



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 563/18

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2017 222 256

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 16. März 2020 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Kortge sowie die Richter Kätker und Dr. von Hartz

beschlossen:

Der Beschluss der Markenstelle für Klasse 32 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 17. Juli 2018 wird aufgehoben, soweit der Widerspruch für die Waren der

Klasse 5: Getränkepulver mit Fruchtgeschmack als Nahrungsergänzung; Nahrungsergänzungsstoffe in Form von Getränkepulvermischungen;

Klasse 32: Alkoholfreie Aloe Vera-Getränke; alkoholfreie aromatisierte kohlenstoffhaltige Getränke; Alkoholfreie Fruchtextrakte für die Zubereitung von Getränken; Alkoholfreie gemüsesafthaltige Getränke; Alkoholfreie Getränke; Alkoholfreie Getränke auf Fruchtbasis mit Teegeschmack; Alkoholfreie Getränke mit Fruchtsäften; Alkoholfreie Getränke mit Teearoma; Alkoholfreie Getränke mit Teegeschmack; Aus einer Mischung von Obst- und Gemüsesäften bestehende Getränke; Aus Früchten hergestellte Getränke; Essenzen für die Zubereitung von Getränken; Extrakte für die Zubereitung von Getränken; Getränke auf der Basis von Früchten; Getränke mit Fruchtgeschmack; Isotonische Getränke; Koffeinhaltige Getränke ohne Alkohol; Kohlenstoffhaltige, alkoholfreie Getränke; Mit

Nährstoffen angereicherte Getränke; Mit Vitaminen angereicherte alkoholfreie Getränke; Nichtalkoholische Getränke; Nichtalkoholische koffeinhaltige Getränke; Pulver für die Zubereitung von Getränken; Verdünnbare Präparate für die Zubereitung von Getränken; Vorwiegend aus Fruchtsäften bestehende Getränke

zurückgewiesen worden ist.

Insoweit wird das Deutsche Patent- und Markenamt angewiesen, die angegriffene Marke wegen des Widerspruchs aus der Unionsmarke 000 958 850 zu löschen.

Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Wort-/Bildmarke



ist am 18. Juli 2017 angemeldet und am 18. August 2017 unter der Nummer 30 2017 222 256 in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register eingetragen worden für Waren der

Klasse 5: Getränkepulver mit Fruchtgeschmack als Nahrungsergänzung; Nahrungsergänzungsstoffe in Form von Getränkepulvermischungen;

Klasse 6: Getränkedosen aus Metall; Getränkekästen aus Metall;

Klasse 32: Alkoholfreie Aloe Vera-Getränke; alkoholfreie aromatisierte kohlen-säurehaltige Getränke; Alkoholfreie Fruchtextrikte für die Zubereitung von Getränken; Alkoholfreie gemüsesafthaltige Getränke; Alkoholfreie Getränke; Alkoholfreie Getränke auf Fruchtbasis mit Teegeschmack; Alkoholfreie Getränke mit Fruchtsäften; Alkoholfreie Getränke mit Tee- aroma; Alkoholfreie Getränke mit Teegeschmack; Aus einer Mischung von Obst- und Gemüsesäften bestehende Getränke; Aus Früchten hergestellte Getränke; Essenzen für die Zubereitung von Getränken; Extrakte für die Zubereitung von Getränken; Getränke auf der Basis von Früchten; Getränke mit Fruchtgeschmack; Isotonische Getränke; Koffeinhaltige Getränke ohne Alkohol; Kohlensäurehaltige, alkoholfreie Getränke; Mit Nährstoffen angereicherte Getränke; Mit Vitaminen angereicherte alkoholfreie Getränke; Nichtalkoholische Getränke; Nichtalkoholische koffeinhaltige Getränke; Pulver für die Zubereitung von Getränken; Verdünnbare Präparate für die Zubereitung von Getränken; Vorwiegend aus Fruchtsäften bestehende Getränke.

Gegen die Eintragung dieser Marke, die am 22. September 2017 veröffentlicht worden ist, hat die Beschwerdeführerin Widerspruch erhoben aus der Unionswort-/Bildmarke



die mit den Farbangaben „Die Marke ist in Kombination der Farben Rot (Farbton Pantone 032) für den Namen Réa, Blau (Farbton Pantone 286) für die Umrandung

und den unteren Teil und Grün (Farbton Pantone 368) für den stilisierten Akzent auf dem E von Réa gedruckt“ am 9. Oktober 1998 angemeldet und am 15. Juni 2006 in das beim Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO, vormals: HABM) geführte Register unter der Nummer 000 958 850 eingetragen worden ist für Waren und Dienstleistungen der

