



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 511/23

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2019 213 186

hat der 29. Senat (Marken- Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 5. Dezember 2023 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Dr. Mittenberger-Huber, der Richterin Akintche und der Richterin Lachenmayr-Nikolaou

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Widersprechenden wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 25 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 19. Januar 2023 aufgehoben. Wegen des Widerspruchs aus der Marke 30 2014 052 292 wird die Löschung der Marke 30 2019 213 186 im beantragten Umfang angeordnet.
2. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

I.

Die Wortmarke

AENNERGY

ist am 16. April 2019 angemeldet und am 16. Juli 2019 unter der Nummer 30 2019 213 186 in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register eingetragen worden für zahlreiche Waren der Klassen 3, 25 und 32, nämlich unter anderem für die Waren der

Klasse 32: Pale Ale; Weizenbier; Pulver für die Zubereitung von Getränken auf Fruchtbasis; Sirupe und andere alkoholfreie Präparate für die Zubereitung von Getränken; Wasser [Getränke]; Präparate für die Zubereitung von Likören; Tiefgekühlte Getränke auf Fruchtbasis; Smoothies [alkoholfreie Fruchtgetränke]; Sorbetgetränke; Radler; Sirupe für die Zubereitung von Getränken; Wasser mit Fruchtgeschmack; Pulver für die Zubereitung von alkoholfreien Getränken; Protein-angereicherte Sportgetränke; Saison-Bier; Sirupe für Getränke; Tonicwaters [nicht medizinisches Getränke]; Vitaminhaltige Getränke, nicht für medizinische Zwecke; Unvergorener Most; Wassermelonensaft; Tiefgekühlte kohlenstoffhaltige Getränke; Zitronengerstenwasser; Saftgetränke aus rotem Ginseng; Trinkwasser mit Vitaminen; Wurzelbier; Sirupe für die Zubereitung von Getränken mit Fruchtgeschmack; Säfte mit Fruchtfleischanteilen [nicht alkoholische Getränke]; Sojagetränke, ausgenommen als Milchersatz; Pulver für die Zubereitung von Getränken; Zitronensaft zur Verwendung bei der Zubereitung von Getränken; Sorbets [Getränke]; Stille Wasser; Tomatensaft [Getränke]; Teilgefrorene Erfrischungsgetränke [Slush-Drinks]; Sodawasser; Porter; Sirupe für die Zubereitung von aromatisiertem Mineralwasser; Sorbets in Form von Getränken; Schwarzbier [Bier aus geröstetem Malz]; Selterswasser; Traubensaftgetränke; Sirupe für die Zubereitung von Getränken auf Molkebasis; Smoothies; Sportgetränke mit Elektrolyteanteilen; Tomatensaftgetränke; Sportgetränke; Verdünnbare Präparate für die Zubereitung von Getränken; Trinkwasser; Traubensäfte; Säfte; Ramune [japanische Erfrischungsgetränke]; Unvergorener Traubenmost; Sirupe für die Zubereitung von nicht alkoholischen Getränken; Pulver für die Zubereitung von Kokoswassergetränken; Wasser; Weißbier; Vorwiegend aus Fruchtsäften bestehende Getränke; Sarsaparilla [alkoholfreies Getränk]; Sprudelwasser; Säfte aus gemischten Früchten; Sirup für die Zubereitung von Limonade; Quellwasser; Zitronensäfte mit Fruchtfleischanteilen; Trockener Ginger Ale; Tafelwasser; Säfte aus Aloe

Vera; Proteingetränke; Schwarzer Johannisbeersaft; Traubenmost [unvergoren]; Stouts; Reisgetränke, ausgenommen als Milchersatz; Lime Juice Cordial; Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer; Kohlenensäurehaltiges Wasser [Sodawasser]; Hopfenextrakte zur Verwendung bei der Zubereitung von Getränken; Lithiumwässer; Ales; Alkoholfreie Präparate für die Zubereitung von Getränken; Most [unvergoren]; Cream soda; Alkoholfreie Punsche; Orangensäfte mit Fruchtfleischanteilen; Eingedickter geräucherter Pflaumensaft; Getränke auf Wasserbasis mit Teeextrakten; Getränke auf Haferbasis [ausgenommen Milchersatzgetränke]; Alkoholfreie Getränke mit Biergeschmack; Kohlenensäurehaltiges Mineralwasser; Fruchtsaftgetränke; Extrakte aus unvergorenem Most; Mineralwässer [Getränke]; Mandelmilch [Sirup]; Kwass [alkoholfreies Getränk]; Aus einer Mischung von Obst- und Gemüsesäften bestehende Getränke; Granatapfelsaft; Gemüsesäfte [Getränke]; Energiegetränke; Funktionsgetränke auf der Basis von Wasser; Alkoholfreie Sodagetränke mit Teeengeschmack; Orangensäfte; Apfelsaft [Süßmost] [Apfelsüßmost]; Mit Vitaminen und Mineralsalzen angereicherte alkoholfreie Getränke; Alkoholfreie Aloe Vera-Getränke; Lager [Biere]; Bier; Bier-Cocktails; Fruchtgetränke; Entalkoholisierte Weine; Energiegetränke [nicht für medizinische Zwecke]; Alkoholfreie Weine; Alkoholfreie Aperitifs; Entalkoholisierte Getränke; Alkoholfreie Cocktails; Melonensaft; Douzhi [fermentiertes Bohnengetränk]; Alkoholfreie Getränke mit Kaffeegeschmack; Alkoholfreie Getränke mit Teeengeschmack; Getränke auf der Basis von Kokoswasser; Mineralwässer; Konzentrierte Fruchtsäfte; Alkoholfreier Cidre; Gemüsesmoothies; Energydrinks; Mischungen für die Zubereitung von Sorbetgetränken; Erfrischungsgetränke mit Fruchtgeschmack; In Flaschen abgefüllte Wasser; Bierimitat; Nichtalkoholische Getränke; Kohlenensäurehaltige Wässer; Malzwürze; Limettensaft zur Verwendung bei der Zubereitung von Getränken; Gletscherwasser; Fruchtsäfte; Alkoholfreie Getränke

