



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 122/02

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 399 49 026

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) in der Sitzung vom 6. Oktober 2004 unter Mitwirkung des Richters Kraft als Vorsitzendem sowie des Richters Reker und der Richterin Eder

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Markeninhaberin wird der Beschluß der Markenstelle für Klasse 20 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 03. Mai 2002 aufgehoben, soweit die Löschung der Marke 399 49 026 angeordnet wurde.

Der Widerspruch aus der Marke 396 05 911 wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Gegen die für die Waren

„Büromöbel, insbesondere Arbeitsplatzsysteme, Schreibtische, Anslusstische“

unter der Nummer 399 49 026 eingetragene Wortmarke

riva

ist Widerspruch eingelegt worden aus der Marke 396 05 911

GESIKA VIVA,

die seit 1996 für die Waren

„Möbel, insbesondere Büromöbel“

eingetragen ist.

Die Markenstelle für Klasse 20 hat die Löschung der angegriffenen Marke wegen des Widerspruchs aus der Marke 396 05 911 angeordnet. Zwischen den Vergleichszeichen bestehe Verwechslungsgefahr. Es sei nicht ungewöhnlich, daß sich der Verkehr an nur einem Zeichenbestandteil orientiere. Nach ihren Kenn- und Merkworten werde das Gesamtklangbild der Vergleichszeichen geprägt durch die gemeinsame Lautfolge „i-va“.

Hiergegen wendet sich die Inhaberin der jüngeren Marke mit der Beschwerde, mit der sie auch beantragt, der Widersprechenden die Kosten aufzuerlegen. Zwischen den Vergleichszeichen bestehe keine Verwechslungsgefahr, da keine Verkürzungsneigung auf dem Sektor der Büromöbel bestehe. Zudem sei der Wortbestandteil „VIVA“ kennzeichnungsschwach bis schutzunfähig. Sie erhebt die Einrede der mangelnden Benutzung gemäß § 43 Abs 1 Satz 2 MarkenG.

Demgegenüber beruft sich die Widersprechende auf den Beschluß der Markenstelle. Eine Herstellerangabe trete regelmäßig in den Hintergrund. Dem Kostenantrag werde widersprochen.

Der Widersprechenden ist der die Einrede mangelnder Benutzung enthaltende Schriftsatz der Beschwerdeführerin laut Empfangsbekanntnis am 07. Juli 2003 zugestellt worden. Sie hat sich auf diesen Schriftsatz nicht geäußert.

II.

Die zulässige Beschwerde der Markeninhaberin ist begründet. Der aus der Marke 396 05 911 erhobene Widerspruch konnte bereits deshalb keinen Erfolg haben, weil die Markeninhaberin in zulässiger Weise die Benutzung der Widerspruchsmarke im Beschwerdeverfahren ausdrücklich gemäß § 43 Abs. 1 S. 2 MarkenG bestritten hat und die Widersprechende nicht glaubhaft gemacht hat, dass sie ihre Marke innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Entscheidung über den Widerspruch gemäß § 26 MarkenG benutzt hat. Dabei gilt als Entscheidung über den Widerspruch i.S.d. § 43 Abs. 1 S. 2 MarkenG die das jeweilige Verfahren abschließende Entscheidung, also im Beschwerdeverfahren die Entscheidung über die Beschwerde (BGH GRUR 2000, 510 – Contura). Hiervon ausgehend ergibt sich aus § 43 Abs. 1 S. 2 MarkenG ein sich ständig verändernder Zeitraum als Benutzungs- und Glaubhaftmachungszeitraum, der mit dem Verfahren „mitwandert“. Damit bestand für die Widersprechende aufgrund der von der Markeninhaberin erhobenen Einrede die Obliegenheit, die Benutzung der Widerspruchsmarke gemäß § 26 MarkenG nach Art, Dauer und Umfang für den Zeitraum vom Oktober 2004 zurück bis Oktober 1999 glaubhaft zu machen. Dabei muß dieser fünfjährige Zeitraum nicht lückenlos durch die Vorlage entsprechender Unterlagen belegt und damit soz. „ausgefüllt“ werden, vielmehr reicht die Glaubhaftmachung auch für einen kürzeren Zeitraum, der allerdings innerhalb dieser fünf Jahre liegen muß. Erforderlich ist die Vorlage von Glaubhaftmachungsmitteln, aus denen für den Senat erkennbar ist, in welcher Form und in welchem Umfang die Widerspruchsmarke im maßgeblichen Zeitraum für die eingetragenen Waren benutzt worden ist. Dem ist die Widersprechende nicht nachgekommen. Da seit der Erhebung der entsprechenden Einrede durch die Markeninhaberin und der Zustellung des entsprechenden Einwands an die Widersprechende mehr als ein Jahr vergangen ist, ohne daß irgendeine Reaktion erfolgt wäre, war nunmehr eine Entscheidung geboten. Die auf eine zulässige Nichtbenutzungseinrede von der Widersprechenden zu erbringende Glaubhaftmachung der Benutzung stellt nämlich eine präsen- te Beweisart

dar. Deshalb hat die Widersprechende nach Übermittlung der Einrede von sich aus unverzüglich alle erforderlichen Unterlagen vorzulegen, die zur Glaubhaftmachung benötigt werden (Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl, § 43 Rdnr 63 ff).

Nachdem die Beschwerde der Markeninhaberin schon deshalb Erfolg hatte, weil es an einer Glaubhaftmachung der Benutzung der Widerspruchsmarke gemäß § 43 Abs 1 Satz 2 MarkenG fehlt, bedarf es keiner Entscheidung über die Frage, ob zwischen den Marken die Gefahr von Verwechslungen besteht.

Für eine Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen (§ 71 Abs 1 MarkenG) bestand noch kein Anlaß. Zwar hat sich die Widersprechende nicht zur zulässigen Einrede der Nichtbenutzung geäußert, der Senat vermag darin aber keinen Versuch zu sehen, ihr Interesse am Erlöschen des Markenschutzes noch weiter durchzusetzen (vgl dazu Ströbele/Hacker, aaO, § 71 Rdnr 25).

Kraft

Reker

Eder

Bb