



# BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 74/04

---

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt  
zugestellt am  
27. Juni 2007

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

**betreffend die Marke 301 41 158**

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 21. März 2007 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Widersprechenden wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 33 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 18. Dezember 2003 im Kostenpunkt aufgehoben, soweit der Widersprechenden die Kosten des Widerspruchsverfahrens betreffend den Widerspruch aus der Marke 1 129 387 auferlegt worden sind. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

**Gründe**

**I.**

Gegen die Eintragung der Marke 301 41 158



(farbig eingetragen in rot, blau, gold, braun, grau, schwarz und weiß)

am 26. Oktober 2001 eingetragen für die Waren der

Klasse 33: Glühwein

ist Widerspruch eingelegt worden aus

**1) der Wortmarke 1 037 52**

**Alpkönig**

eingetragen seit dem Jahr 1982 für die Waren der

Klasse 32: Bier; Limonaden, Colagetränke, Tonic-Water, Tafelwasser

**2) der Wortmarke 1 129 387**

**Alpenkönig**

eingetragen seit dem Jahr 1988 für die Waren und Dienstleistungen der

Klasse 32: Bier und alkoholfreie Getränke, insbesondere Limonaden,  
Colagetränke, Tonic-Water, Tafelwasser

### **3) der Wortmarke 1 187 447**

## **Alpkönig**

eingetragen für die Waren der

Klasse 25: Bekleidungsstücke, Schuhwaren Kopfbedeckung.

Die Markeninhaberin hat die Benutzung sämtlicher Widerspruchsmarken bestritten. Die Widersprechende hat darauf Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Benutzung eingereicht, insbesondere zwei eidesstattliche Versicherungen des ..., Marketing-Leiter bei der Widersprechenden. Die Markenstelle für Klasse 33 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 18. Dezember 2003 die Widersprüche zurückgewiesen und der Widersprechenden die der Markeninhaberin durch die Einlegung des Widerspruchs aus den Widerspruchsmarken zu 2) zu 3) entstandenen Kosten auferlegt.

Zur Begründung hat sie ausgeführt, für die Kennzeichnung der Ware „Bier“ mit der Widerspruchsmarke zu 1) seien zwar nach Art, Umfang und Dauer der Benutzung hinreichende Nachweise für eine rechtserhaltende Benutzung im Sinne von § 43 Abs. 1 S. 1 MarkenG vorgelegt worden, die Markeninhaberin habe insoweit den Einwand der mangelnden Benutzung auch nicht aufrechterhalten. Jedoch bestehe keine hinreichende Gefahr von Verwechslungen der sich gegenüberstehenden Marken im Sinne von § 9 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, weil das angegriffene Zeichen unter Berücksichtigung der Wechselwirkung aller in Betracht kommenden Faktoren einen hinreichenden Abstand zu der Widerspruchsmarke zu 1) einhalte. Zwischen den sich gegenüberstehenden Waren bestehe jedenfalls eine entfernte

Ähnlichkeit. Die Waren „Bier“ einerseits und „Glühwein“ andererseits gehörten zu derselben Getränkeart, Verwendungszweck und Nutzung seien identisch. Darüber hinaus konkurrierten sie insbesondere in der kalten Jahreszeit miteinander. Auch aufgrund der unterschiedlichen Herstellungsstätten sei die Ähnlichkeit nur als geringfügig anzusehen. Daher seien auch nur geringfügige Anforderungen an den Zeichenabstand zustellen, der vorliegend eingehalten worden sei. Die Begriffe „Alpkönig“ und „Alpenkönig“ kämen sich zwar in formaler Hinsicht relativ nahe, die unterschiedlichen Assoziationen, die die Begriffe vermittelten, trügen aber wesentlich zu ihrer Unterscheidung bei. So würden bei der angegriffenen Marke Assoziationen an König Ludwig II. (= Alpenkönig) geweckt, während ein „Alpkönig“ eher an einen König denken lasse, der Albträume vermittele bzw. der Schwäbischen Alb näher stehe. Bei einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke zu 1), deren Markenwort „Alpenkönig“ nicht als unmittelbar beschreibend anzusehen sei, und der nur geringfügigen Warennähe genügten diese Unterschiede, um ein sicheres Auseinanderhalten der Marken bei auch nur flüchtiger akustischer, optischer und begrifflicher Wahrnehmung zu gewährleisten. Auch eine mittelbare Verwechslungsgefahr sei nicht zu bejahen, weil nicht dargelegt sei, dass es sich bei der Widerspruchsmarke zu 1) um ein Serienzeichen handele.

