



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

I ZB 7/02

vom

10. Oktober 2002

in der Rechtsbeschwerdesache

betreffend die Marke Nr. 397 40 590.1

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 10. Oktober 2002 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Prof. Starck, Prof. Dr. Bornkamm und Dr. Büscher

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluß des 32. Senats (Marken-Beschwerdesenats) des Bundespatentgerichts vom 28. November 2001 wird auf Kosten der Markeninhaberin zurückgewiesen.

Der Gegenstandswert der Rechtsbeschwerde wird auf 50.000,-- € festgesetzt.

Gründe:

I. Für die Markeninhaberin ist seit dem 7. Oktober 1997 die Marke "MAGNUM" für die Waren "Teegetränke, insbesondere Eistee; alkoholfreie Erfrischungsgetränke, insbesondere Limonaden, Kaltgetränke, Brausen, Fruchtsaftgetränke; Fruchtsäfte, Fruchtgetränke, Fruchtnektare; diätetische Erfrischungsgetränke (soweit in Klasse 32 enthalten)" in das Markenregister eingetragen.

Die Widersprechende hat aus ihrer seit dem 17. November 1989 für "Speiseeis" eingetragenen Wortmarke 1 149 972 "Magnum" Widerspruch erhoben.

Die zuständige Markenstelle des Deutschen Patent- und Markenamts hat in einem Erstbeschuß den Widerspruch wegen fehlender Warenähnlichkeit zurückgewiesen. Auf die Erinnerung der Widersprechenden wurde die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet.

Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Markeninhaberin hatte keinen Erfolg.

Dagegen wendet sich die Markeninhaberin mit der (nicht zugelassenen) Rechtsbeschwerde, mit der sie rügt, daß der angefochtene Beschuß nicht mit Gründen versehen sei. Die Widersprechende beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

II. Das Bundespatentgericht hat eine Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG bejaht und dazu ausgeführt:

Es stünden sich klanglich identische Marken gegenüber; die Waren, für die die angegriffene Marke eingetragen sei, lägen im Ähnlichkeitsbereich der Ware "Speiseeis", für die die Widerspruchsmarke Schutz genieße. Teegetränke, insbesondere Eistee, enthielten vornehmlich Wasser, Zucker, Zitronensäure, Tee-Extrakt und Aromen. Eistee unterscheide sich daher nicht oder nur geringfügig von sogenanntem Wassereis (Sorbet, Fruchteis). Auch wenn sich Eistee und Speiseeis hinsichtlich der Konsistenz unterschieden, bedürfe es nur eines geringen Aufwands (Kühlen im Gefrierfach eines herkömmlichen Kühl-

schranks), um Eistee in Wassereis zu verwandeln. Eistee und Speiseeis dienen beide der Erfrischung, sie träten als konkurrierende Produkte in Lebensmittelgeschäften, Tankstellen und an Kiosken auf. Genauso verhalte es sich mit alkoholfreien Erfrischungsgetränken, insbesondere Limonaden, Kaltgetränken, Brausen und Fruchtsaftgetränken. "Alkoholfreie Erfrischungsgetränke" schlossen auch Eistee und sogenannte Milchshakes ein, die aus Speiseeis unter Verwendung von Milch, wie das Eis der Widersprechenden, und Früchten durch Vermischen hergestellt würden. Dasselbe gelte für Fruchtsäfte, Fruchtgetränke, Fruchtnektare und Speiseeis.

Bei der gegebenen klanglichen Markenidentität und dem festgestellten Grad der Markenähnlichkeit sei eine Verwechslungsgefahr auch bei durchschnittlicher Kennzeichnungskraft nicht auszuschließen.

### III. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

1. Die form- und fristgerecht eingelegte Rechtsbeschwerde ist statthaft. Hierfür genügt es, daß ein im Gesetz aufgeführter, die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde eröffnender Verfahrensmangel gerügt wird (BGH, Beschl. v. 1.7.1999 - I ZB 48/96, GRUR 2000, 53 - SLICK 50, m.w.N.). Hier beruft sich die Rechtsbeschwerde auf einen Begründungsmangel (§ 83 Abs. 3 Nr. 6 MarkenG).

2. Die Rechtsbeschwerde ist jedoch in der Sache nicht begründet, weil der gerügte Mangel nicht vorliegt.

Die Rechtsbeschwerde meint, der angefochtene Beschluß sei deshalb nicht ausreichend mit Gründen versehen, weil das Bundespatentgericht bei sei-

nen Feststellungen zur Warenähnlichkeit eine offensichtlich entgegenstehende Entscheidung eines anderen Senats außer acht gelassen habe. Mit diesem Vorbringen kann die Rechtsbeschwerde keinen Erfolg haben.

Die Vorschrift des § 83 Abs. 3 Nr. 6 MarkenG soll allein den Begründungszwang sichern. Es kommt deshalb darauf an, ob erkennbar ist, welcher Grund - mag dieser tatsächlich vorgelegen haben oder nicht, mag er rechtsfehlerhaft beurteilt worden sein oder nicht - für die Entscheidung maßgebend gewesen ist; dies kann auch bei lückenhaften und unvollständigen Begründungen der Fall sein. Dem Erfordernis einer Begründung ist deshalb schon dann genügt, wenn die Entscheidung zu jedem selbständigen Angriffs- und Verteidigungsmittel Stellung nimmt, das ein Verfahrensbeteiligter vorgetragen hat (BGH GRUR 2000, 53 - SLICK 50, m.w.N.).

Diesen Voraussetzungen wird der angefochtene Beschluß gerecht, denn ihm läßt sich entnehmen, aus welchen Gründen das Bundespatentgericht eine Warenähnlichkeit angenommen hat.

Das von der Rechtsbeschwerde beanstandete Unterlassen einer Auseinandersetzung mit der angeführten Entscheidung betrifft nur die sachliche Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung, die im Rahmen einer nicht zugelassenen Rechtsbeschwerde nicht zur Überprüfung steht.

IV. Danach war die Rechtsbeschwerde auf Kosten der Markeninhaberin (§ 90 Abs. 2 MarkenG) zurückzuweisen.

Ullmann

v. Ungern-Sternberg

Starck

Bornkamm

Büscher