



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 208/02

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die angegriffene Marke 398 40 467

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 17. November 2003 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Buchetmann, der Richterin Winter und des Richters Schramm

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Markeninhaberin wird der Beschluß der Markenstelle für Klasse 9 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 22. August 2002 aufgehoben, soweit die Löschung der angegriffenen Marke 398 40 467 wegen des Widerspruchs aus der Marke 397 09 168 angeordnet worden ist.

Der Widerspruch aus der Marke 397 09 168 wird zurückgewiesen.

Die Widersprechende trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Gründe

I.

In das Markenregister eingetragen ist unter 398 40 467 die Bezeichnung

DIVA

für Waren der Klasse 9. Die Bekanntmachung ist am 21. Januar 1999 erfolgt.

Widerspruch erhoben hat die Inhaberin der rangälteren seit 7. Juli 1997 für Waren der Klasse 9 und Dienstleistungen in der Klasse 42 eingetragenen Marke 397 09 168

siehe Abb. 1 am Ende

Die Markenstelle für Klasse 9 des Deutschen Patent- und Markenamts hat durch Beschluß der Prüferin wegen des Widerspruchs die Löschung der Marke 398 40 467 angeordnet.

Die Markeninhaberin hat Beschwerde eingelegt und mit Schriftsatz vom 5. Februar 2003 die Nichtbenutzungseinrede erhoben. Der Schriftsatz ist der Widersprechenden am 14. Februar 2003 zugestellt worden.

Die Markeninhaberin beantragt (sinngemäß),

den Beschluß der Markenstelle aufzuheben und den Widerspruch zurückzuweisen.

Die Widersprechende hat sich im Beschwerdeverfahren nicht geäußert.

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache schon deshalb Erfolg, da die Widersprechende auf die erhobene Nichtbenutzungseinrede eine rechtserhaltende Be-

nutzung der Widerspruchsmarke nicht glaubhaft gemacht hat (§§ 43 Abs 1 Satz 3, 43 Abs 2 Satz 2 MarkenG).

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat die Einrede der Nichtbenutzung der am 7. Juli 1997 eingetragenen Widerspruchsmarke nach Ablauf der Benutzungsschonfrist (7. Juli 2002) zulässigerweise im Beschwerdeverfahren erhoben und nicht auf einen der im § 43 Abs 1 MarkenG aufgeführten benutzungsrelevanten Zeiträume beschränkt. Danach war von der Widersprechenden nach § 43 Abs 1 Satz 2 MarkenG eine Benutzung in einem Zeitraum von 5 Jahren zurückgerechnet von dem Entscheidungsdatum in dem hier vorliegenden Beschwerdeverfahren glaubhaft zu machen. An einer derartigen Glaubhaftmachung fehlt es vorliegend. Diese unterliegt dem Beibringungs- und Verhandlungsgrundsatz, der keine Veranlassung zu gerichtlichen Aufklärungshinweisen gibt (vgl BPatG MarkenR 2000, 288 – Neuro-Fibraflex).

Der Widersprechenden waren die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen. da dies in solchen Fällen der Billigkeit entspricht (Ströbele/Hacker, Marken-gesetz, 7. Auflage, § 71 Rdn 34 mwNachw).

Dr. Buchetmann

Winter

Schramm

Hu

Abb. 1

**DIVA
ISDN**