Die Widersprüche aus den Widerspruchsmarken zu 2) und 3) seien schon deswegen zurückzuweisen, weil die Widersprechende auf die zulässige Einrede der mangelnden Benutzung der Marken keine diese Marken betreffenden Benutzungsunterlagen vorgelegt habe. Entgegen der Auffassung der Widersprechenden könne die Benutzung der Widerspruchsmarke zu 1) auch nicht als rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke zu 2) angesehen werden, weil der kennzeichnende Charakter beider Marken unterschiedlich sei, wie sich aus den obigen Ausführungen zum abweichenden Inhalt der Begriffe „Alpkönig“ und „Alpenkönig“ ergebe.

Die Kostenentscheidung zulasten der Widersprechenden entspreche der Billigkeit, weil die Widersprechende auf die Einrede der mangelnden Benutzung keine Benutzungsunterlagen hinsichtlich der Marken zu 2) und 3) vorgelegt habe, was dafür spreche, dass sie in einer aussichtslosen Situation mit ungeeigneten Mitteln ihr Interesse an der Löschung der angegriffenen Marke durchzusetzen versucht habe.

Gegen diesen Beschluss wendet sich die Widersprechende mit der Beschwerde. Sie führt aus, die Markenstelle sei fehlerhaft davon ausgegangen, dass der Nachweis für die Benutzung der Widerspruchsmarke zu 2) nicht geführt worden sei. Vielmehr sei der Nachweis der Benutzung für die Widerspruchsmarke zu 1) (Alpkönig) auch als Nachweis der Benutzung für die Widerspruchsmarke zu 2) (Alpenkönig) anzusehen, weil die Abweichung des Zeichenwortes „Alpenkönig“ von der tatsächlich benutzten Form so unerheblich sei, dass sie nicht ins Gewicht falle und der kennzeichnende Charakter der Widerspruchsmarke zu 2) dadurch nicht verändert werde. Die Abweichung sei für den Gesamteindruck der Widerspruchsmarke zu 2) und deren Auftritt im Verkehrsverständnis ohne Bedeutung. Der Bedeutungsgehalt der Widerspruchsmarke zu 2) sei auch bei Verkürzung des Zeichens um die beiden mittleren Buchstaben „en“ dem Bedeutungsgehalt der Widerspruchsmarke zu 1) gleichzusetzen. Daher werde der Verkehr die Widerspruchsmarke zu 2) als verkürzte Darstellung der Widerspruchsmarke zu 1) ansehen. Insbesondere werde der Begriff „Alp“ in weiten Teilen Süddeutschlands als gleichbedeutend mit dem Begriff „Alm“ benutzt, so dass auch hier wieder eine Assoziation an die Berge gegeben sei. Deswegen sei auch die Kostenüberbürdung im Hinblick auf das Widerspruchsverfahren aufgrund der Widerspruchsmarke zu 2) nicht gerechtfertigt, denn die geäußerte Rechtsmeinung sei jedenfalls nicht als „von Anfang an aussichtslos“ zu erachten. Zutreffend habe die Markenstelle zwar auch die Ähnlichkeit der Waren „Bier“ und „Glühwein“ bejaht. Glühwein werde nämlich in Ladengeschäften in unmittelbarer Nähe zu Bier angeboten. Insbesondere das jüngere Publikum sei eine Unterscheidung zwischen alkoholischen Getränken einerseits und Bier andererseits wegen der Vielzahl von Biermixgeträn-