Klasse 5: Mit Vitaminen angereicherte und/oder diätetische Fruchtsäfte, mit Vitaminen angereicherte und/oder diätetische Fruchtgetränke und generell Getränke aller Art, unter anderem auf der Basis von Vitaminen und Mineralsalzen, und noch allgemeiner Getränke für Sportler und alle Getränke zur Steigerung der körperlichen Leistungsfähigkeit sowie Diätgetränke; Sirupe sowie flüssige und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken; Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer; Fleisch, Fisch, Geflügel und Wild; Fleischextrakte; eingemachte Früchte; konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Gallerten, Konfitüren und Fruchtmuse; Eier; Milchgetränke mit oder ohne Aromastoffe; Salatsaucen; Konserven; Kaffee, Tee, Kakao, Zucker, Reis, Tapioka, Sago, Kaffee-Ersatzmittel; Getränke auf Kaffee-, Schokolade- oder Kaffeebasis; Mehle und Getreidepräparate, Brot, feine Backwaren und Konditorwaren; Honig, Melassesirup; Hefe, Backpulver; Salz, Senf; Essig; Saucen (ausgenommen Salatsaucen); Gewürze; Kühleis; frisches Obst und Gemüse; lebende Tiere; Sämereien, lebende Pflanzen und natürliche Blumen; Futtermittel, Malz; alle vorstehend genannten Erzeugnisse als diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke;

Klasse 29: Fleisch, Fisch, Geflügel und Wild; Fleischextrakte; eingemachte Früchte; konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Gallerten, Konfitüren und Fruchtmuse; Eier; Milchgetränke mit oder ohne Aromastoffe; Konserven;

- Klasse 30: Getränke auf Kakao-, Schokolade- oder Kaffeebasis;
- Klasse 31: Frisches Obst und Gemüse; land-, garten- und forstwirtschaftliche Erzeugnisse (nicht zubereitet, nicht verarbeitet); Sämereien; lebende Tiere; Sämereien, lebende Pflanzen und natürliche Blumen; Futtermittel, Malz;
- Klasse 32: Fruchtsäfte, Fruchtgetränke, Getränke mit Früchten, Fruchtsaftgetränke; Sirupe sowie flüssige und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken; Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer sowie ganz allgemein alle alkoholfreien Getränke, Biere; mit Vitaminen angereicherte und/oder diätetische Fruchtsäfte (nicht für medizinische Zwecke), mit Vitaminen angereicherte und/oder diätetische Fruchtgetränke (nicht für medizinische Zwecke) und generell Getränke aller Art, unter anderem auf der Basis von Vitaminen und Mineralsalzen, und noch allgemeiner Getränke für Sportler, Getränke zur Steigerung der körperlichen Leistungsfähigkeit und Diätgetränke (nicht für medizinische Zwecke);
- Klasse 33: Cocktails, Aperitifs und ganz allgemein Weine, Spirituosen und Liköre und noch allgemeiner alkoholische Getränke;
- Klasse 35: Dienstleistungen im Bereich Werbung und Geschäfte (Werbung, Geschäftsführung); Franchising-Dienstleistungen, unter anderem im Lebensmittelbereich, nämlich Hilfe beim Betrieb oder bei der Führung eines Handelsunternehmens;
- Klasse 38: Telekommunikation, unter anderem über das Internet; Telematikdienste per Zugangskode oder per Computerterminal; elektronische und computergestützte Nachrichtenübermittlung;

Klasse 41: Franchising-Dienstleistungen, unter anderem im Lebensmittelbereich, nämlich Grundausbildung der Mitarbeiter;

Klasse 42: Franchising-Dienstleistungen, unter anderem im Lebensmittelbereich, nämlich Transfer (Bereitstellung) von Know-how, Vergabe von Lizenzen; Verpflegung von Gästen in Bars, Cafeterien, Teesalons, Café-Restaurants, Snackbars, Selbstbedienungs-restaurants und Verpflegung von Gästen im allgemeinen; Ausgabe von Kostproben, Belieferung mit Speisen und Getränken; Betrieb von Hotels.

Mit Beschluss vom 17. Juli 2018 hat die Markenstelle für Klasse 32 des DPMA eine Verwechslungsgefahr verneint und den Widerspruch zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, wegen ähnlicher Stoffbeschaffenheit und Verwendungszwecke seien die Vergleichswaren in den Klassen 5 und 32 hochgradig ähnlich, während bei den für die jüngere Marke geschützten Produkten der Klasse 6 Unähnlichkeit vorliege, auch wenn die Waren der Klassen 5 und 32 teilweise in Dosen in den Verkehr gebracht würden. Letztlich könne das aber dahingestellt bleiben, weil die Vergleichsmarken den erforderlichen größeren Abstand in jeder Hinsicht einhielten. Bei den beiden zweisilbigen Kurzwörtern führe der Nasenlaut „n“ der jüngeren Marke im Vergleich zum Zäpfchenlaut „r“ der Widerspruchsmarke zu einem deutlich anderen Gesamtklangbild, so dass ein Verhören ausgeschlossen sei. Eine bildliche Verwechslungsgefahr scheide wegen des unterschiedlichen Schriftbilds und der farbigen Hintergrundelemente der älteren Marke aus. Auch eine begriffliche Ähnlichkeit oder eine Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne seien zu verneinen.

