



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 264/03

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 398 24 383

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 30. Januar 2006 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Das Wortzeichen

Acquarello

ist am 29. Oktober 1999 unter der Nummer 398 24 383 für die Waren und Dienstleistungen "Magazine für Gastronomie und Lifestyle; Verpflegung und Beherbergung von Gästen" in das Markenregister eingetragen worden. Die Veröffentlichung der Eintragung erfolgte am 2. Dezember 1999.

Die Inhaberin der für die Waren "Mineralwässer, kohlensäurehaltige Wässer, Quellwässer, Tafelwässer, Trinkwässer; sämtliche vorgenannten Waren auch aromatisiert; alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Grundstoffe, Essenzen, Sirupe und Präparate für die Zubereitung von Getränken (soweit in Klasse 32 enthalten)" geschützten und seit 7. Februar 1996 eingetragenen Marke Nr. 395 36 453

ACQUARELLO

hat dagegen Widerspruch eingelegt. Das gegen die Widerspruchsmarke 395 36 453 anhängige Widerspruchsverfahren wurde am 13. April 2000 abgeschlossen. Am 21. Mai 2001 hat der Inhaber der angegriffenen Marke die Einrede der mangelnden Benutzung erhoben. Ihm wurde daraufhin von der Markenstelle mitgeteilt, dass die Einrede nicht zulässig erhoben ist, da die Einrede erst ab dem Zeitpunkt zulässig ist, in dem ein gegen die Widerspruchsmarke gerichtetes Widerspruchsverfahren seit mindestens fünf Jahren abgeschlossen ist.

Die Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts hat im Erstprüferbeschluss vom 11. April 2001 die vollständige Löschung der angegriffenen Marke angeordnet, da eine Verwechslungsgefahr bestehe. Auf die Erinnerung des Inhabers der angegriffenen Marke hat sie diesen mit Beschluss vom 24. September 2003 teilweise aufgehoben, nämlich soweit die Löschung für "Magazine für Gastronomie und Lifestyle; Beherbergung von Gästen" angeordnet worden war. Im Übrigen wurde die Erinnerung des Inhabers der angegriffenen Marke zurückgewiesen.

Der Erinnerungsprüfer hat lediglich eine Verwechslungsgefahr hinsichtlich der Dienstleistung "Verpflegung von Gästen" angenommen. Die "alkoholfreien Getränke, Fruchtgetränke und Fruchtsäfte" seien entfernt ähnlich zu der "Verpflegung von Gästen". Eine Ähnlichkeit zwischen dieser Dienstleistung und Lebensmitteln werde vor allem dann bejaht, wenn die Hersteller der Lebensmittel zugleich über gastronomische Betriebe verfügten. Die Waren "alkoholfreie Getränke, Fruchtgetränke und Fruchtsäfte" würden beispielsweise in den sogenannten Saftläden, die Säfte frisch pressten und mixten, sowohl als fertiges Produkt als auch im Rahmen der Dienstleistung "Verpflegung von Gästen" in eigenen Räumlichkeiten angeboten. Bei normaler Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und Identität der Marken bestehe insoweit Verwechslungsgefahr.

Dagegen richtet sich die Beschwerde des Inhabers der angegriffenen Marke mit dem Antrag,

die Löschung der angegriffenen Marke für die Dienstleistungen "Verpflegung von Gästen" aufzuheben.

Der Verkehr werde bei der Inanspruchnahme der Dienstleistung "Verpflegung von Gästen" nicht vermuten, dass bei den mit der Widerspruchsmarke versehenen Waren "alkoholfreie Getränke, Fruchtgetränke und Fruchtsäfte" die Dienstleister mit dem Hersteller oder Vertreiber der Waren identisch seien, zumal davon ausgegangen werden müsse, dass von dem Dienstleister eine Vielzahl unterschiedlicher Waren verschiedener Hersteller angeboten würden. Der Verkehr erwarte im allgemeinen nicht, dass der Dienstleister die Ware selbst herstelle. Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sei nur durchschnittlich. An den Abstand der Vergleichsmarken seien nur geringe Anforderungen zu stellen. Diese seien durch die Unterschiede der Marken erfüllt.

Die Widersprechende hat zur Beschwerde keine Stellungnahme abgegeben.

Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde des Inhabers der angegriffenen Marke hat in der Sache keinen Erfolg.

Hinsichtlich der Dienstleistung "Verpflegung von Gästen" der angegriffenen Marke besteht eine Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG.

Nachdem der Inhaber der angegriffenen Marke die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke nach § 43 Abs. 1 MarkenG vor Ablauf der Benutzungs-

schonfrist bestritten hat, welche erst mit Abschluss des gegen die Widerspruchsmarke gerichteten Widerspruchsverfahrens begann, ist diese Einrede nicht zulässig erhoben worden. Eine im Zeitpunkt der Erhebung unzulässige Einrede darf auch nicht ohne weiteres als nachträglich zulässig gewordene Einrede bewertet werden (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl., § 43 Rdn. 40). Es liegen hier keine Anhaltspunkte vor, dass der Beschwerdeführer noch eine rechtserhaltende Benutzung bestreitet, denn er hat sich nach Ablauf der Benutzungsschonfrist nicht mehr zur Benutzungslage geäußert. Bei der Widerspruchsmarke sind deshalb alle im Register eingetragenen Waren zu berücksichtigen.

Wie der Erinnerungsprüfer zutreffend ausgeführt hat, sind die Waren "alkoholfreie Getränke, Fruchtgetränke und Fruchtsäfte" der Dienstleistung "Verpflegung von Gästen" ähnlich. Eine Ähnlichkeit der beiderseitigen Waren und Dienstleistungen ist anzunehmen, wenn diese in Berücksichtigung aller erheblichen Faktoren, die ihr Verhältnis zueinander kennzeichnen - insbesondere ihrer Beschaffenheit, ihrer regelmäßigen betrieblichen Herkunft, ihrer regelmäßigen Vertriebs- und Erbringungsart, ihrem Verwendungszweck und ihrer Nutzung, ihrer wirtschaftlichen Bedeutung, ihrer Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Produkte und Leistungen - so enge Berührungspunkte aufweisen, dass die beteiligten Verkehrskreise der Meinung sein könnten, sie stammten aus demselben oder gegebenenfalls wirtschaftlich verbundenen Unternehmen, sofern sie mit identischen Marken gekennzeichnet sind (EuGH WRP 1998, 1165, - Canon; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl., § 9 Rdn. 57).

Zwar sind Dienstleistungen generell weder den zu ihrer Erbringung verwendeten Waren und Hilfsmitteln noch den durch sie erzielten Ergebnissen, soweit sie Waren hervorbringen, ähnlich. Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang vielmehr, ob bei den beteiligten Verkehrskreisen der Eindruck aufkommen kann, Waren und Dienstleistungen unterlägen der Kontrolle desselben Unternehmens, sei es, dass das Dienstleistungsunternehmen sich selbständig auch mit der Herstellung bzw dem Vertrieb der Ware befasst, sei es, dass der Warenhersteller oder -Vertreiber

sich auf dem entsprechenden Dienstleistungsbereich selbständig gewerblich betätigt (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl., § 9 Rdn. 126). Zu bejahen ist insoweit die Ähnlichkeit der Dienstleistung "Verpflegung von Gästen" mit verschiedenen Lebens- und Genussmitteln, die entweder bereits in den Herstellungsbetrieben zum unmittelbaren Verzehr angeboten oder von Gaststätten auch im "Straßenverkauf" vertrieben werden (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl., § 9 Rdn. 127; vgl. auch Richter/Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen, 13. Aufl., S. 374 linke Spalte). Die Waren "alkoholfreie Getränke, Fruchtgetränke und Fruchtsäfte" werden von Gaststätten zum Teil auch im Straßenverkauf angeboten. Außerdem können die entsprechenden Getränke direkt in den Herstellungsbetrieben zum unmittelbaren Verzehr angeboten werden. Auch hat der Erinnerungsprüfer zutreffend auf die sogenannten Saftläden hingewiesen, bei denen diese Waren vom Anbieter sowohl zum Verkauf als auch im Rahmen der Verpflegung angeboten werden.

Ausgehend von durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und zumindest entfernter, wenn nicht sogar durchschnittlicher Ähnlichkeit zwischen den genannten Waren und den streitgegenständlichen Dienstleistungen der angegriffenen Marke reichen die Unterschiede in den sich gegenüber stehenden Marken nicht aus, eine Verwechslungsgefahr zu verhindern. Klanglich sind die Marken identisch und schriftbildlich nahezu gleich, da auch bei einer eingetragenen Schreibweise in Großbuchstaben mit einer Schreibweise im Verkehr in Kleinbuchstaben mit großem Anfangsbuchstaben zu rechnen ist.

Die Beschwerde konnte somit keinen Erfolg haben.

Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bot der Streitfall keinen Anlass,
(§ 71 Abs. 1 MarkenG).

gez.

Unterschriften