ken nicht mehr gewöhnt. Auch Brauereien würden eine Tendenz zur Sortimentsausweitung aufweisen. Bier und Likör seien bereits als ähnlich angesehen worden, daher könne vorliegend nichts anderes gelten. Biermischgetränke könnten eine große geschmackliche Ähnlichkeit mit Glühwein aufweisen. Bier könne auch mit einem Bierwärmer aufgewärmt werden, so dass sich die Ähnlichkeit mit Glühwein noch verstärke. Daneben besitze auch Bier eine wärmende Wirkung. Trinkfertiger Glühwein werde durchaus auch von Brauereien vertrieben, insbesondere von der Brauerei B... GmbH & Co. KG. Die Zeichen-ähnlichkeit sei hoch und reiche bis zur Identität. Es sei Verwechslungsgefahr sowohl in klanglicher als auch in schriftbildlicher und begrifflicher Hinsicht gegeben. Die Widersprechende ergänzt ihr Vorbringen betreffend die Benutzung der Widerspruchsmarken um eine eidesstattliche Versicherung des A..., Marketingleiter bei der C... Brauerei AG, vom 28. Juli 2004 und legt Flaschenetiketten betreffend die Waren „Alpkönig Tafelwasser“ (Umsatz für den Zeitraum 10/1995 – 9/2000: 8.746 hl; von 10/2000 bis 9/2003: insgesamt ca. 21.000 hl, davon jedenfalls 6.170 hl in 0,5 l - Flaschen vertrieben, den Rest als 25 l - Fässer gratis in den Verkehr gebracht) vor. Zudem nimmt sie auf zwei weitere eidesstattliche Versicherungen des A... vom 3. Dezember 2003 und 17. Februar 2004, die im Parallelverfahren 26 W (pat) 184/03 eingereicht worden sind, betreffend den Umsatz von „Alpkönig Dunkel“, „Alpkönig Pils“, „Alpkönig dunkle Weiße“ und „Alpkönig Kristallweizen“ (10/2000 bis 9/2003: insgesamt 7.066,75 hl) Bezug. Die Widersprechende behauptet weiterhin, soweit die Absatzzahlen in den beiden eidesstattlichen Versicherungen betreffend den Absatz von Tafelwasser nicht deckungsgleich seien, beruhe dies darauf, dass das Tafelwasser teilweise an Kunden zur Einführung in den Markt in 25-l-Fässern unentgeltlich abgegeben worden sei. Der Widerspruch aus der Widerspruchsmarke zu 3) werde nicht weiter verfolgt.

Die Widersprechende beantragt,

den angefochtenen Beschluss aufzuheben und die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen.

Die Markeninhaberin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie tritt der Auffassung der Widersprechenden entgegen, insbesondere hält sie die eingereichten Unterlagen zur Frage der Benutzung der Widerspruchsmarken insgesamt nicht für ausreichend. Insbesondere meint die Markeninhaberin unter Bezugnahme auf ihre in dem Parallelverfahren 26 W (pat) 184/03 eingereichten Schriftsätze, die vorgelegten Benutzungsunterlagen betreffend die Marke „Alpkönig“ seien nicht geeignet, die Benutzung der Widerspruchsmarke zu 2) „Alpenkönig“ glaubhaft zu machen. Eine schriftbildliche Verwechslungsgefahr sei entgegen der Auffassung der Widersprechenden auszuschließen, weil die angegriffene Marke durch den großflächigen Bildbestandteil maßgeblich mitgeprägt werde. Im Hinblick auf eine klangliche Verwechslungsgefahr könnten die weiteren Wortelemente „Bayerischer Glühwein“ nicht völlig vernachlässigt werden.

