



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 155/05

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
9. Juni 2008

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke 399 15 210

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 30. Januar 2008 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Fuchs-Wisseemann sowie des Richters Reker und der Richterin Kopacek

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I

Gegen die Eintragung der Marke 399 15 210



für die Waren

- „25: Bekleidungsstücke, Schuhwaren, Kopfbedeckungen;
- 32: Mineralwässer und kohlensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken; Biere; Energy-Drinks;
- 33: alkoholische Getränke (ausgenommen Biere), insbesondere Wein, Sekt, Spirituosen und Liköre“

ist Widerspruch erhoben worden aus der für die Waren der Klasse 32

„Biere, Mineralwässer, kohlensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Limonaden, Fruchtgetränke, Fruchtsäfte, Fruchtnektare, Fruchtsaftgetränke; Moste (ungegoren); Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken; alkoholfreie Gemüsetrunke, alkoholfreie Gemüsesäfte als Getränke“

eingetragenen Marke 395 10 447



Die Markenstelle für Klasse 32 des Deutschen Patent- und Markenamts hat den Widerspruch zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, es fehle zum einen an einer Glaubhaftmachung der gemäß § 43 Abs. 1 S. 2 MarkenG zulässiger Weise bestrittenen Benutzung der Widerspruchsmarke. Die von der Widersprechenden eidesstattlich versicherten Umsätze seien nicht nach den Waren, für die die Widerspruchsmarke eingetragen ist, aufgeschlüsselt, so dass eine Zuordnung der angegebenen Gesamtumsätze zu den Waren und damit eine Feststellung, für welche dieser Waren die Widerspruchsmarke rechtserhaltend benutzt wurde, nicht möglich sei. Zwischen den beiderseitigen Marken bestehe auch keine Verwechslungsgefahr i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG, da sie im Gesamteindruck deutliche bildliche Unterschiede aufwiesen. Die angegriffene Marke bestehe aus der Abbildung eines Einhorns, während die Widerspruchsmarke ein geflügeltes Pferd darstelle, das auch als Pegasus bezeichnet werde. Auch die Unterschiede in den Körperhaltungen und der zeichnerischen Ausgestaltung führten von einem ähnlichen visuellen Gesamteindruck weg und ermöglichten ein sicheres Auseinanderhalten der Marken selbst bei Zugrundelegung des eher unsicheren Erinnerungsbildes. Auch eine begriffliche Verwechslungsgefahr sei wegen der durch die Bildmarken verkörperten unterschiedlichen Begriffe „Einhorn“ und „Pegasus“ nicht zu befürchten.

Hiergegen wendet sich die Widersprechende mit der Beschwerde. Sie hat weitere Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Benutzung der Widerspruchsmarke vorgelegt und vertritt die Ansicht, die Markenstelle habe bei der Beurteilung der Ähnlichkeit der Marken zu sehr auf die Unterschiede der Marken abgestellt, obwohl der Bundesgerichtshof festgestellt habe, dass es für die Frage der Verwechslungsgefahr mehr auf die Übereinstimmungen ankomme, weil diese stärker im Erinnerungsbild haften als die Unterschiede. Im vorliegenden Fall sei auch zu berücksichtigen, dass sich die angegriffene Marke stilistisch wie auch sinnbildlich einem Pegasus stark annähere, weil die Flügel durch ihre Größe und ihre Anordnung in der Bildmitte den Gesamteindruck der angegriffenen Marke stärker prägten als das am Bildrand zu findende, relativ dünne Horn. Beide Bildmarken zeigten letzt-

lich nur geflügelte Pferde, die vom Boden abhoben. Auch ein Einhorn sei letztlich nur ein Pferd mit einem Horn auf der Stirn. Die Markeninhaberin benutze die angegriffene Marke deshalb auch zusammen mit der Bezeichnung „FLYING HORSE“. Da die Beinstellung und die Kopfhaltung der Pferde in beiden Marken sehr ähnlich seien, werde der Verkehr selbst beim genaueren Betrachten der Marken keine Unterschiede feststellen. Zu berücksichtigen sei auch, dass sich die Marken regelmäßig nicht nebeneinander begegneten. Ergänzend bezieht sich die Widersprechende auf die Grundsätze der „Malteserkreuz“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Mitt. 2007, 27 ff.) sowie der Entscheidung „L & D“ ./ HABM des EuG (GRUR Int. 2007, 142 ff.).