Hiergegen wendet sich die Widersprechende mit ihrer Beschwerde. Sie ist der Ansicht, zwischen den jeweiligen Vergleichswaren der Klasse 5 und den jeweiligen Vergleichswaren der Klasse 32 bestehe Identität. Da alkoholfreie Getränke zunehmend mit Vitaminen und Mineralstoffen angereichert würden, um dem Verbraucher ein optimales Ernährungsangebot anzubieten, sei auch von einer engen Ähnlichkeit zwischen den angegriffenen Produkten der Klasse 5 und den Widerspruchswaren

der Klasse 32 auszugehen. Die für die jüngere Marke in Klasse 6 eingetragenen Getränkedosen seien als Verpackungsform und damit als Komplementärprodukt einzuordnen und damit ähnlich zu den Widerspruchswaren der Klassen 5 und 32. Flüssige Lebensmittel benötigten Verpackungen. Getränkeverpackungen erfüllten unter dem Gesichtspunkt der Materialbeschaffenheit eine unentbehrliche funktionelle Ergänzung. Art und Zusammensetzung der Verpackung, wie z. B. Nachhaltigkeit oder Erfüllung technischer Schutzfunktionen für die Lebensmittelsicherheit, spielten bei der Konsumententscheidung der Verbraucher eine immer größere Rolle. Individualisierte Verpackungen erfüllten auch eine Herkunftsfunktion, wie z. B. die Granini-Flasche mit den kleinen runden Einkerbungen oder die Hohes C-Flasche, die jeweils als dreidimensionale Marken für ihre Muttergesellschaft eingetragen seien. Als 3 D-Marken eingetragen seien auch die Pago-Flasche, die Perrier-Flasche, die Bionade-Flasche, die Mineralwasserflasche und der Getränkekasten der Genossenschaft Deutscher Brunnen e.G., die Coca-Cola-Flasche sowie Coca-Cola-Getränkedosen. Da ein Austausch der jeweiligen Getränkeverpackungen die Herkunftsfunktion zunichtemache, würden diese im Auftrag, nach den Anforderungen und in Lizenz des Getränkeherstellers oder in gemeinsamer Entwicklung ausschließlich für ihn gefertigt. Der Verpackungshersteller fungiere „quasi als verlängerte Werkbank des Getränkeherstellers“, so dass dieselbe Erbringungsstätte vorliege. Oftmals würden Verpackungen auch als Rohlinge aus einer vereinbarten Konsistenz, sog. Preforms, an den Getränkehersteller geliefert, so dass die endgültige Herstellung der Verpackung beim Getränkehersteller stattfinde. Ware und Verpackung bildeten aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise daher eine Einheit, was eine hinreichende Warenähnlichkeit bewirke. Bei den Vergleichswaren handele es sich um relativ niedrig bepreiste Massenkonsumgüter für den täglichen Bedarf, die vom angesprochenen Durchschnittsverbraucher nicht mit hoher Aufmerksamkeit erworben würden. Die Vergleichsmarken unterschieden sich nur im Anfangsbuchstaben, was für ein sicheres Auseinanderhalten nicht ausreiche. Beide Zeichen würden auf der identischen Buchstabenfolge „ea“ betont. Der offene Vokal „a“ am Ende beider Zeichen beanspruche nach dem deutschen Sprachgebrauch die

höchste klangliche Aufmerksamkeit, so dass der jeweilige Konsonant am Wortanfang in den Hintergrund trete. Wortanfänge seien im klanglichen Vergleich zu vernachlässigen, wenn die Betonung nicht auf dem Wortanfang liege. Außerdem werde bei mündlichen Bestellungen unter schlechten akustischen Bedingungen, wie sie z. B. im Bar- oder Restaurantbereich vorherrschten, aufgrund der Endbetonung der Anfangskonsonant oft nicht wahrgenommen.

Die Widersprechende beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 32 des DPMA vom 17. Juli 2018 aufzuheben und das DPMA anzuweisen, die angegriffene Marke wegen des Widerspruchs aus der Unionsmarke 000 958 850 zu löschen.

Der Inhaber der angegriffenen Marke hat sich weder im Amts- noch im Beschwerdeverfahren geäußert.

Die Verfahrensbeteiligten sind mit Schreiben vom 21. Oktober 2019 unter Beifügung von Recherchebelegen (Anlagenkonvolute 1 und 2, Bl. 29 – 54 GA) auf die vorläufige Auffassung des Senats hingewiesen worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die gemäß §§ 64 Abs. 6, 66 MarkenG statthafte Beschwerde ist zulässig und hat überwiegend Erfolg.

