



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 68/08

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 305 58 893

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 22. April 2009 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Fuchs-Wisseemann sowie der Richter Reker und Lehner

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I

Gegen die für die Waren

„Biere; Mineralwässer und kohlensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken“

eingetragene Wortmarke 305 58 893

Pörsator

ist Widerspruch eingelegt worden aus der für die Waren

„Biere“

registrierten prioritätsälteren Wort-/Bildmarke 2 037 728



und aus der für die Waren

„Bierdeckel, Papierservietten, Speisekarten, Plakate, Broschüren, Aufkleber, Schreibgeräte, Flaschenverpackungen aus Pappe oder Papier; Bierkrüge, Gläser (Gefäße); Gefäße (nicht aus Edelmetall) für Haushalt oder Küche; Bier“

eingetragenen prioritätsälteren Wort-/Bildmarke 398 48 177



Die Markenstelle für Klasse 32 hat die Widersprüche in zwei Beschlüssen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, der Widersprechende habe auf die zulässige Einrede der

Markeninhaberin die Benutzung der Widerspruchsmarken innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Entscheidung über den Widerspruch nicht in ausreichender Weise glaubhaft gemacht. Die vom Widersprechenden bei Gericht eingereichten Glaubhaftmachungsmittel seien nicht geeignet, den Nachweis der rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarken zu führen, da die vorgelegten Unterlagen keine Beurteilung des Umfangs der innerhalb der für die begehrte Entscheidung der Markenstelle erfolgten relevanten Benutzungshandlungen erlaubten. Die vom Widersprechenden im Erinnerungsverfahren beantragte Erstattung der Erinnerungsgebühr entbehre jeglicher Grundlage sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Widersprechenden. Zur Begründung bezieht er sich auf sein Vorbringen vor dem Deutschen Patent- und Markenamt. Dort hat er unter Vorlage von Benutzungsunterlagen ausgeführt, die Widerspruchsmarken nach kurzzeitiger Unterbrechung seines Geschäftsbetriebes in den Jahren 2003 und 2004 in der Folgezeit umfangreich benutzt zu haben. Es liege auch Verwechslungsgefahr vor. Der von der Markeninhaberin eingehaltene Zeichenabstand zu den Widerspruchsmarken sei nicht ausreichend, um die Gefahr von Verwechslungen auszuschließen. Der angesprochene Verkehr sehe nämlich im Wortende der angegriffenen Marke „-ator“ einen Hinweis auf eine Biersorte (der vom Widersprechenden betriebenen „P... Brauerei“) und bringe deshalb die angegriffene Marke mit den prioritätsälteren Widerspruchsmarken dergestalt gedanklich in Verbindung, dass er in „Pörzator“ eine Biersorte des Widersprechenden vermute.

Der Widersprechende beantragt sinngemäß,

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 32 vom 24. Oktober 2007 und vom 11. Juni 2008 aufzuheben und die Löschung der Eintragung der angegriffenen Marke anzuordnen.

Die Markeninhaberin hat keinen Antrag gestellt und sich auch sonst nicht im Beschwerdeverfahren geäußert.

II

Der zulässigen Beschwerde des Widersprechenden ist im Ergebnis der Erfolg versagt. Für die Entscheidung des Senats kann hierbei dahinstehen, ob den angegriffenen Beschlüssen der Markenstelle folgend die Beschwerde schon aufgrund der von der Markeninhaberin erhobenen Nichtbenutzungseinrede nach § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG unbegründet ist. Jedenfalls fehlt es im Streitfall an einer Verwechslungsgefahr der sich gegenüberstehenden Marken im Sinne von § 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG i. V. m. § 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 und 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 2007, 1066, 1067/1068 - *Kinderzeit*; GRUR 2006, 859, 860 - *Malteserkreuz*; GRUR 2006, 60, 61 - *cocodrillo*; GRUR 2005, 513, 514 - *MEY/Ella May*).

