



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 151/02

(Aktenzeichen)

Verkündet am
7. Juli 2005

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 399 62 053

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. Juli 2005 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterin Sredl und des Richters Merzbach

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Widersprechenden wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 16. April 2002 insoweit aufgehoben, als der Widerspruch aus der Marke 1 078 646 auch für die Waren "Tee, Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken mit Ausnahme von Weinen und weinhaltigen Getränken einschließlich Wermut- und Kräuterweine sowie ohne Schokoladenanteil" zurückgewiesen worden ist.

Hinsichtlich dieser Waren wird die Löschung der Marke 399 62 053 angeordnet.

G r ü n d e

I.

Die Bezeichnung

Wintertraum

ist am 15. März 2000 unter der Nummer 399 62 053 in das Markenregister eingetragen worden und beansprucht nach einer Teillöschung Schutz noch für

„Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; Babykost; Kaffee, Tee, Kaffee-

Ersatzmittel, Gewürze; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken mit Ausnahme von Weinen und weinhaltigen Getränken einschließlich Wermut- und Kräuterweinen sowie ohne Schokoladenanteil“. Die Eintragung wurde am 13. April 2000 veröffentlicht.

Gegen die Eintragung der angegriffenen Marke für die Waren „Tee; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken mit Ausnahme von Weinen und weinhaltigen Getränken einschließlich Wermut- und Kräuterweinen sowie ohne Schokoladenanteil“ hat die Inhaberin der Marke 1 078 646

WINTER-TRAUM

die seit dem 27. Juni 985 für „Weine und weinhaltige Getränke, einschließlich Wermut- und Kräuterweine“ eingetragen ist, gezielt Widerspruch erhoben.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat im Verfahren vor der Markenstelle die Benutzung der Widerspruchsmarke für die eingetragenen Waren, insbesondere für Glühwein, unbeschränkt bestritten. Die Widersprechende hat daraufhin im Beschwerdeverfahren Unterlagen in Form einer Eidesstattlichen Versicherung mit Angaben zum Umsatz sowie Flaschenetiketten für den Zeitraum zwischen 1995/1996 und 2001/2002 eingereicht, aus denen sich die Verwendung der Widerspruchsmarke für „Glühwein“ ergibt.

Die Markenstelle für Klasse 5 hat mit Beschluß vom 16. April 2002 die Verwechslungsgefahr verneint und den Widerspruch zurückgewiesen. Auf die Benutzungsfrage komme es nicht an. Auch wenn die Markenwörter identisch seien, bestünde hinsichtlich der Waren entweder Unähnlichkeit oder zumindest ein derart weiter Abstand, dass der Verkehr die Waren nicht demselben Betrieb zuordnen werde. Die Produkte der angegriffenen Marke stammten regelmäßig aus anderen Betrieben als „Weine und weinhaltige Getränke“, für die die ältere Marke geschützt sei.

Unterschiede seien auch im Hinblick auf den regelmäßigen Vertriebsort und die Produktbeschaffenheit wie auch im Hinblick auf ihren Einsatz- und Verwendungszweck und ihre Eigenart zu verzeichnen. Allenfalls bei „Sirup“ könne sich eine Parallele ergeben, weil diese Ware wie Weine und weinhaltige Getränke in Flaschen verkauft werde. In anderen relevanten Merkmalen unterschieden sich diese Waren jedoch deutlich voneinander. Auch die Verbindung zwischen Gewürze enthaltenem Glühwein und der Ware „Gewürze“ der angegriffenen Marke sei nicht entscheidungserheblich.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden. Bezüglich der Annahme fehlender Warenähnlichkeit könne der Beschluss-Begründung nicht gefolgt werden. Zwischen „Tee“, wozu nicht nur loser Tee, sondern nach der Nizzaer Klassifikation von Waren und Dienstleistungen vom 1. Januar 2002 Tee auch in Getränkeform zu zählen sei, und „Weinen und weinhaltigen Getränken“ bestehe Ähnlichkeit wegen der stofflichen Beschaffenheit als Flüssigkeit und der insbesondere bei Glühwein verwendeten Gewürze und Aromen, die gemäß Anlage W1 zum Schriftsatz vom 8. November 2002 auch Tees zugesetzt würden. Solche aromatisierten Tees biete nach Anlage W2 auch der Inhaber der angegriffenen Marke unter der Bezeichnung „Glühwein“ an, so dass wegen des gleichen Geschmacks, aber auch wegen des Umstands, dass Tee wie Glühwein heiß getrunken werde, eine enge Warenähnlichkeit bestehe. Dementsprechend seien nach Richter/Stoppel, 12. Aufl, S. 361, 362 Weine und weinhaltige Getränke ähnlich mit alkoholfreien Getränken, Fruchtsäften und unter Verwendung von Orangen hergestellten alkoholfreien Getränken. Von Bedeutung seien weiter derselbe Verwendungszweck als Heißgetränke und der Umstand, dass beide Getränke zB auf Getränkearten oder auf Weihnachtsmärkten, dort auch als alkoholfreier Kinderpunsch, oder Skihütten zusammen angeboten würden. Schließlich könnten Tee und Weine/weinhaltige Getränke von denselben Herstellern stammen. Die Widersprechende stelle nicht nur Glühwein, sondern auch alkoholfreien Kinderpunsch her, der aus Tee und Gewürzen bestehe. Die Herstellung von alkoholhaltigen wie von alkoholfreien Getränken durch einen einzigen Hersteller sei im übrigen auch

