

# BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 87/99

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die angegriffene Marke 394 08 851**

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 13. Januar 2000 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richter Knoll und Engels

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Der Widersprechenden werden die Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt.

**Gründe**

**I.**

Gegen die am 7. Dezember 1995 für "Pharmazeutische Erzeugnisse, nämlich Ohrkerzen, bestehend aus Bienenwachs und Leinenstoff, angereichert mit Essenzen der Bachblüte" eingetragene Bezeichnung

siehe Abb. 1 am Ende

deren Bekanntmachung am 30. März 1996 erfolgte, hat Widerspruch erhoben die Inhaberin der jeweils für "Präparate für die Gesundheitspflege" eingetragenen

Marken 1 114 987 "Bach" - Eintragung am 1. Dezember 1987 - und 1 099 376 "Bach-Blüten-Konzentrate" - Eintragung am 21. November 1986.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat die Benutzung der Widerspruchsmarken bereits im Widerspruchsverfahren vor der Markenstelle des Deutschen Patent- und Markenamts bestritten. Eine Erwiderung hierauf ist nicht erfolgt, insbesondere hat die Widersprechende eine Benutzung der Widerspruchsmarke nicht behauptet oder glaubhaft gemacht.

Die Markenstelle hat in dem angefochtenen Beschluß die Verwechslungsgefahr zwischen den Vergleichsmarken verneint, den Widerspruch aus beiden Marken zurückgewiesen und ausdrücklich darauf hingewiesen, daß sich eine Glaubhaftmachung der bestrittenen Benutzung der Widerspruchsmarken bei dieser Sachlage erübrige, die Nichtbenutzungseinrede jedoch Gegenstand eines möglichen Beschwerdeverfahrens bleibe.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden mit dem (sinngemäßen) Antrag,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben und die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen.

Eine Beschwerdebegründung ist nicht erfolgt. Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat keinen Antrag gestellt und sich gleichfalls zur Sache nicht geäußert.

Wegen der Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluß und die Schriftsätze verwiesen.

Die Beschwerde der Widersprechenden ist zulässig, insbesondere statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt, § 66 Abs 1 Satz 1, Abs 2 MarkenG.

In der Sache hat die Beschwerde jedoch keinen Erfolg, da die Widersprechende eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarken im maßgeblichen Benutzungszeitraum nicht glaubhaft gemacht hat. Der Widerspruch konnte mangels berücksichtigungsfähiger Waren auf seiten der Widerspruchsmarke bereits aus diesem Grund keinen Erfolg haben und war deshalb zurückzuweisen (§§ 43 Abs 1 Satz 3, Abs 2 Satz 2 MarkenG), so daß es zur Entscheidung über die Beschwerde der Beurteilung einer Verwechslungsgefahr im Sinne des § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG nicht bedarf.

Da die Inhaberin der angegriffenen Marke die Einrede der Nichtbenutzung gegenüber den am 1. Dezember 1987 bzw am 21. November 1986 eingetragenen Widerspruchsmarken zulässigerweise erheben konnte und sie die Einrede auch in zeitlicher Hinsicht nicht auf einen der in § 43 Abs 1 Satz 1 und Satz 2 MarkenG genannten benutzungsrelevanten Zeiträume beschränkt hat (vgl hierzu auch PAVIS PROMA, Knoll, 29 W (pat) 44/98 - PRODEA ≠ Dea), war die ernsthafte Benutzung der Widerspruchsmarken für die eingetragenen Waren sowohl für den Zeitraum von fünf Jahren vor Bekanntmachung der Eintragung der jüngeren Marke (30. März 1996) nach § 43 Abs 1 Satz 1 MarkenG als auch zusätzlich für den Zeitraum von fünf Jahren vor dem Entscheidungsdatum (13. Januar 2000) über den Widerspruch nach § 43 Abs 1 Satz 2 MarkenG glaubhaft zu machen, um Ansprüche im Widerspruchsverfahren geltend machen zu können (vgl hierzu BGH GRUR 1998, 938, 939 - DRAGON; GRUR 1999 54, 55 - Holtkamp; MarkenR 1999, 297, 298 - HONKA). Die Widersprechende hat jedoch für keinen dieser benutzungsrelevanten Zeiträume eine Benutzung der Widerspruchsmarken behauptet, sondern sich hierzu nicht geäußert, obwohl sie insbesondere aufgrund des ausdrücklichen Hinweises in dem angegriffenen Beschluß der Markenstelle wissen mußte, daß die erhobene Nichtbenutzungseinrede Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bleiben würde.

Gerichtliche Aufklärungshinweise nach § 82 Abs 1 Satz 1, analog §§ 139, 273 ZPO waren nicht veranlaßt. Anhaltspunkte dafür, daß die Widerspruchsmarke benutzt wird, ergeben sich auch aus dem sonstigen Akteninhalt nicht. Bei dieser Ausgangslage besteht nicht nur keine Aufklärungspflicht, sondern ein gerichtlicher Hinweis könnte vielmehr eher Zweifel an der Unparteilichkeit des Gerichts aufkommen lassen, insbesondere bei anwaltlicher Vertretung des Beteiligten (vgl dazu Thomas/Putzo, 20. Aufl, § 139 Rdn 1).

Das Gericht ist auch nicht gehalten, den Beteiligten Äußerungsfristen zu setzen oder einen beabsichtigten Entscheidungstermin mitzuteilen. Vielmehr ist es ausreichend, wenn die jeweiligen Schriftsätze dem Gegner übersendet werden und ihm die Möglichkeit eingeräumt wird, sich hierzu innerhalb einer angemessenen Frist zu äußern (vgl BGH GRUR 1997, 223, 224 "Ceco"). Nach dieser Entscheidung soll hierfür regelmäßig bereits eine Frist von zwei Wochen ausreichend sein. Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, daß der Widersprechenden seit Eingang ihrer Beschwerdeschrift am 3. März 1999 für die Glaubhaftmachung der schon vor dem Deutschen Patent- und Markenamts bestrittenen Benutzung der Widerspruchsmarke ausreichend Zeit zur Verfügung stand.

Es entspricht vorliegend der Billigkeit die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Widersprechenden aufzuerlegen (§ 71 Abs 1 MarkenG). Da die Beschwerde ohne Glaubhaftmachung einer rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarken von vorneherein keinerlei Aussicht auf Erfolg besaß, sind abweichend vom Grundsatz der eigenen Kostentragung die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Widersprechenden wegen Verletzung der prozessualen Sorgfaltspflicht aufzuerlegen (vgl auch Althammer/Ströbele, MarkenG, 5. Aufl, § 71 Rdn 17).

Kliems

Knoll

Engels

Pü/Hu

Abb. 1

