildlich verschiedenen Abbildungen dasselbe Motiv erkannt werde und die Marken danach benannt werden könnten, reicht für eine markenrechtlich relevante begriffliche Ähnlichkeit nicht aus. Insbesondere je allgemeiner der gemeinsame Sinngehalt gefasst werden müsse, um die Gleichheit des Motivs zu begründen, umso weniger könne eine begriffliche Ähnlichkeit angenommen werden. Das von der Widersprechenden so benannte Motiv "nostalgisch anmutender Destillationsapparat" könne ebenso wenig wie "nostalgisch anmutender Ofen mit nostalgisch anmutendem Fass" auf dem hier betroffenen Waren- und Dienstleistungssektor eine Verwechslungsgefahr der graphisch deutlich unterschiedlichen Marken begründen. Eine andere Beurteilung könnte nur geboten sein, wenn es sich bei der Widerspruchsmarke um ein im Verkehr weitgehend bekanntes Bildzeichen handeln würde (BGH, a. a. O. - Ferrari-Pferd), wofür vorliegend keine Anhaltspunkte vorlägen zumal das Motiv "Destillationsapparat" auf dem hier betroffenen Waren- und Dienstleistungssektor schwach sei.

Gegen diese Entscheidung wendet sich der Widersprechende mit seiner Beschwerde. Er meint, dass eine Verwechslungsgefahr bestehe, da die hochgradig ähnlichen Zeichen für Artikel des laufenden Verbrauchs stünden, deren Marken flüchtig wahrgenommen würden; auf den Schriftsatz vom 14. März 2012 wird ergänzend verwiesen. Der Widersprechende beantragt,

die Beschlüsse des Deutschen Patent- und Markenamts vom 14. November 2008 und 26. Oktober 2011 aufzuheben und die

Löschung der Marke 306 43 722 wegen des Widerspruchs aus der Marke 304 11 078 anzuordnen.

Der Inhaber der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er hält die Unterschiede zwischen den beiderseitigen Marken für ausreichend, um die Gefahr von Verwechslungen auszuschließen; auf den Schriftsatz vom 16. Mai 2012 wird Bezug genommen.

Insgesamt wird wegen der Einzelheiten auf den Akteninhalt verwiesen.

## II.

Die gemäß § 66 Abs. 1 und 2 MarkenG zulässige Beschwerde der Widersprechenden ist unbegründet, weil zwischen den Kollisionsmarken keine Verwechslungsgefahr im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG besteht.

Für die Frage der Verwechslungsgefahr i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG ist von dem allgemeinen kennzeichenrechtlichen Grundsatz einer Wechselwirkung zwischen allen in Betracht zu ziehenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der zu beurteilenden Marken, der Warennähe und der Kennzeichnungskraft der älteren Marke in der Weise auszugehen, dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken oder durch eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 2004, 594, 596 - Ferrari-Pferd; GRUR 2005, 437, 438 - Lila-Schokolade; GRUR 2005, 513, 514 - MEY/Ella May). Der Schutz der älteren Marke ist dabei aber auf die Fälle zu beschränken, in denen die Benutzung eines identischen oder ähnlichen Zeichens

durch einen Dritten die Funktionen der älteren Marke, insbesondere ihre Hauptfunktion zur Gewährleistung der Herkunft der Waren oder Dienstleistungen gegenüber den Verbrauchern, beeinträchtigt oder beeinträchtigen könnte (EuGH GRUR 2003, 55, 57 ff. [Rz. 51] - Arsenal Football Club plc; GRUR 2005, 153, 155 [Rz. 59] - Anheuser-Busch/Budvar; GRUR 2007, 318, 319 [Rz. 21] - Adam Opel/Autec).

Die Frage der Ähnlichkeit reiner Bildmarken ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen, wobei es auch hier besonders auf den Gesamteindruck ankommt. Die Annahme einer Ähnlichkeit kommt in zwei Richtungen in Betracht, es können Gemeinsamkeiten in der konkreten bildlichen Ausgestaltung zu Verwechslungen oder ein identischer Sinngehalt zu gleicher Benennung führen. Bei dem bildlichen Vergleich ist davon auszugehen, dass Darstellungen, die sich eng an ein tatsächlich existierendes und im Verkehr geläufiges Motiv anlehnen, um so leichter auseinanderzuhalten sind, je weniger verfremdende Phantasie sie aufweisen. Zurückhaltung geboten ist bei der Annahme einer Ähnlichkeit von Bildmarken, die darauf beruht, dass die Vergleichsdarstellungen wegen eines übereinstimmenden Begriffsgehalts mit dem gleichen Begriff benannt werden. Die strengen Anforderungen, die an die begriffliche Ähnlichkeit von Wortmarken gestellt werden, gelten verstärkt bei Bildmarken. Insoweit reicht die bloße Möglichkeit, dass in zwei bildlich verschiedenen Abbildungen unter Umständen dasselbe Motiv erkannt wird und die Marken danach benannt werden können, noch nicht für eine markenrechtlich relevante Ähnlichkeit aus. Vielmehr gilt der Grundsatz, dass Bildmarken um so weniger als begrifflich ähnlich angesehen werden, je allgemeiner ein gemeinsamer Sinngehalt gefasst werden müsste, um die Gleichheit des Motivs zu begründen.

Ausgehend von dem Grundsatz, dass aus schutzunfähigen Elementen keine Rechte hergeleitet werden dürfen, reicht die Gemeinsamkeit eines die Waren und Dienstleistungen beschreibenden Motivs für die Annahme einer Ähnlichkeit nicht aus; vielmehr ist der Schutz insoweit auf die jeweilige besondere Bildwirkung be-



schränkt. Entsprechendes gilt für Motive, die zwar ohne erkennbaren Sachbezug zu den Waren und Dienstleistungen stehen, gleichwohl aber wegen allgemeinen Gebrauchs als abgegriffen und verbraucht angesehen werden müssen. Auch insoweit besteht Schutz nur für die besondere Art der Darstellung, wobei selbst geringfügige Abweichungen ausreichen können, wenn der Verkehr durch einen vielfältigen Gebrauch von Abbildungen des fraglichen Motivs genötigt und gewöhnt ist, besonders auf Unterschiede zu achten. Kennzeichnungsschwache Motive vermögen auch dann die Ähnlichkeit von Marken nicht zu begründen, wenn sie ein übereinstimmendes visuelles Gesamtbild bewirken (Ströbele/Hacker, 10. Aufl., § 9 Rn. 266 ff.).

Die sich gegenüberstehenden Kollisionsmarken genießen Schutz für teilweise identische und auch hochgradig ähnliche Waren.

Die Markenstelle ist von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ausgegangen, obwohl der Abbildung eines Destillationsapparates für einen Großteil der Waren und Dienstleistungen der Widerspruchsmarke eine beschreibende Aussage zu entnehmen ist. Es ist weiter davon auszugehen, dass sich die von der Widerspruchsmarke beanspruchten Lebensmittel des täglichen Bedarfs an den allgemeinen, durchschnittlich informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher, im Fall der Kernprodukte "Edelbrände" an den aufmerksameren Endverbraucher sowie den Lebensmittel-fachhandel und die Gastronomie richten. Diese Verkehrskreise bringen den Waren und Dienstleistungen, die Gegenstand des Widerspruchs sind, eine grundsätzlich durchschnittliche bis gehobene Aufmerksamkeit entgegen.

Angesichts dessen ist bei Unterstellung einer normalen Kennzeichnungskraft ein gewisser Zeichenabstand erforderlich, den die angemeldete Marke zur Überzeugung des Senats einhält.

In seiner Widerspruchsbegründung vom 27. Juli 2007 beschreibt der Widersprechende seine Marke als ein sich in der Darstellung des Prinzips der Destillation

erschöpfendes, hochkomplexes Bild mit einer hohen Anzahl von Eigentümlichkeiten. Das ist zutreffend und führt entgegen der Ansicht des Widersprechenden dazu, deutliche Unterschiede zum Anmeldezeichen darzustellen. Denn unter Berücksichtigung der o. g. rechtlichen Anforderungen (Hacker a. a. O.) reicht gerade die Gemeinsamkeit des beschreibenden Motivs (hier fraglos: Destillationsapparat für Brände) für die Annahme einer Ähnlichkeit nicht aus. Der Schutz ist beschränkt auf die besondere Gesamtwirkung des Bildes. Hier treten die Unterschiede der vorliegenden Zeichen hervor, wie die Markenstelle in dem Beschluss vom 14. November 2008 zutreffend herausgearbeitet hat:

„Die angegriffene Bildmarke besteht aus der schwarz-weißen stilisierten Darstellung eines Destillationsapparates mit den von links nach rechts angeordneten Elementen Ofen, Kühlfass und Auffangbehälter, wobei die Heizstelle, der aus Backsteinen hergestellte Ofen, im Vergleich zu den übrigen Teilen als überdimensional groß erscheint. Die Widerspruchsmarke hingegen ist die feinzeichnerische, weitgehend naturgetreue Darstellung einer Destillationsvorrichtung, bei der die Heizstelle (Ofen), das Kühlfass und der Auffangbehälter von rechts nach links angeordnet sind und das sich in der Mitte befindende Fass überdimensional groß erscheint. Insbesondere die Unterschiede in der zeichnerischen Wiedergabe, einerseits die grob stilisierte Darstellung des Inhabers der angegriffenen Marke mit dem größtmäßig hervorgehobenen Ofen an der linken Markenseite, und andererseits die feinzeichnerische Darstellung des Widersprechenden, bei der durch die mittige Anordnung des, die weiteren Markenelemente größtmäßig überragenden Kühlfasses mit der sichtbaren Kühlschlange, bewirken bei beiden kollidierenden Marken ein jeweils grundsätzlich abweichendes Erscheinungsbild, welches die entscheidungsrelevanten Verkehrskreise auch dementsprechend erkennen.“

Dem ist unter weiterer Bezugnahme auf die zutreffenden Ausführungen des Anmelders in seinem Schriftsatz vom 16. Mai 2012 Seite 8 (Bl. 38 d. A.) nichts hinzuzufügen.

Eine begriffliche Verwechslungsgefahr etwa aufgrund einer übereinstimmenden Benennung der beiden Marken ist ebenfalls zu verneinen. Die bloße Möglichkeit, dass in zwei bildlich verschiedenen Abbildungen dasselbe Motiv erkannt wird und die Marken danach benannt werden könnten, reicht für eine markenrechtlich relevante begriffliche Ähnlichkeit nicht aus. Das von der Widersprechenden so benannte Motiv "nostalgisch anmutender Destillationsapparat" vermag, wie die Markenstelle zutreffend darlegt, ebenso wenig wie "nostalgisch anmutender Ofen mit nostalgisch anmutendem Fass" auf dem hier betroffenen Waren- und Dienstleistungssektor eine Verwechslungsgefahr der graphisch deutlich unterschiedlichen Marken zu begründen. Zudem begegnet es Bedenken, dass der Verkehr die Marken überhaupt in der Wahrnehmung mit "Destillationsapparat" benennen würde.

Da auch für eine Verwechslungsgefahr in anderen Richtungen keine ausreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte vorgetragen oder ersichtlich sind, konnte die Beschwerde der Widersprechenden keinen Erfolg haben.

Zu einer Auferlegung der Kosten des Beschwerdeverfahrens auf eine der Verfahrensbeteiligten (§ 71 Abs. 1 S. 1 MarkenG) haben weder die Sach- und Rechtslage noch das Verhalten der Verfahrensbeteiligten Anlass gegeben.

Dr. Fuchs-Wisseemann

Reker

Hermann

Bb