

BUNDESPATENTGERICHT

24 W (pat) 32/00

(Aktenzeichen)

Verkündet am
11. Dezember 2001

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 396 55 632

hat der 24. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 2001 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Ströbele sowie der Richter Dr. Schmitt und Dr. Hacker

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Marke

Idunn Naturkosmetik

ist unter der Nummer 396 55 632 u.a. für

"Mittel zur Körper- und Schönheitspflege"

in das Register eingetragen worden. Die Veröffentlichung der Eintragung erfolgte am 19. Juli 1997.

Insoweit ist Widerspruch erhoben von der Inhaberin der seit 1. Dezember 1988 unter der Nummer 1 131 421 eingetragenen Marke

IVONN KOS INTENSIVE

deren Warenverzeichnis lautet:

"Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, nämlich Augenbrauen- und Wimpernfarbe".

Der Rechtsvorgänger des Markeninhabers hat die Benutzung der Widerspruchsmarke mit Schriftsatz vom 24. August 1998 bestritten.

Die mit einer Beamtin des höheren Dienstes besetzte Markenstelle für Klasse 3 des Deutschen Patent- und Markenamts hat den Widerspruch wegen fehlender Verwechslungsgefahr zurückgewiesen und zur Begründung im wesentlichen ausgeführt, daß die in der Widerspruchsmarke enthaltene Wortfolge "IVONN KOS" im Verkehr als Einheit wie ein Name aufgefaßt werde. Die die Vergleichsmarken insoweit prägenden Bestandteile "Idunn" und "IVONNE KOS" kämen sich nicht verwechselbar nahe.

Gegen diese Beurteilung richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden. Zur Benutzung der Widerspruchsmarke hat sie mit Schriftsatz vom 10. Dezember 2001 vorgetragen, daß die Widerspruchsmarke seit 1988 für verschiedene Augenkosmetika verwendet werde. In den Jahren 1996 und 1997 seien unter der Widerspruchsmarke Umsätze mit Augenbrauen- und Wimpernfarbe in Höhe von ... DM bzw ... DM erzielt worden. Des weiteren wurden Kopien einer Verpackung sowie eines Beipackzettels zu den Akten gereicht.

Die Widersprechende beantragt,

den angefochtenen Beschluß der Markenstelle aufzuheben und die Löschung der Marke 396 55 632 für die Waren "Mittel zur Körper- und Schönheitspflege" anzuordnen.

Der Markeninhaber beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er verteidigt den angefochtenen Beschluß.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg, da die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke nicht ausreichend glaubhaft gemacht worden ist (vgl § 43 Abs. 1 Satz 3 MarkenG).

Der Markeninhaber hat die Benutzung der Widerspruchsmarke in zulässiger Weise gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG bestritten, da die Widerspruchsmarke im Zeitpunkt der Veröffentlichung der angegriffenen Marke am 19. Juli 1997 seit mehr als fünf Jahren eingetragen war. Damit liegen zugleich die Voraussetzungen für eine Nichtbenutzungseinrede nach § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG vor (vgl BGH GRUR 1998, 938, 939 f "DRAGON"). Der die Nichtbenutzungseinrede enthaltende Schriftsatz des damaligen Markeninhabers vom 24. August 1998 ist der Widersprechenden zusammen mit der Terminsladung vom 24. September 2001 zugestellt worden.

Nach § 43 Abs. 1 Satz 1 und 2 MarkenG hat der Widersprechende auf eine zulässige Nichtbenutzungseinrede hin die rechtserhaltende Benutzung im Sinne von § 26 MarkenG glaubhaft zu machen. Dabei handelt es sich um eine vereinfachte Form der Beweisführung, die es dem Gericht ermöglicht, von der Wahrscheinlichkeit des betreffenden Vorbringens auszugehen (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 21. Aufl., § 294 Rn 1). Nach § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG iVm § 294 Abs. 1 ZPO kann sich der Widersprechende insoweit aller Beweismittel bedienen sowie zur Versicherung an Eides Statt zugelassen werden. Inhaltlich muß sich die Glaubhaftmachung auf Art, Zeit, Ort und Umfang der Benutzung erstrecken (Althammer/Ströbele, Markengesetz, 6. Aufl., § 43 Rn 42).

Diesen Anforderungen ist die Widersprechende insbesondere im Hinblick auf den Umfang der Benutzung nicht nachgekommen. Bei den Angaben zu den in den Jahren 1996 und 1997 erzielten Umsätzen im Schriftsatz vom 10. Dezember 2001 handelt es sich um bloßen Parteivortrag, nicht aber um eine Glaubhaftmachung iSv § 294 Abs. 1 ZPO. Hierfür hätte es der Abgabe einer (strafbewehrten) eidesstattlichen Versicherung oder eines anderen geeigneten Beweismittels bedurft.

Auf die Frage der Verwechslungsgefahr kommt es bei dieser Sachlage nicht mehr an.

Es bestand kein Anlaß, einer der Verfahrensbeteiligten die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen (§ 71 Abs. 1 MarkenG).

Dr. Ströbele

Dr. Schmitt

Dr. Hacker

Bb