mit Teearoma; Biermischgetränke; Getränke auf der Basis von braunem Reis, ausgenommen als Milchersatz; Essenzen für die Zubereitung von aromatisiertem Mineralwasser [nicht in Form von ätherischen Ölen]; Gemüsesaft; Biere, hell; Koffeinhaltige Getränke ohne Alkohol; Gereinigtes Trinkwasser; Kokoswasser zur Verwendung als Getränk; Aromatisierte, kohlenstoffhaltige Getränke; Kohlenstoffhaltige, alkoholfreie Getränke; Mit Vitaminen angereicherte alkoholfreie Getränke; Alkoholfreie Getränke mit Kaffeearoma; Essenzen für die Zubereitung von Getränken; Alkoholfreie Malzgetränke; Orangensaftgetränke; Getränke auf Nuss- und Sojabasis; Grüne Gemüsesaftgetränke; Ananassaftgetränke; Barley Wine [Bier]; Alkoholfreie Kräutersirupe; Kohlenstoffhaltige Säfte; Getränke auf der Basis von Früchten; Malzbier; Alkoholfreie Getränke; Alkoholfreie Erfrischungsgetränke; Essenzen für die Zubereitung von alkoholfreien Getränken, ausgenommen ätherische Öle; Ingwersaftgetränke; Guaranagetränke; Bio-Fruchtsäfte; Alkoholfreie Cocktail-Mixgetränke; Getränkesirup aus schwarzer Johannisbeere; Alkoholfreie gemüsesafthaltige Getränke; Grapefruitsaft; Mungobohnengetränke; Aromatisiertes Mineralwasser; Brausetabletten für Getränke; Getreide und Hafer enthaltende Smoothies; Ale mit Kaffeegeschmack; Cranberrysaft; Alkoholfreie Fruchtextrakte; Fruchtsirup; Alkoholfreier Zimtpunsch mit getrockneten Dattelpflaumen [Sujeonggwa]; Alkoholfreie Grundbasis für Cocktails; Alkoholfreie Getränke auf Fruchtbasis mit Teegeschmack; Mit Mineralien angereichertes Wasser [Getränke]; Helle Biere; Guavensaft; Obstsaft zur Verwendung als Getränke; Bitter Lemon; Kohlenstoffhaltige Fruchtsäfte; Alkoholfreie Getränke mit Fruchtsäften; Barley Wine [Starkbier]; Erzeugnisse zur Herstellung kohlenstoffhaltiger Wässer; Biere; Mit Vitaminen angereichertes Mineralwasser [Getränke]; Aloe-Saftgetränke; Alkoholfreie Traubensaftgetränke; Nicht medizinische Mineralwasser; Gemüsetrunke; Craft-Bier; Hopfenextrakte für die Bierherstellung; Chininhal-

tige Wässer; Ingwerbier; Mit Nährstoffen angereicherte Getränke; Brausepulver für Getränke; Alkoholfreie Fruchtcocktails; Nicht alkoholische, malzfreie Getränke [ausgenommen für medizinische Zwecke]; Kalorienarme Erfrischungsgetränke; Erfrischungsgetränke; Alkoholfreier Reispunsch [Sikhye]; Alkoholfreie Fruchtpunsche; Eisgekühlte Fruchtgetränke; Alkoholfreie sprudelnde Fruchtsaftgetränke; Getränke aus geräucherten Pflaumen; Aloe Vera-Säfte; Konservierte Moste, unvergoren; Isotonische Getränke [nicht für medizinische Zwecke]; Alkoholfreie Fruchtgetränke; Biere mit geringem Alkoholgehalt; Fruchtsaftkonzentrate; Molkegetränke; Bockbier; Konzentrate für die Zubereitung von Fruchtgetränken; Gemüsesaftgetränke; Alkoholfreie Biere; Alkoholfreie Getränke ohne Kohlensäure; India Pale Ale; Bier und Brauereiprodukte; Koffeinhaltige Energiegetränke; Mit Mineralstoffen angereicherte Biere; Kohlenhydratgetränke; Fruchtgetränke ohne Alkohol; Lager [Biergetränke]; Alkoholfreie aromatisierte kohlenensäurehaltige Getränke; Malzsirup für Getränke; Nichtalkoholische koffeinhaltige Getränke; Orangen-gerstenwasser; In Flaschen abgefülltes Trinkwasser; Biermischgetränke [Shandy]; Aus Früchten hergestellte Getränke; Getränke aus Gemüsesäften; Alkoholfreie Fruchtnektare; Biere mit Kaffeegeschmack; Limonaden; Konzentrierte Obstsaften; Extrakte für die Zubereitung von Getränken; Konzentrate für die Zubereitung von Erfrischungsgetränken; Isotonische Getränke; Getränke mit Fruchtgeschmack; Apfelsaftgetränke; Aromatisierte Wässer; Mit Nährstoffen angereichertes Wasser; Colagetränke [alkoholfreie Getränke]; Alkoholfreie Gemüsesaftgetränke; Alkoholfreie Fruchtextrakte für die Zubereitung von Getränken; Limonadensirupe; Mangosaft; Getränke auf Bierbasis; Alkoholfreie Honiggetränke; Aromatisierte Biere; Bierwürze; Fruchtsäfte mit Fruchtfleisch; Destilliertes Trinkwasser.

Gegen diese Marke, deren Eintragung am 16. August 2019 veröffentlicht worden ist, hat die Beschwerdeführerin Widerspruch erhoben aus ihrer am 9. Juli 2014 angemeldeten und am 28. Oktober 2014 farbig (rot, schwarz) eingetragenen Wort-/Bildmarke 30 2014 052 292



Die Widerspruchsmarke genießt Schutz für Waren und Dienstleistungen aus den Klassen 7, 30, 32 und 35, nämlich unter anderem für die Waren der

Klasse 32: alkoholfreie Fruchtgetränke; alkoholfreie Getränke; Energiegetränke [Energydrinks]; isotonische Getränke.

Der Widerspruch ist beschränkt aus den Widerspruchswaren der Klasse 32 erhoben worden und richtet sich gezielt gegen die Waren der Klasse 32 der angegriffenen Marke.

Der Inhaber der angegriffenen Marke hat mit am 13. Februar 2020 beim DPMA eingegangenem Schriftsatz die Einrede mangelnder Benutzung erhoben. Daraufhin ist ihm vom DPMA mitgeteilt worden, dass die nach neuem Recht mögliche Einrede „derzeit“ nicht zulässig sei.