Zwischen der angegriffenen Marke  und der Unionswiderspruchsmarke



besteht im tenorierten Umfang die Gefahr von Verwechslungen gemäß §§ 125b Nr. 1, 9 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Soweit sich der Widerspruch gegen die Waren der Klasse 6 der angegriffenen Marke richtet, ist eine Verwechslungsgefahr wegen Unähnlichkeit der Vergleichswaren zu verneinen.

1. Da es sich vorliegend um ein Verfahren über einen Widerspruch handelt, der nach dem 1. Oktober 2009, aber vor dem 14. Januar 2019 erhoben worden ist, ist die Bestimmung des § 42 Absatz 1 und 2 MarkenG in der bis zum 13. Januar 2019 geltenden Fassung anzuwenden (§ 158 Abs. 3 MarkenG).

2. Die Frage der Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG ist unter Heranziehung aller 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.; EuGH GRUR-RR 2009, 356 Rdnr. 45 f. – Éditions Albert René/HABM [OBELIX/MOBILIX]; BGH GRUR 2018, 79 Rdnr. 9 – OXFORD/Oxford Club m. w. N.).

a) Nach der maßgeblichen Registerlage können sich die Vergleichsmarken auf teilweise identischen und teilweise unähnlichen Waren begegnen.

aa) Eine Ähnlichkeit ist grundsätzlich anzunehmen, wenn die sich gegenüberstehenden Waren und/oder Dienstleistungen unter Berücksichtigung aller für die Frage der Verwechslungsgefahr erheblicher Faktoren wie insbesondere ihrer 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 aufweisen, dass die beteiligten Verkehrskreise der Meinung sein könnten, sie stammten aus demselben Unternehmen oder wirtschaftlich verbundenen Unternehmen (EuGH GRUR-RR 2009, 356 Rdnr. 65 – Éditions Albert René/HABM [OBELIX/MOBILIX]; BGH GRUR 2014, 488 Rdnr. 12 – DESPERADOS/DESPERADO; GRUR 2015, 176, 177 Rdnr. 16 – ZOOM). Von einer absoluten Warenunähnlichkeit kann nur dann ausgegangen werden, wenn die Annahme einer Verwechslungsgefahr trotz (unterstellter) Identität der Marken wegen des Abstands der Waren von vornherein ausgeschlossen ist (BGH a. a. O. – DESPERADOS/DESPERADO; a. a. O. Rdnr. 17 – 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. Bei der funktionellen Ergänzung ist ein enger Zusammenhang in dem Sinne erforderlich, dass die Ware oder Dienstleistung für die Verwendung der anderen unentbehrlich oder wichtig ist (BGH a. a. O. Rdnr. 16 - DESPERADOS/DESPERADO m. w. N.; BPatG 26 W (pat) 18/14 – Cada Design/CADA; EuG GRUR Int 2007, 1023 Rdnr. 36 f. – TOSCA BLU).

bb) Bei den Vergleichswaren in den Klassen 5 und 32 ist von Identität auszugehen.

aaa) Die von der angegriffenen Marke in Klasse 5 beanspruchten Waren *„Getränkpulver mit Fruchtgeschmack als Nahrungsergänzung; Nahrungsergänzungstoffe in Form von Getränkepulvermischungen“* werden von dem für die Widerspruchsmarke in Klasse 5 geschützten Warenoberbegriff *„andere Präparate für die Zubereitung von Getränken“* umfasst, weil Getränkepulver(-mischungen) Präparate für die Getränkezubereitung darstellen.

bbb) Die für die jüngere Marke in Klasse 32 eingetragenen alkoholfreien Getränke

„Alkoholfreie Aloe Vera-Getränke; Alkoholfreie aromatisierte kohlenstoffhaltige Getränke; Alkoholfreie gemüsesaftige Getränke; Alkoholfreie Getränke; Alkoholfreie Getränke auf Fruchtbasis mit Teegeschmack; Alkoholfreie Getränke mit Fruchtsäften; Alkoholfreie Getränke mit Teearoma; Alkoholfreie Getränke mit Teegeschmack; Aus einer Mischung von Obst- und Gemüsesäften bestehende Getränke; Aus Früchten hergestellte Getränke; Getränke auf der Basis von Früchten; Getränke mit Fruchtgeschmack; Isotonische Getränke; Koffeinhaltige Getränke ohne Alkohol; Kohlenstoffhaltige, alkoholfreie Getränke; Mit Nährstoffen angereicherte Getränke; Mit Vitaminen angereicherte alkoholfreie Getränke; Nichtalkoholische Getränke; Nichtalkoholische koffeinhaltige Getränke; Vorwiegend aus Fruchtsäften bestehende Getränke“

fallen unter die für die ältere Marke in Klasse 32 geschützten Warenoberbegriffe *„Fruchtgetränke; sowie ganz allgemein alle alkoholfreien Getränke“*.