Wegen der weiteren Ausführungen wird auf die zwischen den Verfahrenbevollmächtigten der Beteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet.

Im Hinblick auf die Benutzung der Widerspruchsmarke zu 1) ist unter Zugrundelegung des § 43 Abs. 1 S. 1 MarkenG nach den zur Glaubhaftmachung im zeitgleich verhandelten Parallelverfahren 26 W (pat) 184/03 vorgelegten und hier jeweils von der Gegenseite - auch im Hinblick auf die weiteren Schriftsätze nebst Anlagen - unwidersprochen in Bezug genommenen - Unterlagen der Widersprechenden, insbesondere den Verwendungsbeispielen für den Gebrauch der Widerspruchsmarke zu 1) sowie den eidesstattlichen Versicherungen des A...

ohne weiteres eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke zu 1) für den Zeitraum der Jahre 1995-2003 für die Ware „Bier“ anzuerkennen. Durchgreifende Zweifel an einer ernsthaften Benutzung ergeben sich trotz des für eine Großbrauerei vergleichsweise geringen Umsatzes von ca. 15.800 hl Bier in acht Jahren nicht. Entgegen der Auffassung der Markeninhaberin gilt das im Ergebnis auch für die Ware „Tafelwasser“, für die ein Absatz von jedenfalls ca. 14.900 hl für den gleichen Zeitraum glaubhaft gemacht worden ist. Zweifel im Hinblick auf eine ernsthafte Benutzung der Widerspruchsmarke zu 1) für die Waren „Bier“ und „Tafelwasser“ können aus dieser Umsatzmenge nicht hergeleitet werden (so im Ergebnis auch BPatG, Beschl. v. 26.1.2003 - 28 W (pat) 246/02 ALPKÖNIG/ALPKÖNIG). Die Bedenken der Markeninhaberin, die die beiden im Beschwerdeverfahren abgegebenen eidesstattlichen Versicherungen im Hinblick auf die Ware „Tafelwasser“ für widersprüchlich hält, greifen nach Auffassung des Senats nicht durch. Die eidesstattliche Versicherung vom 17. Februar 2004 stellt die Angaben zu dem Absatz von Tafelwasser unter der Bezeichnung „Alpkönig“ nur differenzierter als in der vorangegangenen eidesstattlichen Versicherung vom 3. Dezember 2003, im Ergebnis aber nicht anders dar.

Hingegen kann die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke zu 2) als Kennzeichnung für die Waren „Biere“ bzw. „Tafelwasser“ im Sinne des § 43 Abs. 1 S. 1 MarkenG nicht bejaht werden. Insbesondere kann die Benutzung der Widerspruchsmarke zu 1) entgegen der Auffassung der Widersprechenden nicht zugleich als Benutzung der Widerspruchsmarke zu 2) angesehen werden. Für die Frage einer rechtserhaltenden Benutzung ist maßgeblich, ob der kennzeichnende

Charakter der Widerspruchsmarke durch die Art der Verwendung der Marke verändert worden ist, § 26 Abs. 3 MarkenG. Das ist dann nicht der Fall, wenn der Verkehr Eintragung und Benutzungsform als ein und dasselbe Zeichen ansieht (vgl. BGH WRP 2000, 1161 - Kornkammer; GRUR 2002, 167, 168 – Bit/Bud; GRUR 1986, 892, 893 – Gaucho; Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 23 Rn. 116 f.). Hiervon kann bei den Zeichen „Alpkönig“ und „Alpenkönig“ nicht ausgegangen werden. Es ist weder dargelegt noch sonst ersichtlich, dass die Bezeichnung „Alp“ (regional verbreitete Bezeichnung für „Alm“, vgl. DUDEN, Die deutsche Rechtschreibung, 24. Aufl.) von dem angesprochenen Verkehr – hier allgemeine Verbraucherkreise - als ein Synonym für das Wort „Alpen“ (Gebirge) angesehen wird. Hiergegen spricht, dass es sich bei dem - im gesamten bundesdeutschen Sprachraum weniger bekannten - Begriff „Alp“ um einen Singular, bei dem - allgemein bekannten - Begriff „Alpen“ dagegen um einen Plural handelt. Dem Verkehr ist bekannt, dass es sich bei „den Alpen“ um den Eigennamen dieses Gebirges handelt, mithin ein Singular davon nicht abgeleitet werden kann, ohne dass der Eigenname seinen Charakter verliert. Die begrifflichen Aussagen beider Markenwörter, nämlich „König der (kleinen) Alp“ bzw. „König der (großen) Alpen“ weichen charakteristisch und entgegen der Auffassung der Widersprechenden auch in auffällender Weise voneinander ab, so dass der kennzeichnende Charakter beider Markenwörter als unterschiedlich zu beurteilen ist.