Mit Beschluss vom 19. Januar 2023 hat die Markenstelle für Klasse 25 den Widerspruch mangels Verwechslungsgefahr zurückgewiesen. Nach der Registerlage stünden sich identische Waren aus der Getränkebranche gegenüber. Die vom Inhaber der angegriffenen Marke erhobene Nichtbenutzungseinrede sei unzulässig. Die Widerspruchsmarke verfüge nur über eine unterdurchschnittliche Kennzeichnungskraft, weil ihr Wortbestandteil „Änergy“ ohne weiteres erkennbar an den für Getränke beschreibenden englischen Begriff „Energy“ angelehnt sei. Die Ver-

gleichsmarken zeigten wegen der außergewöhnlich markanten grafischen Ausgestaltung des Anfangsbuchstabens der Widerspruchsmarke schriftbildlich ausreichende Unterschiede. Auch in klanglicher Hinsicht unterschieden sich die Kennzeichen ausreichend, weil sie in den Anfangsilben – „ae“ einerseits und „ä“ andererseits – voneinander abwichen und durch den zusätzlichen Konsonanten „n“ in der jüngeren Marke zudem die Anmutung eines Vornamens erzeugt werde. Wie die Widerspruchsmarke erinnere auch die jüngere Marke an den beschreibenden Sachhinweis „Energy“. Zu berücksichtigen sei, dass Marken, die für den Verkehr erkennbar an freihaltebedürftige Angaben angelehnt seien, nur eine geringe Kennzeichnungskraft aufwiesen, ihr Schutzzumfang eng zu bemessen sei und sich auf die jeweilige Eigenprägung beschränke. Da sich die Übereinstimmungen der Markennörter aber gerade auf die beschreibende Angabe selbst beschränkten, orientierten sich die Kunden am Gesamteindruck der Marken, um die Angebote sicher von denen anderer Anbieter unterscheiden zu können. Die Gemeinsamkeit beider Markennörter in der Endung „-ergy“ vermöge keine Verwechslungsgefahr zu begründen. Die verschiedenen Anfänge bewirkten einen jeweils eigenständigen Markencharakter, der die Vergleichsmarken nicht nur schriftbildlich, sondern auch klanglich und begrifflich hinreichend deutlich unterscheidbar mache.

Hiergegen hat die Widersprechende Beschwerde eingelegt.

Sie weist darauf hin, dass bei der Prüfung der Zeichenähnlichkeit beschreibende Aspekte der Marken nicht von vornherein unberücksichtigt bleiben dürften. Die Markenstelle hätte daher die Marken in ihrem Gesamteindruck vergleichen müssen, ohne die Bestandteile „-ergy“ von vornherein auszuschließen. Es liege daher mindestens eine einfache optische Zeichenähnlichkeit vor. Trotz der Anfangsbuchstaben „ä“ einerseits und „ae“ andererseits sowie des zusätzlichen Konsonanten „n“ in der jüngeren Marke sei zudem von einem identischen Klangbild und auch von einer begrifflichen Übereinstimmung auszugehen. Da die sich gegenüberstehenden Waren identisch seien, müsse eine Verwechslungsgefahr bejaht werden.

Die Beschwerdeführerin beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 25 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 19. Januar 2023 aufzuheben und wegen des Widerspruchs aus der Marke 30 2014 052 292 die Löschung der Marke 30 2019 213 186 im beantragten Umfang anzuordnen.

Der Beschwerdegegner beantragt sinngemäß,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er trägt vor, dass die Marken zwar über ein ähnliches Klangbild verfügten. Die jeweiligen Schriftbilder stellten aber signifikante Unterschiede zwischen den Marken her, zumal es kein mit der Widerspruchsmarke vergleichbares Bildelement bei der jüngeren Wortmarke gebe. Seine Marke nutze mit ihrer Schreibweise im ersten Teil des Wortes gegenüber der Widerspruchsmarke zwei Buchstaben mehr. Damit ergebe sich eine Differenz von 50 % in Bezug auf den Anfangsteil und 25 % in Bezug auf die Markengesamtheit. Es sei zudem deutlich, dass die Marke „Änergy“ eine eingedeutschte Abänderung des englischen Wortes „Energy“ darstelle, während „AENNERGY“ in vollem Umfang den Vornamen seiner Tochter Aenne beinhalte. Die ältere Marke werde zudem bis heute nur in platzhaltender Art und Weise in Form einer statischen Webseite durch die Beschwerdeführerin genutzt. Die Beschwerdeführerin vertreibe in ihrem Geschäftsfeld mit Automatenlösungen ihre Produkte bzw. ihren Service ausschließlich über Sichtkauf bzw. -kontakt. Eine phonetische Verwechslung im Gebrauch der Marken sei aus diesem Grund komplett auszuschließen. Ein ähnliches Klangbild sollte daher nicht als Basis für eine Aufhebung des Amtsbeschlusses herangezogen werden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die nach §§ 64 Abs. 6, 66 MarkenG zulässige Beschwerde der Widersprechenden hat auch in der Sache Erfolg.

Zwischen den Vergleichsmarken besteht die Gefahr von klanglichen Verwechslungen nach §§ 9 Abs. 2 Nr. 1, 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, so dass der angegriffene Beschluss der Markenstelle aufzuheben und die Löschung der jüngeren Marke im angegriffenen Umfang anzuordnen war, § 43 Abs. 2 Satz 1 MarkenG.

A. Die Markenstelle hat zutreffend darauf hingewiesen, dass für das hiesige Widerspruchsverfahren neues Recht anzuwenden ist, denn die Anmeldung der streitgegenständlichen Marke ist nach dem 14. Januar 2019 eingereicht worden (vgl. § 158 Abs. 3 MarkenG).

B. Die Frage, ob Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG vorliegt, ist unter Heranziehung aller relevanten Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen. Dabei ist von einer Wechselwirkung zwischen der Identität oder der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen, dem Grad der Ähnlichkeit der Marken und der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke in der Weise auszugehen, dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken oder durch eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (st. Rspr.; vgl. EuGH GRUR 2020, 52 Rn. 41 - 43 – Hansson [Roslags Punsch/ROSLAGSÖL]; GRUR 2010, 1098 Rn. 44 – Calvin Klein/HABM; BGH GRUR 2021, 482 Rn. 24 – RETROLYMPICS; GRUR 2021, 724 Rn. 31 – PEARL/PURE PEARL; GRUR 2020, 870 – INJEKT/INJEX; GRUR 2019, 1058 Rn. 17 - KNEIPP; GRUR 2018, 79 Rn. 7 - OXFORD/Oxford Club; WRP 2017, 1104 - Medicon-Apotheke/Medico Apotheke; GRUR 2016, 382 Rn. 19 - BioGourmet). Darüber hinaus können für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr weitere Faktoren

relevant sein, wie unter anderem etwa die Art der Ware oder Dienstleistung, die im Einzelfall angesprochenen Verkehrskreise und daraus folgend die zu erwartende Aufmerksamkeit und das zu erwartende Differenzierungsvermögen dieser Verkehrskreise bei der Wahrnehmung der Kennzeichen.

Unter Berücksichtigung vorstehender Grundsätze ist eine Verwechslungsgefahr in klanglicher Hinsicht zwischen den Vergleichsmarken zu besorgen.

