



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 57/19

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2017 210 754

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 10. März 2021 unter Mitwirkung der Richterin Kriener, des Richters Schödel und des Richters Dr. Nielsen

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Widersprechenden wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 19. September 2019 aufgehoben. Wegen des Widerspruchs aus der Unionsmarke 009 784 299 wird die Löschung der Marke 30 2017 210 754 angeordnet.

Gründe:

I.

Die am 3. April 2017 angemeldete bildliche Gestaltung



ist am 4. Mai 2017 unter der Nummer 30 2017 210 754 als Bildmarke für die nachfolgenden Waren und Dienstleistungen eingetragen worden:

Klasse 9: Software;

Klasse 35: Sammeln von Daten;

Klasse 42: Ingenieurtechnische Beratung.

Gegen die Eintragung der am 9. Juni 2017 veröffentlichten Marke hat die Widersprechende als Inhaberin der am 30. März 2012 eingetragenen Unionsmarke (Bildmarke) 009 784 299



am Montag, den 11. September 2017 Widerspruch erhoben.

Die Unionsmarke genießt Schutz für verschiedene Waren und Dienstleistungen der Klassen 1 bis 12, 14 bis 18, 20 bis 33 und 35 bis 45, unter anderem für die Waren der Klasse 9 „Computer; Mobiltelefone; Software“, die Dienstleistungen der Klasse 35 „Datenverarbeitungsdienste; Computergestützte Datenspeicherung“ und der Klasse 42 „Beratung in Bezug auf die Entwicklung von Computersystemen“.

Die Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 19. September 2019 durch einen Beamten des höheren Dienstes den Widerspruch zurückgewiesen. Ausgehend von einer hochgradigen Ähnlichkeit

bzw. Identität der Vergleichsprodukte und einer für IT-bezogene Produkte amtsbekanntes „Notorietät“ der Widerspruchsmarke seien die Anforderungen an den einzuhaltenden Zeichenabstand sehr hoch. Gleichwohl werde die angegriffene Marke diesen strengen Anforderungen gerecht. In ihrem konkreten grafischen Gesamteindruck seien die sich gegenüberstehenden Marken vollkommen unähnlich. Eine unmittelbare Verwechslung der Zeichen sei deswegen auszuschließen. Es bestehe auch nicht die Gefahr, dass die Vergleichszeichen vom Verkehr gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden könnten. Auch insoweit zeigten die Vergleichszeichen schon auf den ersten Blick in ihren Umrissen einen sehr hohen Grad an Unähnlichkeit. Während das angegriffene Zeichen ein in sich geschlossenes Quadrat mit leicht gerundeten Ecken sei, stelle das Widerspruchszeichen die Silhouette eines angebissenen Apfels dar. Wegen des vom Apfelkörper abgesetzten Apfelstiels erinnere die Widerspruchsmarke nicht an eine geschlossene geometrische Figur, wie sie das angegriffene Zeichen darstelle. Bei diesem nehme der Verkehr in der Mitte des grünen Quadrates zunächst lediglich irgendetwas Rundes wahr, was erst bei genauer Betrachtung als Apfel mit zwei umkränzenden Blättern erkennbar werde. Da es sich dabei nicht um einen „angebissenen“ Apfel handle, lasse das angegriffene Zeichen keinen Gedanken an das Widerspruchszeichen aufkommen. Bei diesem sei das Merkmal des „Angebissenseins“ besonders markant.

Gegen die Entscheidung der Markenstelle wendet sich die Widersprechende mit ihrer Beschwerde. Der angesprochene Verkehr werde die angegriffene Marke schon bei flüchtiger Betrachtung als die Darstellung eines Apfels erkennen. Zudem werde der Verkehr dem Quadrat mit den abgerundeten Ecken, das den Apfel umgebe, wenig Beachtung zukommen lassen. Bei der quadratischen Umrandung handle es sich um ein in der Grafik häufig anzutreffendes Gestaltungsmittel, an das der Verkehr ausreichend gewöhnt sei. Dabei seien Quadrate mit abgerundeten Ecken insbesondere bei der Gestaltung sogenannter „Icons“ üblich, also bei Symbolen, die üblicherweise auf dem Bildschirm eines Smartphones oder eines Computers verwendet würden. Auch die Kreisform der angegriffenen Marke, die

