

Fundstelle

openJur 2022, 10295

Rkr:  AmtlSlg: 

Tenor

- <sup>1</sup> Die Beklagte wird darauf hingewiesen, dass der Senat die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zurückweisung ihrer Berufung im Beschlussverfahren nach § 522 Abs. 2 ZPO als erfüllt ansieht.
- <sup>2</sup> Einer etwa beabsichtigten Stellungnahme dazu wird bis 24.03.2022 entgegengesehen.

Gründe

- <sup>3</sup> Das Landgericht hat der von den Klägerinnen erhobenen **Löschungsklage wegen Verfalls (§§55, 49 MarkenG) zu Recht stattgegeben.**
- <sup>4</sup> 1.
- <sup>5</sup> Während des Rechtsstreits ist das im Streitfall maßgebliche Recht durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2015/2436 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2015 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (BGBl. 2018 I 2357) mit Wirkung vom 14.01.2019 novelliert worden. Daraus folgt jedoch keine für die in Entscheidung in vorliegender Sache maßgebliche Änderung der Rechtslage: Der in § 49 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG normierte Verfallsgrund hat sich nicht geändert; §§ 49 Abs. 1 und 26 MarkenG a.F. sind unverändert anzuwenden, weil die Klage am 22.02.2017 erhoben worden ist (§ 253 Abs. 1 ZPO) und damit vor dem nach der Übergangsvorschrift des § 158 Abs. 6 MarkenG n.F. maßgeblichen 14.01.2019.
- <sup>6</sup> 2.
- <sup>7</sup> **Die von der Beklagten innegehaltene deutsche Wortmarke Flip-Flop (39745377) ist hinsichtlich sämtlicher Waren, für welche sie eingetragen ist, wegen Verfalls löschungsreif, § 49 MarkenG.**
- <sup>8</sup> **Für die Warengruppe "Schuhwaren" ergibt sich dies nach dem Ergebnis der im ersten Rechtszug mit sachverständiger Hilfe durchgeführten Verkehrsbefragung aus dem Absinken der Marke zur mittlerweile gebräuchlichen Gattungsbezeichnung für Zehentrennersandalen (§ 49 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG), für alle übrigen Waren wegen Nichtbenutzung der Marke gemäß § 49 Abs. 1 MarkenG a.F.**
- <sup>9</sup> a) Die Angriffe der Berufung, in den Verkehrsbefragungen hätte nicht danach gefragt werden dürfen, ob Flip Flops im Rahmen von "Schuhwaren" zur Gattungsbezeichnung geworden seien, sondern im Rahmen von "Zehentrennersandalen" bzw. von "Schuhmode", greifen nicht durch. Es ist nicht ersichtlich, dass die von der Beklagten gewünschte andere Formulierung der Fragestellung zu einem höheren Zuordnungsgrad hätte führen können. Die von der Beklagten erwartete - letztendlich hypothetische - Kausalität erscheint somit bereits nicht schlüssig. Hinzu kommt, dass die streitgegenständliche Marke in das Markenregister gerade für "Schuhwaren" eingetragen ist - es ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen hiervon in den Verkehrsbefragungen hätte abgewichen werden müssen.
- <sup>10</sup> b) Die in Auswertung der demoskopischen Verkehrsbefragungen ermittelten Quoten rechtfertigen es zudem auch der Höhe nach, von einem Absinken der streitgegenständlichen Wortmarke zur gebräuchlichen Warenbezeichnung auszugehen, und zwar hinsichtlich beider befragter Verkehrskreise (Verbraucher und Händler). Dabei wäre es nach der Kornspitz-Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union bereits ausreichend gewesen, wenn auch nur in einem der beteiligten Verkehrskreise eine entsprechende Quote vorzufinden gewesen wäre (Urteil v. 06.03.2014, C-409/12, Rn. 29).
- <sup>11</sup> Hilfsweise sei angemerkt, dass das Zeichen Flip-Flop ein deutliches lautmalerisches Element enthält. Dieses führt zu einer Schwächung der Kennzeichnungskraft der Marke, da es zum einen beschreibenden (lautmalerischen) Charakter hat (nämlich des beim Tragen von Zehentrennersandalen typischerweise zu hörenden Klanges) und zum anderen für die gesamte Gattung der Zehentrennersandalen im Sinne eines üblichen Klanges charakteristisch ist.