1. Ausgehend von der hier maßgeblichen Registerlage stehen sich überwiegend identische Waren der Klasse 32 gegenüber. Bei einem Teil der angegriffenen Waren handelt es sich aber - anders als die Markenstelle ausgeführt hat - um lediglich ähnliche Waren; insoweit besteht zumindest durchschnittliche Ähnlichkeit.

a. Bei der Beurteilung der Warenähnlichkeit ist die Registerlage maßgeblich. Die im Amtsverfahren erhobene Nichtbenutzungseinrede war und ist nach § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG n. F. unzulässig; sie hätte daher - entgegen dem Hinweis des DPMA-Sachbearbeiters - im hiesigen Widerspruchs(beschwerde)verfahren auch nicht später in zulässiger Weise erhoben werden können. Die Frage, ob in den Ausführungen des Beschwerdegegners, *„die ältere Marke werde bis heute nur in platzhaltender Art und Weise in Form einer statischen Webseite durch die Beschwerdeführerin genutzt“*, die Erhebung der Einrede mangelnder Benutzung der Widerspruchsmarke zu sehen ist, kann daher dahinstehen.

b. Eine Ähnlichkeit ist grundsätzlich anzunehmen, wenn die sich gegenüberstehenden Waren und/oder Dienstleistungen unter Berücksichtigung aller für die Frage der Verwechslungsgefahr erheblichen Faktoren wie insbesondere ihrer Art und Beschaffenheit, ihrer regelmäßigen betrieblichen Herkunft, ihrer regelmäßigen Vertriebs- und Erbringungsart, ihres Verwendungszwecks und ihrer Nutzung, ihrer wirtschaftlichen Bedeutung sowie ihrer Eigenart als miteinander konkurrierender oder einander ergänzender Produkte oder Leistungen so enge Berührungspunkte auf-

weisen, dass die beteiligten Verkehrskreise der Meinung sein könnten, sie stammten aus demselben Unternehmen oder wirtschaftlich verbundenen Unternehmen (EuGH GRUR-RR 2009, 356 Rn. 65 – Éditions Albert René/HABM [OBELIX/MOBILIX]; BGH a. a. O. Rn. 36 – PEARL/PURE PEARL; GRUR 2015, 176 Rn. 16 – ZOOM). Das stärkste Gewicht kommt im Hinblick auf die Herkunftsfunktion der Marke der regelmäßigen betrieblichen Herkunft, also dem gemeinsamen betrieblichen Verantwortungsbereich für die Qualität der Waren und/oder Dienstleistungen zu, während der regelmäßigen Vertriebs- und Erbringungsstätte ein geringeres Gewicht zugemessen wird. Erforderlich im Sinne einer funktionellen Ergänzung von Waren und Dienstleistungen ist ein enger Zusammenhang in dem Sinne, dass die Ware oder Dienstleistung für die Verwendung der anderen unentbehrlich oder wichtig ist (BGH GRUR 2014, 488 Rn. 16 – DESPERADOS/DESPERADO; BPatG, Beschluss vom 22.09.2022, 30 W (pat) 6/20; Hacker in Ströbele/Hacker/The-ring, MarkenG, 13. Aufl., § 9 Rn. 89 m. w. N.).

aa. Zahlreiche der von der angegriffenen Marke beanspruchten, speziell aufgeführten alkoholfreien Getränke werden von den weiten Warenbegriffen der Widerspruchsmarke „*alkoholfreie Fruchtgetränke; alkoholfreie Getränke; Energiegetränke [Energydrinks]; isotonische Getränke*“ erfasst. Im Umfang der nachfolgenden Waren liegt daher Identität vor:

„Wässer [Getränke]; Tiefgekühlte Getränke auf Fruchtbasis; Smoothies [alkoholfreie Fruchtgetränke]; Sorbetgetränke; Wässer mit Fruchtgeschmack; Protein-angereicherte Sportgetränke; Tonicwaters [nicht medizinisches Getränke]; Vitaminhaltige Getränke, nicht für medizinische Zwecke; Unvergorener Most; Wassermelonensaft; Tiefgekühlte kohlenstoffhaltige Getränke; Zitronengerstenwasser; Saftgetränke aus rotem Ginseng; Trinkwasser mit Vitaminen; Säfte mit Fruchtfleischanteilen [nicht alkoholische Getränke]; Sojagetränke, ausgenommen als Milchersatz; Sorbets [Getränke]; Stille Wasser; Tomatensaft [Getränke]; Teilgefrorene Erfrischungsgetränke [Slush-Drinks]; Sodawasser; Sorbets in Form von Getränken; Sel-

terswasser; Traubensaftgetränke; Smoothies; Sportgetränke mit Elektrolyteanteilen; Tomatensaftgetränke; Sportgetränke; Trinkwasser; Traubensäfte; Säfte; Ramune [japanische Erfrischungsgetränke]; Unvergorener Traubenmost; Wässer; Vorwiegend aus Fruchtsäften bestehende Getränke; Sarsaparilla [alkoholfreies Getränk]; Sprudelwasser; Säfte aus gemischten Früchten; Quellwasser; Zitronensäfte mit Fruchtfleischanteilen; Trockener Ginger Ale; Tafelwässer; Säfte aus Aloe Vera; Proteingetränke; Schwarzer Johannisbeersaft; Traubenmost [unvergoren]; Reisgetränke, ausgenommen als Milchersatz; Lime Juice Cordial; Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer; Kohlensäurehaltiges Wasser [Sodawasser]; Lithiumwässer; Most [unvergoren]; Cream soda; Alkoholfreie Punsche; Orangensäfte mit Fruchtfleischanteilen; Eingedickter geräucherter Pflaumensaft; Getränke auf Wasserbasis mit Teeextrakten; Getränke auf Haferbasis [ausgenommen Milchersatzgetränke]; Alkoholfreie Getränke mit Biergeschmack; Kohlensäurehaltiges Mineralwasser; Fruchtsaftgetränke; Mineralwässer [Getränke]; Mandelmilch [Sirup]; Kwass [alkoholfreies Getränk]; Aus einer Mischung von Obst- und Gemüsesäften bestehende Getränke; Granatapfelsaft; Gemüsesäfte [Getränke]; Energiegetränke; Funktionsgetränke auf der Basis von Wasser; Alkoholfreie Sodagetränke mit Teeengeschmack; Orangensäfte; Apfelsaft [Süßmost] [Apfelsüßmost]; Mit Vitaminen und Mineralsalzen angereicherte alkoholfreie Getränke; Alkoholfreie Aloe Vera-Getränke; Fruchtgetränke; Entalkoholisierte Weine; Energiegetränke [nicht für medizinische Zwecke]; Alkoholfreie Weine; Alkoholfreie Aperitifs; Entalkoholisierte Getränke; Alkoholfreie Cocktails; Melonensaft; Douzhi [fermentiertes Bohnengetränk]; Alkoholfreie Getränke mit Kaffeegeschmack; Alkoholfreie Getränke mit Teegeschmack; Getränke auf der Basis von Kokoswasser; Mineralwässer; Konzentrierte Fruchtsäfte; Alkoholfreier Cidre; Gemüsesmoothies; Energydrinks; Erfrischungsgetränke mit Fruchtgeschmack; In Flaschen abgefüllte Wasser; Bierimitat; Nichtalkoholische Getränke; Kohlensäurehaltige Wässer; Gletscherwasser; Fruchtsäfte; Alkoholfreie Getränke mit Teearoma; Getränke auf der Basis von braunem Reis, ausgenommen als Milchersatz; Gemüsesaft; Koffeinhaltige Getränke ohne Alkohol; Gereinigtes Trinkwasser; Kokoswasser zur Verwendung als Getränk; Aromatisierte, kohlenäu-