Zwischen den für die Widerspruchsmarke „Pörz-Biere“ und der angegriffenen Marke „Pörzator“ eingetragenen Waren besteht in Bezug auf „Biere“ Identität, in Bezug auf die weiteren für die angegriffene Marke eingetragenen Waren geringe bis mittlere Ähnlichkeit (vgl. Richter/Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen, 13. Aufl., S. 39/40). Die für die Widerspruchsmarke „Pörz“ eingetragenen Waren liegen insofern im Ähnlichkeitsbereich zu „Bieren“, als sie beim Vertrieb durch Brauereien oder Getränkeliieferanten häufig als Werbemittel, mit der entsprechenden Kennzeichnung versehen, eingesetzt werden.

Die Widerspruchsmarken „Pörz-Biere“ und „Pörz“ genießen für die angemeldeten Waren durchschnittliche Kennzeichnungskraft. Sie stellen sich als Phantasiebezeichnungen ohne beschreibenden Anklang dar. Anhaltspunkte für eine Erweiterung oder Einschränkung des Schutzbereichs der Widerspruchsmarke aufgrund gesteigerter Kennzeichnungskraft oder aufgrund Kennzeichnungsschwäche haben die Parteien nicht dargetan; solche sind auch nicht ersichtlich.

Eine unmittelbare Verwechslungsgefahr in klanglicher und schriftbildlicher Hinsicht scheidet - auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass im Hinblick auf die teilweise bestehende Warenidentität erhöhte Anforderungen an die Zeichenunterschiede zu stellen sind - aus. Die angegriffene Marke „Pörzator“ hält zu den Widerspruchsmarken „Pörz-Biere“ und „Pörz“ einen ausreichenden Zeichenabstand. Aufgrund der Endsilbe „-ator“ hebt sich die angegriffene Marke in klanglicher Hinsicht entscheidend von den Widerspruchsmarken ab. Die zusätzliche Lautfolge in der angegriffenen Marke bedingt einen dreisilbigen Aufbau, wohingegen die Widerspruchsmarke „Pörz“ nur aus einer Silbe besteht. Die Widerspruchsmarke „Pörz-Biere“ setzt sich zudem aus einer aus zwei Wörtern bestehenden Marke zusammen, während es sich bei der angegriffenen Marke „Pörzator“ um eine Einwortmarke handelt. Der Verkehr hat auch keinen Anlass, die angegriffene Marke in klanglicher Hinsicht auf „Pörz“ zu verkürzen. Die klanglichen Unterschiede finden ihre Entsprechung im Schriftbild. Aufgrund der zusätzlichen Buchstabenfolge „-ator“ stellt sich die angegriffene Marke „Pörzator“ für den Verkehr als

deutlich länger und in optischer Hinsicht in ihrem Buchstabenaufbau als im Vergleich zur Widerspruchsmarke „Pörz“ unterschiedlich dar. Auch in der Widerspruchsmarke „Pörz-Biere“ findet sich im Schriftbild ebenfalls keine kollisionsbegründende Entsprechung zur angegriffenen Marke „Pörzator“. Es ist nicht davon auszugehen, dass dem Verkehr bei der rein visuellen Wahrnehmung entginge, dass der angegriffenen Wortmarke Bildbestandteile fehlen, die die beiden Widerspruchsmarken enthalten, auch wenn der Verkehr regelmäßig nicht die sich gegenüberstehenden Marken gleichzeitig zur Kenntnis nimmt. Da es sich bei den Bildbestandteilen der Widerspruchsmarken nicht lediglich um nichtssagende oder geläufige und nicht ins Gewicht fallende grafische Darstellungen handelt (vgl. BGH GRUR 2008, 903, 904 - *SIERRA ANTIGUO*; BGH GRUR 2005, 419, 423 - *Räucherhate*; BGH GRUR 2004, 778, 779 - *URLAUB DIREKT*; BGH GRUR 2002, 1067, 1069 - *DKV/OKV*; BGH GRUR 2002, 167, 170 - *Bit/Bud*), führt auch das Fehlen solcher Bildelemente bei der angegriffenen Marke im Streitfall zum Ausschluss der Verwechslungsgefahr in schriftbildlicher Hinsicht.

