

BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 181/99

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung C 45 325/5 Wz

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 9. November 2000 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richter Brandt und Engels

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Anmelderin wird der Beschluß der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 3. Februar 1999 aufgehoben, soweit der angemeldeten Marke die Eintragung wegen des Widerspruchs aus der Marke 2 097 189 versagt worden ist.

Der Widerspruch aus der Marke 2 097 189 wird zurückgewiesen.

G r ü n d e

I.

Die Bezeichnung **MYCOSAN** soll nach einer Beschränkung des Warenverzeichnisses zuletzt im Beschwerdeverfahren noch für

"Veterinärmedizinische Präparate zum Einsatz gegen Mycosen durch äußerliches Auftragen auf das Fell von Hunden und Katzen und Pferden, diese Präparate zum ausschließlichen Vertrieb durch den Tierarzt"

in das Markenregister eingetragen werden. Die Bekanntmachung der Anmeldung erfolgte am 30. November 1993.

Widerspruch erhoben hat ua die Inhaberin der älteren, am 1. Juni 1995 für

"Arzneimittel, nämlich Antimykotika"

eingetragenen Marke 2 079 189 **MYKOSAL**.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluß vom 3. Februar 1999 durch eine Beamtin des höheren Dienstes die Verwechslungsgefahr zwischen den Marken bejaht und der angemeldeten Marke die Eintragung versagt.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Inhaberin der angemeldeten Marke. Sie hat zuletzt mit Schriftsatz vom 3. Juli 2000, der Widersprechenden mit Begleitschreiben des Bundespatentgerichts vom 4. Juli 2000 per Übergabeeinschreiben zugestellt, die Benutzung der Widerspruchsmarke gemäß § 43 MarkenG bestritten. Die Widersprechende hat hierauf weder schriftlich erwidert noch hat sie an der mündlichen Verhandlung am 9. November 2000 teilgenommen, zu der sie - wie im Verhandlungsprotokoll festgestellt - ordnungsgemäß geladen war.

Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakten verwiesen.

II.

Die Beschwerde der Anmelderin ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

Der nach § 42 Abs 2 Nr 1 MarkenG erhobene Widerspruch war gemäß § 43 Abs 2 Satz 2 MarkenG zurückzuweisen. Der Widerspruch kann hier schon deshalb keinen Erfolg haben, weil die Widersprechende nach Erhebung der Benutzungsein-

rede im Beschwerdeverfahren eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke im maßgeblichen Benutzungszeitraum nicht glaubhaft gemacht hat und somit auf Seiten der Widerspruchsmarke bei der Entscheidung keine Waren berücksichtigt werden können, § 43 Abs 1 Satz 3 MarkenG.

Da die am 1. Juni 1995 eingetragene Widerspruchsmarke zum Zeitpunkt des Bestreitens der Benutzung mit Schriftsatz vom 3. Juli 2000 länger als fünf Jahre im Markenregister eingetragen ist, greift hier die Einrede mangelnder Benutzung nach § 43 Abs 1 Satz 2 MarkenG ein. Danach hätte die Widersprechende eine ernsthafte Benutzung ihrer Marke für den Zeitraum von fünf Jahren rückgerechnet vom Zeitpunkt der vorliegenden Beschwerdeentscheidung (vgl hierzu BGH MarkenR 2000, 97, 98 "Contura") glaubhaft machen müssen. Die Widersprechende hat sich im Beschwerdeverfahren jedoch weder hierzu noch sonst geäußert. Durch ihre Nichtteilnahme am Verhandlungstermin hat sie sich der Möglichkeit begeben, noch zu diesem späten Zeitpunkt eine Benutzung ihrer Marke zu behaupten und glaubhaft zu machen.

Der Senat sieht auch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil die Widersprechende nicht vorgetragen hat, an der Teilnahme an der mündlichen Verhandlung gehindert zu sein, die gerade dem Zweck dient, abschließend rechtliches Gehör zu gewähren (vgl BPatG GRUR 1996, 204, 205 re Sp "Swing"). Da die Widersprechende diese Möglichkeit willentlich nicht wahrgenommen hat, bedarf es insoweit keiner ausgleichenden prozessualen Maßnahme in Form eines Hinweises oder Einräumung einer Erklärungsfrist von Gerichts wegen.

Das Gericht wäre im übrigen auch bei einer Entscheidung im Verfahren ohne mündliche Verhandlung nicht gehalten, den Beteiligten Äußerungsfristen zu setzen oder einen beabsichtigten Entscheidungstermin mitzuteilen. Vielmehr ist es in diesem Fall ausreichend, wenn die jeweiligen Schriftsätze dem Gegner übersen-

det werden und ihm die Möglichkeit eingeräumt wird, sich hierzu innerhalb einer angemessenen Frist zu äußern (vgl BGH GRUR 1997, 223, 224 "Ceco").

Gerichtliche Aufklärungshinweise nach § 82 Abs 1 Satz 1 iVm §§ 139, 278 ZPO waren ebenfalls nicht veranlaßt. Insbesondere war der Senat nicht gehalten, die Widersprechende auf die nötige Vorlage von Mitteln zur Glaubhaftmachung der bestrittenen Benutzung hinzuweisen. Denn ein derartiger Hinweis hätte zu einer Verlagerung der ausschließlich der Widersprechenden obliegenden Verpflichtung zur Beibringung geeigneter Tatsachen und Beweismittel auf das Gericht zu Lasten der Verfahrensgegnerin geführt und damit im Widerspruch zu dem für Benutzungsfragen geltenden Beibringungsgrundsatz sowie der Neutralitätspflicht des Gerichts gestanden (vgl hierzu BPatG MarkenR 2000, 288 "Neuro-Vibolex" mwN).

Zwar obliegt nach § 139 Abs 1 ZPO dem Gericht die Pflicht, auf die Beibringung der zur Rechtsfindung notwendigen Tatsachen- und Beweismittel hinzuwirken. Diese Fürsorgepflicht findet jedoch dort ihre Grenzen, wo - wie vorliegend - die darlegungs- und beweisbelastete Beteiligte ihrer Pflicht zur Erklärung (§ 128 Abs 2 ZPO) nicht nachkommt (vgl BPatG "Neuro-Vibolex" aaO, 290 mwN).

Nachdem die Beschwerde der Anmelderin bereits im Hinblick auf die durchgreifende Nichtbenutzungseinrede Erfolg hat, kommt es auf die Frage, ob zwischen den Marken eine Verwechslungsgefahr besteht, nicht mehr an.

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

Kliems

Engels

Brandt

Fa