durch zwei stilisierte Zweige bzw. Blätter dargestellt werde, sei ein werbeübliches Gestaltungsmittel. Der Gesamteindruck der angegriffenen Marke werde deswegen von der stilisierten Darstellung eines Apfels geprägt, wobei diese Darstellung erhebliche Übereinstimmungen mit der Widerspruchsmarke aufweise. Beide Darstellungen seien sehr stark stilisiert und wiesen zudem ein nach rechts zeigendes Element auf, das den Stiel eines Apfels bzw. ein Blatt andeute. Weiterhin seien beide Zeichen einfarbig, wobei die Farbabweichung für sich genommen unbeachtlich sei, da der Schutzbereich einer schwarz-weiß gehaltenen Widerspruchsmarke auch farbliche Darstellungen umfasse. Darüber hinaus seien die Vergleichszeichen auch in begrifflicher Hinsicht ähnlich, so dass eine Verwechslungsgefahr schon vor diesem Hintergrund zu bejahen sei. Beide Bildzeichen würden vom angesprochenen Verkehr naheliegend als „Apfel“ bzw. (in englischer Sprache) als „Apple“ bezeichnet. Die Markenstelle habe darüber hinaus nicht ausreichend berücksichtigt, dass es sich bei der Widerspruchsmarke um ein bekanntes Zeichen handle. Die Widersprechende sei zudem Inhaberin weiterer Marken, die das Apfelsymbol enthielten, so dass der Verkehr daran gewöhnt sei, der Widerspruchsmarke auch in anderen Gestaltungen zu begegnen. Der Widerspruchsmarke komme deswegen für den Begriff „Apfel“ bzw. die bildliche Darstellung eines Apfels in Deutschland ein Motivschutz zu. Die angegriffene Marke nutze die Wertschätzung und die Unterscheidungskraft der Widerspruchsmarke aus und gebe sich in die Sogwirkung der in höchstem Maße bekannten Widerspruchsmarke.

Die Widersprechende beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 19. September 2019 aufzuheben und wegen des Widerspruchs aus der Unionsmarke 009 784 299 die Löschung der angegriffenen Marke 30 2017 210 754 anzuordnen.

Der Inhaber der angegriffenen Marke hat sich im Beschwerdeverfahren nicht geäußert und keine Sachanträge gestellt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss der Markenstelle für Klasse 42, die Schriftsätze der Beteiligten, den schriftlichen Hinweis des Senats vom 6. August 2020 sowie auf den weiteren Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die nach § 66 Abs. 1 Satz 1 MarkenG statthafte und auch ansonsten zulässige Beschwerde der Widersprechenden hat in der Sache Erfolg. Ausgehend von einer zumindest im Zusammenhang mit einem Teil der beanspruchten Waren und Dienstleistungen aufgrund intensiver Benutzung überdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und einer im einschlägigen Produktbereich gegebenen Waren- und Dienstleistungsidentität, hält die angegriffene Marke den erforderlichen Zeichenabstand nicht mehr ein, so dass Verwechslungsgefahr im Sinne von § 125 b Nr. 1 i.V.m. §§ 9 Abs. 1 Nr. 2, 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG besteht. Der angefochtene Beschluss der Markenstelle war aufzuheben und die Löschung der angegriffenen Marke gemäß § 43 Abs. 2 Satz 1 MarkenG anzuordnen.

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; GRUR

2019, 173 – Combit/Commit). 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/Thiering, Markengesetz, 13. Aufl., § 9 Rn. 43 ff. m. w. N.). Darüber hinaus können sich für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr weitere Faktoren entscheidungserheblich auswirken, wie u. a. etwa die Art der Waren oder der Dienstleistungen, 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 Bildmarke



und der Unionswiderspruchsmarke (Bildmarke)



im Zusammenhang mit allen beschwerdegegenständlichen Waren und Dienstleistungen Verwechslungsgefahr gemäß §§ 125 b Nr. 1, 9 Abs. 1 Nr. 2, 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ist im Zusammenhang mit den Waren der Klasse 9 „Computer“ und „Mobiltelefone“ weit überdurchschnittlich. Auch für die Waren „Software“ der Klasse 9 und die Dienstleistungen der Klasse 35 „Datenverarbeitungsdienste“ ist zumindest eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke zu bejahen. Im Bereich der Dienstleistungen der Klasse 42 „Beratung in Bezug auf die Entwicklung von Computersystemen“ ist die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke zumindest durchschnittlich. Ausgehend von einer im Zusammenhang mit diesen Produkten bestehenden Produktidentität sind an den Zeichenabstand strenge bis sehr strenge Maßstäbe anzulegen, denen die angegriffene Marke nicht mehr gerecht wird.

