



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 255/02

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 300 68 356

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 6. Juli 2005 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Albert sowie der Richter Kraft und Reker

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Markeninhaberin wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 33 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 27. September 2002 aufgehoben, soweit wegen des Widerspruchs aus der Marke 398 36 082 die Löschung der angegriffenen Marke für die Waren „Kaffee, Tee, Kakao; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken“ angeordnet worden ist. Der Widerspruch wird insoweit zurückgewiesen.
2. Im übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe

I

Gegen die Eintragung der Marke 300 68 356



für die Waren

„Kaffee, Tee, Kakao; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken; alkoholische Getränke, soweit in Klasse 33 enthalten“

ist Widerspruch erhoben worden aus der für „Spirituosen“ eingetragenen Marke
398 36 082

Tropica .

Die Markenstelle hat wegen des Widerspruchs die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet. Zur Begründung hat sie ausgeführt, wegen der Identität bzw Ähnlichkeit der beiderseitigen Waren und der klanglichen Ähnlichkeit der Marken bestehe markenrechtliche Verwechslungsgefahr. Bei der Beurteilung der klanglichen Ähnlichkeit müsse die grafische Ausgestaltung der angegriffenen Marke außer Betracht bleiben. Der Widerspruchsmarke „Tropica“ stehe dann das Kenn- und Merkwort „Tropic Bar“ der angegriffenen Marke gegenüber. Wegen der Klangschwäche des Konsonanten „B“ in dem Wort „Bar“ müsse, auch unter Berücksichtigung der Eile und Flüchtigkeit des täglichen Geschäftsverkehrs, damit gerechnet werden, dass die Bezeichnung „Tropic Bar“ fälschlich als „Tropica“ verstanden werde.

Hiergegen wendet sich die Markeninhaberin mit der Beschwerde. Sie macht geltend, sie habe von dem Widerspruch gegen die am 31. Januar 2001 erfolgte Eintragung ihrer Marke erst am 31. Oktober 2002 Kenntnis erlangt. Deswegen sowie auch angesichts der Tatsache, dass Widerspruch gegen die Eintragung einer Marke nur innerhalb von drei Monaten nach der Veröffentlichung der Eintragung erhoben werden könne, müsse die angegriffene Marke Bestand haben. Zwischen den Marken bestehe auch keine Verwechslungsgefahr, weil es sich bei der angegriffenen Marke um eine grafisch ausgestaltete Marke handele, bei der dem Wort-

bestandteil „Tropic Bar“ nur eine untergeordnete Bedeutung zukomme. Außerdem bestehe die Widerspruchsmarke aus einem Wort, während die angegriffene Marke zwei Wörter aufweise, wobei der Anfangsbuchstabe „B“ des Wortes „Bar“ auch nicht klangschwach sei. Es bestehe auch keine Identität oder Ähnlichkeit der beiderseitigen Waren, weil es sich bei den Spirituosen der Widerspruchsmarke um ein Endprodukt, bei den Waren der angegriffenen Marke hingegen um solche handele, die zur Zubereitung von Getränken dienten und nicht von Endverbrauchern gekauft würden. Unterschiede beständen zudem in der Darreichungsform und den jeweiligen Verkaufsstätten. Die Markeninhaberin beantragt sinngemäß, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und den Widerspruch zurückzuweisen.

Die Widersprechende hat sich zur Sache nicht geäußert und keinen Antrag gestellt.

II

Die zulässige Beschwerde der Markeninhaberin ist in dem aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Umfang begründet, im übrigen jedoch unbegründet. Zwischen der Widerspruchsmarke und der angegriffenen Marke besteht nur insoweit die Gefahr von Verwechslungen iSd § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG, als die angegriffene Marke für „alkoholische Getränke, soweit in Klasse 33 enthalten“ bestimmt ist.