Sind für die Frage der Verwechslungsgefahr mithin nur noch die Widerspruchsmarke zu 1) und die angegriffene Marke zu berücksichtigen – der Widerspruch aus der Widerspruchsmarke zu 3) soll nach dem erklärten Willen der Widersprechenden nicht mehr weiter verfolgt werden –, ist die Gefahr von Verwechslungen der Vergleichsmarken i. S. d. §§ 42, 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG zu verneinen.

Nach den genannten Vorschriften ist eine Marke zu löschen, wenn wegen ihrer Ähnlichkeit mit einer angemeldeten oder eingetragenen Marke mit älterem Zeitrang und der Identität oder der Ähnlichkeit der durch die beiden Marken erfassten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen

besteht, einschließlich der Gefahr, dass die Marken gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden. Für die Frage der Verwechslungsgefahr 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, 513, 514 - MEY/Ella May; GRUR 2006, 859, 860 – Malteserkreuz).

Nach diesen Grundsätzen kann eine Verwechslungsgefahr vorliegend nicht bejaht werden. Die sich gegenüberstehenden Marken sind in begrifflicher Hinsicht, wie bereits oben ausgeführt, zwar nicht unähnlich, unterscheiden sich jedoch hinreichend deutlich. Eine Verwechslungsgefahr in klanglicher Hinsicht kann vorliegend schon nur angenommen werden, wenn das angegriffene Zeichen - allein - mit seinem Wortbestandteil „Alpenkönig“ benannt würde. Zwar ist bei Wort-Bild-Zeichen für die Prüfung der klanglichen Verwechslungsgefahr meist der Wortbestandteil maßgeblich, da er für den Verkehr regelmäßig die einfachste Benennungsmöglichkeit darstellt (BGH GRUR 2002, 809, 811 - FRÜHSTÜCKSDRINK I; GRUR 2002, 167, 169 – Bit/Bud; Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 2. Aufl., § 14 Rn. 592 m. w. N.). Diese Regel gilt aber nur bei nichts sagender, geläufiger und nicht ins Gewicht fallender grafischer Gestaltung im Sinne einer Verzierung (BGH GRUR 2000, 506, 509 - ATTACHÉ/TISSERAND). Dagegen ist es nicht ausgeschlossen, dass durch die Kombination aus Wort und Bild ein besonderer, von beiden Elementen geprägter Gesamteindruck entsteht und in Ausnahmefällen der Bildbestandteil so auffällig ist, dass der Wortbestandteil in den Hintergrund tritt und demgegenüber für den Verkehr unbeachtlich erscheint (BGH GRUR 1992, 48, 50 – frei öl; KG GRUR-RR 2002, 325, 326 – Nofretete; Ingerl/Rohnke, a. a. O., § 9 Rn. 594). Das Wort „Alpenkönig“ ist zwar nur vergleichsweise klein abgebildet,

