



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 74/07

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 303 18 238

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 22. Oktober 2008 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Fuchs-Wisseemann, den Richter Reker und die Richterin Kopacek

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I

Gegen die Eintragung der Marke 303 18 238

Power O2

für die Waren

„Mineralwässer, kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke, Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Biere; Weine, Schaumweine und Spirituosen“

ist Widerspruch erhoben worden aus der für die Waren und Dienstleistungen

„32: Biere; Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken

33: Alkoholische Getränke (ausgenommen Biere)

43: Dienstleistungen zur Verpflegung und Beherbergung von Gästen“

eingetragenen prioritätsälteren Gemeinschaftsmarke 2 781 870

pO₂wer

Die Markenstelle für Klasse 32 des Deutschen Patent- und Markenamts hat den Widerspruch mit zwei Beschlüssen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, zurückgewiesen, weil trotz der Identität der beiderseitigen Waren nicht die Gefahr einer Verwechslung der Marken gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG bestehe. Zur Begründung hat sie ausgeführt, die Widerspruchsmarke weise nur eine äußerst geringe Kennzeichnungskraft auf. Sie sei aus den für sich genommen für Getränke beschreibenden und somit schutzunfähigen Bestandteilen „power“ und „O₂“ zusammengesetzt und beziehe ihre Unterscheidungskraft allein aus der besonderen Verbindung dieser Einzelbestandteile, bei der „O₂“ an Stelle des Buchstabens „o“ in das Wort „power“ eingefügt sei. Deshalb sei ihr Schutzbereich nach ständiger Rechtsprechung eng zu bemessen und auf ihre eintragungsbegründende Eigenprägung zu beschränken. Den engen Schutzbereich der Widerspruchsmarke verletze die angegriffene Marke nicht, weil in ihr die Bestandteile „power“ und „O₂“ nicht in einer der Widerspruchsmarke entsprechenden Weise miteinander verbunden seien, sondern hintereinander aufgeführt seien. Auch die Gefahr einer Verwechslung der Marken durch gedankliche Verbindung bestehe bei dieser Sachlage nicht.

Hiergegen wendet sich die Widersprechende mit der Beschwerde. Sie rügt, die Markenstelle habe sich in ihren Beschlüssen nicht ausreichend mit den von ihr zur Gefahr einer gedanklichen Verbindung der Marken vorgebrachten Argumenten auseinandergesetzt. In ihren bei der Markenstelle eingereichten Schriftsätzen hat sie insoweit die Ansicht vertreten, der Verkehr werde auf Grund der Tatsache, dass beide Marken die Bestandteile „power“ und „O2“ enthielten, davon ausgehen, dass die angegriffene Marke nur eine andere Schreibweise der Widerspruchsmarke sei. Zwischen den Marken bestehe auch die Gefahr unmittelbarer klanglicher und begrifflicher Verwechslungen. Da beide Marken erkennbar aus den Bestandteilen „power“ und „O2“ bestünden, wiesen sie einen identischen Begriffsgehalt auf. Zudem ließen sich beide Marken übereinstimmend nur mit „power O2“ benennen.

Die Widersprechende beantragt sinngemäß,

die angefochtenen Beschlüsse der Markenstelle aufzuheben und die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen.

Die Markeninhaberin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

II

Die zulässige Beschwerde der Widersprechenden ist unbegründet. Zwischen den beiderseitigen Marken besteht keine Verwechslungsgefahr i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG.

Die Frage der Verwechslungsgefahr im Sinne der genannten Vorschrift ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (EuGH GRUR

1998, 387, 389 – Sabèl/Puma). Zu diesen Umständen zählen insbesondere die Ähnlichkeit der Marken und die Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren, zwischen denen eine Wechselwirkung dahingehend besteht, dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Marken durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Waren ausgeglichen werden kann und umgekehrt (EuGH GRUR 1998, 922, 923 - Canon).

