



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 58/08

(AktENZEICHEN)

Verkündet am
13. Mai 2009

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 304 27 964

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 13. Mai 2009 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Fuchs-Wisseemann sowie der Richter Reker und Lehner

beschlossen:

Auf die Beschwerde wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 32 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 20. März 2008 aufgehoben und die Erinnerung zurückgewiesen.

Gründe

I

Gegen die nach erfolgter Beschränkung des Warenverzeichnisses für die verbleibenden Waren

„Klasse 32: Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte, nämlich Apfelsaftmischgetränke unter Verwendung von Apfelsaft;

Klasse 33: alkoholische Getränke (ausgenommen Biere), Apfelwein, Mischgetränke unter Verwendung von Apfelwein, ausgenommen Mischgetränke mit Milch oder Molkebestandteil“

eingetragene Wort-Bildmarke 304 27 964



ist Widerspruch erhoben worden aus der für die Waren

„Klasse 5: Babykost;

Klasse 29: Eier, Milch und Milchprodukte, nämlich Butter, Käse, Sahne, Joghurt, Buttermilch, Kefir, Milchpulver für Nahrungszwecke, alkoholfreie Milch- und Milchlischgetränke mit überwiegendem Milchanteil, Desserts aus Joghurt, Quark und Sahne, Milchreis, Müslizubereitungen, im Wesentlichen bestehend aus Sauerrahm, Buttermilch, Sauermilch, Joghurt, Kefir, Quark, zubereiteten Früchten und Cerealien;

Klasse 30: Speiseeis; Fertiggerichte, im Wesentlichen bestehend aus Eiern, Fleisch, Käse, zubereiteten Früchten, Geflügel, Gemüse, Graupen, Gries, Grütze, Hülsenfrüchten, Kartoffeln, Teigwaren, Reis und Sago; Fleisch-, Fisch-, Frucht-, Nudel- und Reissalate; Sau-

cen, einschließlich Salatsaucen und Saucenpulver;
Suppen; Teigwaren;

Klasse 32: Mineralwässer und kohlensäurehaltige Wässer und
andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und
Fruchtsäfte“

eingetragenen prioritätsälteren Wort-Bildmarke 1 162 113

29 1 162 113* M 67353/29 Wz



Die Markenstelle für Klasse 32 des Deutschen Patent- und Markenamts hat durch Beschluss vom 2. März 2006 den Widerspruch wegen fehlender Verwechslungsgefahr zurückgewiesen. Auf die Erinnerung der Widersprechenden hat die Markenstelle für Klasse 32 am 20. März 2008 den Beschluss aufgehoben und die Löschung der Marke angeordnet. Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass die ältere Marke als Wortbestandteil identisch in die jüngere Kombinationsmarke übernommen worden sei, dort eine eigenständig kennzeichnende Funktion einnehme und sich deutlich eigenständig von den übrigen Bestandteilen absetze.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Markeninhaberin. Sie vertritt die Auffassung, dass keineswegs eine Glaubhaftmachung der Benutzung der Widerspruchsmarke für „alkoholfreie Getränke“ und „Fruchtgetränke“ insgesamt erfolgt sei. Zudem bestreitet sie die Verkehrsbekanntheit der älteren Marke für alle milchfreien Produkte und behauptet, dass dem Wortbestandteil „Müller“ als Allerweltsname keine oder nur geringe Unterscheidungskraft zukomme und demzufolge der

Verkehr diesen Wortbestandteil gegenüber den anderen Zeichenteilen nicht herausgreife. Maßgeblich sei vielmehr der optische Gesamteindruck.

Die Markeninhaberin beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle vom 20. März 2008 aufzuheben und die Erinnerung zurückzuweisen.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Hilfsweise regt sie die Zulassung der Rechtsbeschwerde an.

Nach ihrer Ansicht werde durch die Benutzung der Widerspruchsmarke insbesondere für Getränke mit überwiegendem Milch- oder Molkeanteil der geschützte Oberbegriff alkoholfreie Getränke mit abgedeckt. Eine Ähnlichkeit der Waren bestehe aber in jedem Fall. Im Übrigen verweist die Widersprechende auf ihren umfangreichen Vortrag im Verfahren vor der Markenstelle. Sie erachtet eine Verwechslungsgefahr für gegeben, da die Herstellerangabe „Müller“ hinter dem kennzeichnungsschwachen Bestandteil „Apfelspritzer“ zurücktrete. Selbst wenn beide Bestandteile in der jüngeren Marke gleichwertig seien, liege aufgrund der erhöhten Verkehrsgeltung der Widerspruchsmarke eine mittelbare Verwechslungsgefahr vor.