während der Bildbestandteil, der aus der Darstellung des Schlosses Neuschwanstein bei Schneefall und mehreren Verzierungen und farblichen Unterlegungen besteht, einen prägenden Anteil an der angegriffene Marke hat und zudem die - rein beschreibenden - Worte „Bayerischer Glühwein“ wegen der Größe der Buchstaben und der auffälligen Schriftart sowie der zentralen Platzierung dieser Wortkombination ganz im Vordergrund der Gestaltung der Marke stehen. Dennoch ist das Wort „Alpenkönig“ als einziges unterscheidungskräftiges Wort und damit als das maßgebliche Markenwort, mit dem die angegriffene Marke benannt werden wird, anzusehen. Zwar ist zwischen den Wörtern „Alpkönig“ und „Alpenkönig“ ebenfalls ein gewisses Maß an klanglicher Ähnlichkeit in der Betonung und Lautfolge feststellbar, wobei aber auch hier gilt, dass die dreisilbige Widerspruchsmarke zu 1) aufgrund des abweichenden Sprachrhythmus nur unter ungewöhnlichen Bedingungen, etwa bei äußerst nachlässiger Aussprache oder besonders schlechten akustischen Bedingungen die zweite Silbe „en“ in der angegriffenen Marke überhört und für die dreisilbige Widerspruchsmarke zu 1) gehalten werden wird, während bei normaler Aussprache die Drei- bzw. Viersilbigkeit beider Marken deutlich hervortritt. Zudem weisen beide Markenwörter einen deutlichen Begriffsinhalt auf. Der Umstand, dass eine Marke einen Begriffsgehalt aufweist, hat die Wirkung, dass bildliche oder klangliche Unterschiede vom Hörer wesentlich schneller und besser erfasst werden, so dass es erst gar nicht zu Verwechslungen kommt (BGH GRUR 1959, 182, 185 – Quick; GRUR 2000, comtes/ComTel). Eines Bezugs des betreffenden Begriffs zu den einschlägigen Waren (und Dienstleistungen) bedarf es insoweit nicht (BGH GRUR 1992, 130, 132 – Bally/BALL). Voraussetzung für eine Reduzierung der Verwechslungsgefahr durch einen abweichenden Sinngehalt ist lediglich, dass dieser vom Verkehr auch bei flüchtiger Wahrnehmung sofort erfasst wird und keinen weitergehenden Denkvorgang erfordert. Das ist hier der Fall, wie bereits ausgeführt. Ebenso wenig kommt eine visuelle Verwechslungsgefahr in Betracht. Denn es ist kein Erfahrungssatz ersichtlich, nach dem der Verkehr bei der rein visuellen Wahrnehmung einer Wort-/Bildmarke in erster Linie die Wörter (gegebenenfalls in ihrer inhaltlichen Bedeutung), nicht jedoch den Bildbestandteil in sein Erinnerungsbild aufnimmt (vgl. BGH a. a. O.

ATTACHÉ/TISSERAND; BGHZ 139, 340, 348 - Lions; BGH GRUR 1999, 733, 735 - LION DRIVER). Danach vernachlässigt der Durchschnittsverbraucher den - ohnehin dominierenden - Bildbestandteil in der jüngeren Marke nicht. Nach alledem ist nicht zu erwarten, dass beide Markenwörter in beachtlichem Umfang füreinander gehalten werden.