reihaltige Getränke; Kohlensäurehaltige, alkoholfreie Getränke; Mit Vitaminen angereicherte alkoholfreie Getränke; Alkoholfreie Getränke mit Kaffeearoma; Alkoholfreie Malzgetränke; Orangensaftgetränke; Getränke auf Nuss- und Sojabasis; Grüne Gemüsesaftgetränke; Ananassaftgetränke; Alkoholfreie Kräutersirupe; Kohlensäurehaltige Säfte; Getränke auf der Basis von Früchten; Alkoholfreie Getränke; Alkoholfreie Erfrischungsgetränke; Ingwersaftgetränke; Guaranagetränke; Bio-Fruchtsäfte; Alkoholfreie Cocktail-Mixgetränke; Getränkesirup aus schwarzer Johannisbeere; Alkoholfreie gemüsesafthaltige Getränke; Grapefruitsaft; Mungobohnengetränke; Aromatisiertes Mineralwasser; Getreide und Hafer enthaltende Smoothies; Cranberrysaft; Alkoholfreie Fruchtextrakte; Fruchtsirup; Alkoholfreier Zimtpunsch mit getrockneten Dattelpflaumen [Sujeonggwa]; Alkoholfreie Grundbasis für Cocktails; Alkoholfreie Getränke auf Fruchtbasis mit Teegeschmack; Mit Mineralien angereichertes Wasser [Getränke]; Guavensaft; Obstsäfte zur Verwendung als Getränke; Bitter Lemon; Kohlensäurehaltige Fruchtsäfte; Alkoholfreie Getränke mit Fruchtsäften; Mit Vitaminen angereichertes Mineralwasser [Getränke]; Aloe-Saftgetränke; Alkoholfreie Traubensaftgetränke; Nicht medizinische Mineralwasser; Gemüsetrunken; Chininhaltige Wässer; Mit Nährstoffen angereicherte Getränke; Alkoholfreie Fruchtcocktails; Nicht alkoholische, malzfreie Getränke [ausgenommen für medizinische Zwecke]; Kalorienarme Erfrischungsgetränke; Erfrischungsgetränke; Alkoholfreier Reispunsch [Sikhye]; Alkoholfreie Frucht-punsche; Eisgekühlte Fruchtgetränke; Alkoholfreie sprudelnde Fruchtsaftgetränke; Getränke aus geräucherten Pflaumen; Aloe Vera-Säfte; Konservierte Moste, unvergoren; Isotonische Getränke [nicht für medizinische Zwecke]; Alkoholfreie Fruchtgetränke; Molkegetränke; Gemüsesaftgetränke; Alkoholfreie Getränke ohne Kohlensäure; Koffeinhaltige Energiegetränke; Kohlenhydratgetränke; Fruchtgetränke ohne Alkohol; Alkoholfreie aromatisierte kohlensäurehaltige Getränke; Nichtalkoholische koffeinhaltige Getränke; Orangengerstenwasser; In Flaschen abgefülltes Trinkwasser; Aus Früchten hergestellte Getränke; Getränke aus Gemüsesäften; Alkoholfreie Fruchtnektare; Limonaden; Isotonische Getränke; Getränke mit Fruchtgeschmack; Apfelsaftgetränke; Aromatisierte Wässer; Mit Nährstoffen angereichertes Wasser;

Colagetränke [alkoholfreie Getränke]; Alkoholfreie Gemüsesaftgetränke; Mangosaft; Alkoholfreie Honiggetränke; Fruchtsäfte mit Fruchtfleisch; Destilliertes Trinkwasser.“

bb. Die für die angegriffene Marke geschützten Biere und Biermischgetränke

„Pale Ale; Weizenbier; Radler; Saison-Bier; Wurzelbier; Porter; Schwarzbier [Bier aus geröstetem Malz]; Weißbier; Stouts; Ales; Lager [Biere]; Bier; Bier-Cocktails; Biermischgetränke; Biere, hell; Barley Wine [Bier]; Malzbier; Ale mit Kaffeegeschmack; Helle Biere; Barley Wine [Starkbier]; Biere; Craft-Bier; Ingwerbier; Biere mit geringem Alkoholgehalt; Bockbier; Alkoholfreie Biere; India Pale Ale; Bier und Brauereiprodukte; Mit Mineralstoffen angereicherte Biere; Lager [Biergetränke]; Biermischgetränke [Shandy]; Biere mit Kaffeegeschmack; Getränke auf Bierbasis; Aromatisierte Biere“

und die Widerspruchswaren können gemeinsame Produktions- und Vertriebsstätten haben und teilweise in der stofflichen Beschaffenheit übereinstimmen. Es handelt sich vielfach um miteinander konkurrierende (z. B. alkoholfreie Biere/isotonische Getränke), aber teilweise auch um einander ergänzende Produkte (z. B. Bier/alkoholfreies Getränk „Zitronenlimonade“). Sie dienen dem gleichen Verwendungszweck und sind in der Darreichungsform ähnlich (vgl. hierzu im Einzelnen: BPatG, Beschluss vom 26.06.2023, 26 W (pat) 24/18 – BLACK HORSE/POWER HORSE; Beschluss vom 28.11.2018, 26 W (pat) 52/16 – MUT/MUTTI; Beschluss vom 30.11.2016, 26 W (pat) 92/13 – CARIBEA/CARIB). Bei sog. Biermischgetränken werden Biere ohnehin mit anderen alkoholfreien Getränken vermischt. Insgesamt ist insoweit daher von einer mindestens durchschnittlichen Warenähnlichkeit auszugehen.

