



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 114/06

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 302 02 595

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 9. April 2008 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Fuchs-Wisseemann sowie die Richterin Kopacek und den Richter Reker

beschlossen:

Die Beschwerde und der Kostenantrag der Widersprechenden werden zurückgewiesen.

Gründe

I

Gegen die Eintragung der Marke 302 02 595

BIERLINIE

für die Waren und Dienstleistungen

- „32: Biere;
- 39: Transport;
- 43: Verpflegung“

ist Widerspruch erhoben worden aus der in der Bundesrepublik Deutschland für die Waren

„boissons alcooliques (a l'exception des bieres) y compris melanges de boissons alcooliques“

geschützten prioritätsälteren IR-Marke 573 111 A

LINIE.

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 zwischen den Marken keine Verwechslungsgefahr i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG bestehe. Zur Begründung hat sie ausgeführt, für die Prüfung der Verwechslungsgefahr sei auf Seiten der Widerspruchsmarke ausschließlich von der Ware „Aquavit“ auszugehen, für die die Widersprechende auf die zulässige Nichtbenutzungseinrede der Markeninhaberin die Benutzung ihrer Marke glaubhaft gemacht habe. Zwischen dieser Ware und den Waren und Dienstleistungen, für die die angegriffene Marke eingetragen sei, bestehe nur eine entfernte Ähnlichkeit, weil Spirituosenhersteller üblicherweise weder Biere erzeugten und auch nicht auf dem Verpflegungs- und Transportsektor tätig seien. Vor diesem Hintergrund seien die Marken ausreichend unterschiedlich. Es seien keine Gründe dafür ersichtlich, warum der Verkehr die angegriffene, aus einem einzelnen Wort bestehende Marke auf deren Bestandteil „LINIE“ reduzieren sollte. Eine Prägung der angegriffenen Marke durch diesen Markenbestandteil komme schon deshalb nicht in Betracht, weil der Begriff „LINIE“ beschreibend und kennzeichnungsschwach sei. Zudem stelle die angegriffene Marke einen Gesamtbegriff dar. Auch für die Gefahr einer gedanklichen Verbindung der Marken lägen keine ausreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte vor. Die Widersprechende habe weder eine Serienmarkenbildung behauptet noch weise sei die kennzeichnungsschwache Widerspruchsmarke als Stammbestandteil geeignet.

Hiergegen wendet sich die Widersprechende mit der Beschwerde. Sie hat weitere Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Benutzung ihrer Marke für Aquavit vorgelegt und vertritt die Ansicht, zwischen den beiderseitigen Waren und Dienstleistungen bestehe eine große Ähnlichkeit. Aquavit und Bier würden nicht nur in den denselben Läden, Restaurants und Bars angeboten, sondern auch miteinander

der konsumiert. Bei der Dienstleistung „Transport“ handele es sich um eine begleitende Dienstleistung von Spirituosen, weil diese auch transportiert werden müssten. Die Widerspruchsmarke weise für Aquavit eine in Folge langjähriger und umfangreicher Benutzung gesteigerte Kennzeichnungskraft auf. Die Widerspruchsmarke sei intensiv beworben worden. Ihre Bekanntheit habe bei einer gestützten Befragung im Jahre 2001 bei 46% gelegen. Vor diesem Hintergrund bestehe zwischen den Marken bereits eine unmittelbare Verwechslungsgefahr. Der Bestandteil „BIER“ der Widerspruchsmarke besitze keinerlei Kennzeichnungskraft, weil er diese Ware glatt beschreibe. Hingegen sei der Begriff „LINIE“ für Bier nicht beschreibend, weshalb er innerhalb der angegriffenen Marke eine selbständig kennzeichnende Stellung innehave. Es bestehe zudem die Gefahr, dass die Marken gedanklich in Verbindung gebracht würden, weil der Verkehr annehmen werde, dass es sich bei einem mit „BIERLINIE“ bezeichneten Produkt um ein weiteres „LINIE“-Produkt handele.

Die Widersprechende beantragt,

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

Die Markeninhaberin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen und der Widersprechenden die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen.