Ungeachtet einer denkbaren Schwächung der Widerspruchsmarke zu 1) wegen eines beschreibenden Anklangs und unter Zugrundelegung einer zu ihren Gunsten unterstellten durchschnittlichen Kennzeichnungskraft kann bei Gesamtschau aller Umstände eine Verwechslungsgefahr nicht angenommen werden, weil die Warenähnlichkeit, wie die Markenstelle zutreffend ausgeführt hat, allenfalls als äußerst entfernt angesehen werden kann. Bei der Beurteilung der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen sind alle erheblichen Faktoren zu berücksichtigen, die das Verhältnis zwischen den Waren und Dienstleistungen kennzeichnen; hierzu gehören insbesondere die Art der Waren und Dienstleistungen, ihr Verwendungszweck, ihre Nutzung sowie die Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Waren oder Dienstleistungen. In die Beurteilung einzubeziehen ist, ob die Waren oder Dienstleistungen regelmäßig von denselben Unternehmen oder unter ihrer Kontrolle hergestellt oder erbracht werden oder ob sie beim Vertrieb Berührungspunkte aufweisen (BGH, GRUR 2003, 428, 432 - BIG BERTHA; GRUR 2004, 241, 243 - GeDIOS; GRUR 2007, 321, 322 - COHIBA). Von einer Unähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen kann nur ausgegangen werden, wenn trotz (unterstellter) Identität der Marken die Annahme einer Verwechslungsgefahr wegen des Abstands der Waren und Dienstleistungen von vornherein ausgeschlossen ist. Dabei gibt es eine absolute Waren- und Dienstleistungsunähnlichkeit, die auch bei Identität der Zeichen nicht durch eine erhöhte Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke ausgeglichen werden kann (vgl. EuGH, GRUR 1998, 922 - Canon; BGH GRUR 2006, 941 Tz. 13 - TOSCA BLU). Bier bzw. Tafelwasser und Glühwein stammen, wie die Markenstelle zutreffend ausgeführt hat, aufgrund ihrer unterschiedlichen stofflichen Beschaffenheit und daraus resultierender unterschiedlicher Herstellungs-

verfahren im Allgemeinen nicht aus denselben Herkunftsstätten und werden auch nicht unter der Qualitätskontrolle eines Unternehmens erzeugt. Allein die Abfüllverfahren, nicht aber die Herstellung der Waren ist ähnlich. Das ist dem Verkehr allgemein bekannt. Auch im Vertrieb kommen sich diese Waren nicht so nahe, dass der Verkehr auf dieselbe Herkunft oder doch zumindest auf eine die Qualität des Produkts berücksichtigende Kontrolle schließen würde. Der Widersprechenden ist zwar zuzugeben, dass nach der allgemeinen Erfahrung bei winterlichen Sportveranstaltungen und Kulturereignissen beide Waren nebeneinander und auch in Ladengeschäften in unmittelbarer Nähe zueinander angeboten werden, was jedoch allein darin begründet ist, dass es sich jeweils um (alkoholische) Getränke handelt. Maßgeblich ist, dass der Verwendungszweck der Waren unterschiedlich ist. Dies beruht in erster Linie auf der Tatsache, dass es sich bei Glühwein um ein saisonal geprägtes Produkt handelt, das bevorzugt aus rotem, gelegentlich auch aus weißem Wein mit verschiedenen Gewürzen (üblicherweise Zimt, Gewürznelken, Zitronenschale, Sternanis) unter Zusatz von Zucker hergestellt und traditionell ausschließlich in der Vorweihnachtszeit im Handel angeboten und sodann als Heißgetränk verzehrt wird. Demgegenüber sind Bier und Tafelwasser saisonungebundene Getränke und werden - abgesehen von dem von der Widersprechenden angeführten Sonderfall des mittels Bierwärmers erwärmten Bieres - nicht aufgewärmt, sondern kühl getrunken, weshalb diese Waren auch untereinander nicht beliebig austauschbar sind. Hieraus ergibt sich zudem zwanglos, dass der Verwendungszweck dieser Getränke nicht das leibliche Erwärmen des Konsumenten wie bei Glühwein ist, sondern das Erfrischen, welches wiederum keine Eigenschaft von Glühwein ist. Die sich gegenüberstehenden Waren werden auch nicht wie etwa Wein und Wasser gemeinsam konsumiert oder gar gemischt (vgl. BGH GRUR 2001, 507, 509 - EVIAN/REVIAN). Soweit die Widersprechende darauf hinweist, dass der Verkehr in stark zunehmendem Maße an die Existenz von Biermischgetränken, in denen sich auch Gewürze befinden können, gewöhnt sei, ändert dies nichts an der Feststellung einer nur entfernten Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Waren. Maßgeblich ist allein, ob der Verkehr einen Anlass hat anzunehmen, diese stammten aus denselben oder miteinander verbundenen Un-