cc. Entsprechendes gilt auch im Verhältnis der Widerspruchswaren zu den angegriffenen, nachfolgend aufgeführten Grundstoffen und Präparaten für die Zubereitung alkoholfreier Getränke und Biere

„Pulver für die Zubereitung von Getränken auf Fruchtbasis; Sirupe und andere alkoholfreie Präparate für die Zubereitung von Getränken; Präparate für die Zubereitung von Likören; Sirupe für die Zubereitung von Getränken; Pulver für die Zubereitung von alkoholfreien Getränken; Sirupe für Getränke; Sirupe für die Zubereitung von Getränken mit Fruchtgeschmack; Pulver für die Zubereitung von Getränken; Brausepulver für Getränke; Limettensaft zur Verwendung bei der Zubereitung von Getränken; Zitronensaft zur Verwendung bei der Zubereitung von Getränken; Sirupe für die Zubereitung von aromatisiertem Mineralwasser; Sirupe für die Zubereitung von Getränken auf Molkebasis; Verdünnbare Präparate für die Zubereitung von Getränken; Sirupe für die Zubereitung von nicht alkoholischen Getränken; Pulver für die Zubereitung von Kokoswassergetränken; Sirup für die Zubereitung von Limonade; Hopfenextrakte zur Verwendung bei der Zubereitung von Getränken; Alkoholfreie Präparate für die Zubereitung von Getränken; Extrakte aus unvergorenem Most; Mischungen für die Zubereitung von Sorbetgetränken; Malzwürze; Essenzen für die Zubereitung von aromatisiertem Mineralwasser [nicht in Form von ätherischen Ölen]; Essenzen für die Zubereitung von Getränken; Essenzen für die Zubereitung von alkoholfreien Getränken, ausgenommen ätherische Öle; Brause-tabletten für Getränke; Erzeugnisse zur Herstellung kohlenstoffhaltiger Wässer; Fruchtsaftkonzentrate; Hopfenextrakte für die Bierherstellung; Konzentrate für die Zubereitung von Fruchtgetränken; Malzsirup für Getränke; Extrakte für die Zubereitung von Getränken; Konzentrate für die Zubereitung von Erfrischungsgetränken; Konzentrierte Obstsaft; Alkoholfreie Fruchtextrakte für die Zubereitung von Getränken; Limonadensirupe; Bierwürze“.

Denn diese dienen demselben Verwendungszweck und werden auf denselben Vertriebschienen in den Verkehr gebracht. Die Tatsache, dass trinkfertige Getränke häufig von Getränkepräparaten räumlich getrennt angeboten werden, ändert nichts an deren Ähnlichkeit, zumal das Publikum daran gewöhnt ist, dass Hersteller von alkoholfreien Getränken auch Präparate für deren Zubereitung herstellen und umgekehrt (BPatG, Beschluss vom 26.06.2023, 26 W (pat) 24/18 – BLACK HORSE/POWER HORSE).

2. Neben den Fachkreisen aus dem Getränkehandel und der Gastronomie richten sich die Vergleichswaren an den normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher (EuGH GRUR 2006, 411 Rn. 24 – Matratzen Concord/Hukla). Da es sich bei alkoholfreien Getränken und Bier um Artikel des täglichen Bedarfs bzw. um kurzlebige Erzeugnisse des Massenkonsums handelt, werden die angesprochenen Verkehrskreise diesen Waren mit eher geringem, allenfalls aber durchschnittlichem Aufmerksamkeitsgrad begegnen (vgl. BPatG, Beschluss vom 28.11.2018, 26 W (pat) 52/16 – MUT/MUTTI; Beschluss vom 30.11.2016, 26 W (pat) 92/13 – CARIBEA/CARIB).

3. Die Widerspruchsmarke in ihrer konkreten grafischen Ausgestaltung verfügt über durchschnittliche Kennzeichnungskraft und damit einen normalen Schutzzumfang (vgl. BGH GRUR 2013, 833 Rn. 55 – Culinaria/ Villa Culinaria, zu den Graden der Kennzeichnungskraft).


a. Die originäre Kennzeichnungskraft wird bestimmt durch die Eignung der Marke, sich unabhängig von der jeweiligen Benutzungslage als Unterscheidungs- mittel für die Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens bei den beteiligten Verkehrskreisen einzuprägen und die Waren und Dienstleistungen damit von den- jenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. EuGH GRUR 2010, 1096 Rn. 31 – BORCO/HABM [Buchstabe a]; BGH GRUR 2020, 870 Rn. 41 – INJEKT/INJEX). Dabei ist auf die Eigenart der Marke in Klang, Bild und Bedeutung abzustellen (BGH GRUR 2017, 75 Rn. 19 - Wunderbaum II). Liegen keine konkre- ten Anhaltspunkte vor, die für eine hohe oder geringe Kennzeichnungskraft spre- chen, ist von normaler Kennzeichnungskraft auszugehen (vgl. BGH a. a. O. – INJEKT/INJEX).




b. Bei der Widerspruchsmarke  handelt es sich um eine Wort-/Bildgestaltung, die zusammengesetzt ist aus der in schwarz gehaltenen

Buchstabenfolge „NERGY“ in besonderer Schriftart sowie einer unmittelbar vorangestellten Grafik in Form eines Anarchie-A's mit zwei Hörnern in roter Farbe. Der angesprochene Verkehr wird in diesem grafischen Element einen grafisch verfremdeten Buchstaben „Ä“ erkennen, der sich mit der angefügten Buchstabenfolge zu dem Begriff „ÄNERGY“ verbindet. Er wird den Begriff zwanglos als eine Abwandlung des im Inland geläufigen und jedenfalls die Waren aus dem Getränkebereich nach Zweck und Wirkung beschreibenden englischen Substantivs „energy“ (=Energie, Kraft) auffassen, dessen schutzbegründende Eigenprägung gegenüber der schutzunfähigen Angabe nur auf der Ersetzung des Anfangsbuchstabens „E“ durch ein grafisch ausgestaltetes „Ä“ beruht.

Zu berücksichtigen ist, dass Marken, die – wie vorliegend - für die angesprochenen Verkehrskreise erkennbar an beschreibende Angaben angelehnt sind, nur über eine geringe Kennzeichnungskraft verfügen (BGH MarkenR 2017, 412 Rn. 19 - Medicon-Apotheke/MedicoApotheke; WRP 2015, 1358 Rn. 10 – ISET/ISETsolar). Allerdings beschränkt sich die Abwandlung vorliegend gerade nicht nur auf die Ersetzung des Anfangsbuchstabens „E“ von Energy durch ein „Ä“, sondern das „Ä“ ist sehr eigen-

tümlich ausgestaltet durch Verwendung des Anarchie-A  in roter Farbe. Dem umrandeten „A“ sind zudem Teufelshörnchen aufgesetzt, so dass es erst

dadurch wie ein „Ä“ wirkt . Angesichts dieser besonderen Ausgestaltung kann der Widerspruchsmarke insgesamt noch eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft zugebilligt werden.

