

# LU\_GERICHTE 12 04 1 vom 8. September 2004

LU Gerichte, 2004-09-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu\\_gerichte\\_12\\_04\\_1](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu_gerichte_12_04_1)

FR: LU\_GERICHTE 12 04 1 du 8 septembre 2004

IT: LU\_GERICHTE 12 04 1 del 8 settembre 2004

## Regeste

Art. 2 Abs. 2 ZGB; § 70 ZPO. Der Behauptungslast ist nicht genügt, wenn die Parteien bloss Rechtsverhältnisse anführen, ohne den dazugehörenden Sachverhalt zu schildern. Vielmehr müssen die Parteien jene Tatsachen behaupten, die geeignet sind, die Grundlage der richterlichen Schlussfolgerung zu bilden. (Eine Markenmeldung ist rechtsmissbräuchlich, wenn das Gesamtverhalten des Usurpators keinem legitimen Zweck dient, weil es allein darauf abzielt, eine formal bessere Rechtsstellung auszunutzen und unter Behinderung eines Kennzeicheninhabers zu Geld zu machen.) | Markenschutz

## Volltext

Luzern Kantonsgericht sonstige 08.09.2004 12 04 1

Art. 2 Abs. 2 ZGB; § 70 ZPO. Der Behauptungslast ist nicht genügt, wenn die Parteien bloss Rechtsverhältnisse anführen, ohne den dazugehörenden Sachverhalt zu schildern. Vielmehr müssen die Parteien jene Tatsachen behaupten, die geeignet sind, die Grundlage der richterlichen Schlussfolgerung zu bilden. (Eine Markenmeldung ist rechtsmissbräuchlich, wenn das Gesamtverhalten des Usurpators keinem legitimen Zweck dient, weil es allein darauf abzielt, eine formal bessere Rechtsstellung auszunutzen und unter Behinderung eines Kennzeicheninhabers zu Geld zu machen.) | Markenschutz

Rechtsprechung Luzern Instanz: Obergericht Abteilung: I. Kammer Rechtsgebiet: Markenschutz Entscheiddatum: 08.09.2004 Fallnummer: 12 04 1 LGVE: Leitsatz: Art. 2 Abs. 2 ZGB; § 70 ZPO. Der Behauptungslast ist nicht genügt, wenn die Parteien bloss Rechtsverhältnisse anführen, ohne den dazugehörenden Sachverhalt zu schildern. Vielmehr müssen die Parteien jene Tatsachen behaupten, die geeignet sind, die Grundlage der richterlichen Schlussfolgerung zu bilden. (Eine Markenmeldung ist rechtsmissbräuchlich, wenn das Gesamtverhalten des Usurpators keinem legitimen Zweck dient, weil es allein darauf abzielt, eine formal bessere Rechtsstellung auszunutzen und unter Behinderung eines Kennzeicheninhabers zu Geld zu machen.) Rechtskraft: Diese Entscheidung ist rechtskräftig. Entscheid: Art. 2 Abs. 2 ZGB; § 70 ZPO. Der Behauptungslast ist nicht genügt, wenn die Parteien bloss Rechtsverhältnisse anführen, ohne den dazugehörenden Sachverhalt zu schildern. Vielmehr müssen die Parteien jene Tatsachen behaupten, die geeignet sind, die Grundlage der richterlichen Schlussfolgerung zu bilden. (Eine Markenmeldung ist rechtsmissbräuchlich, wenn das Gesamtverhalten des Usurpators keinem legitimen Zweck dient, weil es allein darauf abzielt, eine formal bessere Rechtsstellung auszunutzen und unter Behinderung eines Kennzeicheninhabers zu Geld zu machen.) =====

===== A. Die Klägerin ist auf dem Gebiet der Milchtechnik tätig. Sie ist Entwicklerin und Herstellerin von unter anderem Melkmaschinen, Melkständen, Milchkühlanlagen sowie der diesbezüglichen Software und Hardware. Die Basis des

Unternehmens wurde im Jahre 1785 geschaffen. Heute verfügt die Klägerin über ein weltweites Vertriebsnetz und umfasst Tochtergesellschaften in Belgien, Holland, Irland und Brasilien, sowie zusätzlich angeschlossene Unternehmen in Deutschland, Frankreich, Spanien, Portugal, Tschechien, Argentinien und Australien. Der Beklagte ist Melkmaschinenmonteur und führt an Melkmaschinen Servicedienstleistungen aus. Die Marke "Fullwood" wurde in der Schweiz am 12. Februar 2001 hinterlegt und ist seit dem 25. Oktober 2001 zugunsten des Beklagten unter der Nummer 490712 für die Markenklasse 7 (Melkanlagen) im Markenregister eingetragen. Der Markeneintrag wurde am 27. November 2001 im Schweizerischen Handelsamtsblatt Nr. 0230 veröffentlicht. B. Mit Klage vom 8. März 2004 stellte die Klägerin folgende Rechtsbegehren: 1. Der Beklagte sei anzuweisen, die Marke "Fullwood", eingetragen im schweizerischen Markenregister unter Marken-Nr. 490712, mit dem gesamten Waren- und Dienstleistungsverzeichnis innert gerichtlich festgesetzter Frist auf eigene Kosten auf die Klägerin zu übertragen. 2. Der Beklagte sei unter Androhung der Straffolgen nach Art. 292 StGB zur Erfüllung anzuhalten. 3. Das Urteil habe an die Stelle der Übertragung durch den Beklagten zu treten, für den Fall, dass der Beklagte der gerichtlichen Anweisung innert angesetzter Frist nicht nachkommt. Die Kosten für die Registerbereinigung habe der Beklagte zu bezahlen. 4. Für den Fall, dass Antrag 1 abgewiesen wird, sei eventualiter die Marke "Fullwood", eingetragen im schweizerischen Markenregister unter Marken-Nr. 490712, vollumfänglich als nichtig zu erklären. 5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten. Die Geltendmachung von Schadenersatz wird vorbehalten. Die Klägerin führt im Wesentlichen aus, sie sei eine der weltweit anerkannten und führenden Herstellerinnen und Entwicklerinnen von unter anderem Melkmaschinen, Melkständen, Milchkühlanlagen sowie der diesbezüglichen Software und Hardware. Innerhalb der Fullwood-Gruppe, welcher die Klägerin als Mutterhaus vorstehe, sei die Lemmer-Fullwood GmbH in L. (D) zuständig für Produktion und Vertrieb in Deutschland, Österreich und der Schweiz. Die Lemmer Fullwood AG Kühl- und Melkanlagen M. (CH) sei offizieller Vertreiber der Produkte der Fullwood-Gruppe in der Schweiz; der Vertrieb der Produkte erfolge vorwiegend durch sie. Auf dem Schweizer Markt sei sie seit 1975 mit ihren Fullwood-Produkten tätig. Im Rahmen ihrer Tätigkeit für die Klägerin habe die Lemmer Fullwood AG Kühl- und Melkanlagen M. bei der zuständigen Behörde, der eidgenössischen Forschungsanstalt für Betriebswirtschaft und Landtechnik, Tänikon, um die Zulassung verschiedenster Fullwood-Produkte ersucht. Diese Produkte, wie zum Beispiel das Fullwood-Sammelstück "Clear Flow", die Fullwood-Melkeinheit "Flow Processor" und das Fullwood-Milchmengenmessgerät "Fullflow Milk Meter" würden auf dem Schweizer Markt seit Jahren erfolgreich vertrieben. Die Klägerin bzw. die Lemmer Fullwood in M. handle und montiere nicht nur seit Jahrzehnten Fullwood-Produkte in der Schweiz, sondern bewerbe diese auch, was über diese lange Zeit zu einem grossen Bekanntheitsgrad geführt habe. Speziell zu erwähnen sei, dass selbst die eidgenössische Forschungsanstalt für Betriebswirtschaft und Landtechnik bereits im Jahre 1990 bei der offiziellen Fullwood-Vertretung in der Schweiz eine Fullwood-Milchfördereinheit erworben habe. Der hohe Grad der Bekanntheit der Fullwood-Produkte in der Schweiz zeige sich beispielsweise auch dadurch, dass beim Erhebungsformular bezüglich Eutergesundheit der veterinärmedizinischen Fakultät der Universität Zürich die Bezeichnung "Fullwood" unter den verschiedenen explizit erwähnten - und damit in der Schweiz gebräuchlichsten und bekanntesten - Melkanlagefabrikaten aufgeführt sei. Die Klägerin habe den durch sie geprägten Begriff "Fullwood" in ihrem Mutterland England und in diversen weiteren