Bevor jedoch entschieden werden kann, ob die festgestellten Ähnlichkeitsgrade der Waren und der Marken für die Bejahung einer Verwechslungsgefahr ausreichen, ist die Frage zu beantworten, welchen Abstand die jüngere Marke aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen von der älteren einzuhalten hat. Maßgeblich hierfür ist in erster Linie der Schutzzumfang der älteren Marke, der keine feste Größe darstellt, sondern - z. B. durch intensive Benutzung - erweitert oder - z. B. durch einen beschreibenden Aussagegehalt der Marke - vermindert sein kann. Ergibt sich im Rahmen dieser Prüfung, dass die ältere Marke wegen eines beschreibenden Begriffsgehalts oder -anklangs eine signifikante Kennzeichnungsschwäche aufweist, kann eine Verwechslungsgefahr aus Rechtsgründen ausgeschlossen sein, obwohl nach der Lebenserfahrung eine hochgradige Zeichenähnlichkeit und Verwechslungsgefahr kaum zu bestreiten ist (BGH GRUR 2003, 963, 965 – AntiVir/AntiVirus).

Hiervon ausgehend hat die Markenstelle die Gefahr von Verwechslungen zwischen den beiderseitigen Marken zu Recht verneint. Zwar sind die Waren, für die die angegriffene Marke eingetragen worden ist, mit den Waren der Klassen 32 und 33, für die die Widerspruchsmarke Schutz genießt, identisch, was grundsätzlich einen deutlichen Markenabstand erforderlich macht. Es kann auch nicht bestritten werden, dass die beiderseitigen Marken wegen der in ihnen jeweils enthaltenen Bestandteile „power“ und „O2“ in tatsächlicher Hinsicht nicht unerhebliche klangliche und begriffliche Übereinstimmungen aufweisen. Dennoch besteht zwischen ihnen wegen der ausgeprägten Kennzeichnungsschwäche der Wider-

spruchsmarke aus Rechtsgründen keine Verwechslungsgefahr i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG.

Die Widerspruchsmarke ist, wie bereits die Markenstelle zutreffend festgestellt hat, aus den begrifflichen Bestandteilen „power“ und „O2“ zusammengesetzt, die für Getränke beschreibend sind, da sie darauf hinweisen, dass die so bezeichneten Getränke „power“ haben, also stark sind, und/oder dem Konsumenten „power“ (m. a. W.: Kraft) geben bzw. natürliche oder zugesetzte Sauerstoffanteile enthalten. Auch insgesamt geht die Bezeichnung „power O2“ nicht über die Summe ihrer beschreibenden Einzelbestandteile hinaus, weil sie auch als Gesamtbegriff nur zum Ausdruck bringt, dass die mit ihr bezeichneten Getränke dem Konsumenten durch ihren Sauerstoffanteil Kraft spenden. Ihre die Eintragung als Marke rechtfertigende Unterscheidungskraft gewinnt die Marke deshalb allein aus der besonderen Art der Verbindung der beiden jeweils warenbeschreibenden Einzelbegriffe. Diese eintragungsbegründende Eigenart beschränkt zugleich ihren Schutzzumfang und schließt es aus, gegen andere Marken vorzugehen, die ebenfalls die beschreibenden Begriffe „power“ und „O2“ als solche bzw. in einer abweichenden Gestaltung enthalten (BGH GRUR 1999, 238, 239 f. – Tour de culture; a. a. O. - AntiVir/AntiVirus).

Die angegriffene Marke weist die besondere Verknüpfung der beiden Begriffe „power“ und „O2“ in einem Wort, die die Unterscheidungs- und Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ausmacht, gerade nicht auf, sondern enthält die beiden Begriffe als lose Abfolge, weshalb sowohl eine unmittelbare als auch eine mittelbare Verwechslungsgefahr durch gedankliche Verbindung aus Rechtsgründen zu verneinen ist. Auf die von der Widersprechenden in den Vordergrund ihrer Argumentation gestellte Frage, ob der Verkehr die Marken tatsächlich unmittelbar verwechselt oder sie wegen ihrer tatsächlichen Ähnlichkeit beide dem Unternehmen der Widersprechenden zuordnet, kommt es angesichts der bereits aus Rechtsgründen fehlenden Verwechslungsgefahr nicht mehr an. Der Beschwerde der Widersprechenden muss der Erfolg daher versagt bleiben.

Für eine Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen (§ 71 Abs. 1 S. 1 MarkenG) gibt der Sachverhalt keinen Anlass.

Dr. Fuchs-Wisseemann

Kopacek

Reker

Ko