4. Die Vergleichsmarken sind in ihrem Gesamteindruck in klanglicher Hinsicht nahezu identisch.

a. Bei der Beurteilung der Ähnlichkeit sind die sich gegenüberstehenden Kennzeichen jeweils als Ganzes zu berücksichtigen und in ihrem Gesamteindruck miteinander zu vergleichen (vgl. BGH GRUR 2021, 482 Rn. 28 – RETROLYMPICS; GRUR 2013, 833 Rn. 45 – Culinaria/Villa Culinaria; GRUR 2012, 1040 Rn. 25 – pjur/pure; GRUR 2012, 930 Rn. 22 – Bogner B/Barbie B; GRUR 2012, 64 Rn. 15 – Maalox/Melox-GRY), da der Verkehr eine Marke so aufnimmt, wie sie ihm entgegentritt, ohne sie einer analysierenden und zergliedernden Betrachtungsweise zu unterwerfen. Beschreibende Bestandteile sind dabei nicht von vornherein und generell von der Beurteilung der Ähnlichkeit ausgenommen (vgl. EuGH GRUR 2020, 52 Rn. 49 – Hansson [Roslagspunsch/ROSLAGSÖL]).

Die Ähnlichkeit einander gegenüberstehender Zeichen ist nach deren Ähnlichkeit im (Schrift-)Bild, im Klang und im Bedeutungs- oder Sinngehalt zu beurteilen, weil Marken auf die mit ihnen angesprochenen Verkehrskreise in bildlicher, klanglicher und begrifflicher Hinsicht wirken können (EuGH GRUR Int. 2010, 129 Rn. 60 – Aceites del Sur-Coosur [La Espagnola/Carbonelle]; BGH a. a. O. Rn. 28 – RETROLYMPICS). Dabei genügt für die Bejahung der Zeichenähnlichkeit regelmäßig bereits die Ähnlichkeit in einem der genannten Wahrnehmungsbereiche (BGH GRUR 2017, 1104 Rn. 27 – Medicon-Apotheke/Medico Apotheke).

b. Es stehen sich die Vergleichsmarken

AENNERGY

und



gegenüber.

aa. In schriftbildlicher Hinsicht unterscheiden sich die Marken insbesondere wegen der grafischen Ausgestaltung der Widerspruchsmarke, die zweifellos in das vi-

suelle Erinnerungsbild mit aufgenommen wird, deutlich. Der Unterschied in den An-



fangsbuchstaben „AE“ einerseits und andererseits ist nicht zu übersehen. Die sich gegenüberstehenden Marken wandeln – in schriftbildlicher Hinsicht für die angesprochenen Verkehrskreise ohne weiteres erkennbar - jeweils die beschreibende Angabe „Energy“ in unterschiedlicher Art und Weise ab. Die Widerspruchsmarke bezieht ihre schutzbegründende Eigenprägung aus der Ersetzung des Anfangsbuchstabens „E“ durch das grafisch ausgestaltete Anarchie-A, die angegriffene Marke dagegen wandelt die freihaltebedürftige Angabe durch Einbindung des Vornamens „AENNE“ (bekannt z. B. durch die Namensträgerin Aenne Burda) ab. Da somit in schriftbildlicher Hinsicht verschiedenartige Abwandlungen vorliegen und gerade in den jeweils eigenprägenden Charakteristiken deutlich erkennbare Abweichungen vorhanden sind, liegt – trotz der Übereinstimmung in den Wortteilen „NERGY“ aus der schutzunfähigen Angabe, die bei der Beurteilung nicht ausgeblendet werden dürfen (vgl. EuGH GRUR 2020, 52 Rn. - Hansson [Roslags Punsch/ROSLAGSÖL]; BGH GRUR 2020. 870 Rn. 65, 67, 69 INJEKT/INJEX) – keine relevante Ähnlichkeit vor. Vielmehr ist insoweit allenfalls von einer weit unterdurchschnittlichen Markenähnlichkeit auszugehen.

bb. Allerdings weisen die Vergleichszeichen entgegen der Auffassung der Markenstelle ein nahezu identisches Klangbild auf.

(1) Bei der Widerspruchsmarke handelt es sich um eine Wort-/Bildmarke. Bei der Feststellung des klanglichen Gesamteindrucks einer Wort-/Bildmarke ist von dem in ständiger Rechtsprechung anerkannten Erfahrungssatz auszugehen, dass der Wortbestandteil - sofern er kennzeichnungskräftig ist - den Gesamteindruck prägt, weil er die einfachste Möglichkeit bietet, die Marke zu benennen (vgl. BGH GRUR 2014, 378 Rn. 39 – OTTO CAP). Zudem ist für den phonetischen Zeichenvergleich maßgeblich, wie die Marken von den angesprochenen Verkehrskreisen mündlich

wiedergegeben werden, wenn sie die Marke in ihrer registrierten Form vor sich haben. Die klangliche Wiedergabe kann dabei auch durch die grafische Gestaltung der Marke beeinflusst werden. Grafisch gestaltete Markenbestandteile können daher wegen unsicherer oder schwieriger Aussprache hinter klar und eindeutig auszusprechenden Bestandteilen zurücktreten (BPatGE 51, 261 – pⁿ print-net/PRINECT; Hacker in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl., § 9 Rn. 298). Sind verschiedene Aussprache- oder Benennungsmöglichkeiten einer Marke naheliegend und wahrscheinlich, sind diese beim klanglichen Zeichenvergleich zu berücksichtigen (BPatG, Beschluss vom 21.10.2015, 29 W (pat) 31/13 – CARSI/CARS).

(2) Der Anfangsbuchstabe der Widerspruchsmarke wird wegen der grafischen Ausgestaltung ohne weiteres als „Ä“ erkannt, so dass mit einer mündlichen Wiedergabe als „Änergy“ zu rechnen ist. Eine umständliche Mitbenennung der Grafik im Sinne von „Energie mit Anarchie-A und Teufelshörnchen“ liegt aus Sicht des Senats fern. Dem Wort „Änergy“ kann nicht aus normativen Gründen die Eignung zur Prägung abgesprochen werden, weil es sich als Abwandlung der Sachangabe „Energy“ zwar um eine kennzeichnungsschwache, nicht aber um eine schutzfähige Angabe handelt.