Ländern bereits vor Jahren markenrechtlich schützen lassen. So sei "Fullwood" für die Klägerin in England unter der Marken-Nr. 749293, in den Benelux-Ländern unter der Marken-Nr. 31154, in Frankreich unter der Marken-Nr. 1512116, in Japan unter der Marken-Nr. 1399847 und in Chile unter der Marken-Nr. 630713 registriert. Bezüglich Deutschland habe die Klägerin der Lemmer-Fullwood GmbH, L. (D), die Erlaubnis erteilt, die Bezeichnung "Fullwood" als Wort-/Bildmarke im deutschen Markenschutzregister einzutragen. Der entsprechende Eintrag sei am 26. April 1991 vorgenommen worden. Gleichentags habe die Lemmer-Fullwood GmbH, L., berechtigterweise auch die Bezeichnung "Lemmer Fullwood" zum Eintrag im deutschen Markenschutzregister als Wort-/Bildmarkennummer angemeldet. Im Schweizerischen Markenregister habe die Klägerin bisher keinen Eintrag vornehmen lassen. Der Beklagte habe sich vereinzelt in der Montage von "Fullwood"-Melkständen und im Anbieten von Servicedienstleistungen an "Fullwood"-Melkständen versucht. Mit Erstaunen habe die Klägerin festgestellt, dass der Beklagte Ende des Jahres 2001 ihre Bezeichnung "Fullwood" ohne Berechtigung im Schweizerischen Markenregister auf seinen Namen habe eintragen lassen. Die eingetragene Marke sei mit der jahrzehntelang auf dem Schweizerischen Markt gebrauchten und von allen Marktteilnehmern gekannten Bezeichnung "Fullwood" identisch. Nicht nur der Wortlaut sei übernommen worden, sondern sogar der Schriftzug und die Darstellungsweise entspreche der durch die Klägerin gebildeten und aufgebauten Bezeichnung. Erfahren vom unberechtigten Markeneintrag habe sie erst im Verlauf des Jahres 2003. Sie habe vom Beklagten umgehend die Übertragung der Marke verlangt. Da er ihr die Marke nicht habe übertragen wollen, habe sie die Durchführung eines Aussöhnungsversuches beantragt. Sie sei leider gezwungen worden, ihre Rechte auf dem Klageweg geltend zu machen. Nach Art. 53 MSchG könne der wirkliche Inhaber auf Übertragung der Marke klagen, wenn der Beklagte sich diese angemasst habe. Eine Markenübertragungsklage sei insbesondere dann gutzuheissen, wenn die hinterlegte Marke nichtig sei. Im konkreten Fall sei die durch den Beklagten hinterlegte Marke aufgrund ihrer Identität mit der notorisch bekannten Marke der Klägerin nichtig. Durch den langanhaltenden, umfassenden und intensiven Gebrauch der Marke "Fullwood" durch die Klägerin bzw. die "Fullwood"-Gruppe sowohl international als auch in der Schweiz, habe die Marke klarerweise notorische Bekanntheit erlangt. Sie sei den an der schweizerischen Milchwirtschaft beteiligten Personen und insbesondere den betroffenen Abnehmern seit Jahrzehnten bekannt als Bezeichnung für Produkte wie Melkanlagen, Melkständen, Kühlanlagen und dergleichen. Ebenso sei die Marke "Fullwood" den für die massgeblichen Verkehrskreise zuständigen Behörden bekannt. Nicht schützenswert und damit nichtig sei die Marke zudem auch aufgrund des offenbaren Rechtsmissbrauchs des Beklagten und aufgrund der Tatsache, dass die Klägerin zum Markeneintrag zu keiner Zeit ihre Einwilligung gegeben habe. Der Beklagte kenne die Produkte der Klägerin bestens und habe diese auch im Zeitpunkt der Hinterlegung der Marke auf seinen eigenen Namen gekannt. Er habe bösgläubig gehandelt und bezwecke mit der Markenhinterlegung die Verschaffung der Möglichkeit, auf dem schweizerischen Markt aufzutreten, als ob ihm die Marke "Fullwood" gehören würde. Durch die Markenhinterlegung bezwecke der Beklagte offensichtlich einzig die Ausnutzung einer formal besseren Rechtsstellung, die ihm nicht zustehe und die Behinderung der wirklichen Markeninhaberin. Sollte der Antrag auf Übertragung der Marke auf die Klägerin als wirkliche Inhaberin gemäss Art. 53 MSchG entgegen der Ansicht der Klägerin aus irgendwelchen Gründen abgewiesen werden, sei die Marke gemäss Art. 52 MSchG als nichtig zu erklären. C. Mit Klageantwort vom 16. April 2004 (Postaufgabe) beantragte der