Zum weiteren Vorbringen wird auf die zwischen den Verfahrensbeteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II

Die Beschwerde der Markeninhaberin ist begründet, da zwischen den Vergleichsmarken keine Verwechslungsgefahr i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG besteht.

Die Frage der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr im Sinne der genannten Vorschrift ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen. Dabei ist von einer Wechselwirkung zwischen den Beurteilungskriterien der Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit, der Markenähnlichkeit und der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke in der Weise auszugehen, dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken oder durch eine erhöhte Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 2005, 513, 514 - *MEY/Ella May*; GRUR 2007, 235, 237 - *Goldhase*).

Die Frage der rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke kann dahingestellt bleiben, da eine Verwechslungsgefahr zu verneinen ist.

In Übereinstimmung mit der Markenstelle ist festzustellen, dass der Widerspruchsmarke in ihrer konkreten Gestaltung eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft für die Waren der Klasse 32 zuzubilligen ist. Ausgehend von der Grundannahme, dass es sich bei dem Nachnamen „Müller“ um einen in Deutschland mit am meisten verbreiteten Zunamen handelt, der eine gewisse Individualisierung nur durch die Hinzufügung eines Vornamens erfährt (vgl. BPatGE 32, 65, 68 - *H.J. Müller-Collection*) und dem daher von Haus aus nur eine geringe Kennzeichnungskraft zukommt, hat diese jedoch durch eine infolge intensiver Benutzung der Widerspruchsmarke für Milch und Milchprodukte erlangten Verkehrsbekanntheit, die von der Inhaberin der angegriffenen Marke auch nicht bestritten wurde und überdies senatsbekannt ist, eine Steigerung für Milchprodukte erfahren. Damit hat die Widerspruchsmarke indes nur ihre originäre Kennzeichnungs-

schwäche überwunden und besitzt insgesamt eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft.

Bei der großen Ähnlichkeit zumindest der sich in Klasse 32 gegenüberstehenden Waren und bei gleichzeitiger durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der älteren Marke sind eher strenge Anforderungen zu stellen, um eine Verwechslungsgefahr auszuschließen. Diesen erforderlichen Abstand halten die Zeichen indes ein.

Bei der Beurteilung der Ähnlichkeit von Marken, die - wie die Vergleichszeichen - aus mehreren getrennten Bestandteilen zusammengesetzt sind, ist von der registrierten Form als Ganzes auszugehen (vgl. EuGH GRUR 2005, 1042, 1044 - *THOMSON LIFE*). Insoweit unterscheiden sich die angegriffene Marke und die Widerspruchsmarke in ihrer Gesamtheit aufgrund der abweichenden Wort- bzw. Bildelemente in der angegriffenen Marke hinreichend deutlich sowohl klanglich als auch schriftbildlich und begrifflich.

Allerdings kann auch dann, wenn sich zwei Marken in ihrer Gesamtheit hinreichend unterscheiden, zwischen ihnen gleichwohl Ähnlichkeit i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG bestehen. Da dem Markenrecht ein allgemeiner Elementenschutz fremd ist, ist es grundsätzlich indes unzulässig, aus den sich gegenüberstehenden Vergleichsmarken jeweils ein Element herauszugreifen und allein auf dieser Grundlage eine Verwechslungsgefahr feststellen (vgl. BGH GRUR 1996, 198, 199 - *Springende Raubkatze*; EuGH a. a. O. - *THOMSON LIFE*). Vielmehr bedarf es für die Feststellung einer Verwechslungsgefahr in einem solchen Fall stets besonderer Umstände, die die Annahme rechtfertigen können, dass die übernommene Marke aus der Sicht der Durchschnittsverbraucher der fraglichen Waren oder Dienstleistungen eine selbständig kennzeichnende Stellung behält (vgl. EuGH a. a. O. - *THOMSON LIFE*), während die weiteren Bestandteile so in den Hintergrund treten, dass sie für den Verkehr an Bedeutung verlieren und zum Gesamteindruck des Zeichens nicht beitragen. Derartige Umstände sind vorliegend nicht gegeben.