nicht unüblich, wie zB die Anlagen W10 und W11 zeigten. Ähnlichkeit bestehe auch zwischen „Sirupen und anderen Präparaten für die Zubereitung von Getränken ...“ und „Weinen und weinhaltigen Getränken“ wegen der stofflichen Beschaffenheit in bezug auf die Anreicherung mit Frucht- und Pflanzenauszügen. Die Einschränkung im Warenverzeichnis der angegriffenen Marke ändere nichts hieran. Daß Sirupe einerseits und Weine/weinhaltige Getränke andererseits aus demselben Betrieb stammen könnten, ergebe sich zB aus Anlage W8. Im übrigen werde auf die „EVIAN/REVIAN“-Entscheidung des BGH (WRP 2001, 694) hingewiesen, wonach Wein und Mineralwässer als ähnlich angesehen worden seien, obwohl die Waren im allgemeinen aus unterschiedlichen Produktionsstätten stammten. Hinzu komme, daß es bereits fraglich sei, ob die bisher vorgenommene Beschränkung im Warenverzeichnis der jüngeren Marke, wonach „Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken“ nicht für die Zubereitung von Weinen und weinhaltigen Getränken einschließlich Wermut und Kräuterweinen“ bestimmt sein sollten, unzulässig sein könnte, weil nicht erkennbar sei, ob sich die Beschränkung auf die Angabe „Sirupe“ oder auf die Angabe „andere Präparate für die Zubereitung von Getränken“ beziehe. Schließlich werde die Widerspruchsmarke rechtserhaltend benutzt, was sich aus der Eidesstattlichen Versicherung vom 4. November 2002 einschließlich der Umsatzangaben sowie Front- und Rücken-Flaschenetiketten ergebe. Hilfsweise werde die Zulassung der Rechtsbeschwerde angeregt.

Die Widersprechende beantragt,

den Beschluss des DPMA vom 16. April 2002 aufzuheben, die Verwechslungsgefahr im Umfang der Waren „Tee, Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken mit Ausnahme von Weinen und weinhaltigen Getränken einschließlich Wermut- und Kräuterweine sowie ohne Schokoladenanteil“ zu bejahen und die Marke 399 62 053 in diesem Umfang zu löschen

Der Inhaber der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Betrachtungsweise zur Begründung der Warenähnlichkeit erscheine konstruiert. Der Inhaber der angegriffenen Marke schließe sich dem angegriffenen Beschluß der Markenstelle vollinhaltlich an. Im vorliegenden Fall sei entscheidend, dass sich Produktbeschaffenheit und Vertriebsort und -weg in allen Merkmalen deutlich unterscheiden. Die vermeintliche Ähnlichkeit könne nicht mit der Ähnlichkeit von Waren begründet werden, die hier nicht Gegenstand der Betrachtung seien.

Der Senat hat zuletzt mit Bescheid vom 22. Dezember 2004 zur Frage der Ähnlichkeit Stellung genommen, nachdem der Inhaber der jüngeren Marke eine Einschränkung des Warenverzeichnisses auf die Fassung „Tee; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken mit Ausnahme von Wein und weinhaltigen Getränken einschließlich Wermut und Kräuterweinen oder anderen alkoholischen Getränken sowie sämtlichst ohne Schokoladenanteil“ in Aussicht gestellt hat.

II.

Die zulässige Beschwerde ist erfolgreich, denn im Umfang der im Tenor aufgeführten Waren besteht nach Auffassung des Senats Verwechslungsgefahr im Sinne des § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG.

Die Frage der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr ist unter Heranziehung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (vgl hierzu Ströbele/Hacker, Marken-gesetz, 7. Aufl., § 9, Rdnr 28 mwH). Dabei besteht eine gewisse Wechselwirkung der einzelnen Beurteilungsfaktoren der Ähnlichkeit oder Identität der Waren bzw

Dienstleistungen, der Ähnlichkeit oder Identität der Marken und der Kennzeichnungskraft der älteren Marke im Hinblick auf die Verwechslungsgefahr.

Mangels anderer Anhaltspunkte geht der Senat von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke aus.

1. Nachdem die Nichtbenutzungseinrede gegenüber der Widerspruchsmarke bereits vor der Markenstelle erhoben war, vom Prüfer allerdings – aus seiner Sicht zutreffend – nicht berücksichtigt worden ist, war es Aufgabe der Widersprechenden, die Benutzung ihrer Marke für die registrierten Waren glaubhaft zu machen. Hierzu hat sie im Beschwerdeverfahren Benutzungsunterlagen in Form einer Eidesstattlichen Versicherung vom 4. November 2002, die Angaben zum Umsatz aus den relevanten Zeiträumen im Sinne des § 43 Abs 1 MarkenG enthält, sowie Flaschenetiketten eingereicht. Die genannten Umsätze beziehen sich auf die Jahre 1995/1996 bis 2001/2002 und decken beide Zeiträume nach § 43 Abs 1 MarkenG ab. In Verbindung mit den vorgelegten Flaschenetiketten, die die Widerspruchsmarke auf dem vorderen Flaschenetikett am oberen Rand, auf dem rückseitigen Etikett im oberen Drittel der Gesamtaufmachung zeigen, ergibt sich danach eine ausreichend glaubhaft gemachte Benutzung der Widerspruchsmarke für „Glühwein“, der nach den Angaben auf dem Etikett aus „ausgesuchtem, dunklen Rotwein“ besteht, der gesüßt und mit Nelken, Zimt, Orangen- und Zitronenschale gewürzt ist (vgl hierzu Dr. Oetker, Lebensmittel-Lexikon, Dr.-Oetker-Verlag, 2004, S. 324 Stichwort „Glühwein“) und unter die registrierte Ware „Wein“ subsumiert werden kann.

2. Die sich hier gegenüberstehenden Waren sind ähnlich im Sinne des § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG.

Bei der Beurteilung der Waren- bzw Dienstleistungsähnlichkeit sind alle erheblichen Umstände zu berücksichtigen, die das Verhältnis der Waren bzw Dienstleistungen kennzeichnen (vgl EuGH GRUR 1998, 922 – Canon). Dabei stehen die

Beurteilungsfaktoren der Waren- / Dienstleistungsidentität oder -ähnlichkeit, der Markenidentität oder -ähnlichkeit und der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke in einer Wechselwirkung zueinander, die dazu führt, daß zB ein geringer Grad an Ähnlichkeit der Waren bzw Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Markenähnlichkeit oder der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ausgeglichen werden können. Ebenso wie die Verwechslungsgefahr im Hinblick auf die Herkunftsfunktion einer Marke anhand der Faktoren zu bewerten ist, richtet sich auch die Beurteilung der Ähnlichkeit nach der Herkunftsfunktion im Hinblick auf die Verwechslungsgefahr. Neben objektiven Umständen wie stoffliche Beschaffenheit, regelmäßiger Vertriebs- oder Erbringungsort, Verwendungszweck, wirtschaftliche Bedeutung, Nutzung sowie die Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Waren oder Dienstleistungen zählen auch subjektive Umstände wie die Erwartungen des Verkehrs im Hinblick auf eine einheitliche Ursprungsgarantie und die Verantwortlichkeit desselben Unternehmens für die Qualität der Waren bzw Dienstleistung zu den zu berücksichtigenden Kriterien Für die Annahme der Ähnlichkeit ist zwar nicht allein entscheidend, ob die Herkunftsstätten gleich sind, wenngleich die Ursprungsidentität von besonderer Bedeutung ist. Ein weiteres starkes Indiz ist die Erwartung des Verkehrs, für die Qualität der Waren bzw Dienstleistungen sei ein und derselbe Betrieb oder zumindest wirtschaftlich verbundene Unternehmen verantwortlich. Um die Interessen der Widersprechenden nach einem ausreichenden Schutzzumfang angemessen zu berücksichtigen, sind für die Grenzziehung des Ähnlichkeitsbereichs daher die Kennzeichnungskraft der älteren Marken einzubeziehen und die Grenzen der Ähnlichkeit so weit zu ziehen, wie die Verwechslungsgefahr bei identischen Marken und bei höchster Kennzeichnungskraft der älteren Marke reicht. Danach erreicht der Ähnlichkeitsbereich dort seine Grenze, wo trotz Markenidentität und höchster Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke der Abstand der Waren bzw Dienstleistungen gegen eine Verwechslungsgefahr spricht (vgl hierzu Richter/Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen, 13. Aufl., Anhang 8, S. 435).

