

BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 32/02

(Aktenzeichen)

Verkündet am
11. Dezember 2002

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 2 914 046

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 2002 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Stoppel sowie der Richterin Schwarz-Angele und des Richters Paetzold

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Die Widersprechende trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Gründe

I.

Gegen die für die Waren "Früchte Desserts, nämlich Quark- und Joghurtspeisen" am 19. August 1999 als durchgesetztes Zeichen eingetragene Wortmarke

Früchte-Traum

ist Widerspruch erhoben worden aus der nachfolgend wiedergegebenen älteren Wort-Bild-Marke 1 174 134,

siehe Abb. 1

die seit dem 25. März 1991 für "Quark mit Früchtezusätzen" eingetragen ist.

Die Markenstelle für Klasse 29 des Deutschen Patent- und Markenamts hat den Widerspruch mangels Verwechslungsgefahr zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden mit dem Antrag,

den Beschluß der Markenstelle aufzuheben.

Sie hält den Abstand der Marken vor dem Hintergrund weitgehend gleicher Waren für nicht mehr eingehalten.

Die Markeninhaberin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen und der Widersprechenden die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen.

Sie hat im Beschwerdeverfahren u.a. die Einrede der Nichtbenutzung der Widerspruchsmarke erhoben und diese im Termin aufrechterhalten.

Die Widersprechende hat die mündliche Verhandlung nicht wahrgenommen und sich auch nicht zur Nichtbenutzungseinrede der Markeninhaberin geäußert, sondern lediglich am Terminstag schriftlich mitgeteilt, dass eine Entscheidung nach Aktenlage ergehen solle.

II.

Die zulässige Beschwerde der Widersprechenden ist nicht begründet.

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 mit Schriftsatz vom 17. Oktober 2002, der der Gegenseite mit Empfangsbekanntnis förmlich zugestellt wurde, die Einrede der mangelnden Benutzung der Widerspruchsmarke erhoben und diese im Termin zur mündlichen Verhandlung ausdrücklich aufrecht gehalten. Da die Widerspruchsmarke nach Ablauf der Benutzungsschonfrist seit März 1996 dem Benutzungszwang nach § 43 MarkenG unterliegt, hätte die Widersprechende vorgetragen und glaubhaft machen müssen, daß sie ihre Marke innerhalb des in der genannten Vorschrift angegebenen Zeitraums benutzt hat, was nicht geschehen ist.

Die Einrede war auch nicht als verspätet im Sinne der §§ 82 Abs 1 MarkenG iVm §§ 528 Abs 2, 282 Abs 2 ZPO zurückzuweisen. Für die Erhebung der Nichtbenutzungseinrede enthält das MarkenG keine Ausschlußfrist, so daß selbst das erstmalige Bestreiten der Benutzung im Termin zur mündlichen Verhandlung grundsätzlich möglich und allenfalls wegen Verspätung auszuschließen ist, falls eine Berücksichtigung des Vorbringens zu einer Verfahrensverzögerung führen würde. 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 Hintergrund des im Rahmen des Benutzungszwangs herrschenden Beibringungsgrundsatzes keines Hinweises des Gerichtes bedarf, zumal wenn wie vorliegend die Einrede fast 2 Monate 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.

Dabei entspricht es der Billigkeit, der Widersprechenden nicht nur die Kosten, die der Gegenseite durch die Wahrnehmung der mündlichen Verhandlung entstanden sind, sondern die gesamten Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen. Es ist mit der prozessualen Sorgfaltspflicht im Rahmen des § 71 Abs 1 MarkenG nicht mehr zu vereinbaren, wenn die Widersprechende auf die zulässige Einrede der Nichtbenutzung hin keinen ernsthaften Versuch der Glaubhaftmachung unternimmt, ihren Widerspruch stattdessen aufrechterhält und auch auf die Ladung zur mündlichen Verhandlung nicht einmal kurzfristig mit einer Rücknahme des Widerspruchs reagiert, sondern lediglich zum Termin mitteilen lässt, dass sie eine Entscheidung nach Aktenlage wünsche. Bereits bei Einlegung der Beschwerde hätte der Widersprecher klar sein müssen, dass diese von vornherein keinerlei Aussicht auf Erfolg haben kann, wenn die Widerspruchsmarke nicht benutzt wird, wovon nach dem Verhalten der Widersprechenden ausgegangen werden muß.

Stoppel

Schwarz-Angele

Paetzold

Abb.1