Der Widerspruch ist entgegen der Ansicht der Markeninhaberin zulässig, weil er innerhalb der Dreimonatsfrist des § 42 Abs 1 MarkenG und damit rechtzeitig erhoben worden ist. Die Veröffentlichung der Eintragung der angegriffenen Marke erfolgte am 1. März 2001. Der Widerspruch gegen die Eintragung dieser Marke ging beim Deutschen Patent- und Markenamt am 2. April 2001, also deutlich vor dem Ablauf der hierfür gesetzlich bestimmten Dreimonatsfrist, ein. Der Umstand, dass der Widerspruch der Markeninhaberin erst weit nach dem Ablauf dieser Frist zugegangen ist, berührt seine Zulässigkeit nicht. Er ist im übrigen zumindest auch mit darauf zurückzuführen, dass der von der Markeninhaberin seinerzeit benannte

Zustellungsbevollmächtigte unbekannt verzogen war, so dass die Zustellungsversuche des Patentamts zunächst erfolglos blieben.

Der zulässige Widerspruch kann jedoch nur in dem aus dem Tenor dieses Beschlusses ersichtlichen Umfang Erfolg haben, weil nur insoweit die Gefahr von Verwechslungen besteht.

Die Frage der Verwechslungsgefahr im Sinne der oben genannten Vorschrift ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (EuGH GRUR 1998, 387, 389 – Sabèl/Puma). Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht kommenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren sowie der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke. Ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Marken kann durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Waren ausgeglichen werden und umgekehrt. Eine gänzlich fehlende Ähnlichkeit der Waren kann allerdings nicht durch die anderen Tatbestandsmerkmale der Verwechslungsgefahr ausgeglichen werden (EuGH GRUR 1998, 922, 923 - Canon; BGH GRUR 2002, 340 – Fabergé).

Soweit sich der Widerspruch gegen die Eintragung der angegriffenen Marke für die Waren „Kaffee, Tee, Kakao“ richtet, kann er schon deshalb keinen Erfolg haben, weil diese Waren der Klasse 30 unter Berücksichtigung der maßgeblichen markenrechtlichen Kriterien (EuGH aaO – Canon, Rdn 22 – 29) keine Ähnlichkeit mit Spirituosen aufweisen. Bei ihnen handelt es sich um Kaffee in Form von Bohnen und Pulver, um Tee in Form von Blättern oder gemahlen, evtl. abgepackt in Teebeuteln, sowie um Kakaobohnen oder Kakaopulver, nicht jedoch – weil nicht als solche bezeichnet und beansprucht - um verzehrfertige Kaffee-, Tee- und Kakaogetränke oder -zubereitungen. Kaffee, Tee und Kakao als Ausgangsprodukte zur Zubereitung von Getränken sind nach überwiegender Meinung, der sich der Senat anschließt, Spirituosen oder anderen alkoholhaltigen Getränken unähnlich (vgl insoweit: Richter/Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und

Dienstleistungen, 13. Auflage, S 147 li Sp: Kaffee ./.. Bier, alkoholische Getränke, keine Ähnlichkeit, HABM 99 WidAbt E Nr 1456/99; Kaffee ./.. Wein, keine Ähnlichkeit, HABM 03 BK R 168/04-2; Tee ./.. Wein, keine Ähnlichkeit HABM 03 BK R 697/02-4).

Aber auch dann, wenn zugunsten der Widersprechenden davon ausgegangen wird, dass die Warenbegriffe „Kaffee, Tee, Kakao“ auch fertig zubereitete Kaffees, Tees und Kakaos umfassen, bestehen mit Spirituosen außer dem Umstand, dass die beiderseitigen Waren jeweils Getränke sind, nach den regelmäßigen Herstellungs- und Vertriebsstätten im allgemeinen keine Berührungspunkte. Es handelt sich insoweit allenfalls unter dem Gesichtspunkt, dass zum Kaffee gelegentlich auch ein Cognac, Weinbrand oder eine andere Spirituose angeboten und konsumiert wird oder dass Kaffee, Tee oder Kakao auch mit Spirituosen versetzt werden können (zB Irish Coffee, Tee mit Rum) um einander ergänzende Waren, die jedoch auch unter Berücksichtigung dieses Umstands nach der Auffassung des Verkehrs innerhalb der Gruppe der Getränke deutliche Unterschiede aufweisen und damit als allenfalls entfernt ähnlich angesehen werden können.