Ausgangspunkt für die Ähnlichkeitsbeurteilung ist ausschließlich die Registerlage. Danach ist die Angabe „Tee“, für die die jüngere Marke ua Schutz beansprucht, noch ähnlich mit „Wein“, wofür die ältere Marke benutzt wird. Ausschlaggebend für diese Bewertung ist der Umstand, daß die Angabe „Tee“ nicht nur losen Tee oder Tee in Teebeuteln, sondern nach dem Verständnis der Verbraucher auch das fertige Getränk umfasst, wie es zB in Form von Eistee in verschiedenen Geschmacksrichtungen angeboten wird. Auch die „Internationale Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Waren, Klassifikation von Nizza, gültig ab 1. Januar 2002, Teil II: Liste von Waren und Dienstleistungen in einer nach Klassen geordneten alphabetischen Reihenfolge“, die vom Deutschen Patent- und Markenamt in deutscher Sprache herausgegeben wird, geht auf S. 151/153 davon aus, daß nicht nur Tee, sondern auch Getränke, die auf der Basis von Tee hergestellt sind wie zB Eistee, in die Klasse 30 einzuordnen sind. Dies gilt ebenso für Getränke, die auf der Basis von Kaffee, Kakao oder Schokolade hergestellt sind. Dem steht nicht entgegen, daß in den in der Zusammenstellung der „Internationalen Klassifikation von Waren und Dienstleistungen für die Eintragung von Marken“ enthaltenen „Erläuternden Anmerkungen zur Klasseneinteilung der Waren und Dienstleistungen“ auf S. 25 den Begriff „Teegetränke“ nicht ausdrücklich enthalten, da die genannten Kaffee-, Kakao- oder Schokoladetränke nur unter dem Begriff „insbesondere“ aufgeführt sind.

Eine markenrechtlich relevante Ähnlichkeit der Waren „Tee“ unter Einbeziehung von Teegetränken einerseits und „Wein“ andererseits ist noch zu bejahen, wenn berücksichtigt wird, daß Teegetränke entweder mit der Geschmacksrichtung „Glühwein“ angeboten werden können und dann als alkoholfreie Variante des alkoholhaltigen Glühweins in einem Austauschverhältnis zu „Wein“ stehen, oder wenn (zubereiteter) Tee als Bestandteil eines Punsch (vgl hierzu Dr. Oetker, Lebensmittel-Lexikon, Dr.-Oetker-Verlag, 2004, S. 324 Stichwort „Punsch“) gegenüber Glühwein oder Wein generell als Alternativgetränk in Frage kommen kann (vgl zu diesem Gesichtspunkt BGH GRUR 2001, 507 – REVIAN / EVIAN). Daß der Inhaber der angegriffenen Marke Tee in zubereiteter Form (zur Zeit) nicht

anbietet, ändert die Beurteilung nicht, denn eine entsprechende Einschränkung findet sich nicht im Warenverzeichnis.

Unter den dargelegten Umständen ist eine Ähnlichkeit der Waren „Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken mit Ausnahme von Weinen und weinhaltigen Getränken einschließlich Wermut- und Kräuterweine sowie ohne Schokoladenanteil“ einerseits und „Weine“ andererseits ebenfalls noch anzunehmen. Entgegen der Ankündigung des Inhabers der angegriffenen Marke ist eine Beschränkung der Waren, die sich auf die Zubereitung von anderen alkoholischen Getränken außer Wein und weinhaltigen Getränken einschließlich Wermut und Kräuterweinen bezieht, nicht vorgenommen worden, so daß die Sirupe bzw andere Präparate sich durchaus auch auf sonstige alkoholische Getränke beziehen können. Insoweit besteht noch eine gewisse Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Waren, soweit es sich auch auf Seiten der jüngeren Marke um alkoholhaltige Getränke handeln kann (vgl hierzu Richter/Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen, Carl-Heymann-Verlag, 13. Aufl, S. 280 mi Sp). Die vom Inhaber der angegriffenen Marke erbetene Stellungnahme des Senats zu der von ihm weiteren geplanten Beschränkung des Warenverzeichnisses ist im letzten Senatsbescheid vom 22. Dezember 2004 zum Ausdruck gekommen, vom Inhaber der jüngeren Marke aber nicht aufgegriffen worden.

3. Auch wenn die Ähnlichkeit der jeweiligen Produkte nicht besonders ausgeprägt und die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke als normal einzustufen ist, ist angesichts der klanglichen Identität der Markenwörter mit Verwechslungen im Verkehr zu rechnen. Daß die jüngere Marke aus zwei Wörtern besteht, die mit einem Bindestrich miteinander verbunden sind, während die ältere Marke nur ein einziges Wort enthält, vermag daran nichts zu ändern, da dieser Umstand in klanglicher Hinsicht nicht in Erscheinung tritt.

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

Kliems

Merzbach

Sredl

Na