

BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 162/99

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 396 53 713

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 13. Dezember 2000 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Stoppel, der Richterin Martens und des Richters Kunze

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

G r ü n d e

I.

Gegen die u.a. für die Waren "Bekleidungsstücke, Schuhwaren, Kopfbedeckungen" eingetragene Marke 396 53 713

siehe Abb. 1 am Ende

ist Widerspruch erhoben worden aus der seit dem 22. November 1966 für

"Herren- und Burschen-Oberbekleidungsstücke (einschließlich gewirkter und gestrickter), sämtliche vorstehende Waren für den Export nach englisch sprechenden Ländern bestimmt."

eingetragenen Wortmarke 826 424

lifter

Die Markenstelle für Klasse 12 des Deutschen Patent- und Markenamts hat den Widerspruch zurückgewiesen, da - soweit zwischen den beiderseitigen Waren Ähnlichkeit bestehe - hinreichende Unterschiede im Markenaufbau vorlägen, die eine Verwechslungsgefahr auch deshalb ausschließen, weil der identische Bestandteil "lifter" die jüngere Marke nicht präge.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden mit dem Antrag,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben.

Eine Beschwerdebegründung hat die Widersprechende nicht eingereicht.

Die Markeninhaberin beantragt,

die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen.

Sie erhebt die Einrede der Nichtbenutzung und verneint eine Verwechslungsgefahr mangels hinreichender Markenähnlichkeit, da eine Zergliederung der jüngeren Marke und damit eine alleinige Gegenüberstellung der identischen Bestandteile nicht zulässig sei, das weitere Element "Cargo" trete unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt im Gesamteindruck der jüngeren Marke zurück.

Die Widersprechende ist ihrer Ankündigung folgend im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienen.

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 nicht mehr stellt.

Die Markeninhaberin hat im Termin zur mündlichen Verhandlung die Einrede der Nichtbenutzung der Widerspruchsmarke erhoben. Nachdem die ältere Kennzeichnung bereits seit November 1966 eingetragen ist, unterliegt sie dem Benutzungszwang nach § 43 Abs 1 Satz 1 und 2 MarkenG. Die Widersprechende hätte mithin vortragen und glaubhaft machen müssen, daß sie ihre Marke innerhalb der in der genannten Vorschrift angegebenen Zeiträume 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 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, 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).

Angesichts dieser Gesetzeslage bestand für den Senat keine Veranlassung, die Widersprechende im Wege der Vertagung von dem neuen Vorbringen der Gegenseite in Kenntnis zu setzen, nachdem die Widersprechende selbst ihren Anspruch auf rechtliches Gehör aufgegeben hat. 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.

Nach alledem war bereits wegen fehlender Glaubhaftmachung der Benutzung der prioritätsälteren Marke der Widerspruch aus der Marke 826 424 zurückzuweisen, wobei der Senat keine Veranlassung sieht, einer der Beteiligten Kosten des Verfahrens aufzuerlegen (§ 71 Abs 1 Satz 1 MarkenG).

Stoppel

Martens

Kunze

prä

Abb. 1