1.1. Die originäre Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ist durchschnittlich, da sie im Zusammenhang mit den vorliegend relevanten Waren und Dienstleistungen der Klassen 9, 35 und 42 keinen sachbeschreibenden Sinngehalt aufweist. Die originäre Kennzeichnungskraft einer Marke 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 2017, 75 Rn. 19 – Wunderbaum II; GRUR 2016, 283 Rn. 10 – BSA/DSA DEUTSCHE SPORTMANAGEMENTAKADEMIE). Bei der Bestimmung der Kennzeichnungskraft sind alle relevanten Umstände zu berücksichtigen, zu denen insbesondere die Eigenschaften, die die Marke von Haus aus besitzt, der von der Marke gehaltene Marktanteil, die Intensität, die geografische Verbreitung und die Dauer der Benutzung der Marke, der Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke und der Teil der beteiligten Verkehrskreise gehören, die die Waren oder Dienstleistungen auf Grund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen (ständige Rechtsprechung: EuGH GRUR Int 1999, 734 – Lloyd; GRUR Int 2000, 73 – Chevy; GRUR 2005, 763 – Nestle/Mars; BGH GRUR 2013, 833 Rn. 41 – Culinaria/Villa Culinaria; GRUR 2007, 1071 Rn. 27 – Kinder II; GRUR 2007, 1066 Rn. 33 – Kinderzeit; GRUR 2009, 766 Rn. 30 – Stofffähnchen I; GRUR 2009, 672 Rn. 21 – OSTSEE-POST). Soweit die Widerspruchsmarke in der Klasse 29 auch für die Waren „getrocknetes und gekochtes Obst“ Schutz genießt, können die Frage, ob diese Waren im Sinne eines Oberbegriffs auch „getrocknete und gekochte Äpfel“ umfassen, sowie der Grad ihrer Kennzeichnungskraft in diesem Warenezusammenhang als nicht entscheidungserheblich dahingestellt bleiben.

Nach Auffassung des Senats kann sich die Widersprechende im Zusammenhang mit bestimmten Waren der Klasse 9 auf eine durch intensive Benutzung weit überdurchschnittliche Kennzeichnungskraft berufen. Die Marke „Apple“ wird sowohl als Wortmarke als auch als Bildmarke insbesondere für die Waren „Computer“ und „Mobiltelefone“ intensiv benutzt. Die Bildmarke „Apple“ gehört in dieser Branche seit Jahren sowohl im Inland als auch weltweit zu den bekanntesten Bildmarken überhaupt. Diese Tatsache ist den Mitgliedern des Senats aus eigener Anschauung bekannt und bedarf keines weiteren Nachweises, § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG i.V.m. § 291 ZPO. Weiterhin stattet die Firma Apple ihre Computer und Mobiltelefone mit eigener Software aus und gehört zudem im Bereich des Cloud-Computings zu den führenden Anbietern. Insofern ist nach Auffassung des Senats

im Zusammenhang mit den Waren der Klasse 9 „Software“ und den Dienstleistungen der Klasse 35 „Datenverarbeitungsdienste“ zumindest von einer durch intensive Benutzung gesteigerten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke auszugehen. Im Zusammenhang mit den Dienstleistungen der Klasse 42 „Beratung in Bezug auf die Entwicklung von Computersystemen“ weist die Widerspruchsmarke zumindest eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft auf. Ob sich die besondere Bekanntheit der Widerspruchsmarke im Bereich der Waren der Klasse 9 „Computer“ und „Mobiltelefone“ auch auf die genannten Waren und Dienstleistungen „Software; Datenverarbeitungsdienste und Beratung in Bezug auf die Entwicklung von Computersystemen“ dahingehend auswirkt, so dass auch insoweit von einer gesteigerten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke auszugehen ist, kann als nicht entscheidungserheblich dahingestellt bleiben. Auch wenn ein „Ausstrahlen“ der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke auf andere Waren und Dienstleistungen, die in irgendeinem Zusammenhang mit Computern und Mobiltelefonen stehen, verneint wird, ist vorliegend eine Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG zu bejahen.

