



BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 204/00

(AktENZEICHEN)

Verkündet am
19. März 2003

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 395 13 917

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 19. März 2003 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Stoppel sowie der Richterin Schwarz-Angele und des Richters Paetzold

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Markeninhaberin wird der Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts - Markenstelle für Klasse 10 - vom 19. April 2000 aufgehoben.

Der Widerspruch wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Gegen die für die Waren "OP-Mäntel, Abdeck- und Einwickeltücher für den OP" am 6. März 1996 eingetragene und am 10. Juni 1996 veröffentlichte Wort-Bild-Marke



ist Widerspruch erhoben worden aus der Wortmarke 2 001 697 "Kempel", die seit dem 6. Juni 1991 für "Bekleidungsstücke, Gürtel für Bekleidungsstücke" gemäß § 6 a WZG eingetragen worden ist; nach Abschluss des gegen sie gerichteten Widerspruchsverfahrens am 23. September 1994 ist diese Eintragung endgültig geworden.

Die Markenstelle für Klasse 29 des Deutschen Patent- und Markenamts hat auf den Widerspruch aus dieser Marke die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Markeninhaberin mit dem Antrag,

den Beschluß der Markenstelle aufzuheben.

Sie hält den Abstand der Marken auch vor dem Hintergrund weitgehend gleicher Waren für ausreichend, hat im Beschwerdeverfahren aber auch die Einrede der Nichtbenutzung der Widerspruchsmarke erhoben und diese im Termin aufrechterhalten.

Die Widersprechende hat keinen Antrag gestellt und sich auch nicht zur Nichtbenutzungseinrede der Markeninhaberin geäußert. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Widersprechenden am 2. Januar 2002 war das Verfahren zunächst unterbrochen und ist auf Antrag der Markeninhaberin vom 29. Juli 2002 weitergeführt worden. Die mündliche Verhandlung hat die Widersprechende nicht wahrgenommen, sondern lediglich durch ihren Vertreter mitgeteilt, dass die Marke vom Insolvenzverwalter nicht genutzt werde und er an der mündlichen Verhandlung nicht teilnehmen werde.

II.

Die zulässige Beschwerde der Markeninhaberin ist begründet und führt auch zu einer Sachentscheidung, da das Verfahren antragsgemäß nach §§ 85 InsO, 239 ZPO, 82 MarkenG weitergeführt werden konnte.

Zwar hat der Insolvenzverwalter die Aufnahme nicht ausdrücklich erklärt. Da er sich aber nicht klar und unverzüglich zum Antrag der Markeninhaberin vom 29. Juli 2002 geäußert hat, war gemäß §§ 85 Abs 1 Satz 2 InsO, 239 Abs 2 ZPO, 82 MarkenG zur Verhandlung der Hauptsache zu laden.

Die Beschwerde der Markeninhaberin musste auch Erfolg haben.

Nachdem die Widersprechende die Benutzung ihrer Marke nicht glaubhaft gemacht hat, ist der Widerspruch schon aus diesem Grund zurückzuweisen, so dass sich die Frage der Verwechslungsgefahr der einander gegenüberstehenden Marken nicht mehr stellt.

Die Markeninhaberin hat bereits mit Schriftsatz vom 12. Dezember 2000, dessen Empfang die Gegenseite ausdrücklich bestätigt hat, die Einrede der mangelnden Benutzung der Widerspruchsmarke erhoben und diese im Termin zur mündlichen Verhandlung ausdrücklich aufrecht erhalten. Da die Widerspruchsmarke nach Ablauf der Benutzungsschonfrist am 23. September 1999 dem Benutzungszwang nach § 43 MarkenG unterliegt, hätte die Widersprechende vortragen und glaubhaft machen müssen, dass sie ihre Marke innerhalb des in der genannten Vorschrift angegebenen Zeitraums benutzt hat, was nicht geschehen ist. Die ordnungsgemäß zur mündlichen Verhandlung geladene Widersprechende hätte Gelegenheit gehabt, spätestens im Termin zur Einrede der Nichtbenutzung Stellung zu nehmen. Dazu ist es nicht gekommen, weil die Widersprechende den Termin nicht wahrgenommen hat, obwohl sie in der Ladung darauf hingewiesen worden war, dass bei Ausbleiben auch ohne sie verhandelt und entschieden werden kann (§ 75 Abs 2 MarkenG).

Die Widersprechende hat sich damit selbst ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör begeben. Hinzu kommt, dass der Inhaber einer älteren Kennzeichnung, die dem Benutzungszwang unterliegt, jederzeit und daher auch im Termin zur mündlichen Verhandlung darauf vorbereitet sein muss, die Benutzung seiner Marke glaubhaft zu machen (§§ 43 Abs 1 S. 1, 26 MarkenG), wozu es im übrigen vor dem Hinter-

grund des im Rahmen des Benutzungszwangs herrschenden Beibringungsgrundsatzes keines Hinweises des Gerichtes bedarf, zumal wenn wie vorliegend die Einrede über zwei Jahre vor dem Termin schriftsätzlich erhoben wird.

Nach alledem war bereits wegen fehlender Glaubhaftmachung der Benutzung der prioritätsälteren Marke der Widerspruch und damit auch die Beschwerde zurückzuweisen.

Von einer Kostenauflegung zu Lasten der Widersprechenden gemäß § 71 Abs. 1 Satz 1 hat der Senat abgesehen, nachdem auch die Markeninhaberin keinen entsprechenden Antrag gestellt hat.

Stoppel

Schwarz-Angele

Paetzold

Bb