

# BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 13/02

---

**(Aktenzeichen)**

## BESCHLUSS

**In der Beschwerdesache**

...

**betreffend die eingetragene Marke 395 46 091**

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 11. Februar 2003 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richtern Dr. Schermer, der Richterin Friehe-Wich und des Richters Schwarz

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Markeninhaberin werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 9 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 10. März 1999 und vom 27. November 2001 aufgehoben.

Der Widerspruch aus der Marke 1187 221 wird zurückgewiesen.

**Gründe:**

**I.**

Gegen die Eintragung der Wortmarke

SPIRALCAP

die zunächst für "wissenschaftliche Apparate und Instrumente als Laborgeräte; Filter für Laboranwendungen" beansprucht wurde und nunmehr nur noch für "Filter für Laboranwendungen" bestimmt ist, hat Widerspruch erhoben die Inhaberin der prioritätsälteren, am 17. März 1993 in das Register eingetragenen Wortmarke

CHIRALPAK

die unter der Nr. 1187 221 für "gepackte Chromatographiersäusen (soweit in Klasse 1 enthalten); Apparate und Instrumente zur Durchführung der Trennung von Gemischen chemischer Verbindungen und Chromatographiersäulen (soweit in Klasse 9 enthalten)" Schutz genießt.

Die Markenstelle für Klasse 9 des Deutschen Patent- und Markenamts hat wegen bestehender Verwechslungsgefahr aufgrund des Widerspruchs die Löschung der jüngeren Marke angeordnet und die Erinnerung der Markeninhaberin hiergegen (nach Einschränkung des Warenverzeichnisses) zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Markeninhaberin. Sie ist der Ansicht, eine relevante Verwechslungsgefahr bestehe nicht. Die Eigenschaften der beanspruchten Waren seien verschieden, was den angesprochenen Verkehrskreisen ebenso bewusst sei wie die abweichende Bedeutung der einander gegenüberstehenden Markennamen. Die Markeninhaberin hat in ihrer Beschwerdebegründung vom 2. April 2002 vorsorglich die Einrede der Nichtbenutzung erhoben.

Die Widersprechende hat sich im Beschwerdeverfahren zur Sache nicht geäußert, insbesondere auch nicht zur Beschwerdebegründung.

Wegen der Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Auf die zulässige Beschwerde waren die Beschlüsse der Markenstelle aufzuheben und der Widerspruch schon deshalb zurückzuweisen, da die Widersprechende auf die zulässig geltend gemachte Einrede der Nichtbenutzung eine Benutzung ihrer Marke nicht glaubhaft gemacht hat, §§ 43 Abs. 1 S. 2, 26 Abs. 1 MarkenG.

Die Widerspruchsmarke wurde am 17. März 1993 in das Register eingetragen; die Nichtbenutzungseinrede im Schriftsatz vom 2. April 2002 ist mithin zulässig. Dass die Markeninhaberin die Nichtbenutzungseinrede ausdrücklich "vorsorglich" erho-

ben hat, steht ihrer Wirksamkeit nicht entgegen, da das vorsorgliche Bestreiten der Nichtbenutzung im Gegensatz zum hilfswweisen Bestreiten eine unbedingte Einrede darstellt (Althammer/Ströbele, Markengesetz, 6. Auflage, § 43 Rdn 25 mwN). Da zur Zeit der Veröffentlichung der Eintragung der angegriffenen Marke am 30. Mai 1996 die Widerspruchsmarke noch nicht fünf Jahre in das Register eingetragen war, oblag es der Widersprechenden, die Benutzung ihrer Marke in Deutschland gemäß § 43 Abs. 1 S. 2 MarkenG für den Zeitraum der letzten fünf Jahre vor der Entscheidung über den Widerspruch glaubhaft zu machen. Sie hat indes weder zur Benutzung der Widerspruchsmarke vorgetragen noch Benutzungshandlungen glaubhaft gemacht.

Daher konnten die angegriffenen Beschlüsse der Markenstelle keinen Bestand haben, ohne dass es darauf angekommen wäre, ob Verwechslungsgefahr besteht. Sie waren aufzuheben und der Widerspruch zurückzuweisen (§ 43 Abs. 2 S. 2 MarkenG).

Hinsichtlich der Kosten verbleibt es bei der Regel des § 71 Abs. 1 S. 2 MarkenG. Gründe, hiervon abzuweichen, sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

Dr. Schermer

Schwarz

Friehe-Wich

Fa