Auch „Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken“ sind „Spirituosen“ zwar nicht völlig unähnlich (vgl Richter/Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen, 13. Auflage 2005, S 280 mi Sp: Sirup = Spirituosen, BPatG 77, 28 W (pat) 37/77), weisen zu diesen jedoch aufgrund ihrer anderen Konsistenz und der erkennbaren Notwendigkeit einer noch weiteren Zubereitung oder Verarbeitung einen überdurchschnittlichen Abstand auf.

Dagegen besteht in markenrechtlicher Hinsicht Identität zwischen „alkoholischen Getränken, soweit in Klasse 33 enthalten“ und „Spirituosen“, da letztere von dem Oberbegriff „alkoholische Getränke“ umfasst wird und die Marken deshalb auch für identische Waren benutzt werden können.

Die Widerspruchsmarke "Tropica", zu deren Benutzung die Widersprechende nichts vorgetragen hat, besitzt von Haus aus angesichts der Tatsache, dass sie eng an den englischen Begriff „tropical“ angelehnt ist, der im Zusammenhang mit Spirituosen auf die Verwendung und den Geschmack tropischer Früchte hinweist und zudem wegen seiner umfangreichen Verwendung auf dem Getränkesektor originalitätsschwach ist, von Haus aus eine nur unterdurchschnittliche Kennzeichnungskraft. Vor diesem Hintergrund reichen die Unterschiede zwischen der angegriffenen Wort-Bild-Marke und der Widerspruchsmarke zwar im Bereich der identischen Waren nicht mehr aus, genügen jedoch im übrigen noch, um die Gefahr von Verwechslungen ausschließen zu können.

In bildlicher Hinsicht weisen die Marken deutliche Unterschiede auf. Sie unterscheiden sich insoweit zum einen durch den Bildbestandteil der angegriffenen Marke, der in der Widerspruchsmarke keine Entsprechung findet, zum anderen aber auch selbst bei Außerachtlassung dieses Bildbestandteils in ihren Wortbestandteilen auffällig voneinander, weil die angegriffene Marke aus zwei Wörtern mit jeweils großen Anfangsbuchstaben besteht und insgesamt erkennbar deutlich länger ist als die Widerspruchsmarke. In schriftbildlicher Hinsicht kommt auch der Begriffsinhalt von der Bezeichnung „Tropic Bar“ deutlich zum Tragen und vermindert die Verwechslungsgefahr entscheidungserheblich.

In klanglicher Hinsicht wird der Gesamteindruck der angegriffenen Marke, ausgehend von dem Erfahrungssatz, dass sich der Verkehr bei einer kombinierten Wort-Bild-Marke zu deren Benennung eher des Wortbestandteils bedient, von der in ihr enthaltenen, vom Verkehr als Gesamtbegriff verstandenen Wortfolge „Tropic Bar“ geprägt. Diese ist der Widerspruchsmarke in klanglicher Hinsicht sehr ähnlich, weil der Schlusskonsonant „r“ des Markenwortes „Bar“ idR klanglich kaum oder gar nicht in Erscheinung tritt, da er häufig nach dem Vokal „a“ nicht deutlich mitgesprochen wird. Damit vermag dieser Konsonant zur Unterscheidung der Marken nicht entscheidend beizutragen. Der danach einzig verbleibende klangliche Unterschied der Marken besteht in dem Vokal „B“ des Wortes „Bar“. Dieser Unterschied

ist jedoch angesichts der Klangschwäche des Vokals „B“ im Verhältnis zu den sonstigen klanglichen Übereinstimmungen der Marken im Bereich identischer Waren für eine Verneinung der Verwechslungsgefahr zu gering, reicht jedoch unter Berücksichtigung der nur unterdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft und des dadurch bedingten geringeren Schutzzumfangs der Widerspruchsmarke im Bereich der Waren, die nur wenig Ähnlichkeit aufweisen, noch aus, um die Gefahr von Verwechslungen iSd § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG auszuschließen.

Bei dieser Sach- und Rechtslage besteht kein Anlass, einer der Verfahrens- beteiligten gemäß § 71 Abs 1 S 1 MarkenG die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen.

Albert

Richter Kraft kann wegen
Urlaubs nicht unterschreiben.

Reker

Albert

Ju