Sie ist der Ansicht, es fehle bereits an einer rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke, weil die Widersprechende nicht die eingetragene Marke als solche, sondern nur eine kombinierte Wort-Bild-Marke benutzt habe, die neben dem Wort „LINIE“ eine Vielzahl weiterer Wort- und Bildelemente enthalte. Für alkoholische Mischgetränke sei eine Glaubhaftmachung der Benutzung nicht erfolgt, wes-

halb diese bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr keine Rolle spielen könne. Die beiderseitigen Waren und Dienstleistungen wiesen keine bzw. allenfalls eine sehr geringe Ähnlichkeit auf. Der Begriff „LINIE“ in Alleinstellung weise auch für Aquavit keine gesteigerte Kennzeichnungskraft auf, weil die Widersprechende diesen immer nur mit dem Zusatz „AQUAVIT“ benutzt habe. Eine erhöhte Kennzeichnungskraft könne deshalb allenfalls der Gesamtbezeichnung „LINIE AQUAVIT“ zukommen. Auch die Marken seien klanglich, schriftbildlich und begrifflich ausreichend unterschiedlich. Es bestehe kein Anlass für eine zergliedernde Betrachtungsweise der angegriffenen Marke. Zudem sei der Begriff „LINIE“ kennzeichnungsschwach und deshalb nicht geeignet, die angegriffene Marke selbständig zu kennzeichnen. Deswegen bestehe auch nicht die Gefahr einer gedanklichen Verbindung der Marken, zumal auch nicht von einer gesteigerten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ausgegangen werden könne.

Der Antrag, der Widersprechenden die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen, müsse Erfolg haben, weil es ersichtlich an einer Ähnlichkeit der Marken und der Waren und Dienstleistungen fehle. Die im Warenverzeichnis der angegriffenen Marke aufgeführte Ware „Biere“ sei im Warenverzeichnis der Widerspruchsmarke ausdrücklich ausgenommen. Die Rechtsverfolgung der Widersprechenden sei willkürlich, weil sie versuche, auf dem Wege des Widerspruchsverfahrens den Schutzbereich ihrer Marke willkürlich auf den Bereich der „Biere“ zu erweitern. Es fehle auch an einer Glaubhaftmachung der Benutzung der Widerspruchsmarke für diese Ware.

II

Die zulässige Beschwerde der Widersprechenden erweist sich als unbegründet. Zwischen den beiderseitigen Marken besteht, wie die Markenstelle zutreffend festgestellt hat, keine Verwechslungsgefahr i. S. d. §§ 42, 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG.

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 Ähnlichkeit der durch die beiden Marken erfassten Waren oder Dienstleistungen 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 kommenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der zu beurteilenden Marken, der Identität oder Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen und der Kennzeichnungskraft der älteren Marke, in der Weise auszugehen, dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Marken durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen oder der Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 2005, 513, 514 - MEY/Ella May; GRUR 2006, 859, 861 - Malteserkreuz; GRUR 2007, 235 ff. - Goldhase).

Hiervon ausgehend ist im vorliegenden Fall eine Verwechslungsgefahr zwischen den beiderseitigen Marken zu verneinen.

Entgegen der Ansicht der Widersprechenden besteht zwischen der Ware „Aqua-vit“, für die die Widerspruchsmarke ausschließlich benutzt worden ist, und der Ware „Biere“, für die die angegriffene Marke eingetragen ist, keine große, sondern allenfalls eine mittlere Ähnlichkeit. Zwar handelt es sich bei beiden Waren um alkoholische Getränke. Ihr Alkoholgehalt ist jedoch sehr unterschiedlich hoch. Auch wenn sie in einigen Regionen Deutschlands häufiger miteinander konsumiert werden, so bestehen jedoch erhebliche, dem Durchschnittsverbraucher dieser Waren allgemein geläufige Unterschiede in der Art und Beschaffenheit, den Herstellungsverfahren „Brennen“ bzw. „Brauen“ und - nicht zuletzt dadurch bedingt - den regelmäßigen Herstellungsstätten. Auch beim Angebot in Getränke- und Supermärkten finden sich die beiden maßgeblichen Waren regelmäßig in unterschiedlichen Angebotsbereichen und gruppenmäßig voneinander getrennt wieder.