In ihrem nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz vom 27. Februar 2008 hat sie die teilweise Rücknahme ihres Widerspruchs erklärt, soweit dieser sich gegen die Eintragung der angegriffenen Marke für die Waren der Klasse 25 und 33 gerichtet hat.

Die Widersprechende beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle vom 13. September 2005 aufzuheben, soweit der Widerspruch mit Bezug auf die Waren der Klasse 33 zurückgewiesen worden ist, und insoweit die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen.

Die Markeninhaberin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, die Ware „Energy-Drinks“, für die sie die angegriffene Marke benutze, weise nur eine geringe Ähnlichkeit mit den Waren der Widerspruchsmarke auf. Aber selbst bei Unterstellung einer großen Warenähnlichkeit unterscheide sich die angegriffene Marke in ihrem Gesamteindruck deutlich von der

Widerspruchsmarke. Die Widerspruchsmarke zeige einen feingliedrigen und naturgetreu dargestellten springenden Pferdekörper mit Flügeln, wohingegen es sich bei der angegriffenen Marke um die scherenschnittartige, schwarz-weiße Abbildung eines Einhorns handele. Damit sei auch eine begriffliche Verwechslungsgefahr ausgeschlossen. Die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke werde weiterhin bestritten, weil die vorgelegten Unterlagen auch weiterhin nicht geeignet seien, eine solche Benutzung glaubhaft zu machen.

II

Die zulässige Beschwerde der Widersprechenden erweist sich als unbegründet. Zwischen den Marken besteht, wie die Markenstelle zutreffend festgestellt hat, nicht die Gefahr von Verwechslungen i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG.

Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr hat unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu erfolgen, wobei eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht kommenden Faktoren besteht, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken, der Identität bzw. Ähnlichkeit der mit ihnen gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen, der Kennzeichnungskraft der älteren Marke sowie der Art des beteiligten Verkehrs und dessen zu erwartender Aufmerksamkeit gegenüber Warenkennzeichnungen (EuGH GRUR Int. 1999, 734 - Lloyd/Loints; BGH GRUR 2005, 513 - Ella May/MEY).

Zwar besteht, nachdem sich der Widerspruch aus der älteren Marke nunmehr nur noch gegen die Eintragung der jüngeren Marke für die Waren der Klassen 32 und 33 richtet, insoweit zwischen den beiderseitigen Waren Identität bzw. - in Bezug auf die Waren „Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken; Biere; alkoholische Getränke (ausgenommen Biere), insbesondere Wein, Sekt, Spirituosen und Liköre“ der angegriffenen Marke eine zumindest mittlere Ähnlichkeit, wenn zu Gunsten der Widersprechenden von einer rechtserhaltenden Be-

nutzung ihrer Marke für den Oberbegriff „alkoholfreie Getränke“ ausgegangen wird.

Für die Prüfung der Verwechslungsgefahr ist ferner von einer normalen Kennzeichnungskraft und damit einem durchschnittlichen Schutzzumfang der Widerspruchsmarke auszugehen. Für eine nachträgliche Steigerung ihrer bereits von Haus aus normalen Kennzeichnungskraft vor dem Anmeldetag der angegriffenen Marke fehlt es an einem ausreichenden Tatsachenvortrag der Widersprechenden. Insbesondere kann aus der glaubhaft gemachten Art und dem glaubhaft gemachten Umfang der Benutzung nicht auf eine nachträglich erhöhte Kennzeichnungskraft geschlossen werden; denn zum einen ist die Widerspruchsmarke im Verkehr stets nur zusammen mit dem Wort „OPPACHER“ benutzt worden und zum anderen kann aus dem Vortrag von Umsatzzahlen allein ohne den Nachweis weiterer Tatsachen, wie den für die Marke getätigten Werbeaufwendungen, ihren Marktanteil und ihre geografische Verbreitung sowie die dadurch erreichte Bekanntheit in den beteiligten Verkehrskreisen, nicht auf eine gesteigerte Verkehrsbekanntheit und damit auch nicht auf eine erhöhte Kennzeichnungskraft geschlossen werden (BGH GRUR 2003, 1040, 1044 - Kinder; BPatG GRUR 2004, 950, 952 - ACELAT/Acesal).

Auch bei dieser Ausgangslage bedarf es allerdings im Bereich der beiderseits identischen Waren eines überdurchschnittlichen Abstandes der Marken, um eine Verwechslungsgefahr i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG verneinen zu können. Dieser Abstand wird von der angegriffenen Marke gegenüber der Widerspruchsmarke freilich entgegen der Ansicht der Widersprechenden eingehalten.

