



# BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 87/06

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die angegriffene Marke 301 48 877**

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 20. September 2007 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Vogel von Falckenstein, des Richters Paetzold und der Richterin Hartlieb

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Markeninhaberin wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 23. Februar 2006 aufgehoben, soweit die teilweise Löschung der angegriffenen Marke wegen des Widerspruchs aus der Marke 939 212 angeordnet worden ist.

Der Widerspruch aus der Marke 939 212 wird zurückgewiesen.

Die Widersprechende trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

## **Gründe**

### **I.**

Eingetragen am 8. April 2002, veröffentlicht am 10. Mai 2002, unter der Nummer 301 48 877 – nach Teillöschung – u. a. für folgende Waren:

Pharmazeutische Erzeugnisse, Präparate für die Gesundheitspflege, Präparate zur Erhaltung und Förderung der Gesundheit, diätetische Lebensmittel und diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Nahrungsergänzungsmittel für medizinische Zwecke

ist die Marke

Curavit.

Widerspruch wurde erhoben am 10. Juli 2002 aus der Marke 939 212

CUVALIT

eingetragen seit dem 19. Dezember 1975 nach Teillöschung für die Waren

Pharmazeutische Erzeugnisse nämlich Migränemittel.

Die Markenstelle für Klasse 5 hat die angegriffene Marke für die obengenannten Waren teilweise gelöscht.

Die Inhaberin der jüngeren Marke hat Beschwerde eingelegt und dabei die Benutzung der Widerspruchsmarke mit Schriftsatz vom 31. März 2006 bestritten. Der Schriftsatz ist der Widersprechenden ausweislich der Postzustellungsurkunde am 21. Juni 2006 zugestellt worden.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

den Beschluss der Markenstelle aufzuheben und den Widerspruch zurückzuweisen.

Eine Äußerung der Widersprechenden zur Sache ist im Beschwerdeverfahren nicht zur Akte gelangt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird ergänzend auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache schon deshalb Erfolg, weil die Widersprechende eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke nicht gem. § 43 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 26 MarkenG glaubhaft gemacht hat (§§ 43 Abs 1 Satz 3, 43 Abs 2 Satz 2 MarkenG).

Die Widerspruchsmarke ist seit 1975 eingetragen, die Inhaberin der angegriffenen Marke hat die im Beschwerdeverfahren erstmals geltend gemachte Nichtbenutzungseinrede gemäß § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG zulässig erhoben (vgl. BPatG GRUR 1994, 629, 630 - Duotherm).

Mit der mit Schriftsatz vom 31. März 2006 erfolgten, zulässigen Erhebung der Nichtbenutzungseinrede entstand für die Widersprechende damit die Obliegenheit, die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke für eingetragene Waren für den Zeitraum der letzten fünf Jahre vor Zugang dieser Entscheidung bei den Verfahrensbeteiligten, also von 2002 bis 2007 glaubhaft zu machen. Glaubhaft zu machen ist dabei die Verwendung der Marke für die maßgeblichen Waren nach Art, Zeit, Ort und Umfang (Ströbele/Hacker MarkenG, 8. Aufl., § 43 Rdn. 43 m. w. N.).

An einer derartigen Glaubhaftmachung fehlt es vorliegend. Die Widersprechende hat auf die auch nach § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG zulässig erhobene Nichtbenutzungseinrede nichts unternommen, um eine Benutzung für den maßgeblichen Zeitraum von 2002 bis 2007 darzutun und glaubhaft zu machen. Mangels berücksichtigungsfähiger Waren (vgl. §§ 43 Abs. 1 Satz 3, 43 Abs. 2 Satz 2 MarkenG) ist der Widerspruch zurückzuweisen.

Der im Rahmen des Benutzungszwangs herrschende Beibringungs- und Verhandlungsgrundsatz gibt keine Veranlassung zu gerichtlichen Aufklärungshinweisen (vgl. Ströbele/Hacker a. a. O. § 43 Rdn. 37 m. w. N.; BPatG GRUR 2000, 900, 902

- Neuro-Vibolex). Ungeachtet dessen hatte der Vorsitzende des Senats mit Zwischenverfügung vom 6. Juli 2007 den Verfahrensbeteiligten anheimgestellt, angesichts der in Aussicht genommenen abschließenden Bearbeitung der Sache noch Schriftsätze einzureichen.

Der Widersprechenden waren auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen, da dies in solchen Fällen der Billigkeit entspricht (vgl. Ströbele/Hacker a. a. O. § 71 Rdn. 15 m. w. N.; BPatG GRUR 1996, 981, 982 ESTAVITAL).

Dr. Vogel von Falckenstein

Paetzold

Hartlieb

Ko