Beklagte sinngemäss die Abweisung der klägerischen Anträge. In der Begründung führte er aus, er habe den Markennamen Fullwood beim schweizerischen Institut für geistiges Eigentum unter der Nummer 490712 eintragen lassen. Der Name sei nach einer Recherche des Amtes eingetragen und am 27. November 2001 im "SHAB" Nr. 230 veröffentlicht worden, ohne dass jemand dagegen Einspruch erhoben habe. Lange Zeit vor dem Eintrag dieser Marke hätten er und die A. B. AG in G. diese Marke grossräumig mit einem Markenanteil von ca. 85 % in der Schweiz verkauft und betreut und massgeblich an der Einführung und der Bekanntheit dieser Marke mitgewirkt. In seinem Verkaufsgebiet sei die Marke Lemmer Fullwood sehr wenig bekannt gewesen. Die Firma Lemmer Fullwood sei zu dieser Zeit bis heute stets unter dem Namen Lemmer Fullwood und jetzt als R.J. Fullwood & Bland Limited als Klägerin aufgetreten. Die Anlagen seien stets als Lemmer Fullwood verkauft worden. Seine langjährige Tätigkeit für die Marke Lemmer Fullwood habe ihn veranlasst, diese Marke zu schützen, um seinen Kunden die grösstmögliche Sicherheit mit ihrer Anlage zu gewährleisten, vor allem, als im Jahre 1999/2000 durch das Kürzertreten von Herrn J. der Fortbestand der Erzeugnisse Lemmer Fullwood in der Schweiz nicht mehr so sicher gewesen sei. Den Streitwert sehe er durchaus nicht in der von der Klägerin behaupteten Höhe, sei doch der Klägerin Lemmer Fullwood durch die Eintragung der Marke Fullwood absolut kein Schaden entstanden. Er sehe sich aus den genannten Gründen berechtigt, den Namen Fullwood eingetragen zu lassen und zu verwenden. D. Die Parteien haben auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet. E r w ä g u n g e n 1. Die aufgelegten Urkunden werden zu den Akten genommen. Weitere Beweisanträge wurden nicht gestellt. 2. Nach Art. 53 Abs. 1 MSchG kann der Kläger anstatt auf Feststellung der Nichtigkeit der Markeneintragung auf Übertragung der Marke klagen, wenn der Beklagte sich diese angemasst hat. Die angefochtene Marke muss einem relativen Ausschlussgrund unterliegen. Der Ausschlussgrund muss im Markenrecht selbst begründet sein (Willi, Komm. zum MSchG, Zürich 2002, N 5 zu Art. 53 MSchG). Eine Übertragungsklage darf nur gutgeheissen werden, wenn die zu übertragende Marke wegen Verletzung älterer Rechte des Klägers nichtig wäre und deshalb im Register gelöscht werden müsste. Als ältere Rechte kommen nicht nur schweizerische Markeneintragungen in Betracht, sondern namentlich auch nicht oder doch zum mindesten für die entsprechenden Kategorien von Waren und Dienstleistungen hier nicht eingetragene Marken wie beispielsweise die notorisch bekannte Marke i.S.v. Art. 3 Abs. 2 lit. b MSchG (David, Basler Komm. zum Markenschutzgesetz und zum Muster- und Modellgesetz, 2. Aufl., Basel 1999, N 4 zu Art. 53 MSchG). Die Übertragungsklage ist nur zulässig, wenn sich der Beklagte eine fremde Marke angemasst hat. Unter Anmassung ist nicht bloss die möglicherweise schuldlose Verletzung, sondern die absichtliche Aneignung eines fremden Rechts zu verstehen. Dies setzt voraus, dass der Beklagte um den Bestand dieses fremden, meist ausländischen Markenrechts weiss oder doch wissen muss und es im eigenen Namen in der Schweiz eintragen lässt. Die Gründe eines solchen Vorgehens sind unerheblich (David, a.a.O., N 5 zu Art. 53 MSchG). Die Hinterlegung der Marke muss somit in einer gegen Treu und Glauben verstossenden Weise erfolgt sein. Bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte der Beklagte wissen müssen, dass es sich um die Marke eines Dritten handelt und er zur Hinterlegung nicht berechtigt sein konnte (Willi, a.a.O., N 6 zu Art. 53 MSchG). Der Anspruch auf Übertragung der Marke erlischt zwei Jahre nach Veröffentlichung der Eintragung oder nach Wegfall der Zustimmung des Markeninhabers gemäss Art. 4 MSchG (Art. 53 Abs. 2 MSchG). Bei dieser Frist handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, die mit der Veröffentlichung der Eintragung zu laufen beginnt (David, a.a.O., N 7 zu Art. 53

