

BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 79/00

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 396 39 753.0

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 13. Dezember 2000 durch die Vorsitzende Richterin Winkler und die Richter Dr. Fuchs-Wisseemann und Sekretaruk

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Anmelderin wird der Beschluß des Deutschen Patent- und Markenamts - Markenstelle für Klasse 30 - vom 4. November 1999 aufgehoben.

2. Der Widerspruch wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Gegen die für

"Marzipan, Pralinen, Schokolade, Bonbons, Zuckerwaren, Back- und Konditorwaren"

angemeldete Bildmarke

siehe Abb. 1 am Ende

ist Widerspruch erhoben aus der seit 21. März 1995 für

"Brot, Sandwiches, Back- und Konditorwaren"

eingetragenen Wortmarke 2 903 375

Frischmann.

Die Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die angegriffene Marke wegen der Gefahr klanglicher Verwechslungen der sehr ähnlichen Marken bei identischen und hochgradig ähnlichen Waren gelöscht.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Anmelderin. Sie bestreitet die Benutzung der Widerspruchsmarke und beantragt,

den Beschluß der Markenstelle vom 4. November 1999 aufzuheben.

Der Widersprechende hat vorgetragen, daß er seine Marke ununterbrochen seit 21. März 1995 in der Klasse 30 nutze.

Das Gericht hat mit Schreiben vom 24. Oktober 2000 auf § 43 MarkenG hingewiesen und für weiteren Sachvortrag Gelegenheit bis 10. November 2000 gegeben. Daraufhin hat sich der Widersprechende nicht geäußert.

II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet, denn der Widersprechende hat die Benutzung seines Widerspruchszeichens nicht glaubhaft gemacht. Daher hat er keinen Anspruch auf Löschung der angegriffenen Marke.

Nach § 43 Abs 1 Satz 2 MarkenG hat der Widersprechende die Benutzung seiner Widerspruchsmarke für die letzten fünf Jahre vor der Entscheidung (hier des Gerichts) über den Widerspruch gemäß § 26 MarkenG glaubhaft zu machen, wenn der Markeninhaber die Benutzung bestreitet und eine Zeitspanne von fünf Jahren ab Eintragung der Widerspruchsmarke nach der Veröffentlichung der Eintragung der angegriffenen Marke endet.

Diese Voraussetzungen liegen vor. Die Markeninhaberin hat am 06.Juni 2000 die Benutzung der Widerspruchsmarke bestritten. Zu diesem Zeitpunkt war die Eintragung der angegriffenen Marke veröffentlicht (20. März 1997) und die Widerspruchsmarke über fünf Jahre eingetragen (Tag der Eintragung: 21. März 1995). Somit hätte der Widersprechende eine rechtserhaltende Benutzung seiner Marke für den Zeitraum von fünf Jahren bis zum Tag der Entscheidung des Gerichts glaubhaft machen müssen. Dies hat er versäumt. Seine pauschale Behauptung, die Widerspruchsmarke sei seit dem 21. März 1995 ununterbrochen benutzt worden, reicht nicht aus. Vielmehr ist die Verwendung der Marke nach Art, Zeit, Ort und Umfang zu belegen, etwa durch Vorlage von Preislisten, Prospekten, und Rechnungskopien, und es sind diese Tatsachen gemäß § 294 Abs.1 ZPO glaubhaft zu machen (Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Aufl, § 43 Rdn 42,44). Bei dieser Sachlage stellt sich die Frage der Verwechslungsgefahr nicht mehr.

Winkler

Dr. Fuchs-Wisseemann

Sekretaruk

Mü/Ju

Abb. 1