- <sup>12</sup> c) Die von der Beklagten im zweiten Rechtszug weiterhin ins Feld geführte angebliche Befangenheit des Sachverständigen ... kann mit der Berufung nicht mehr gerügt werden, weil hierüber rechtskräftig in erster Instanz entschieden ist. Die Anfechtung eines Urteils mit der Begründung, ein - wie hier - dem Urteil vorangegangener und die Frage der Ablehnung des Sachverständigen rechtskräftig klärender Beschluss sei unrichtig, ist nach § 406 Abs. 5 ZPO ausgeschlossen. Der Grund hierfür liegt darin, dass der Gesetzgeber die Frage, ob ein Ablehnungsgrund gegen einen Sachverständigen vorliegt, rasch und endgültig bereinigt sehen will und zu diesem Zweck ein besonderes Verfahren mit einer selbständigen Anfechtbarkeit der Entscheidung (§ 406 Abs. 2 und 5 ZPO) eröffnet hat. Der Gesetzeszweck würde vereitelt, wenn die Befangenheitsrüge nicht der aufgezeigten Beschränkung unterläge (OLG Hamm, r+s 2022, 120 m.w.N.; Kontusch, NJ 2022, 49, 52).
- <sup>13</sup> d) Für sämtliche weiteren Warengruppen resultiert der Verfall der Marke aus deren Nichtbenutzung, §49 Abs. 1 MarkenG a.F. Die für eine rechtserhaltende Benutzung i.S.v. § 26 MarkenG a.F. darlegungs- und beweisbelastete Beklagte (BGH, Urteil vom 14.01.2021, I ZR 40/20, GRUR 2021, 736) hat - auch nicht nach Veröffentlichung der vorbezeichneten höchstrichterlichen Entscheidung, mit welcher der Bundesgerichtshof unter Aufgabe früherer Rechtsprechung die primäre Darlegungs- und Beweislast dem beklagten Markeninhaber zugewiesen hat - keinen in Einzelheiten aufgegliederten Sachvortrag gehalten, welcher auf eine ernsthafte ununterbrochene Benutzung der streitgegenständlichen Marke für Kautschuk, Guttapercha, Gummi, Asbest, Glimmer und Waren daraus, soweit in Klasse 17 enthalten; Waren aus Kunststoffen (Halbfabrikate), Dichtungs-, Packungs- und Isoliermaterial; Schläuche (nicht aus Metall); Bekleidungsstücke, Kopfbedeckungen; Spiele, Spielzeug; Turn- und Sportartikel, soweit in Klasse 28 enthalten oder Christbaumschmuck schließen ließe.
- <sup>14</sup> Die Meinung der Berufung, der bereits mit der Klage geltend gemachte Verfallsgrund der Nichtbenutzung der Marke könne von den Klägerinnen im Berufungsverfahren nicht weiter verfolgt werden, weil das Erstgericht sein Urteil darauf nicht gestützt und allein die Beklagte Rechtsmittel eingelegt habe, trifft nicht zu. Vielmehr wirkt der Prozessvortrag einer obsiegenden Klagepartei aus der ersten Instanz, so sie ihn nicht ausdrücklich fallen lässt, ohne weiteres für den zweiten Rechtszug fort und ist deshalb bei der Entscheidung des Berufungsgerichts zu berücksichtigen.
- <sup>15</sup> Der Senat weist vorsorglich darauf hin, dass die Rücknahme der Berufung vor Erlass einer Entscheidung nach §22 Abs. 2 ZPO gemäß KV 1222 Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GKG kostenrechtlich privilegiert ist; statt 4 fallen nur 2 Gerichtsgebühren an.