An dieser Sach- und Rechtslage ändert sich auch dann nichts, wenn bei der Ähnlichkeitsprüfung nach den insoweit einschlägigen Grundsätzen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (GRUR 1990, 39, 40 f. - Taurus; GRUR 2002, 59, 62 f. - ISCO) und des Bundespatentgerichts (GRUR 2004, 954, 955 f. - CYRANETTEN/Circanetten) zu Gunsten der Widersprechenden von einer rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke die Warengruppe „Spirituosen“ ausgegangen wird, der Aquavit zuzurechnen ist, weil insoweit die gleichen tatsächlichen Verhältnisse bei den regelmäßigen Herstellungs- und Angebotsstätten vorzufinden sind. Für einen Rückgriff auf den eingetragenen, weiten Oberbegriff „alkoholische Getränke (ausgenommen Biere)“, der u. a. auch Weine, Sekte und alkoholische Mischgetränke umfasst, besteht dagegen bei der behaupteten Benutzung der Widerspruchsmarke für eine einzelne Spirituose im Rahmen der allgemein anerkannten erweiterten Minimallösung (BGH a. a. O. - ISCO) kein Raum.

Auch die Dienstleistung „Verpflegung“ weist mit der Ware „Aquavit“ eine allenfalls mittlere Ähnlichkeit auf. Insoweit ist von Bedeutung, dass es einerseits zwar gelegentlich Verpflegungsbetriebe gibt, die - i. d. R. historisch bedingte - Brennrechte besitzen und die zugleich Verpflegungsdienstleistungen erbringen und selbstgebrannte Spirituosen veräußern. In der Regel sind die Angebots- und Vertriebsstätten von Verpflegungsdienstleistungen und die Herstellungs- und Verkaufsstätten von Spirituosen allerdings nicht dieselben, was auch der normal informierte Durchschnittsverbraucher der betreffenden Waren und Dienstleistungen weiß, so dass insoweit kein Anlass dafür gegeben ist, von einer mehr als durchschnittlichen Ähnlichkeit auszugehen.

Zwischen der Dienstleistung „Transport“ und der Ware „Aquavit“ besteht entgegen der Ansicht der Widersprechenden keine Ähnlichkeit i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG, weil Unternehmen, die Aquavit herstellen und vertreiben, im Verkehr regelmäßig nicht als Anbieter von Transportdienstleistungen für Dritte in Erscheinung treten und umgekehrt. Dass derartige Produkte - meist von beauftragten Trans-

portunternehmen - zu den Verkaufsstätten transportiert werden müssen, vermag eine Ähnlichkeit nicht zu begründen. Deshalb kann der Widerspruch, soweit er sich gegen die Eintragung der angemeldeten Marke für diese Dienstleistung wendet, schon wegen der fehlenden Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen keinen Erfolg haben.

Ausgehend von einer mittleren Ähnlichkeit der Ware „Biere“ und der Dienstleistung „Verpflegung“ mit der als benutzt unterstellten Ware „Aquavit“ kann der Widerspruch - und damit auch die Beschwerde der Widersprechenden - auch in Bezug auf diese Waren und Dienstleistungen selbst dann keinen Erfolg haben, wenn zu Gunsten der Widersprechenden - trotz des entsprechenden Bestreitens der Markeninhaberin - unterstellt wird, dass die Widerspruchsmarke in Folge ihrer langjährigen und umfangreichen Benutzung im Inland über eine gesteigerte Kennzeichnungskraft verfügt; denn die Unterschiede der Marken sind auch bei dieser Ausgangslage in jeder Hinsicht ausreichend, um eine Verwechslungsgefahr in jeder Richtung ausschließen zu können.

Die beiderseitigen Marken unterscheiden sich insgesamt auf Grund des am Anfang der angegriffenen Marke stehenden Wortbestandteils „BIER“ sowohl klanglich und schriftbildlich als auch begrifflich deutlich voneinander. Es erscheint insbesondere auch auf Grund des von der Widerspruchsmarke deutlich verschiedenen Begriffsgehaltes der angegriffenen Marke als ausgeschlossen, dass ein normal informierter und angemessen aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher die eine Marke für die andere halten und somit unmittelbar verwechseln wird. Auch für eine Aufspaltung des einzelnen Wortes „BIERLINIE“ und eine Vernachlässigung des für die Ware „Biere“ an sich beschreibenden Bestandteils „BIER“ hat der Verbraucher bei dem einheitlichen Gesamtbegriff „BIERLINIE“, der in Bezug auf Biere geeignet ist, eine Serie von Bieren eines Herstellers zu bezeichnen, keine Veranlassung.

