

BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 21/01

(Aktenzeichen)

Verkündet am
14. Oktober 2002

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die angegriffene Marke 2 900 955

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 14. Oktober 2002 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Buchetmann, der Richterin Winter und des Richters Voit

beschlossen:

Die Beschwerden der Widersprechenden werden zurückgewiesen.

G r ü n d e

I.

Für Waren der Klassen 6, 9, 17 und 19, nämlich

Metallpfähle, Metalltrommeln und Metallschnüre und –litzen für Elektrozäune; elektrische und elektronische Ausstattung für Elektrozäune, hierunter Elektrozaungeräte sowie deren Teile, isolierende elektrische Kabel; Isolatoren, hierunter insbesondere solche aus Kunststoff für Elektrozäune, Schnüre, Litzen und Bänder aus Kunststoff, isolierende Handgriffe für Elektrozäune, Trommeln aus Kunststoffmaterial, Kunststoffpfähle für Elektrozäune

ist am 26. Januar 1995 als Wort-/Bildmarke folgende Darstellung in das Register eingetragen worden:

siehe Abb. 1

Nach der Veröffentlichung der Eintragung ist von der Widersprechenden aus folgenden Marken Widerspruch erhoben worden:

- aus der seit dem 24. September 1980 für Waren der Klasse 10, 12, 25 und 26, nämlich

Textile elastische und nichtelastische Bänder, Litzen, Kordeln; gummielastische Bänder, Litzen, Kordeln; Kunststoffbänder, Kunststofflitzen, Kunststoffkordeln; mit Knebel, Haken, Ösen oder Klipsen aus Metall und/oder Kunststoff konfektionierte Bänder, Litzen, Kordeln der vorgenannten Art zum Halten oder Verbinden, insbesondere in Form von Hosenträgern, Binden- und Bandagen-Verbindern, Aktenhaltern, Halterungen für Autoschonbezüge

eingetragenen Marke 1 008 223

siehe Abb. 2

deren Benutzung bereits im Verfahren vor dem Patentamt bestritten worden ist; Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Benutzung hat die Widersprechende im Beschwerdeverfahren vorgelegt;

- aus der seit 1985 für „Fil de clôture électrique“ international registrierten Marke 496 291 **JUMBO**. Zugang der endgültigen, das Verfahren abschließende Mitteilung des Deutschen Patent- und Markenamts über die Schutzbewilligung ist beim internationalen Büro am 10. November 1994 erfolgt. Die Benutzung ist im Beschwerdeverfahren mit Schriftsatz vom 2. Januar 2002 bestritten worden; Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Benutzung wurden in der mündlichen Verhandlung vorgelegt.

Die Markenstelle für Klasse 6 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluß vom 13. November 1997 die Widersprüche aus den Marken 1 008 223 und IR 496 291 wegen fehlender Gefahr von Verwechslungen zurückgewiesen.

Die Widersprechende hat Beschwerden eingelegt. Sie hält mit näheren Ausführungen die Benutzung der Widerspruchsmarken für glaubhaft gemacht und Verwechslungsgefahr für gegeben, weil das Wort „ELEFANT“ begrifflich dem Wort „JUMBO“ gleichzusetzen sei, zumal die Wort-Bild-Marken die Abbildung eines Elefanten enthielten.

Die Widersprechende beantragt sinngemäß,

den angefochtenen Beschluß der Markenstelle für Klasse 6 des Deutschen Patent- und Markenamts aufzuheben und die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen, soweit sie mit den Widerspruchsmarken 1 008 223 und IR 496 291 verwechselbar sei.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerden zurückzuweisen.

Sie hält schon die Benutzung der Marke 1 008 223 nicht für hinreichend glaubhaft gemacht und im übrigen die Gefahr von Verwechslungen schon wegen fehlender Überschneidungen im Bereich der Waren nicht für gegeben. Weiter macht sie geltend, daß das Wort **JUMBO** kein Synonym für „Elefant“ sei und hält deshalb auch die Verwechslungsgefahr mit der IR-Marke 496 291 nicht für gegeben.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Beteiligten sowie auf den patentamtlichen Beschluß Bezug genommen.

II.

Die zulässigen Beschwerden der Widersprechenden haben in der Sache keinen Erfolg.