Von den Widerspruchswaren der Klasse 32 *„Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken“* werden die für die angegriffene Marke in Klasse 32 geschützten Produkte *„Alkoholfreie Fruchtextrakte für die Zubereitung von Getränken; Essenzen für die Zubereitung von Getränken; Extrakte für die Zubereitung von Getränken; Pulver für die Zubereitung von Getränken; Verdünnbare Präparate für die Zubereitung von Getränken“* umfasst.

cc) Die Waren der Klasse 6 der angegriffenen Marke weisen unter Anwendung der obigen Grundsätze dagegen keine Ähnlichkeit mit den für die Widerspruchsmarke geschützten Waren und Dienstleistungen auf.

aaa) Bei den angegriffenen Produkten „*Getränkedosen aus Metall; Getränkekästen aus Metall*“ der Klasse 6 handelt es sich im weitesten Sinne um Getränkeverpackungen, die hinsichtlich ihrer stofflichen Beschaffenheit, regelmäßigen betrieblichen Herkunft, ihres Verwendungszwecks und ihrer Abnehmerkreise keine Berührungspunkte zu den für die ältere Marke geschützten alkoholfreien und alkoholischen Getränken der Klassen 30, 32 und 33 aufweisen.

(1) Die Getränkedosen und –kästen aus Metall bestehen aus festem Material, während alkoholfreie und alkoholische Getränke flüssig sind. Ferner bestehen keinerlei Übereinstimmungen bei den Ausgangs- und Inhaltsstoffen. Soweit vereinzelt, z. B. in Likören, Edelmetall- bzw. Blattgoldflocken enthalten sind, kann dies schon deshalb nicht zu einer Warenähnlichkeit führen, weil Getränkedosen und -kisten regelmäßig nicht aus Gold bestehen.

(2) Während Dosen und Kästen von der Konsumgüterverpackungsindustrie hergestellt werden, werden Getränke von der Getränke-, Nahrungs- und Genussmittelindustrie produziert. Getränkehersteller bieten Dritten regelmäßig keine leeren Getränkedosen oder -kästen zum Kauf an, und Unternehmen der Konsumgüterverpackungsbranche befassen sich nicht mit Getränkeproduktion, wie eine Internetrecherche des Senats ergeben hat (vgl. Anlagenkonvolute 1 und 2 zum gerichtlichen Hinweis).

(3) Getränke dienen der Erfrischung und dem leiblichen Genuss des Konsumenten, wohingegen Getränkedosen und –kästen die Aufbewahrung und den Transport sowie den Schutz vor Licht, Nährstoff- oder Vitaminverlust sowie Aromaschutz bezwecken.

(4) Getränkedosen und -kästen richten sich an den Fachverkehr, also an Getränkehersteller sowie Unternehmen der Nahrungs- und Genussmittelbranche. Von den alkoholfreien und alkoholischen Getränken der Klassen 30, 32 und 33 werden sowohl der normal informierte, angemessen aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher als auch der Getränke-, Lebensmittel- und Spirituosenfachhandel sowie der Gastronomiefachverkehr angesprochen.

bbb) Wenngleich die für die jüngere Marke in Klasse 6 registrierten Waren insoweit mit den für die ältere Marke geschützten Getränken in Berührung kommen können, als die Metalldosen und -kästen zur Aufbewahrung und für den Transport der Getränke bestimmt sind, handelt es sich gleichwohl nur um typische, allein dem Getränkeabsatz dienende Hilfswaren, die grundsätzlich nicht als ähnlich mit der jeweiligen Hauptware angesehen werden (vgl. EuGH GRUR Int 2009, 911 Rdnr. 45 - WATERFORD STELLENBOSCH; BPatG 24 W (pat) 513/13 - ALBÉA/BALEA/Balea Professional; 25 W (pat) 29/06 - STELLA/Stella; 29 W (pat) 202/02 – GOLDBARREN/Goldbarren).

Abgesehen davon, dass es sich bei den angegriffenen Waren in Klasse 6 um Dosen und Kästen, nicht aber um Flaschen handelt, und die Widersprechende jeweils nur ein Beispiel für eine Dose und für einen Getränkekasten angeführt hat, die als dreidimensionale Unionsmarken eingetragen wurden, treten Verpackungen und Behältnisse regelmäßig nur gegenüber dem Fachverkehr – hier vor allem den Getränkeherstellern – als selbständig beworbene und bezeichnete Handelsware in Erscheinung, nicht jedoch gegenüber einem Endverbraucher, für den in der Regel nur das fertige (verpackte) Endprodukt bestimmt ist. Dieser erwirbt ein verpacktes Getränk und sieht daher in der Dose oder dem Kasten kein eigenständiges Produkt.

ccc) Es besteht auch kein enger funktioneller Zusammenhang zwischen den auf Seiten der Widerspruchsmarke zu berücksichtigenden Getränken der Klassen 30, 32 und 33 und den angegriffenen Verpackungsbehältnissen der Klasse 6.