MSchG). Die Klagefrist ist mit Einreichung des Sühnebegehrens am 26. November 2003 und anschliessender Klageerhebung innert zweier Monate nach unbenütztem Ablauf der Offenhaltungsfrist (§ 195 Abs. 2 ZPO) eingehalten. 3. Die Marke ist ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden (Art. 1 Abs. 1 MSchG). Marken können insbesondere Wörter, Buchstaben, Zahlen, bildliche Darstellungen, dreidimensionale Formen oder Verbindungen solcher Elemente untereinander oder mit Farbe sein (Art. 1 Abs. 2 MSchG). Der Name "Fullwood" kommt als Markenzeichen grundsätzlich in Frage. In der Schweiz ist die Marke "Fullwood" unter der Nummer 490712 zugunsten des Beklagten seit dem 12. Februar 2001 für die Markenklasse 7 (Melkanlagen) hinterlegt und seit dem 25. Oktober 2001 im Markenregister eingetragen. Der Markeneintrag wurde am 27. November 2001 im Schweizerischen Handelsamtsblatt Nr. 0230 veröffentlicht. 4. Nach Art. 3 Abs. 1 MSchG sind vom Markenschutz ausgeschlossen Zeichen, die entweder mit einer älteren Marke identisch und für die gleichen Waren oder Dienstleistungen bestimmt sind wie diese (lit. a) oder mit einer älteren Marke identisch und für gleichartige Waren oder Dienstleistungen bestimmt sind, so dass sich daraus eine Verwechslungsgefahr ergibt (lit. b), oder aber einer älteren Marke ähnlich und für gleiche oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen bestimmt sind, so dass sich daraus eine Verwechslungsgefahr ergibt (lit. c). Als ältere Marken gelten hinterlegte oder eingetragene Marken, die eine Priorität nach Art. 6 bis 8 MSchG geniessen, sowie Marken, die zum Zeitpunkt der Hinterlegung des unter Art. 3 Abs. 1 MSchG fallenden Zeichens im Sinne von Art. 6bis Pariser Verbandsübereinkunft vom 20. März 1883 zum Schutz des gewerblichen Eigentums (PVÜ) in der Schweiz notorisch bekannt sind (Art. 3 Abs. 2 MSchG). Es müssen somit drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein: das zu verbotende Zeichen muss jünger sein, es muss mit dem älteren identisch oder ähnlich sein und für gleiche oder gleichartige Waren oder Dienstleistungen benutzt werden (David, a.a.O., N 10 zu Art. 13 MSchG). 5. Die Klägerin geht selber davon aus, dass in der Schweiz zu ihren Gunsten kein Markenrecht eingetragen sei. Sie macht indes geltend, die durch den Beklagten hinterlegte Marke "Fullwood" sei aufgrund ihrer Identität mit der notorisch bekannten Marke der Klägerin nichtig. 5.1. Im geltenden schweizerischen Recht gilt der Grundsatz der Hinterlegungspriorität (Art. 6 i.V.m. Art. 3 Abs. 2 lit. a MSchG), von dem Art. 3 Abs. 2 lit. b MSchG eine Ausnahme normiert, indem als ältere Marke auch ein nicht eingetragenes Zeichen gilt, wenn es im Zeitpunkt der Hinterlegung eines identischen oder verwechselbaren Zeichens im Sinne von Art. 6bis PVÜ in der Schweiz notorisch bekannt ist. Art. 6bis PVÜ auferlegt den Verbandsstaaten u.a. die Pflicht, den Gebrauch von Fabrik- und Handelsmarken zu untersagen, die mit einer in ihrem Register nicht eingetragenen älteren Marke verwechselbar sind, von der notorisch feststeht, dass sie einem Angehörigen eines (andern) Verbandsstaates gehört und für gleiche oder gleichartige Waren benutzt wird. Art. 16 des Abkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum vom 15. April 1994 (TRIPS; SR 0.632.20, Anhang 1 C) dehnt diese Pflicht auf Dienstleistungsmarken aus (Abs. 2) und gewährt der notorisch bekannten Marke gemäss Abs. 3 zudem Schutz über den Warengleichartigkeitsbereich hinaus (BGE 130 III 274 f. E. 4.1). 5.2. Der Begriff der notorisch bekannten Marke wird weder vom MSchG definiert, noch ergibt sich aus Art. 6bis PVÜ, unter welchen Voraussetzungen eine Marke als notorisch bekannt gilt (Willi, a.a.O., N 158 zu Art. 3 MSchG). Das Bundesgericht hat dazu mit Urteil vom 20. Januar 2004 festgehalten, das Zeichen müsse in der Schweiz notorisch bekannt sein (BGE 130 III 280 f. E. 4.7.1). Entsprechend Art. 2 Abs. 2 lit. b der Auslegungsempfehlungen der WIPO genüge für die

notorische Bekanntheit der Marke, dass sie bloss in einem der massgebenden Verkehrskreise (Konsumenten, Händler etc.) gegeben sei (BGE 130 III 281 E. 4.7.2 m.H.). Notorietät bedeute Offenkundigkeit. Notorische Bekanntheit sei gesteigerte Bekanntheit. Notorisch bekannt sei eine Marke, wenn sie in einem der massgebenden Verkehrskreise allgemein als Herkunfts- oder Individualisierungszeichen verstanden werde, in dieser Funktion einem geläufigen Verständnis entspreche. Hinsichtlich des Bekanntheitsgrades - nicht aber der Verkehrskreise und der geografischen Ausdehnung - könne dabei durchaus auf die Kriterien abgestellt werden, welche die Rechtsprechung an die Verkehrsdurchsetzung eines an sich schutzunfähigen Zeichens gesetzt habe. Notorietät sei nichts anderes als Verkehrsgeltung im massgebenden Kreis. Hänge die Notorietät von der Verbreitung des Zeichens und dessen markenmässigen Zuordnung innerhalb eines Verkehrskreises ab, definiere sie sich im Wesentlichen durch quantitative Kriterien. Dies würde - im Interesse der Rechtssicherheit als Voraussehbarkeit der Rechtsanwendung - nahe legen, einen festen Prozentsatz der Kenntnis im massgebenden Verkehrskreis festzusetzen, ab dem von einer notorischen Bekanntheit auszugehen sei. Dies sei indessen abzulehnen, weil es nach richtiger Auffassung auf eine Gesamtbeurteilung der als notorisch bekannt beanspruchten Marke ankomme, die ebenfalls qualitative, wenn auch nicht prestigemässige Kriterien berücksichtige, wie den Marktanteil des Produkts, die Intensität der Marktdurchdringung, die geografische Ausdehnung und die Dauer der Benutzung oder den Umfang der in die Vermarktung getätigten Investitionen. Dies entspreche denn auch den Empfehlungen der WIPO, die in Art. 2 Abs. 1 ebenfalls qualitative Kriterien in diesem Sinne hervorhebe. Zu berücksichtigen seien daher alle Umstände des Einzelfalls, was einer rein schematischen Betrachtungsweise entgegenstehe. Insbesondere seien die gegensätzlichen Interessen des Zeicheninhabers, der Konkurrenten, der Usurpatoren und der Abnehmer in die Gesamtbetrachtung miteinzubeziehen, was nach einer flexiblen Handhabung des quantitativen Kriteriums rufe. Feste Prozentwerte könnten daher stets nur Richtwerte sein. Bei der Bestimmung solcher Richtwerte ständen der Zweckgedanke der Norm und deren Ausnahmecharakter in Widerspruch. Art. 6bis PVÜ bezwecke die Bekämpfung der Markenpiraterie, solle verhindern, dass ausländische Kennzeichen in einem Vertragsstaat, in welchem sie notorisch bekannt geworden seien, eingetragen oder benutzt würden, sofern daraus eine Verwechslungsgefahr resultiere. Diese Zielsetzung spreche für einen eher niedrigen Richtwert zum Bekanntheitsgrad, der in der Literatur mit 20 - 25 % bei den inländischen Verkehrskreisen angegeben werde. Demgegenüber stehe der Ausnahmecharakter der Norm, der erheische, Abweichungen vom Eintragungsprinzip nur mit Zurückhaltung zuzulassen. Er spreche für einen eher hohen Prozentsatz der erforderlichen Bekanntheit. Beide Aspekte seien zu berücksichtigen, wobei rechtssystematisch das Eintragungsprinzip insofern einen hohen Stellenwert erhalte, als der Inhaber des Zeichens die Verantwortung dafür trage, es in einem Staat, auf dessen Markt er Anteile erwerben wolle, nicht eingetragen zu haben. Dies rechtfertige, den Begriff der Notorietät von eher hohen quantitativen Voraussetzungen abhängig zu machen. Als Richtwert scheine angemessen, den Bekanntheitsgrad im massgebenden Verkehrskreis im Regelfall auf über 50 % anzusetzen und tiefere Werte nur unter besonderen Umständen des Einzelfalls genügen zu lassen (BGE 130 III 281 ff. E. 4.7.3 m.H.). Notorietät setze weiter voraus, dass die Kenntnis der massgebenden Verkehrskreise über die Marke eine sichere und dauerhafte sei. Bloss vage Kenntnis von ihrer Existenz oder nur kurzfristiges, sporadisches Erscheinen der Marke auf dem inländischen Markt oder in der inländischen Werbung reichten nicht aus. In diesem Sinne lege auch die Empfehlung der WIPO Gewicht

auf die Dauer der Markenbenutzung (Art. 2 Abs. 1 lit. b Ziff. 2). Notorisch bekannt könne mit andern Worten nur eine etablierte Marke sein. Dies folge wiederum aus dem Kriterium der Verkehrsgeltung (BGE 130 III E. 4.7.4 m.H.). 5.3. Die "notorische Bekanntheit" einer Marke ist ein Rechtsbegriff. Dagegen ist eine vom kantonalen Sachgericht abschliessend zu beurteilende Tatfrage, ob die massgebenden Parameter des notorischen Bekanntheitsgrades der Marke im konkreten Fall erfüllt sind oder nicht (BGE 130 III 276 E. 4.3). Gemäss der allgemeinen bundesrechtlichen Beweislastregel des Art. 8 ZGB hat im Zivilprozess jene Partei die rechtsbegründende Tatsache der erhöhten Bekanntheit eines Kennzeichens zu beweisen, welche aus der notorischen Bekanntheit des Kennzeichens ein (Marken-)Recht ableiten will. Kann das Vorliegen des Maximalkennzeichnungsgrads resp. im Einzelfall auch eines tieferen Kennzeichnungsgrads im beteiligten Verkehrskreis nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden, so ist gegen die beweispflichtige Partei zu entscheiden, im Zweifel also für den vermeintlichen Markenurpator (Christian Rohner, Die notorisch bekannte Marke in der Schweiz, Bern 2002, S. 223 f.). Bevor gegebenenfalls Beweise zu erheben sind, müssen rechtsgenügende, d.h. substantiierte Behauptungen vorliegen. Dies bedeutet, dass rechtserhebliche Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen sind, dass darüber (bei Bestreitung) Beweis abgenommen werden kann (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7. Aufl., S. 264). Das materielle Recht, auf dem ein behaupteter Anspruch gründet, bestimmt, inwiefern ein Sachverhalt in den Rechtsschriften einer Partei ausreichend substantiiert erscheint (Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, N 4 zu § 70 ZPO). Da eine Rechtsfolge nur zugesprochen werden darf, wenn deren sämtliche tatbeständlichen Voraussetzungen erfüllt sind und die Rechtsanwendung Sache des Richters ist, muss der konkrete Sachverhalt, der einen Rechtsbegriff ausfüllt oder einen rechtlichen Schluss nach sich zieht, dem Richter vorliegen, damit dieser die ihm allein obliegende rechtliche Beurteilung vornehmen kann. Deshalb ist der Behauptungslast grundsätzlich nicht genügt, wenn die Parteien bloss Rechtsverhältnisse anführen, ohne den dazugehörenden Sachverhalt zu schildern. Vielmehr müssen die Parteien jene Tatsachen behaupten, die geeignet sind, die Grundlage der richterlichen Schlussfolgerung zu bilden (Jürgen Brönnimann, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 1989, S. 141 ff.). Mangelnde Substanziierung führt wie ein gescheiterter Beweis zur Klageabweisung (Frank/Stäuli/Messmer, ZPO, Zürich 1997, N 1a zu § 113 ZPO ZH; ZR 101 [2002] Nr. 55). Mit Beweisanträgen können fehlende Substanziierungen nicht nachgeholt werden, da Beweiserhebungen schlüssige Vorbringen voraussetzen (Studer/Rüegg/Eiholzer, a.a.O., N 4 zu § 70 ZPO; LGVE 1987 I Nr. 21 E. 5 am Ende). 5.4. In casu fehlt es bezüglich der geltend gemachten notorischen Bekanntheit der Marke "Fullwood" an genügend substantiierten Behauptungen der Klägerin. Sie führt zwar aus, sie sei eine der weltweit anerkannten und führenden Herstellerinnen und Entwicklerinnen von unter anderem Melkmaschinen, Melkständen, Milchkühlanlagen sowie der diesbezüglichen Software und Hardware. Aus diesem allgemein gehaltenen Vorbringen ergäbe sich, würde darüber Beweis geführt, indes nicht, inwieweit die Marke "Fullwood" bei den massgebenden Verkehrskreisen in der Schweiz bekannt ist. Daraus kann nicht auf einen bestimmten Marktanteil der klägerischen Produkte in der Schweiz, die Intensität der Marktdurchdringung, die geografische Ausdehnung oder den Umfang der in die Vermarktung getätigten Investitionen geschlossen werden. Gleiches gilt für das Vorbringen der Klägerin, dass sie seit 1975 auf dem Schweizer Markt tätig sei und der Vertrieb der Fullwood-Produkte vorwiegend durch die