Es besteht auch keine assoziative mittelbare Verwechslungsgefahr. Eine solche kann gegeben sein, wenn trotz der erkannten Unterschiede wegen einer Ähnlichkeit des Sinngehalts und einer einander entsprechenden Markenbildung auf eine Zusammengehörigkeit im Sinne von Serienmarken geschlossen werden kann (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl. 2006, § 9 Rn. 336 m. w. N.). Ausreichende Anhaltspunkte für das Bestehen einer solchen, aufgrund umfangreicher Nutzung der Zeichen mit abgewandelten Bezeichnungen (vgl. HK-Jansen, 2. Aufl. 2009, § 9 Rn. 210 m. w. N.) bekannten Markenserie, die zur Vorstellung des Verkehrs führt, das Markenelement „Pörz“ stelle sich als Stammbestandteil einer Serienmarke dar, hat der Widersprechende - abgesehen davon, dass dem Markenrecht ein Elementenschutz grundsätzlich fremd ist und bei der Annahme einer Verwechslungsgefahr somit Zurückhaltung geboten ist (vgl. HK-Jansen, a. a. O., § 9 Rn. 208 m. w. N.; Ströbele/Hacker, a. a. O.) - nicht dargetan und sind auch nicht ersichtlich.

Ohne Erfolg beruft sich der Widersprechende schließlich auch darauf, der Verkehr sehe in „Pörzator“ eine Biersorte der P...-Brauerei, so dass dem Streitfall eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne durch gedankliches Inverbindungbringen zugrunde liege. In einem solchen Fall erkennt der Verkehr die Unterschiede in den sich gegenüberstehenden Zeichen, so dass er sie zwar nicht miteinander verwechselt, aber demselben Inhaber zuordnet (vgl. BGH GRUR 2006, 60, 63 - *cocodrillo*), weshalb er das Bestehen von Beziehungen geschäftlicher, wirtschaftlicher oder organisatorischer Art vermutet (vgl. Ströbele/*Hacker* a. a. O., § 9 Rn. 338 m. w. N.). Voraussetzung hierfür ist, dass die Übereinstimmungen zwischen den Zeichen nicht lediglich eine allgemeine, nicht herkunftshinweisende, rein assoziative gedankliche Verbindung bewirken, sondern sich dem Verkehr aufdrängt, dass die Zeichen wegen ihres Sinngehalts und ihrer Zeichenbildung aufeinander bezogen sind (BGH a. a. O. - *cocodrillo*; BGH GRUR 2004, 779, 783 - *Zwilling/Zweibrüder*; *Fuchs-Wissemann* GRUR 1998, 522, 525). An die Prüfung, ob Marken miteinander gedanklich in Verbindung gebracht werden, sind zumindest gleich strenge Anforderungen zu stellen wie bei der mittelbaren Verwechslungsgefahr. Dies kommt grundsätzlich nur in Betracht, wenn das ältere Markenzeichen in der Vergangenheit umfangreich benutzt worden ist (vgl. BGH GRUR 2002, 171, 175 - *Marlboro Dach*; *HK-Jansen*, a. a. O., § 9 Rn. 221). Diese Annahme findet in den vom Widersprechenden vorgelegten Benutzungsunterlagen allerdings keine Grundlage. Zudem weist die Endung „-ator“ aus sich heraus auch nicht ohne weiteres auf die Herkunft eines solchermaßen gekennzeichneten Produkts aus einer bestimmten Brauerei hin. Vielmehr ist in der Endung „-ator“ im Sinne ein sachbeschreibender Hinweis auf eine Starkbiersorte zu sehen.

Eine Abänderung des Beschlusses der Markenstelle vom 11. Juni 2008 ist somit aus den zutreffenden Gründen dieser Entscheidung nicht veranlasst.

Dr. Fuchs-Wisseemann

Reker

Lehner

Fa