(1) Dafür reicht allein der Umstand, dass sich die Waren in irgendeiner Hinsicht ergänzen können, nicht aus. Es kommt vielmehr auf eine gegenseitige Ergänzung in dem Sinne an, dass dadurch die Annahme gemeinsamer oder doch miteinander verbundener Herstellungsstätten nahe gelegt wird. Einen solchen Bezug weisen die Vergleichswaren jedoch nicht auf. Auch wenn die Dosen und Kästen je nach Art und Zusammensetzung des Inhalts besonderen qualitativen Anforderungen unterliegen können, erschöpfen sie sich in ihrer Funktion als Verpackungs- und Aufbewahrungsmittel von Getränken. Außerdem sind „*Getränkedosen aus Metall; Getränkekästen aus Metall*“ weder unentbehrlich noch wichtig für Getränke, da sowohl andere Verpackungsmaterialien und -arten, wie z. B. Flaschen oder Getränkekartons, als auch andere Transportmittel, wie z. B. Blisterverpackungen, zur Verfügung stehen.

(2) Dass im Getränkebereich eine Branchenübung besteht, wonach Getränkehersteller üblicherweise auch die dazu gehörigen Verpackungsmittel wie Dosen und Kästen herstellen, konnte der Senat weder ermitteln, noch wurden dazu Beispiele seitens der Widersprechenden konkret vorgetragen oder belegt. Sie hat schlicht behauptet, dass Verpackungen auch als Rohlinge aus einer vereinbarten Konsistenz, sog. Preforms, an den Getränkehersteller geliefert würden, so dass die endgültige Herstellung der Verpackung beim Getränkehersteller stattfindet. Selbst wenn dies zuträfe, dürfte das dem Durchschnittsverbraucher nicht bekannt sein.

Soweit die Verpackungen, hier Dosen und Kästen, mit dem Getränkehersteller entwickelt sowie in seinem Auftrag und in enger Abstimmung mit ihm produziert werden, ändert dies nichts daran, dass die Fertigung dem Verantwortungsbereich des dafür spezialisierten Verpackungsherstellers unterliegt. Selbst wenn bei einzelnen wenigen Unternehmen, wie z. B. Großkonzernen, in denen mehrere branchenverschiedene Betriebe zusammengefasst sind, die Herstellung beider Waren tatsächlich festgestellt würde, wäre die Voraussetzung einer regelmäßigen gemeinsamen betrieblichen Herkunft dadurch noch nicht erfüllt (BPatG 25 W (pat) 29/06 - STELLA/Stella).

Es kann daher ausgeschlossen werden, dass die insoweit angesprochenen breiten Verkehrskreise der Auffassung unterliegen könnten, die Vergleichswaren stammten aus denselben oder wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen.

ddd) Auch mit den übrigen Widerspruchswaren und -dienstleistungen, den Nahrungsmitteln tierischer und pflanzlicher Herkunft der Klasse 29, den land-, garten- und forstwirtschaftlichen Erzeugnissen der Klasse 31, den Werbe- und Geschäftsführungsdienstleistungen der Klasse 35, den Telekommunikationsdienstleistungen der Klasse 38, den Franchising-Dienstleistungen der Klassen 41 und 42 sowie den Verpflegungs- und Beherbergungsdienstleistungen der Klasse 42, weisen die von der angegriffenen Marke beanspruchten Getränkedosen und -kästen keine wirtschaftlichen Berührungspunkte auf.

2. Von den identischen Vergleichswaren der Klassen 5 und 32 werden breite Verkehrskreise angesprochen, nämlich sowohl der Endverbraucher als auch der Getränke- und Lebensmittelfachhandel sowie Drogerien. Da es sich um Artikel des täglichen Bedarfs bzw. um kurzlebige Erzeugnisse des Massenkonsums handelt, werden sie den Waren mit eher geringem Aufmerksamkeitsgrad begegnen.

3. Der Unionswiderspruchsmarke



kommt eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft zu.



Schon das Wortelement „Réa“ verfügt von Haus aus über einen normalen Schutzzumfang.

a) Die originäre Kennzeichnungskraft wird bestimmt durch die Eignung der Marke, sich unabhängig von der jeweiligen Benutzungslage als Unterscheidungsmittel für die Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens bei den beteiligten Verkehrskreisen einzuprägen und die Waren und Dienstleistungen damit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. EuGH GRUR 2010, 1096

Rdnr. 31 - BORCO/HABM [Buchst. a]; BGH GRUR 2017, 75 Rdnr. 19 - Wunderbaum II). Diese Eignung fehlt oder ist zumindest erheblich eingeschränkt, wenn die Widerspruchsmarke einen die geschützten Waren oder Dienstleistungen beschreibenden Sinngehalt aufweist oder sich an eine für die fraglichen Waren und/oder Dienstleistungen beschreibende Angabe anlehnt (BGH WRP 2015, 1358 Rdnr. 10 – ISET/ISETsolar; GRUR 2012, 1040 Rdnr. 30 f. - pjur/pure). Liegen keine konkreten Anhaltspunkte vor, die für eine hohe oder geringe Kennzeichnungskraft sprechen, ist von normaler Kennzeichnungskraft auszugehen (BGH a. a. O. – Wunderbaum II).