offizielle Vertretung, die Lemmer Fullwood AG in M. erfolge. Ebenso wenig ergäbe sich die notorische Bekanntheit der Marke "Fullwood" aus dem Vorbringen der Klägerin, ihre offizielle Vertreterin in der Schweiz habe um Zulassung verschiedenster Fullwood-Produkte bei der eidgenössischen Forschungsanstalt für Betriebswirtschaft und Landtechnik ersucht. Die Klägerin geht selber davon aus, dass die eidgenössische Forschungsanstalt für Betriebswirtschaft und Landtechnik nicht den massgebenden Verkehrskreisen in der Schweiz angehört, sondern dass es sich bei ihr um eine für die massgeblichen Verkehrskreise zuständige Behörde handelt. Die Klägerin führt auch nicht näher aus, worin der erfolgreiche Vertrieb der Fullwood-Produkte, wie zum Beispiel des Fullwood-Sammelstücks "Clear Flow", der Fullwood-Melkeinheit "Flow Processor" und des Fullwood-Milchmengenmessgeräts "Fullflow Milk Meter" auf dem Schweizer Markt besteht. Nachdem genauere Angaben dazu fehlen und sich die Klägerin auch nicht auf Verkaufszahlen ihrer Produkte bezieht, könnte aus diesen Vorbringen ebenfalls nicht auf einen bestimmten Kennzeichnungsgrad der Marke "Fullwood" in den massgebenden Verkehrskreisen geschlossen werden. Das Gleiche gilt für ihr Vorbringen, dass sie bzw. die Lemmer Fullwood AG Kühl- und Melkanlagen M. nicht nur seit Jahrzehnten mit Fullwood-Produkten in der Schweiz handle und solche montiere, sondern diese auch bewerbe, was über diese lange Zeit zu einem grossen Bekanntheitsgrad der Marke auf dem Gebiet der Milchwirtschaft geführt habe. Genauere Ausführungen zum Handel der Produkte und zur Werbung fehlen. Aus diesem allgemein gehaltenen Vorbringen lässt sich nichts über den Marktanteil der Produkte, die Intensität der Marktdurchdringung sowie die geografische Ausdehnung schliessen. Nichts daran zu ändern vermag der Hinweis, dass selbst die eidgenössische Forschungsanstalt für Betriebswirtschaft und Landtechnik, Tänikon, bereits im Jahre 1990 eine Fullwood-Milchfördereinheit erworben habe. Die Forschungsanstalt gehört nicht zu den massgebenden Verkehrskreisen. Zudem könnte aus einem solchen Verkauf nicht auf einen bestimmten Kennzeichnungsgrad der Marke "Fullwood" geschlossen werden. Aus dem Erhebungsformular bezüglich Eutergesundheit der veterinärmedizinischen Fakultät der Universität Zürich ergäbe sich ebenfalls nicht, dass die Marke "Fullwood" in den massgebenden Verkehrskreisen, darunter insbesondere den Abnehmern der Produkte, in der Schweiz notorisch bekannt ist. Dass der Begriff "Fullwood" auf dem Formular erwähnt ist, liesse lediglich den Schluss zu, dass dieser Name in der Schweiz bekannt ist. Eine erhöhte Bekanntheit der Marke "Fullwood" kann daraus indes nicht abgeleitet werden. Auch aus den weiteren Vorbringen der Klägerin über ihr Unternehmen, ihre Produkte und ihr Vertriebsnetz lässt sich nichts über den Kennzeichnungsgrad der Marke "Fullwood" ableiten. Dies gilt selbst für ihren Hinweis auf die in verschiedenen anderen Ländern eingetragenen Markenrechte, sagen diese doch nichts über die Bekanntheit der Marke "Fullwood" in den massgebenden Verkehrskreisen in der Schweiz aus. Insgesamt sind die Vorbringen der Klägerin zu wenig substantiiert. Würde darüber Beweis geführt, ergäbe sich daraus nicht, dass die Marke "Fullwood" in den beteiligten Verkehrskreisen in der Schweiz notorisch bekannt ist. Selbst wenn neben den Vorbringen der Klägerin diejenigen des Beklagten berücksichtigt werden, könnte daraus insgesamt nicht geschlossen werden, dass die Marke "Fullwood" in der Schweiz bereits vor dem Markeneintrag notorisch bekannt war. Dies ergäbe sich insbesondere nicht aufgrund seines Vorbringens, er habe diese Marke lange Zeit vor dem Eintrag mit der A. B. AG in G. grossräumig mit einem Markenanteil von ca. 85 % in der Schweiz verkauft und betreut sowie massgeblich an der Einführung und der Bekanntheit dieser Marke mitgewirkt. Dieses Vorbringen ist in zeitlicher und geografischer Hinsicht unbestimmt. Zudem ist nicht

schlüssig, ob sich der Wert von 85 % lediglich auf die vom Beklagten verkauften Produkte bezieht oder nicht. Dieser Wert sagt schliesslich auch nichts über die Bekanntheit in den massgebenden Verkehrskreisen aus. Damit sind Ziffer 1 bis 3 der Anträge der Klägerin abzuweisen. 6. Insoweit sich die Klägerin eventualiter auf die negative Feststellungsklage nach Art. 52 MSchG in Form der Nichtigkeitsklage beruft, so bedarf es dazu eines absoluten oder relativen Ausschlussgrundes (Willi, a.a.O., N 2 zu Art. 52 MSchG). Ein Letzterer liegt nach dem soeben Gesagten (E. 5 vorne) nicht vor und einen Ersteren, insbesondere im Sinne von Art. 2 lit. d MSchG, legt die Klägerin nicht dar (vgl. Willi, a.a.O., N 257 ff. zu Art. 2 MSchG; David, a.a.O., N 78 ff. zu Art. 2 MSchG). Die Marke "Fullwood" kann deshalb nicht gestützt auf Art. 52 MSchG als nichtig erklärt werden. 7. Die Klägerin macht jedoch zusätzlich geltend, der Markeneintrag des Beklagten sei aufgrund des offenbaren Rechtsmissbrauchs nicht zu schützen. Der Beklagte kenne die Produkte der Klägerin bestens und habe diese im Zeitpunkt der Hinterlegung der Marke auf seinen eigenen Namen gekannt. Er habe bösgläubig gehandelt. Mit der Markenhinterlegung habe er die Verschaffung der Möglichkeit bezweckt, auf dem schweizerischen Markt aufzutreten, als ob ihm die Marke "Fullwood" gehöre. Zudem habe er den wirtschaftlichen Wert der Marke, welcher der Klägerin zustehe, ausgenutzt. Der Beklagte bezwecke gemäss Informationen der Klägerin zwar die Nutzung der Marke, dies jedoch im Zusammenhang mit den Produkten der Klägerin bzw. allenfalls im Zusammenhang mit nachgeahmten Produkten der Milchtechnik, die mit den Originalprodukten der Klägerin verwechselbar seien. Eine ernsthafte eigene und legitime Nutzung der Marke, die mit ihren Rechten vereinbar wäre, sei im konkreten Fall nicht möglich. Dies zeige sich schon dadurch, dass der Beklagte die Marke für Melkanlagen und damit exakt für die Waren hinterlegt habe, welche die Klägerin unter anderem herstelle und vertreibe. Mit der Markenhinterlegung bezwecke der Beklagte offensichtlich einzig die Ausnützung einer formal besseren Rechtsstellung, die ihm nicht zustehe, und die Behinderung der wirklichen Markeninhaberin. Ein derartiges Verhalten diene keinem legitimen Zweck und sei offenbar rechtsmissbräuchlich. 7.1. Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB keinen Rechtsschutz. Das Verbot des Rechtsmissbrauchs findet im gesamten Zivilrecht Anwendung, so auch als Schranke des markenrechtlichen Ausschliesslichkeitsanspruchs und des Prioritätsprinzips. Das Bundesgericht hat als eine Fallgruppe des Rechtsmissbrauchs jenes Verhalten anerkannt, bei dem ein Rechtsinstitut von seinem im Gesetz vorgesehenen Zweck abgelenkt und zur Erreichung eines vom Gesetz verbotenen Ziels benutzt wird (Rohner, a.a.O., S. 261). Ein solcher Institutsmissbrauch des Markenrechts kann u.a. bei Sperrmarken und Hinterhaltmarken vorliegen (Rohner, a.a.O., S. 262). Mit dem Begriff der sogenannten Piratenmarke (Sperrmarke/Hinterhaltmarke) wird ein Kennzeichen bezeichnet, das einzig in der Absicht eingetragen wird, dem bisherigen Benutzer dieses Kennzeichens - meist dem Inhaber einer im Ausland eingetragenen Marke - den Zugang zum inländischen Markt zu versperren. Der Marken usurpator will den Gebrauch der Marke nicht selbst aufnehmen. Das Ziel kann auf der einen Seite sein, einen Konkurrenten an der Benutzung seines im Ausland oder nur lokal gut eingeführten und bekannten Kennzeichens zu hindern und ihn zur Verwendung einer neuen Marke zu zwingen, was die Markteinführung seiner Produkte erschweren wird (Sperrmarke). Auf der anderen Seite kann das Ziel sein, aus dem resultierenden Blockadepotential später Geld zu machen, indem der ursprüngliche Benutzer verpflichtet wird, sein Kennzeichen durch erhebliche "Lösegeldzahlungen" freizukaufen (Hinterhaltmarke; Rohner, a.a.O., S. 10 f.). Diese Fälle bösgläubiger, piratenmässiger

Markenanmeldungen sind verboten, selbst wenn noch keine notorische Bekanntheit des verwechslungsfähigen Kennzeichens vorliegt. Rechtsmissbrauch ist somit gegeben, wenn das Gesamtverhalten des Usurpators dahin zu würdigen ist, dass es keinem legitimen Zweck dient, weil es allein darauf abzielt, eine formal bessere Rechtsstellung auszunutzen und unter Behinderung eines Kennzeicheninhabers zu Geld zu machen. Böswillige Absicht ist nicht unbedingt erforderlich; der objektive Tatbestand des Missbrauchs genügt. Die Bösgläubigkeit des Usurpators wird jedoch in den meisten Fällen vorliegen und bildet ein starkes Indiz für den Rechtsmissbrauch (Rohner a.a.O., S. 262 f.). Ob eine missbräuchliche Markenhinterlegung vorliegt, ist weitgehend vom Einzelfall abhängig. Wer das Bestehen eines durch einen Dritten schon gebrauchten Zeichens kennt, kann in der Regel keine Rechte auf dieses Zeichen begründen, wenn er nicht selber ernsthaft eine Nutzung beabsichtigt. Ein ernsthafter Gebrauch eines Zeichens lässt sich kaum vorgeben, wenn daraus eine Verwechslungsgefahr mit den Geschäften oder Produkten eines andern resultieren könnte (Ivan Cherpillod, *Marques défensives, de réserve, et dépôts frauduleux*, in: *sic!* 5/2000, S. 368 f.; vgl. auch BGE vom 1.5.2003 [4C.31/2003] E. 2.1 m. H. a. BGE 127 III 160 E. 1a zur Defensivmarke, wonach für registrierte Marken kein Schutz beansprucht werden kann, wenn diese nicht zum Zwecke des Gebrauchs hinterlegt worden sind, sondern die Eintragung entsprechender Zeichen durch Dritte verhindern oder den Schutzzumfang tatsächlich gebrauchter Marken vergrössern sollen).

7.2. Die Klägerin ist unbestrittenermassen seit 1975 auf dem Schweizer Markt mit Fullwood-Produkten tätig. Der Beklagte bestreitet nicht, dass die Klägerin den durch sie geprägten Begriff "Fullwood" in ihrem Mutterland England und in diversen weiteren Ländern bereits vor Jahren markenrechtlich hat schützen lassen. Ebenso wenig wird vom Beklagten substantiiert bestritten, dass die in der Schweiz eingetragene Marke "Fullwood" mit der von der Klägerin für ihre Produkte verwendeten Bezeichnung "Fullwood" bezüglich Schriftzug und Darstellungsweise übereinstimmt. Der Beklagte macht selber geltend, langjährig für die Marke Lemmer Fullwood tätig gewesen zu sein. Bei der Lemmer-Fullwood GmbH in L. (D) und der Lemmer Fullwood AG Kühl- und Melkanlagen M. handelt es sich um Tochterfirmen der Klägerin. Daher und weil der Beklagte denselben Schriftzug für dieselben Waren wie die Klägerin verwendet, ist davon auszugehen, dass er die Produkte der Klägerin sowie den von ihr verwendeten Begriff "Fullwood" inkl. Schriftzug im Zeitpunkt der Hinterlegung der Marke "Fullwood" gekannt hat. Sein Vorbringen, wonach die Firma Lemmer-Fullwood zu dieser Zeit bis heute stets unter dem Namen Lemmer Fullwood und jetzt als R.J. Fullwood & Bland Limited als Klägerin aufgetreten sei und die Anlagen stets als Lemmer Fullwood verkauft worden seien, vermag daran nichts zu ändern. Es ist nicht nachvollziehbar, dass der Beklagte, wenn er schon jahrelang für die Marke Lemmer Fullwood tätig gewesen sein will, die Klägerin und die entsprechenden Tochterfirmen nicht gekannt hat bzw. sich über deren Verhältnis zueinander nicht im Klaren war. Dies gilt umso mehr, als der Beklagte nicht bestreitet, dass die Produkte der Klägerin seit 1975 auf dem Schweizer Markt erhältlich seien und der Vertrieb vorwiegend durch die offizielle Vertretung, die Lemmer Fullwood AG Kühl- und Melkanlagen M., die ebenfalls 1975 gegründet wurde, erfolge. Die Marke dient der positiven Individualisierung des eigenen Angebots, gleichzeitig aber auch der negativen Abgrenzung gegenüber von Konkurrenzprodukten (Marbach, *SIWR III, Kennzeichenrecht*, S. 3). Der Beklagte hat die Marke "Fullwood" für Waren der Klasse 7, Melkanlagen, eintragen lassen. Dabei handelt es sich unbestrittenermassen um dieselben Produkte, für welche die Klägerin das Zeichen "Fullwood" auf dem schweizerischen Markt bereits verwendet hat. Nachdem die Klägerin

das Zeichen "Fullwood" für Melkmaschinen seit 1975 in der Schweiz benutzt, ist eine ernsthafte eigene Nutzung der Marke aufgrund der Verwechslung der Produkte mit denjenigen der Klägerin nicht möglich. Dies wird vom Beklagten ebenso wenig bestritten wie das Vorbringen der Klägerin, dass er die Marke "Fullwood" im Zusammenhang mit den Produkten der Klägerin bzw. allenfalls im Zusammenhang mit nachgeahmten Produkten der Milchtechnik, die mit den Originalprodukten der Klägerin verwechselbar seien, benutze. Ein solcher Gebrauch der Marke "Fullwood" dient keinem legitimen Zweck und ist rechtsmissbräuchlich. Der Beklagte führt in der Klageantwort auch nicht sinngemäss Gründe an, die für eine eigene legitime Nutzung der Marke "Fullwood" sprechen. Sein Vorbringen, seine langjährige Tätigkeit für die Marke Lemmer Fullwood habe ihn veranlasst, die Marke zu schützen, um seinen Kunden die grösstmögliche Sicherheit mit ihrer Anlage zu gewährleisten, vor allem als im Jahre 1999/2000 durch das Kürzertreten von Herrn J. der Fortbestand der Erzeugnisse Lemmer Fullwood in der Schweiz nicht mehr so sicher gewesen sei, ist nicht verständlich, weshalb er daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten kann. Insgesamt ist das Verhalten des Beklagten dahin zu würdigen, dass es keinem legitimen Zweck dient, weil es allein darauf abzielt, eine formal bessere Rechtsstellung auszunutzen, die ihm nicht zusteht, und die Klägerin zu behindern. Dies wird von ihm nebst dem bereits Gesagten ebenfalls nicht bestritten, weshalb die Hinterlegung der Marke "Fullwood" durch den Beklagten rechtsmissbräuchlich und die unter der Nr. 490712 im schweizerischen Markenregister für die Klasse 7, Melkanlagen, eingetragene Marke nichtig ist. 7.3. Am bereits Erwogenen vermögen die Vorbringen des Beklagten, wonach der Markenname "Fullwood" nach einer Recherche des Amtes eingetragen worden und auch nach der Veröffentlichung im "SHAB" vom 27. November 2001 kein Einspruch erhoben worden sei, nichts zu ändern. Nach Art. 30 Abs. 2 MSchG wird das Eintragungsgesuch zurückgewiesen, wenn die Hinterlegung den in diesem Gesetz oder in der Verordnung festgelegten formalen Erfordernissen nicht entspricht (lit. a), die vorgeschriebenen Gebühren nicht bezahlt sind (lit. b), absolute Ausschlussgründe vorliegen (lit. c) bzw. die Garantie- und Kollektivmarke den Erfordernissen der Artikel 21 - 23 nicht entspricht (lit. d). Nicht Gegenstand der materiellen Prüfung im Sinne von Art. 30 Abs. 2 lit. c MSchG sind subjektive Absichten des Hinterlegers. Die Markenprüfung ist auf eindeutige Rechtsmissbrauchsfälle beschränkt (Willi, a.a.O., N 14 zu Art. 30 MSchG). Daher kann der Beklagte aus seinem Vorbringen, die Marke sei nach einer Recherche des Amtes eingetragen worden, nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die materielle Prüfung durch das IGE ist denn auch nur vorläufiger Natur. Der Eintragungsentscheid des IGE bindet den Zivil- und Strafrichter nicht (Willi, a.a.O., N 17 zu Art. 30 MSchG m. H.). Zum Widerspruch gegen eine hinterlegte Marke berechtigt ist einzig der Inhaber einer älteren Marke (Art. 31 MSchG). Nachdem die Klägerin in der Schweiz nicht über ein Markenrecht verfügt, konnte sie auch keinen Widerspruch erheben. Dass die Klägerin mit der Klageeinreichung zu lange zugewartet bzw. das Verhalten des Beklagten geduldet haben soll und sich nun nicht mehr gegen ihn wehren kann, macht der Beklagte nicht geltend. 8. Damit steht fest, dass die im schweizerischen Markenregister unter der Nr. 490712 zugunsten des Beklagten für Waren der Klasse 7, Melkanlagen, eingetragene Marke "Fullwood", nichtig ist. 9. Die Klägerin ist mit den Anträgen Ziffer 1 - 3 unterlegen und nur mit dem Eventualantrag durchgedrungen. Nachdem die Marke "Fullwood" nicht auf die Klägerin übertragen, sondern lediglich als nichtig erklärt wird, hat sie insgesamt weniger erreicht, als sie mit ihren Anträgen Ziffer 1 - 3 verlangt hat. Daher hat die Klägerin die eigenen Anwaltskosten zur Hälfte zu tragen. Dem Beklagten, der keine Parteientschädigung

geltend macht, sind die Gerichtskosten und die Hälfte der klägerischen Anwaltskosten zu überbinden (§ 119 Abs. 2 ZPO). Nach § 8 lit. b der Kostenverordnung vom 6. November 2003 (in Kraft seit 1.1.2004; SRL Nr. 265) berechnet sich die Gerichtsgebühr vor Obergericht als einziger Instanz nach den Ansätzen von § 7 Unterabsatz a. Der von der Klägerin angegebene Streitwert von rund Fr. 100'000.-- wird vom Beklagten bestritten. Es rechtfertigt sich, im vorliegenden Fall schätzungsweise von einem Streitwert von Fr. 50'000.-- bis Fr. 100'000.-- auszugehen (vgl. Johann Zürcher, Der Streitwert im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechtsprozess, in: sic! 2002 S. 504 f.). Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 3'200.-- festgesetzt. Die Anwaltskosten der Klägerin sind antragsgemäss auf Fr. 8'154.95 festzusetzen (inkl. Fr. 76.70 Auslagen, Fr. 110.-- Gebühr für den Aussöhnungsversuch und Fr. 568.25 MWST; §§ 59 Abs. 1, 55 Abs. 1 KoV). I. Kammer, 8. September 2004 (12 04 1)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.