(3) Danach stehen sich die Markenwörter „AENNERGY“ und „Änergy“ gegenüber. Beide Marken werden wie „ä-n(n)er-dschi“ ausgesprochen. Die angegriffene Marke mag durchaus auch viersilbig wie „a-en(n)-er-dschi“ artikuliert werden, was zu einer etwas geringeren Ähnlichkeit im Klangbild zu der Widerspruchsmarke führt. Beide Aussprachen sind aber bei der jüngeren Marke wahrscheinlich und naheliegend, so dass (auch) die erstgenannte dem Markenvergleich zugrunde zu legen ist.

Bei Benennung der Marken jeweils mit „än(n)-er-dschi“ stimmen die Markenwörter nahezu überein. Das zusätzliche „N“ in der jüngeren Marke wirkt sich nicht aus, auch nicht auf die Betonung. Die Übereinstimmung im Klangbild beschränkt sich nicht nur auf die Lautfolgen „-(n)ner-gy“, sondern auch auf den Anfangslaut „ae“

bzw. „ä“, die entgegen der Auffassung der Markenstelle gleich ausgesprochen werden. Dies führt aber zu einem übereinstimmenden Gesamtklangbild.

(4) Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Sachen INJEKT/INJEX (vgl. GRUR 2020, 870-878) ist davon auszugehen, dass diese klangliche Zeichenähnlichkeit nicht aus Rechtsgründen einzuschränken ist (vgl. zuletzt auch BPatG, Beschluss vom 29.06.2023, 30 W (pat) 9/22 – smyles./SMILERS). Zwar kann einer beschreibenden Angabe kein bestimmender Einfluss auf den Gesamteindruck einer Marke zukommen, weil der Verkehr beschreibende Angaben nicht als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Waren oder Dienstleistungen, sondern lediglich als Sachhinweis auffasst. Für den Schutzzumfang einer an eine beschreibende Angabe angelehnten Marke sind diejenigen Merkmale bestimmend, die dieser Marke Unterscheidungskraft verleihen (BGH GRUR 2012, 1040 Rn. 40 – pjur/pure; GRUR 2020, 870 Rn. 71, 72 – INJEKT/INJEX). Eine Verwechslungsgefahr kann daher nur bejaht werden, wenn die Vergleichszeichen über ihren beschreibenden oder sonst schutzunfähigen Kern hinaus auch in den schutzbegründenden Abwandlungen hinreichende Ähnlichkeit aufweisen. Hingegen ist eine markenrechtlich relevante, d. h. zur Verwechslungsgefahr führende Zeichenähnlichkeit zu verneinen, soweit sich die Übereinstimmungen der Vergleichsmarken auf die beschreibende oder sonst schutzunfähige Angabe selbst beschränken (vgl. BGH GRUR 2008, 803 Rn. 22 – HEITEC; Hacker in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 9 Rn. 202).

Wie bereits dargelegt, erlangt die Widerspruchsmarke ihre gegenüber der beschreibenden Angabe „energy“ schutzbegründende Eigenprägung durch die Ersetzung des Buchstabens „E“ durch den grafisch ausgestalteten Buchstaben „Ä“, welcher sich mit dem Endbestandteil „-NERGY“ zu einer dreisilbigen, wie „ä-ner-dschí“ artikulierten Abwandlung von „energy“ verbindet. Die angegriffene Marke nähert sich gerade in diesem schutzbegründenden Element im Klangbild in einer zur Identität führenden Art und Weise an, da sie ebenfalls den Anfangsbuchstaben „E“ aus

„ENERGY“ ersetzt durch „AE(N)“ bzw. „Ä(N)“, der identisch ausgesprochen wird und so die Abwandlung „Ä“ der Widerspruchsmarke übernimmt.

Nicht zu verkennen ist allerdings, dass sich bei üblichen Erwerbsbedingungen die Abwandlung von „E“ zu „Ä“ klanglich nur geringfügig auswirkt, so dass das Publikum meinen könnte, es handle sich um die zugrundeliegende schutzunfähige Angabe selbst. Um dem entgegenzuwirken und Nachfragen zu vermeiden, dürfte der Verkehr aus Sicht des Senats aber die Anfangsilbe „ä“ deutlicher betonen. Die Vergleichsmarken weisen damit trotz der Anlehnung an eine schutzunfähige Angabe auch hinsichtlich der schutzbegründenden Abwandlungen eine derartige Übereinstimmung auf, dass insgesamt eine hochgradige klangliche Ähnlichkeit bzw. Klangidentität der Vergleichszeichen nicht in Abrede gestellt werden kann.

(5) Schließlich wird die klangliche Übereinstimmung der Marken auch nicht durch die Abweichungen im Bild neutralisiert, wie der Beschwerdegegner einwendet. Von einer - von der europäischen Rechtsprechung entwickelten - sog. Neutralisierung kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur dann ausgegangen werden, wenn die damit gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen regelmäßig nur auf Sicht gekauft bzw. in Anspruch genommen werden (vgl. BGH GRUR 2011, 824 – Kappa). Im Hinblick darauf, dass Getränke etwa in Gaststätten auf mündliche Bestellung nachgefragt werden, liegt im Streitfall eine dahingehende Annahme aber fern (vgl. hierzu BGH 2013, 725 Rn. 26 – Duff Beer).

5. In der Gesamtabwägung aller für die Frage der Verwechslungsgefahr maßgeblichen Faktoren kann in Anbetracht der dargestellten nahezu vollständigen Übereinstimmungen im Klangbild der sich gegenüberstehenden Vergleichswörter bei identischen und jedenfalls durchschnittlich ähnlichen Waren sowie einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke die Gefahr von klanglichen Verwechslungen nicht verneint werden, so dass die angegriffene Marke im beantragten Umfang nach § 43 Abs. 2 Satz 1 MarkenG zu löschen ist.

Die Beschwerde der Widersprechenden hat daher Erfolg.

C. Gründe für eine Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen nach § 71 Abs. 1 Satz 1 MarkenG sind nicht gegeben.

D. Die Rechtsbeschwerde wird gemäß § 83 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zugelassen. Es stellt sich die entscheidungserhebliche Frage, ob trotz in schriftbildlicher Hinsicht deutlich erkennbarer verschiedenartiger Abwandlungen ein und derselben freihaltebedürftigen Angabe, die in klanglicher Hinsicht vorliegende Identität für die Annahme einer Verwechslungsgefahr ausreicht, obwohl nicht auszuschließen ist, dass bei üblichen Erwerbsbedingungen die Abweichung zur zugrundeliegenden beschreibenden Angabe kaum wahrgenommen werden könnte.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde eingelegt werden.

Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe durch eine beim Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwältin oder durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt einzulegen.

Mittenberger-Huber

Akintche

Lachenmayr-Nikolaou