

## 34R24/14w

Das Oberlandesgericht Wien hat als Rekursgericht \*\*\*\*\* wegen des Widerspruchs gegen die Marke AT 258431 über die als Rekurs zu wertende Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss der Rechtsabteilung des Patentamts vom 2.7.2012, WM 17/2011-13, in nicht öffentlicher Sitzung den

### Beschluss

gefasst:

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000,--.

Der ordentliche Revisionsrekurs ist nicht zulässig.

### Begründung

1. Die Antragstellerin erhob gegen die für die Antragsgegnerin in der (im Rekursverfahren allein relevanten) **Warenklassen 29** „Fleisch, Fisch, Geflügel und Wild; Fleischextrakte; tiefgefrorenes, konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Gallerten (Gelees), Konfitüren; Kompotte; Eier, Milch und Milchprodukte; Speiseöle und -fette“ eingetragenen Marke AT 258431 **HAPPY DAY** Widerspruch und berief sich auf ihre Gemeinschaftsmarke CTM 000759910 **HAPPY DAY** für die Waren der Klasse 29 „Speiseöle aller Art“.

Die Antragsgegnerin stellte die Zeichenidentität außer Streit und wandte ein, eine Waren-Ähnlichkeit liege nur in Bezug auf „Speiseöle“ (allenfalls auch „Speisefette“) vor und die Antragstellerin habe die Marke in den letzten fünf Jahren nicht benützt.

2. Mit dem nun angefochtenen Beschluss gab das Patentamt dem Widerspruch statt und hob die Registrierung der angegriffenen Marke für alle Waren der Klasse 29 auf.

Das Patentamt erachtete die Benutzung der Widerspruchsmarke als bescheinigt und erwog zur Warenähnlichkeit, dass „Speiseöle und -fette“ schon dem Wortlaut nach gleich oder ähnlich der Warengruppe „Speiseöle“ seien. Zu den übrigen Waren der angegriffenen Marke ging das Patentamt auf Grund des gleichen Vertriebswegs (zum Beispiel Supermarkt), wegen der gleichen Zielgruppe (Endverbraucher), wegen des gleichen Zwecks (Ernährung) sowie wegen der Eigenschaft, einander zu ergänzen (beim Kochen und beim Verzehr) von einer ausreichenden Ähnlichkeit aus.

**3.** Dagegen richtet sich die Beschwerde der Antragsgegnerin, die nach der Gesetzesänderung durch die Patent- und Markenrechts-Novelle 2014, BGBl I 2013/126, ab 1.1.2014 als Rekurs zu werten ist, über den das Oberlandesgericht Wien zu entscheiden hat (§ 77c Abs 1 MSchG, § 176b Abs 1 Z 1 PatG)

Die Antragsgegnerin beantragt, dem Widerspruch nur hinsichtlich der Waren „Speiseöle und -fette“ stattzugeben, darüber hinausgehend beantragt sie erkennbar die Abweisung des Widerspruchs. Die Antragstellerin beantragt, den bekämpften Beschluss zu bestätigen.

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

**4.1** Im Rekursverfahren ist die Zeichenidentität nicht strittig, ebenso wenig die Identität der Waren „Speiseöle aller Art“ (Widerspruchsmarke) und „Speiseöle und -fette“ (angegriffene Marke).

Vorerst befasst sich die Antragsgegnerin in der Beschwerde mit dem Benutzungsnachweis, den das Patentamt als erbracht angesehen hat. Dieser Beschwerdevortrag steht vor dem Hintergrund des § 29b Abs 3 iVm § 33a Abs 1 MSchG, wonach die Widerspruchswerberin (die Antragstellerin) auf Verlangen der Inhaberin der angegriffenen Marke (der Antragsgegnerin) innerhalb einer angemessenen Frist

glaubhaft machen muss, dass die Markeninhaberin oder mit ihrer Zustimmung ein Dritter die Widerspruchsmarke für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, innerhalb der letzten fünf Jahre vor dem Tag der Antragstellung ernsthaft kennzeichenmäßig benutzt hat, um der angegriffenen Marke erfolgreich widersprechen zu können.

Das Patentamt nahm diese ernsthafte Benutzung der Marke durch die Antragstellerin oder mit ihrer Zustimmung durch einen Dritten auf Grund der vorgelegten Bescheinigungsmittel an, nämlich der Farbkopien von Etiketten mit dem Aufdruck der Firma der Antragstellerin, der äußerst ähnlichen Etiketten auf Flaschen, eines Fotos von gestapelten Flaschen in Kartons in einem Supermarkt sowie auf Grund diverser Rechnungen aus den Jahren 2008 und 2009 mit Vertragspartnern in Spanien.