1.2 Die sich gegenüberstehenden Waren und Dienstleistungen sind identisch. Nachdem Benutzungsfragen nicht gestellt wurden, ist vorliegend von der Registerlage auszugehen. Die Waren der Klasse 9 „Software“ werden von den Kollisionsmarken wortgleich und damit identisch beansprucht. Die Dienstleistungen der angegriffenen Marke der Klasse 35 „Sammeln von Daten“ sind gegenüber den Dienstleistungen „Datenverarbeitungsdienste“, die von der Widerspruchsmarke in der Klasse 35 beansprucht werden, identisch. Der Warenbegriff „Datenverarbeitungsdienste“ ist ein weiter Oberbegriff, der auch die spezielleren Dienstleistung „Sammeln von Daten“ umfasst (siehe hierzu auch die Datenbank TM-Class des EUIPO). Bei den Dienstleistungen „Ingenieurtechnische Beratung“, die von der angegriffenen Marke in der Klasse 42 beansprucht werden, handelt es sich gleichfalls um einen weiten Oberbegriff. Unter diesen können insbesondere auch die Dienstleistungen „Beratung in Bezug auf die Entwicklung von Computersystemen“ subsumiert werden, die von der Widerspruchsmarke in

Klasse 42 beansprucht werden, so dass auch insoweit Dienstleistungsidentität besteht.

1.3. Hiervon ausgehend sind an den Markenabstand strenge bis sehr strenge Anforderungen zu stellen, denen die angegriffene Marke nicht mehr gerecht wird.

Die Frage der Ähnlichkeit einander gegenüberstehender Zeichen ist nach deren Ähnlichkeit im (Schrift-)Bild, im Klang und im Bedeutungs- oder Sinngehalt zu beurteilen, weil Marken auf die mit ihnen angesprochenen Verkehrskreise in bildlicher, klanglicher und begrifflicher Hinsicht wirken können. Dabei genügt für die Bejahung der Zeichenähnlichkeit regelmäßig bereits die Ähnlichkeit in einem der genannten Wahrnehmungsbereiche. 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. z. B. BGH GRUR 2018, 79 Rn. 37 – Oxford/Oxford Club). Abzustellen ist dabei auf die Wahrnehmung des angesprochenen Durchschnittsverbrauchers, der eine Marke regelmäßig in ihrer Gesamtheit erfasst und nicht auf die verschiedenen Einzelheiten achtet (so z.B. BGH in GRUR 2016, 283 Rn. 37 – BioGourmet m.w.N.). Maßgebend für die Beurteilung der Markenähnlichkeit ist der Gesamteindruck der Vergleichsmarken unter Berücksichtigung der unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente.

a) Entgegen der Auffassung der Widersprechenden kommt der Widerspruchsmarke kein Motivschutz zu. Die Rechtsfigur des Motivschutzes, die unter der Geltung des Warenzeichengesetzes anerkannt war, ist der Dogmatik des Markengesetzes fremd (vgl. hierzu Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl., § 9 Rn. 322 m.w.N.). Auch im Zusammenhang mit den Waren, für die die Widerspruchsmarke am intensivsten benutzt wird, nämlich „Computern“ und „Mobiltelefonen“ ist eine Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG nicht schon deswegen zu bejahen, wenn eine jüngere Marke irgendeine Abbildung von Äpfeln aufweist. Vielmehr kommt es auch bei einer älteren Marke, die sich auf eine

deutlich gesteigerte Kennzeichnungskraft berufen kann, auf alle Umstände des Einzelfalls an, so dass (unter anderem) stets zu prüfen ist, welcher Grad an bildlicher Zeichenähnlichkeit vorliegt, wobei die Zeichenähnlichkeit anhand der üblichen Beurteilungskriterien zu bemessen ist.

b) Vorliegend weisen die Vergleichszeichen eine durchschnittliche bildliche Zeichenähnlichkeit auf.

Die angegriffene Marke ist aus mehreren Bildelementen zusammengesetzt. Sie weist einen quadratischen Hintergrund auf, wobei die Ecken des Quadrats „abgerundet“ sind. Der quadratische Hintergrund hat eine hellgrüne Farbe, gegenüber der sich die weiteren Bildelemente invers abheben. Bei diesen Bildelementen handelt es sich um die Abbildung eines Apfels und die Abbildung zweier Zweige bzw. lanzettförmiger Blätter. Die Abbildung des Apfels befindet sich in der Mitte der bildlichen Gestaltung und wird von den zwei Zweigen bzw. lanzettförmigen Blättern kreisförmig umkränzt. Die gegenständlichen Bildelemente der angegriffenen Marke sind flächig bzw. zweidimensional dargestellt. Sie weisen keine naturalistischen Details auf, sondern sind auf die wesentlichen Merkmale von Äpfeln bzw. Zweigen und Blätter reduziert. Die Bildelemente wirken dadurch scherenschnittartig bzw. symbolhaft.

Die Widerspruchsmarke besteht aus der Darstellung eines Apfels. Dabei verzichtet auch diese Darstellung auf naturalistische Details. Der Apfel wird in schwarzer Farbe flächig bzw. zweidimensional dargestellt, was gleichfalls eine scherenschnittartige bzw. symbolhafte Bildwirkung erzeugt. Anders als bei der Darstellung eines Apfels in der angegriffenen Marke, befindet sich bei der Widerspruchsmarke an der Stelle, an der sich bei einem Apfel der Stil befindet, kein Stil, sondern die symbolhafte Darstellung eines lanzettförmigen Blattes. Weiterhin weist die Darstellung eines Apfels in der Widerspruchsmarke auf der rechten Seite einen konkaven Einschnitt auf, den der Verkehr naheliegend als eine von dem Apfel

abgebissene Stelle verstehen wird. Dieses Merkmal des „Angebissenseins“ findet in der angegriffenen Marke keine Entsprechung.

Hiervon ausgehend kann, entgegen der Auffassung Markenstelle, nicht davon ausgegangen werden, dass die Vergleichszeichen in ihrem maßgeblichen Gesamteindruck „vollkommen unähnlich“ seien. Denn beide Bildmarken weisen eine symbolische bzw. scherenschnittartige Abbildung eines Apfels auf. Auch wenn die angegriffene Marke neben der symbolhaften Darstellung eines Apfels, anders als die Widerspruchsmarke, die ausschließlich aus dieser symbolhaften Darstellung eines Apfels besteht, noch weitere Bildelemente aufweist, reichen diese Unterschiede nicht aus, um eine deutlich unterschiedliche Bildwirkung herzustellen. Insoweit wirkt sich vor allem der Umstand verwechslungsfördernd aus, dass die symbolhafte Darstellung eines Apfels in der angegriffenen Marke durch ihre zentrale Anordnung innerhalb der Gesamtgestaltung und die Umkränzung durch die weiteren gegenständlichen Bildelemente in Form zweier Zweige bzw. Blätter besonders hervorgehoben wird. Darüber hinaus wird der angesprochene Verkehr die Darstellung des Apfels innerhalb der angegriffenen Marke schneller erkennen und eindeutiger erfassen können als die beiden kreisförmig angeordneten Zweige bzw. Blätter, was gleichfalls dazu beiträgt, dass die angegriffene Marke von der symbolhaften Darstellung eines Apfels dominiert wird.

Im Zusammenhang mit dem hellgrünen Hintergrund der angegriffenen Marke hat die Widersprechende zutreffend darauf hingewiesen, dass solche „etikettartigen“ Hintergründe ein gängiges Mittel der Werbegrafik sind, an die der angesprochene Verkehr ausreichend gewöhnt ist. Weiterhin trifft es zu, dass sich im Zusammenhang mit den Waren der Klasse 9 „Software“ die Verkehrsgewohnheit herausgebildet hat, nicht aktive, aber ausführbare Computerprogramme auf den Bildschirmen von Computern oder auf den Displays von Smartphones durch symbolhafte Bildelemente darzustellen. Diese Computerprogramme können durch das Anklicken der sogenannten „Icons“ gestartet werden. Dabei bestehen die Icons regelmäßig aus verschiedenen Bildsymbolen, die vor einem quadratischen

Hintergrund mit „abgerundeten“ Ecken wiedergegeben werden. Der angesprochene Verkehr wird daher den etikettartigen Hintergrund der angegriffenen Marke als übliches Gestaltungselement eines Icons verstehen und ihm daher wenig Aufmerksamkeit zukommen lassen. Aus diesem Grund führt insbesondere das Bildelement des grünen Hintergrundes nicht ausreichend weit von dem kollisionsbegründend ähnlichen bildlichen Gesamteindruck weg. Zwar trifft die Auffassung der Widersprechenden, dass der Schutzgegenstand der schwarz/weiß eingetragenen Widerspruchsmarke jede Farbgebung einschlieÙe, nicht zu. Vielmehr ist ein jüngerer Zeichen, das von einer schwarz/weiß eingetragenen älteren Marke nur in der Farbgebung abweicht, nicht mit der älteren Marke identisch, sofern der Farbunterschied nicht völlig unbedeutend ist bzw. vom Verkehr nur bei einem direkten Vergleich der Zeichen nebeneinander bemerkt wird (BGH GRUR 2015, 1009 Rn. 15 f – BMW-Emblem). Vorliegend bewirkt die grüne Farbe der angegriffenen Marke jedoch keine ausreichend relevante Abweichung im bildlichen Gesamteindruck der Vergleichszeichen, auch wenn der Farbunterschied vom Verkehr ohne Weiteres erkannt wird.

Damit unterscheiden sich die Vergleichszeichen in bildlicher Hinsicht vor allem durch das Bildelement der zwei den Apfel umkränzenden Zweige oder Blätter, das nur die angegriffene Marke aufweist, und das Merkmal des „Angebissenseins“ des Apfels, das der angegriffenen Marke wiederum fehlt. Der angesprochene Verkehr wird die umkränzenden Zweige oder Blätter wegen der hervorgehobenen Positionierung des Apfels aber eher als Verzierung wahrnehmen, weshalb sich die Unterschiede beim angesprochenen Verkehr weniger einprägen werden. Entsprechendes Beiwerk ist regelmäßig nicht geeignet, den maßgeblichen Gesamteindruck der betreffenden Zeichen entscheidungserheblich zu verändern. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der angesprochene Verkehr bei Bildmarken – noch stärker als bei Wortmarken – die ältere Marke nicht in allen Einzelheiten, sondern nur ungefähr in Erinnerung behalten wird (Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl., § 9 Rn. 319).

c) Insgesamt und unter Berücksichtigung aller Umstände des hier vorliegenden Einzelfalls weisen die Vergleichszeichen in ihrem maßgeblichen bildlichen Gesamteindruck nicht nur dahingehend eine kollisionsbegründende Ähnlichkeit auf, dass sie jeweils einen Apfel darstellen bzw. die Abbildung eines Apfels enthalten. Entscheidungserheblich wirkt sich vorliegend vor allem der Umstand aus, dass die sich gegenüberstehenden Zeichen in der Art der Darstellung eines Apfels in hohem Maße ähnlich sind. In beiden Zeichen wird der Apfel nicht naturalistisch, sondern symbolhaft und scherenschnittartig wiedergegeben. Demgegenüber können die abweichenden Bildelemente der angegriffenen Marke einschließlich des Merkmals des fehlenden „Angebissenseins“ des Apfels den erforderlichen Zeichenabstand nicht mehr herstellen.

1.4. Unter Abwägung aller hier vorliegenden relevanten Umstände des Einzelfalls, insbesondere ausgehend von identischen Vergleichsprodukten, reichen die bildlichen Unterschiede zwischen den Zeichen auch im Zusammenhang mit solchen Produkten, bei denen der Widerspruchsmarke eine nur eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft zukommt, nicht mehr aus, um eine Gefahr von Verwechslungen zu verneinen.

2. Nachdem eine unmittelbare Verwechslungsgefahr im Sinne von § 125 b Nr. 1 MarkenG i.V.m § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG im Zusammenhang mit allen von der angegriffenen Marke beanspruchten Waren und Dienstleistungen wegen einer relevanten bildlichen Zeichenähnlichkeit zu bejahen ist, kann als nicht entscheidungserheblich dahingestellt bleiben, ob auch eine kollisionsbegründende begriffliche Zeichenähnlichkeit gegeben ist. Weiterhin kann als nicht entscheidungserheblich dahingestellt bleiben, ob auch eine Gefahr der gedanklichen Verknüpfung im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG vorliegt.

3. Ein Antrag auf Durchführung der mündlichen Verhandlung war nur von der Widersprechenden gestellt worden, die vollumfänglich obsiegt hat. Die Durchführung der mündlichen Verhandlung war demzufolge nicht erforderlich, § 69 Nr. 1 und 3 MarkenG.

4. Zur Auferlegung der Kosten aus Billigkeitsgründen gemäß § 71 Abs. 1 Satz 1 MarkenG bietet der Streitfall keinen Anlass.

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.

Kriener

Schödel

Dr. Nielsen

Li