



BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 380/02

(Aktenzeichen)

Beschluss

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 300 12 576

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 11. Oktober 2004 durch die Vorsitzende Richterin Winkler, Richter Sekretaruk und Richter Kruppa

beschlossen:

Auf die Beschwerde des Markeninhabers wird der Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 23. Oktober 2002 insoweit aufgehoben, als die Löschung der Marken 300 12 576 angeordnet wurde. Der Widerspruch aus der Marke 1 179 314 wird auch insoweit zurückgewiesen.

Gründe

I.

Gegen die am 26. April 2000 angemeldete, am 28. Dezember 2000 eingetragene und am 1. Februar 2001 veröffentlichte Wortmarke 300 12 576

Bodyline

geschützt für die Waren

Diätetische Erzeugnisse und Nahrungskonzentrate für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Vitaminen, Mineralstoffen und Spurenelementen; Turn- und Sportartikel, soweit in Klasse 28 enthalten; diätetische Erzeugnisse und Nahrungskonzentrate für nichtmedizinische Zwecke, hauptsächlich bestehend aus Proteinen und Fetten; diätetische Erzeugnisse und Nahrungskonzen-

trate für nichtmedizinische Zwecke, hauptsächlich bestehend aus Kohlenhydraten,

ist aus der am 23. Juli 1991 eingetragenen Wort-/Bildmarke 1 179 314

siehe Abb. 1 am Ende

Widerspruch erhoben worden. Die Widerspruchsmarke genießt Schutz für die Waren

Nahrungsmittel, insbesondere Sportlernahrung, Kraftnahrung und Schlankheitskost, im wesentlichen bestehend aus Protein, Dextrose und Geschmacksstoffen und/oder Ballaststoffen und/oder Getreidemischpräparaten; Bonbons und Drops (auch für medizinische Zwecke); alkoholfreie Getränke und Fruchtsäfte.

Die mit einer Beamtin des gehobenen Dienstes besetzte Markenstelle für Klasse 28 des Deutschen Patent- und Markenamtes hat dem Widerspruch mit Beschluss vom 23. Oktober 2002 teilweise stattgegeben und die Löschung der Marke für die Waren "Diätetische Erzeugnisse und Nahrungskonzentrate für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Vitaminen, Mineralstoffen und Spurenelementen; diätetische Erzeugnisse und Nahrungskonzentrate für nichtmedizinische Zwecke, hauptsächlich bestehend aus Proteinen und Fetten; diätetische Erzeugnisse und Nahrungskonzentrate für nichtmedizinische Zwecke, hauptsächlich bestehend aus Kohlenhydraten" angeordnet und den Widerspruch im übrigen

zurückgewiesen. Bezüglich der zu löschenden Waren bestehe wegen der Ähnlichkeit der Marken und der hochgradigen Ähnlichkeit bis hin zur Identität der Waren eine Verwechslungsgefahr zwischen den Vergleichsmarken. Dies gelte jedoch nicht für die übrigen Waren der angegriffenen Marke, da sich insoweit Produkte völlig unterschiedlicher Branchen gegenüberstünden.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde des Markeninhabers. Da es sich bei der Widerspruchsmarke um eine Wort-/Bildmarke handele, sei es vollkommen irrelevant, was für einen Kennzeichnungscharakter der Wortbestandteil der Marke habe. Die Wortmarke sei gegenüber der Wort-/Bildmarke die stärkere Marke. Soweit er habe ermitteln können, hätten die Inhaber der Widerspruchsmarke nicht ein einziges Produkt in der entsprechenden Klasse am Markt; sie betrieben lediglich ein Fitness-Studio.

Mit Schreiben vom 21. Juli 2004 teilte der Senat den Widersprechenden mit, dass der Markeninhaber die Benutzung des Widerspruchszeichens bestritten habe und gab ihnen Gelegenheit, eine rechtserhaltende Benutzung des Widerspruchszeichens glaubhaft zu machen. Die Widersprechenden übersandten daraufhin zum Nachweis der Benutzung einen von ihnen als Etikettmuster bezeichneten Beipackzettel. Laut dem Beipackzettel vertreiben die Widersprechenden Kaubonbons, die als BODY LINE Ananasdrops bezeichnet werden. Die Widersprechenden haben vorgetragen, von diesem Produkt im Jahr 2003 61 500 Dosen in den Verkehr gebracht zu haben.

II.

Die zulässige Beschwerde des Markeninhabers ist begründet, weil die Widersprechenden eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke nicht glaubhaft gemacht haben.

Auf die von dem Markeninhaber in zulässiger Weise gegen die Widerspruchsmarke erhobene Nichtbenutzungseinrede traf die Widersprechenden die Obliegenheit, eine rechtserhaltende Benutzung ihrer Marke in den maßgeblichen Benutzungszeiträumen nach § 43 Abs. 1 Satz 1 und 2 MarkenG glaubhaft zu machen. Der erste Benutzungszeitraum lief gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG aufgrund der Veröffentlichung der angegriffenen Marke am 1. Februar 2001 vom 31. Januar 1996 bis 31. Januar 2001; der zweite Benutzungszeitraum gemäß § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG bezieht sich auf die letzten fünf Jahre vor der Entscheidung über den Widerspruch, d.h. die Zeit vom 10. Oktober 1999 bis 10. Oktober 2004.

Es bestehen bereits erhebliche Bedenken, ob die Widersprechenden durch das eingereichte Etikettmuster und die Behauptung, von diesem Produkt im Jahr 2003 61 500 Dosen in den Verkehr gebracht zu haben, eine rechtserhaltende Benutzung der Waren Bonbons und Drops für den zweiten Benutzungszeitraum gemäß § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG glaubhaft gemacht haben. Die als Wort-/Bildmarke angemeldete Widerspruchsmarke ist auf dem von den Widersprechenden eingereichten Beipackzettel nämlich überhaupt nicht abgebildet. Letztlich kann die Frage, ob eine rechtserhaltende Benutzung für den zweiten Benutzungszeitraum bezüglich der Waren Bonbons und Drops ausreichend glaubhaft gemacht worden ist, jedoch dahingestellt bleiben, da es jedenfalls für den ersten Benutzungszeitraum von Januar 1996 bis Januar 2001 an jeglicher Glaubhaftmachung der Benutzung fehlt. Obwohl der Senat den Widersprechenden mit Schreiben vom 21. Juli 2004 ausdrücklich unter Hinweis auf § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG Gelegenheit gegeben hatte, eine rechtserhaltende Benutzung des Widerspruchssymbols für die eingetragenen Waren glaubhaft zu machen, haben die Widersprechenden keine Angaben zu einer Benutzung ihrer Widerspruchsmarke in dem maßgeblichen Benutzungszeitraum von Januar 1996 bis Januar 2001 gemacht.

Die Frage der Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Vergleichsmarken kann daher als nicht mehr entscheidungserheblich dahingestellt bleiben.

Die Auferlegung von Kosten (§ 71 Abs. 1 MarkenG) ist nicht veranlasst.

Winkler

Sekretaruk

Kruppa

Hu

Abb. 1