ternehmen. Dies ist nicht der Fall, weil auch Biermischgetränke aus dem Grundstoff Bier unter Verwendung weiterer Zusatzstoffe hergestellt werden und sich damit deutlich von dem Ausgangsstoff „Wein“ für die Waren Glühwein unterscheiden. Für den Verkehr ist mithin erkennbar, dass Bier(mischgetränke) und Glühwein aus verschiedenen Stoffen bestehen, in unterschiedlicher Weise hergestellt werden und damit aus unterschiedlichen Betrieben mit unterschiedlichem Know-How und unterschiedlicher Qualitätskontrolle stammen (vgl. BGH a. a. O. - COHIBA; vgl. zur entfernten Ähnlichkeit von Spirituosen und Glühwein: BPatG, Beschl. v. 12.7.1995 - 26 W (pat) 235/93 - RAUCHGOLD/Rauschgold-Engel Glühwein). Soweit die Widersprechende pauschal behauptet, Biermischgetränke könnten eine starke geschmackliche Ähnlichkeit zu Glühwein aufweisen, mag dies im Einzelfall zutreffen, der das Verbraucherverständnis aber nicht maßgeblich prägt. Auch der Vortrag der Widersprechenden, Brauereien neigten zur Sortimentsausweitung, vermag keine andere Beurteilung zu rechtfertigen. Es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass Bierbrauereien auch nur in Einzelfällen neben Bierprodukten auch Glühwein in ihre Produktpalette aufnehmen würden und dies zudem für den Verkehr erkennbar wäre. Der Hinweis der Widersprechenden auf einen Einzelfall des Vertriebs von Glühwein durch eine Brauerei spricht nicht für die Annahme des Gegenteils, zumal bei der rechtlichen Beurteilung maßgeblich nicht auf den Vertrieb von Glühwein, sondern auf dessen Herstellung abzustellen ist.

Bei einer nur entfernten Warenähnlichkeit und einer nur mittleren Ähnlichkeit der Widerspruchsmarke zu 1) und der angegriffenen Marke scheidet eine Verwechslungsgefahr mithin aus.

### III.

Es sind keine Gründe ersichtlich, von dem Grundsatz des § 71 Abs. 1 S. 2 MarkenG abzuweichen, nach dem jeder Beteiligte des Beschwerdeverfahrens seine Kosten selbst trägt. Soweit die Markenstelle der Widersprechenden allerdings die

Kosten des Widerspruchsverfahrens auferlegt hat, die der Markeninhaberin aufgrund der Einlegung des Widerspruchs aus der Widerspruchsmarke zu 2) entstanden sind, kann ihr Kostenausspruch in dieser Hinsicht nicht bestätigt werden. Die Widersprechende hat für diese Widerspruchsmarke zwar keine Benutzungsunterlagen vorgelegt. Dies beruhte jedoch nicht auf nachlässiger Verfahrensführung der Widersprechenden oder gar im Rahmen einer von vornherein aussichtsloser Situation, sondern beruhte auf der Tatsache, dass die Widersprechende die Vorlage von Benutzungsunterlagen aus rechtlichen Gründen nicht für erforderlich hielt, weil sie der Auffassung gewesen ist, die Benutzung der Widerspruchsmarke zu 1) sei aufgrund der Regelung des § 26 Abs. 3 MarkenG auch als Benutzung der Widerspruchsmarke zu 2) anzusehen. Diese Rechtsauffassung ist in formeller Hinsicht ohne weiteres vertretbar, wobei es im Hinblick auf eine denkbare Kostenfolge ohne Belang ist, dass diese Auffassung letztlich in materieller Hinsicht keine Bestätigung durch das Gericht gefunden hat.

gez.

Unterschriften