Die unmittelbare bildliche Ähnlichkeit der Marken ist äußerst gering. Es besteht zum einen bereits keine Übereinstimmung im Motiv. Während nämlich die Widerspruchsmarke aus der Abbildung eines unter der Bezeichnung „Pegasus“ aus der griechischen Mythologie bekannten geflügelten Pferdes besteht, stellt die angegriffene Marke ein geflügeltes Einhorn dar. Der normal informierte und angemess-

sen aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher von Getränken, auf dessen Wahrnehmung der Marken bei der Beurteilung der Markenähnlichkeit abzustellen ist (EuGH GRUR 2004, 943, 944, Nr. 24 - SAT.2), kennt zum einen die Figur und das Aussehen des Fabelwesens „Einhorn“, z. B. aus dem Roman „Das letzte Einhorn“ und seiner Verfilmung, und wird auch das in dem Bild der angegriffenen Marke enthaltene Horn, das gut sichtbar nach oben aus der Stirn des Einhorns hervortritt, nicht übersehen.

Die beiderseitigen Marken weisen zudem in der Art der Darstellung des Pegasus bzw. des Einhorns gravierende Unterschiede auf, die einem angemessen aufmerksamen Durchschnittsverbraucher von Getränken sofort ins Auge springen. Während die Widerspruchsmarke eine weitgehend naturgetreue zeichnerische Darstellung eines hellen, nur in der äußeren Kontur schwarz begrenzten Körpers zeigt, ist die angegriffene Marke insgesamt deutlich stärker stilisiert und vereinfacht dargestellt und zudem vollständig schwarz durchgefärbt. Diese Unterschiede reichen in Verbindung mit der grundsätzlichen begrifflichen Verschiedenheit der Motive auch unter Berücksichtigung der feststellbaren Übereinstimmungen, wie der gleichen Sprung- bzw. Flugrichtung und einer ähnlichen Sprung- bzw. Flughaltung aus, um auch bei einer Verwendung der Marken für identische Waren sicherzustellen, dass die eine Marke bildlich nicht für die andere Marke gehalten wird.

Auch die Gefahr unmittelbarer begrifflicher Verwechslungen der Marken besteht angesichts der Tatsache, dass beide Marken verschiedene Fabelwesen verkörpern, die mit den unterschiedlichen Begriffen „Pegasus“ oder „geflügeltes Pferd“ bzw. mit „Einhorn“ bezeichnet werden, zweifelsfrei nicht.

Der Umstand, dass die Inhaberin der angegriffenen Marke diese im Verkehr auch zusammen mit der Bezeichnung „Flying Horse“ benutzt (hat), vermag eine Verwechslungsgefahr vorliegend schon deshalb nicht zu begründen, weil im markenrechtlichen Widerspruchsverfahren allein von den registrierten Formen der sich

gegenüberstehenden Marken auszugehen ist, die diese Bezeichnung nicht aufweisen.

Auch die von der Widersprechenden angeführte „Malteserkreuz“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (MarkenR 2006, 402) enthält keine Feststellungen, die für den vorliegenden Fall eine Bejahung der Verwechslungsgefahr gebieten würden, denn während sich in dem vom Bundesgerichtshof beurteilten Sachverhalt zwei identische, nur in Farbumkehr wiedergegebene Bildbestandteile gegenüberstanden, weisen die vorliegend zu beurteilenden Marken darüber hinaus weitere bildliche und begriffliche Unterschiede auf.

Für die Gefahr von Verwechslungen durch eine gedankliche Verbindung der Marken sind weder Tatsachen vorgetragen worden noch sonst ersichtlich. Auch einer solchen Verwechslungsgefahr wirkt entscheidend der unterschiedliche Begriffsinhalt der Marken entgegen. Damit kann die Beschwerde der Widersprechenden keinen Erfolg haben.

Angesichts der fehlenden Verwechslungsgefahr zwischen den beiderseitigen Marken kann die Frage, ob die Widersprechende auf die zulässige Nichtbenutzungseinrede der Markeninhaberin hin die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke gemäß § 43 Abs. 1 S. 2 MarkenG hinreichend glaubhaft gemacht hat, dahingestellt bleiben.

Für eine Abweichung von dem Grundsatz, wonach jeder Beteiligte die ihm erwachsenen Kosten selbst trägt (§ 71 Abs. 1 S. 2 MarkenG), gibt der Sachverhalt keine Veranlassung.

Dr. Fuchs-Wisseemann

Kopacek

Reker

Bb