Es ist anzunehmen, dass sich maßgebliche Teile des Verkehrs bei der mündlichen Wiedergabe der älteren Marke - zumindest mit - an der Wortfolge „Müller Apfelspritze“ orientieren, da dieser gegenüber dem Bildbestandteil in der Regel als einfachste und kürzeste Benennungsform prägender Charakter zukommt (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 9 Rdnr. 296 m. w. N.). Jedoch ist nicht davon auszugehen, dass der Wortbestandteil „Müller“ in der angegriffenen Marke eine selbständig kennzeichnende Stellung einnimmt, so dass er die Widerspruchsmarke dominieren oder prägen könnte (vgl. BGH GRUR 2008, 903, 904 - *SIERRA ANTIGUO*; GRUR 2004, 865, 866 - *Mustang*). Zum einen wird der Verkehr dieses Zeichenelement in der angegriffenen Marke aufgrund des Namenscharakters als Firmenname bzw. Herstellerangabe erkennen und in der Zeichenbenennung insgesamt eher vernachlässigen, zumal eine Übung des Verkehrs, in der vorliegenden Getränkebranche stets den Firmennamen als mitbestimmend wiederzugeben (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, a. a. O., § 9 Rdnr. 285), sich nicht von vornherein feststellen lässt. Zum anderen enthält der als Produktbezeichnung wirkende Bestandteil „Apfelspritze“ zwar in Bezug auf die alkoholischen und nicht alkoholischen Getränke einen gewissen beschreibenden Anklang, da er eine Kombination aus dem Inhaltsstoff „Apfel“ und einer Eigenschaft des Getränks („gespritzt“, „spritzig“) darstellt. Der Verkehr wird diesen Zeichenteil aber im Gegensatz zu dem Element „Apfelsaftschorle“ nicht als reine Warenbenennung erfassen, sondern vielmehr im Verhältnis zu der Firmenkennzeichnung „Müller“ als den eigentlichen Produkthinweis. Daher ist davon auszugehen, dass die angesprochenen Verkehrskreise die angegriffene Marke mit dem Bestandteil „Apfelspritze“, allenfalls mit den beiden Elementen „Müller Apfelspritze“, jedoch nicht allein mit der Firmenangabe „Müller“ benennen werden, zumal es sich hierbei - wie bereits ausgeführt - um einen äußerst geläufigen und deshalb kennzeichnungsschwachen Nachnamen handelt.

Ein der in der Entscheidung „*THOMSON LIFE*“ (vgl. EuGH a. a. O.) vorliegenden Konstellation vergleichbarer Fall ist nicht gegeben, da vorliegend nicht eine Produktkennzeichnung identisch in die jüngere Marke übernommen wurde, sondern

die Firmenangabe. Unerheblich bleibt dabei auch, dass beide Marken möglicherweise optisch angenäherte Ausgestaltungen des Firmennamens „Müller“ enthalten.

Eine unmittelbare Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG liegt demnach nicht vor.

Auch eine mittelbare Verwechslungsgefahr unter dem Aspekt des Serienzeichens (vgl. BGH GRUR 2002, 542, 544 - *BIG*; GRUR 2002, 544, 547 - *BANK 24*) mit dem Stammbestandteil „Müller“ scheidet aus, da - selbst unter der Annahme, dass die Widersprechende eine Zeichenserie für die einschlägigen Waren mit dem Bestandteil „Müller“ besitzt - nicht erkennbar ist, dass sich die angegriffene Marke mit der hinzugefügten Produktbezeichnung „Apfelspritzer“ in diese Zeichenserie einfügt. Wie die Widersprechende im Verfahren vor der Markenstelle vorgetragen hat, werde der Name „Müller“ für Milchmischgetränke ausschließlich von der Widersprechenden ohne unterscheidungskräftige Zusätze verwendet. Da dem Bestandteil „Apfelspritzer“ trotz des beschreibenden Anklangs nicht von vornherein jegliche Unterscheidungskraft abgesprochen werden kann, entfernt sich die angegriffene Marke insoweit deutlich von einer Markenserie der Widersprechenden.

III

Besondere Umstände, die es als billig erscheinen lassen könnten, einer der Verfahrensbeteiligten die Kosten des Widerspruchsverfahrens gemäß § 71 Abs. 1 Satz 1 MarkenG aufzuerlegen, sind nicht ersichtlich. Somit verbleibt es bei der durch § 71 Abs. 1 Satz 2 MarkenG gesetzlich bestimmten Kostenfolge, wonach jeder Verfahrensbeteiligte die ihm erwachsenen Kosten selbst trägt.

IV

Die Zulassung der Rechtsbeschwerde gemäß § 83 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist nicht veranlasst. Es ist weder ersichtlich noch vom Anmelder aufgezeigt, dass der vorliegende Fall eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft. Die Beurteilung, ob es sich bei dem Namen „Müller“ um einen „Allerweltsnamen“ handelt, stellt keine Rechtsfrage, sondern eine vom Senat zu treffende Feststellung in tatsächlicher Hinsicht dar. Im Übrigen erschöpft sich die Entscheidung des Senats in der einzelfallbezogenen Anwendung höchstrichterlich geklärter Beurteilungsgrundsätze.

Dr. Fuchs-Wisseemann

Reker

Lehner

Bb