b) Der Wortbestandteil „Réa“ ist aus Sicht der angesprochenen breiten Verkehrskreise ein Kunst- bzw. Fantasiebegriff. Soweit ein kleiner Teil des Verkehrs in der Widerspruchsmarke den aus dem Französischen stammenden Begriff „réa“ im Sinne von „Blockscheibe, Seilzugrolle“ verstehen sollte, fehlt es an einer beschreibenden Bedeutung für die im Identitätsbereich liegenden Getränke (-pulver“), Getränkedosen und -kisten.

c) Anhaltspunkte für eine durch intensive Nutzung gesteigerte Kennzeichnungskraft sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

4. Die jüngere Marke  kommt der älteren Unionsmarke  wegen überdurchschnittlicher klanglicher Ähnlichkeit so nahe, dass bei identischen Waren, normaler Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und eher geringer Aufmerksamkeit der angesprochenen Verkehrskreise die Gefahr von Verwechslungen zu besorgen ist.

aa) Maßgeblich für die Beurteilung der Zeichenähnlichkeit ist der Gesamteindruck der Vergleichsmarken unter Berücksichtigung der unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente (EuGH GRUR 2013, 922 Rdnr. 35 – Specsavers/Asda; BGH GRUR 2013, 833 Rdnr. 30 – Culinaria/Villa Culinaria), wobei von dem allgemeinen

Erfahrungsgrundsatz auszugehen ist, dass der Verkehr eine Marke so aufnimmt, wie sie ihm entgegentritt, ohne sie einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (vgl. u. a. EuGH GRUR 2004, 428 Rdnr. 53 – Henkel; BGH GRUR 2001, 1151, 1152 – marktfrisch). 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. Dabei genügt für die Bejahung der Zeichenähnlichkeit regelmäßig bereits die Ähnlichkeit in einem der genannten Wahrnehmungsbereiche (EuGH GRUR 2007, 700 Rdnr. 35 – Limoncello/LIMON-CHELO; BGH GRUR 2016, 382 Rdnr. 37 – BioGourmet).

bb) Die Vergleichsmarken  und  unterscheiden sich in der Gesamtheit und (schrift-)bildlich hinreichend durch die unterschiedlichen Schriftarten und -stärken, den Kleinbuchstaben „n“ am Anfang sowie den Punkt am Ende der angegriffenen Marke einerseits und die Majuskel am Beginn der Widerspruchsmarke sowie die Ausführung in drei Farben und den gefüllten Halbkreis als Hintergrund ihres Wortbestandteils andererseits.

cc) In klanglicher Hinsicht wird der Gesamteindruck der beiden Wort-/Bildmarken durch die Worтеlemente „nea.“ und „Réa“ geprägt, zumal beide im Zentrum platziert sind und die farbige Gestaltung und der gefüllte Halbkreis im Hintergrund werbeüblich Stilmittel darstellen. Denn bei der Feststellung des klanglichen Gesamteindrucks einer Wort-/Bildmarke ist von dem in ständiger Rechtsprechung anerkannten Erfahrungssatz auszugehen, dass der Wortbestandteil – sofern er kennzeichnungs-kräftig ist – den Gesamteindruck prägt, weil er die einfachste Möglichkeit bietet, die Marke zu benennen (vgl. BGH GRUR 2014, 378 Rdnr. 39 – OTTO CAP).

dd) Zwischen den Markenwörtern „nea“ und „Réa“ besteht wegen des hohen Maßes an Übereinstimmungen eine hohe phonetische Ähnlichkeit.

aaa) Dabei ist maßgeblich, wie die Marken von den angesprochenen Verkehrskreisen mündlich wiedergegeben werden, wenn sie die Marke in ihrer registrierten Form vor sich haben (BPatG 29 W (pat) 587/17 – neo/NAO; GRUR 2010, 441 Rn. 39 – pn printnet/PRINECT).

bbb) Der angesprochene Verkehr wird die jüngere Marke mangels entsprechender Anhaltspunkte deutsch aussprechen („ne-a“) mit der Betonung auf der ersten Silbe. Das Schlusszeichen in Form eines Punktes, welcher der Buchstabenfolge nachgestellt ist, hat keine Auswirkungen auf die phonetische Wiedergabe. Gleiches gilt für die Widerspruchsmarke („Ré-a“). Auch soweit der angesprochene Verkehr aufgrund der Schreibweise mit Accent aigu das französische Wort erkennen sollte, würde sich an der Betonung auf der ersten Silbe nichts ändern.

