

BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 146/99

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die angegriffene Marke 396 40 761

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 13. Januar 2000 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richter Knoll und Brandt

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke wird der Beschluß der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 19. Februar 1999 insoweit aufgehoben, als die teilweise Löschung der angegriffenen Marke wegen des Widerspruchs aus der Marke 2 071 155 angeordnet worden ist.

Der Widerspruch aus der Marke 2 071 155 wird in vollem Umfang zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

WAKE UP

ist unter der Nummer 396 40 761 als Marke für Waren der Klasse 5, nämlich "Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke usw", aber auch für Waren der Klassen 29, 31 und 33, unter anderem für "konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse, Gallerten (Gelees), Konfitüren, Fruchtsaucen, alkoholische Getränke (ausgenommen Bier)" in das Markenregister eingetragen worden. Nach der Veröffentlichung der Eintragung am 30. Juni 1997 hat Widerspruch erhoben die Inhaberin der älteren, seit dem 13. Juli 1994 für verschiedene Waren der Klassen 30 und 32 eingetragenen Wort-Bild-Marke 2 071 155, mit dem Wortbestandteil

WAKE-UP.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Verwechslungsgefahr zwischen den Marken teilweise bejaht und die Löschung der angegriffenen Marke für die Waren "konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse, Gallerten (Gelees), Konfitüren, Fruchtsaucen, alkoholische Getränke (ausgenommen Bier)" angeordnet. Im übrigen ist der Widerspruch zurückgewiesen worden.

Gegen die Löschanordnung richtet sich die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke mit dem sinngemäßen Antrag,

den angefochtenen Beschluß insoweit aufzuheben und den Widerspruch in vollem Umfang zurückzuweisen.

Sie hat mit Schriftsatz vom 19. Juli 1999, dem Prozeßbevollmächtigten der Widersprechenden zugestellt am 16. August 1999, die Benutzung der Widerspruchsmarke bestritten.

Die Widersprechende hat sich im Beschwerdeverfahren nicht geäußert.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Beschluß der Markenstelle sowie auf die eingereichten Schriftsätze Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke ist zulässig, insbesondere statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt, § 66 Abs 1 Satz 1, Abs 2 MarkenG.

Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Der Widerspruch war gemäß § 43 Abs 2 Satz 2 MarkenG in vollem Umfang zurückzuweisen, da die Widersprechende nach Erhebung der Nichtbenutzungseinrede im Beschwerdeverfahren eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke im maßgeblichen Be-

nutzungszeitraum nicht glaubhaft gemacht hat, so daß mangels berücksichtigungsfähiger Waren auf seiten der Widerspruchsmarke der Widerspruch schon aus diesem Grund keinen Erfolg haben konnte, 43 Abs 1 Satz 2 MarkenG.

Nachdem die Widerspruchsmarke länger als fünf Jahre eingetragen war, konnte die Inhaberin der angegriffenen Marke die Benutzung der Widerspruchsmarke bestreiten. Somit hätte die Widersprechende eine ernsthafte Benutzung glaubhaft machen müssen. Da die fünfjährige Benutzungsschonfrist der am 13. Juli 1994 eingetragenen Widerspruchsmarke am 13. Juli 1994 und damit nach der Veröffentlichung der Eintragung der jüngeren Marke am 30. Juni 1997 abgelaufen ist, ergibt sich der benutzungsrelevanter Zeitraum rückgerechnet vom Zeitpunkt der Entscheidung, § 43 Abs 1 Satz 2 MarkenG.

Gerichtliche Aufklärungshinweise nach § 82 Abs 1 Satz 1, analog §§ 139, 273 ZPO waren nicht veranlaßt. Die Widersprechende hat sich im Laufe des Beschwerdeverfahrens überhaupt nicht geäußert, und zwar auch nicht, nachdem ihr der Schriftsatz der Anmelderin vom 19. Juli 1999 mit der Einrede mangelnder Benutzung zugegangen war. Anhaltspunkte dafür, daß die Widerspruchsmarke benutzt wird, ergeben sich auch aus dem sonstigen Akteninhalt nicht. Bei dieser Ausgangslage besteht nicht nur keine Aufklärungspflicht, sondern ein gerichtlicher Hinweis könnte vielmehr eher Zweifel an der Unparteilichkeit des Gerichts aufkommen lassen (vgl dazu Thomas/Putzo, 20. Aufl, § 139 Rdn 1).

Das Gericht ist auch nicht gehalten, den Beteiligten Äußerungsfristen zu setzen oder einen beabsichtigten Entscheidungstermin mitzuteilen. Vielmehr ist es ausreichend, wenn die jeweiligen Schriftsätze dem Gegner übersendet werden und ihm die Möglichkeit eingeräumt wird, sich hierzu innerhalb einer angemessenen Frist zu äußern (vgl BGH GRUR 1997, 223, 224 "Ceco"). Nach dieser BGH-Entscheidung soll hierfür regelmäßig bereits eine Frist von zwei Wochen ausreichend sein. Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, daß eine Frist zur Äußerung von fast fünf Monaten für die Glaubhaftmachung der Benutzung ausreichend ist.

Demzufolge kommt es vorliegend auf die Frage, ob Verwechslungsgefahr besteht, nicht mehr an.

Der Widerspruch konnte bereits im Hinblick auf die durchgreifende Nichtbenutzungseinrede keinen Erfolg haben. Auf die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke hin war deshalb der Beschluß der Markenstelle des Deutschen Patent- und Markenamts hinsichtlich der angeordneten Löschung aufzuheben.

Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bot der Streitfall keinen Anlaß, § 71 Abs 1 MarkenG.

Kliems

Brandt

Knoll

Hu