Das Rekursgericht hat - anders als die Antragsgegnerin in der Beschwerde - keine Bedenken, diese Bescheinigungsmittel als tauglich anzusehen. In der ergänzenden Stellungnahme vom 23.4.2012 hat die Antragstellerin zum Beispiel dargetan, dass sie eine Tochtergesellschaft jenes Unternehmens ist, dessen Rechnungen über Waren vorgelegt wurden, die einen Verkauf von Produkten mit der Widerspruchsmarke belegen. Allein diese Rechnungen geben auch einen ausreichend deutlichen Rückschluss auf den Zeitraum der Markenbenutzung.

Das Rekursgericht hält somit an dem als bescheinigt angesehenen Sachverhalt fest.

Der Beschwerdevortrag, wonach die Antragstellerin keine deutschsprachigen Unterlagen vorgelegt habe, obwohl die Amtssprache Deutsch sei, führt die Antragsgegnerin nicht zum Erfolg, weil die vorgelegten Unterlagen - unabhängig von der Regelung über die Amtssprache - der freien Beweiswürdigung des Patentamts und auch des Rekursge-

richts unterliegen. Die Rechnungen, deren Inhalt im konkreten Fall auch verstanden werden kann, obwohl sie nicht in deutscher Sprache abgefasst sind, haben zu dieser unbedenklichen Beweiswürdigung geführt.

Nicht erforderlich ist, dass alle vorgelegten Bescheinigungsmittel in gleicher Weise den Sachverhalt bescheinigen. Eine ausreichende Bescheinigung ist auch durch einen Teil der Bescheinigungsmittel möglich.

Die Antragsgegnerin kann sich auch nicht erfolgreich auf eine Verletzung des rechtlichen Gehörs berufen, denn sie hat Gelegenheit gehabt (und auch genutzt), zum Bescheinigungsvorbringen der Antragstellerin zur Frage der Markenbenutzung Stellung zu nehmen. Selbst obwohl die „letzte“ Stellungnahme der Antragstellerin der Antragsgegnerin nicht zugestellt wurde, ist damit keine Verletzung des rechtlichen Gehörs verbunden, weil nicht gefordert ist, dass wechselseitige Stellungnahmen stets beantwortet werden können müssen, und weil es auch keine Regeln darüber gibt, welche Partei das „letzte Wort“ vor der Entscheidung haben muss.

Das Rekursgericht bemerkt auch, dass das im Rekursantrag enthaltene Zugeständnis der Antragsgegnerin, die Löschung in Bezug auf Speiseöle und -fette nicht zu bekämpfen, in einem logischen Widerspruch mit der – die Widerspruchslegitimation insgesamt bekämpfenden – generellen Benützungsbestreitung durch die Antragsgegnerin steht.

**4.2** Zum Thema der Verwechslungsgefahr in Bezug auf jene Waren, die nicht mit Speiseölen und Speisefetten ident sind, schließt sich das Rekursgericht der unbedenklichen rechtlichen Beurteilung durch das Patentamt an (§ 60 Abs 2 AußStrG; vgl *Schumacher in Kucsko/Schumacher*, marken.schutz<sup>2</sup> § 10 Rz 110 ff).

Die Entscheidung des Patentamts bedarf daher keiner

Korrektur.

5. Da die Entscheidung keine bisher von der Rechtsprechung unbeantworteten Rechtsfragen in der Qualität des § 62 Abs 1 AußStrG aufweist und über den Einzelfall hinaus nicht bedeutsam ist, ist der Revisionsrekurs nicht zulässig.

In diesem Fall hat das Rekursgericht nach § 59 Abs 2 AußStrG auszusprechen, ob der Wert des Entscheidungsgegenstands, der - wie hier - rein vermögensrechtlicher Natur ist, aber nicht in einem Geldbetrag besteht, EUR 30.000,-- übersteigt. Diese Voraussetzung ist angesichts der Bedeutung des Markenschutzes im Wirtschaftsleben gegeben.

6. Ein Kostenersatz findet nach § 139 Z 7 PatG iVm § 37 Abs 3 MSchG nicht statt.

Oberlandesgericht Wien  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 34, am 14. Mai 2014

**Dr. Reinhard Hinger**  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG