



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 9/09

(AktENZEICHEN)

Verkündet am
17. Juni 2010

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 305 00 957

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der mündlichen Verhandlung vom 17. Juni 2010 durch die Richterin Winter als Vorsitzende sowie die Richterin Hartlieb und den Richter Paetzold

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Widersprechenden wird der Beschluss der Markenstelle vom 11. November 2008 insoweit aufgehoben, als der Widerspruch aus der Marke 303 01 470 hinsichtlich der angegriffenen Waren „Fruchtgetränke, Fruchtsäfte“ zurückgewiesen wurde. Für diese Waren wird wegen dieses Widerspruchs die Löschung der Marke 305 00 957 angeordnet.

Gründe

I.

Gegen die für die Waren der Klassen 3, 5 und 32

„Mittel zur Körper- und Schönheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost; kohlenensäurehaltige Wässer, Fruchtgetränke, Fruchtsäfte, Biere“

am 19. August 2005 eingetragenen und am 23. September 2005 veröffentlichten Wortmarke 305 00 957

„jogging“

ist unter anderem von der Inhaberin der folgenden Marken Widerspruch - beschränkt auf die Waren der Klassen 5 und 32 - erhoben worden

1. aus der am 22. April 1988 eingetragenen Wortmarke 1 121 067

„Jogging“

geschützt für die Waren der Klasse 29 „Käse“,

2. aus der am 28. April 2003 eingetragenen Wortmarke 303 01 470

„Jogging“

geschützt für zahlreiche Waren der Klasse 29 und 30, unter anderem für „Joghurt“.

Die Markenstelle hat mit Beschluss vom 11. November 2008 die teilweise Löschung der angegriffenen Marke wegen dieser Widersprüche hinsichtlich der angegriffenen Waren „diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost“ wegen Verwechslungsgefahr angeordnet und die Widersprüche im Übrigen wegen erheblichen Warenabstands zurückgewiesen.

Gegen diesen Beschluss hat die Widersprechende Beschwerde eingelegt mit der Begründung, mit Rücksicht auf verschiedene Entscheidungen des Bundespatentgerichts könne die Beurteilung der Warenähnlichkeit durch die Markenstelle keinen Bestand haben. In der mündlichen Verhandlung hat die Widersprechende ihren Widerspruch hinsichtlich der Waren „kohlenensäurehaltige Wässer, Biere“ zurückgenommen und stellt (sinngemäß) den Antrag,

den Beschluss des DPMA vom 11. November 2008 insoweit aufzuheben, als der Widerspruch aus der Marke 303 01 470 für die Waren „Fruchtgetränke, Fruchtsäfte“ zurückgewiesen wurde,

und die Eintragung der angegriffenen Marke 305 00 957 für diese Waren ebenfalls zu löschen.

Der Markeninhaber hat mit Schriftsatz vom 10. Juni 2010 beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er hält die beiderseitigen Waren für unähnlich, zumal sie in verschiedenen Klassen eingeordnet seien. Auch sei seine in Kleinbuchstaben beanspruchte Marke nicht völlig identisch mit den mit großem Anfangsbuchstaben bzw. in Versalien registrierten Widerspruchsmarken.

Den Termin zur mündlichen Verhandlung hat er nicht wahrgenommen.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Akten Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist im für die Entscheidung maßgeblichen Umfang zulässig und begründet.

Zwischen der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke 303 01 470 besteht auch hinsichtlich der noch angegriffenen Waren „Fruchtgetränke, Fruchtsäfte“ Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG.

Die Frage der Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der zueinander in Wechselbeziehung stehenden Faktoren der Ähnlichkeit der Marken, der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren sowie der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke zu beurteilen, wobei insbesondere ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Marken durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Waren ausgeglichen werden kann und umgekehrt (BGH in

st. Rspr. vgl. GRUR 2004, 865, 866 - Mustang; GRUR 2004, 598, 599 - Kleiner Feigling; GRUR 2004, 783, 784 - NEURO-VIBOLEX/NEURO-FIBRAFLEX); GRUR 2008, 906 - Pantohexal; GRUR 2010, 235 - AIDU/AIDA).

Entgegen der Meinung des Markeninhabers sind die Vergleichsmarken identisch, da beide als Wortmarken eingetragen und damit sowohl in Klein- wie in Großschreibung geschützt sind (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 9. Aufl. 2009, § 9 Rdn. 155 m. w. N.).

Mit Rücksicht darauf kann die Verwechslungsgefahr nur bei unähnlichen Waren ausgeschlossen werden, zumal wenn der Widerspruchsmarke durchschnittliche Kennzeichnungskraft zugebilligt wird, wie dies die Markenstelle zu Recht angenommen hat; denn ein beschreibender Sinngehalt in Bezug auf „Joghurt“ kommt der Widerspruchsmarke nicht zu. Zwischen den noch angegriffenen Waren „Fruchtsäfte“ und „Fruchtgetränke“ besteht gegenüber „Joghurt“ zumindest durchschnittliche Ähnlichkeit. Joghurt kann als Fruchtjoghurt Fruchtsaft oder Fruchtgetränke enthalten, etwa wenn er als Trinkjoghurt angeboten wird. Damit liegen Übereinstimmungen in der Beschaffenheit und im Verwendungszweck, möglicherweise auch hinsichtlich der Herstellungsstätten vor (vgl. auch BPatG Entsch. Az. 26 W (pat) 151/02 - Fitella, veröffentlicht auf der Homepage des Gerichts).

Die Beschwerde musste nach alledem hinsichtlich der noch angegriffenen Waren Erfolg haben.

Angesichts dessen ist die Beschwerde hinsichtlich der weiteren Widerspruchsmarke 1 121 067 gegenstandslos.

Zu einer einseitigen Kostenauflegung zu Lasten einer der Verfahrensbeteiligten bestand kein Anlass, so dass die Grundregel des § 71 Abs. 1 S. 2 MarkenG bleibt.

Winter

Hartlieb

Paetzold

CI