ccc) Zwar gilt der Erfahrungssatz, dass der Verkehr Wortanfänge im Allgemeinen stärker beachtet als die übrigen Markenteile. Auch kann die Abweichung in einem Laut bzw. Buchstaben den Gesamteindruck eines Kurzwortes im Verhältnis stärker beeinflussen als den eines längeren Markenwortes (BPatG 29 W (pat) 587/17 - neo/NAO; 25 W (pat) 104/12 – Talo/tilo; 26 W (pat) 324/03 - WELT/WEST). Diese Erfahrungssätze sind aber weder isoliert zu betrachten noch verallgemeinernd oder schematisch anzuwenden, sondern im Hinblick auf die klangliche Auswirkung der Abweichung auf den Gesamteindruck zu prüfen und entsprechend zu gewichten (vgl. BGH GRUR 2004, 783 – NEURO-VIBOLEX/NEURO-FIBRAFLEX m. w. N.). Bei weitgehenden Übereinstimmungen im Übrigen kann eine alleinige Abweichung am Wortanfang die Verwechslungsgefahr in der Regel nicht ausschließen (vgl. BGH GRUR 1974, 30, 31 – Erotex/Protex; GRUR 1982, 611, 613 – Prodont; BPatGE 6, 141 – ZEA/Teo; 6, 247 Kawoti/Sarotti; GRUR 1996, 496, 499 – PARK/LARK; GRUR 1997, 287, 289 – INTECTA/tecta; Mitt. 1970, 193, 194 – REA/ZEA; BPatG 33 W (pat) 203/02 - REDI/Wedi). Vielmehr müssen auch bei solchen Kurzwörtern die Abweichungen in jeder Richtung deutlich in Erscheinung treten (vgl. BGH GRUR 1957, 499, 502 – Wipp; BPatG Mitt 1970, 193, 194 – REA/ZEA; 26 W (pat) 204/94

– FOX/FOG; BPatG 26 W (pat) 14/96 – ON/WON). Denn bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr ist grundsätzlich mehr auf die gegebenen Übereinstimmungen der zu vergleichenden Zeichen als auf die Unterschiede abzustellen (st. Rspr.: BGH GRUR 1998, 924, 925 salvent/Salventerol m. w. N.; GRUR 2003, 1044, 1046 - Kelly; a. a. O. – NEURO-VIBOLEX/NEURO-FIBRAFLEX).

ddd) Ausgehend von diesen Grundsätzen ist festzustellen, dass der klangliche Gesamteindruck der beiden Markenkurzwörter entgegen den Ausführungen der Markenstelle von der identischen Lautfolge ea/éa geprägt wird, die aufgrund der ungewöhnlichen Kombination aus einem hellen und einem dunklen Vokal deutlich hervortritt und zu einer markanten klanglichen Übereinstimmung zwischen den Vergleichsmarken führt. Denn es gibt kein einziges normales Wort im Deutschen, das auf „ea“ endet. Bei den Wörtern „Alinea, Guinea, Neuguinea, Ochrea, Chorea, Korea, Nordkorea, Südkorea; Trachea; Erythea; Kea; Aechmea; Cosmea; Dulzinea; Nausea; Zea; Elodea; Trachea; Cochlea; Ilea; Bougainvillea; Olea; Kornea; Hevea; Howea; Rosazea und Cobaea“ handelt es sich überwiegend um Länder-, Pflanzen- Tier- oder sonstige Namen sowie um naturwissenschaftliche Spezialbegriffe (vgl. BPatG 26 W (pat) 92/13 – CARIBEA/CARIB). Die Vergleichsmarken stimmen damit in der Betonung, im Sprechrhythmus, in der Silbenzahl und in der Vokalfolge (vgl. BGH WRP 2015, 1219 Rdnr. 43 – IPS/ISP zur besonderen Bedeutung der Übereinstimmung in Silbenzahl und Vokalfolge) überein. Demgegenüber ist die alleinige Abweichung der Konsonanten „n/R“ trotz ihrer Stellung am Wortanfang der beiden Kurzwörter „nea“ und „Réa“ in ihrer Klangwirkung zu gering, um ein ausreichend unterschiedliches Gesamtklangbild zu bewirken, da die Betonung nicht auf ihnen, sondern auf dem jeweils identischen Vokal „e/é“ liegt. Hinzu kommt, dass die beiden Anfangskonsonanten klangschwach sind und der überwiegende Teil des Verkehrs das „R“ nicht rollend ausspricht.

cc) Aus der im Allgemeinen eher unsicheren Erinnerung heraus wird der inländische Verkehr die Marken daher klanglich nicht auseinanderhalten können, zumal sie

auch keinen die Verwechslungsgefahr mindernden erkennbaren Begriffsgehalt in Bezug auf die vorliegend relevanten Waren aufweisen.

III.

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

IV.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diesen Beschluss ist das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde nur gegeben, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,

5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerdeschrift muss von einer beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältin oder von einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet und innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe eingereicht werden. Die Frist kann nicht verlängert werden.

Kortge

Kätker

Dr. von Hartz

prä