Dass es sich bei der angegriffenen Marke um einen Gesamtbegriff mit der vorstehend dargestellten Bedeutung handelt, führt jedenfalls dann, wenn wie im vorliegenden Fall nicht nachgewiesen ist, dass die Widersprechende ihrerseits über eine Serie von vergleichbar gebildeten „LINIE“-Marken verfügt und im Verkehr benutzt hat, für den Durchschnittsverbraucher auch von der Vorstellung weg, es handele sich bei den beiderseitigen, als unterschiedlich erkannten Marken um solche desselben Unternehmens oder um Marken von wirtschaftlich oder organisatorisch mit einander verbundenen Unternehmen. Die Beschwerde der Widersprechenden kann deshalb bereits wegen nicht bestehender Verwechslungsgefahr keinen Erfolg haben. Auf die Frage, ob die von der Widersprechenden vorgelegten Unterlagen geeignet sind, die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke gemäß § 43 Abs. 1, 26 MarkenG glaubhaft zu machen, kommt es bei dieser Sach- und Rechtslage nicht an.

Auch dem Antrag der Markeninhaberin, der Widersprechenden die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen, muss der Erfolg versagt bleiben.

Gemäß § 71 Abs. 1 S. 2 MarkenG trägt in einem markenrechtlichen Widerspruchsverfahren grundsätzlich jeder Beteiligte die erwachsenen Kosten selbst. Zwar kann das Gericht einem Verfahrensbeteiligten die Verfahrenskosten auferlegen, wenn dies der Billigkeit entspricht (§ 71 Abs. 1 S. 1 MarkenG). Für eine solche Kostenauflegung bedarf es jedoch stets besonderer Umstände, die im Allgemeinen nur dann gegeben sind, wenn ein Verfahrensbeteiligter in einer nach anerkannten Beurteilungsgesichtspunkten aussichtslosen oder kaum Aussicht auf Erfolg versprechenden Situation sein Interesse an dem Erhalt oder dem Erlöschen des Markenschutzes durchzusetzen versucht (st. Rspr.; vgl. z. B. BPatG Mitt. 1977, 73, 74).

Das Verhalten eines Widersprechenden gibt vor allem dann Anlass für eine Kostenauflegung, wenn es ersichtlich an jeder Ähnlichkeit der beiderseitigen Marken bzw. der Waren und Dienstleistungen fehlt, für die sie eingetragen sind,

oder wenn eine bestrittene Benutzung nicht glaubhaft gemacht und der Widerspruch dennoch weiterverfolgt wird (BPatGE 23, 224, 227; BPatG GRUR 1996, 981, 982 - ESTAVITAL).

Im vorliegenden Fall fehlt es nicht ersichtlich völlig an einer Ähnlichkeit der beiderseitigen Waren und Dienstleistungen, wie den obigen Ausführungen des Senats zur Frage der Ware- und Dienstleistungsähnlichkeit zu entnehmen ist. Obgleich der Widerspruch aus den dargestellten Gründen keinen Erfolg haben kann, liegt auch noch kein Fall einer ersichtlich fehlenden Markenähnlichkeit vor, weil die Frage der unmittelbaren und mittelbaren Verwechslungsgefahr angesichts des rein beschreibenden Charakters des Wortbestandteils „BIER“ der angegriffenen Marke und der von der Widersprechenden unter substantiierter Darlegung von Zahlen behaupteten erhöhten Kennzeichnungskraft einer erneuten Prüfung durch den Senat zugänglich gemacht werden durfte, ohne damit gegen die prozessuale Sorgfalt zu verstoßen. Da auch im übrigen keine Sorgfaltspflichtverstöße feststellbar sind, muss es bei der durch § 71 Abs. 1 S. 2 MarkenG für den Regelfall bestimmten eigenen Kostentragung verbleiben.

Dr. Fuchs-Wisseemann

Richterin Kopacek hat
Urlaub und kann daher
nicht unterschreiben.

Dr. Fuchs-Wisseemann

Reker

Bb