1. Widerspruch aus der Marke 1 008 223

Nachdem die Inhaberin der angegriffenen Marke die nach § 43 Abs 1 Satz 1 und Satz 2 MarkenG kumulativ mögliche Einrede mangelnder Benutzung der Wider-

spruchsmarke uneingeschränkt und zulässig erhoben hat (vgl hierzu BGH GRUR 1998, 938, 939 – DRAGON; Althammer/Ströbele MarkenG 6. Aufl § 9 Rdn 19, 25 ff), können bei der Entscheidung über den Widerspruch nur die Waren berücksichtigt werden, für die von der Widersprechenden eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke glaubhaft gemacht worden ist (§ 43 Abs 1 Satz 3 MarkenG).

Die Widersprechende hätte danach die Benutzung dieser Marke für den Zeitraum Februar 1990 bis Februar 1995 sowie für den Zeitraum Oktober 1997 bis Oktober 2002 glaubhaft machen müssen. Glaubhaft zu machen ist dabei die Verwendung der Marke für die eingetragenen Waren nach Art, Zeit, Ort und Umfang. Aus den vorgelegten Unterlagen muss sich eindeutig ergeben, in welcher Form, in welchem Zeitraum, in welchem Gebiet und in welchem Umfang die Benutzung erfolgt ist. Diese Erfordernisse müssen insgesamt erfüllt sein. Fehlen zB Angaben über Zeit oder Umfang der Benutzung, liegt keine ausreichende Glaubhaftmachung vor (Althammer/Ströbele, Markengesetz, 6. Aufl, § 43 Rdn 42 mwN; § 26 Rdn 94).

Die Widersprechende hat mit den von ihr vorgelegten eidesstattlichen Erklärungen vom 6. August 1999 und vom 9. Oktober 2002 schon den Umfang der Benutzung für eingetragene Waren nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Denn die Erklärungen geben nur pauschale Jahresumsätze an und lassen – worauf die Markeninhaberin bezüglich der eidesstattlichen Erklärung vom 6. August 1999 schon hingewiesen hat - somit nicht erkennen, wie sich diese Umsätze auf die einzelnen Produkte verteilen; es kann damit sein, daß für einige Waren ein hoher, für eine rechtserhaltende Benutzung ausreichender Umsatz, für andere Waren dagegen ein äußerst geringer oder gar kein Umsatz erzielt wurde. Ein Indiz dafür, daß die dargelegten Umsätze mit der Marke allein im Textilbereich erzielt wurden, ist der von der Widersprechenden dargelegte Umstand, daß sich die diesbezüglichen Angaben auf die J... GmbH beziehen, deren Geschäftsführer die eidesstattliche Erklärung abgegeben hat und deren Geschäftspapier zum Nachweis der Art der Benutzung vorgelegt worden ist. Daß aber ein Textilwerk, das sich mit

seinen Produkten an die Bekleidungsindustrie wenden dürfte, auch technische Produkte, hier insbesondere für Weidezäune, herstellt oder vertreibt, erscheint wenig wahrscheinlich, hätte zumindest weiterer Erklärungen bedurft. Die Benutzung der Marke im technischen Bereich ist im vorliegenden Fall indessen von besonderer Bedeutung, weil für die Frage der Warenähnlichkeit nur solche Produkte in Betracht kommen, die für technische Zwecke eingesetzt werden; für solche Produkte hätte der Umfang der Benutzung konkret dargelegt werden müssen. Das ist nicht geschehen. Gleiches gilt hinsichtlich der eidesstattlichen Erklärung vom 9. Oktober 2002: auch hier sind die Umsätze für die Jahre 1997 bis 2001 nur pauschal und ohne Zuordnung zu einzelnen Produkten genannt. Eine hinreichende Glaubhaftmachung der Benutzung ist damit nicht erfolgt; mangels berücksichtigungsfähiger Waren ist diese Beschwerde ohne Erfolg.

Unabhängig von Benutzungsfragen wäre der Beschwerde aber auch der Erfolg wegen fehlender Gefahr von Verwechslungen zu versagen gewesen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird dazu auf die Begründung des angefochtenen Beschlusses verwiesen, der der Senat beitrifft.

2. Widerspruch aus der IR-Marke 496 291

Die Widersprechende hätte im Hinblick darauf, daß beim internationalen Büro die endgültige, das Verfahren abschließende Mitteilung über die Schutzbewilligung des Deutschen Patent- und Markenamts am 10. November 1994 eingegangen ist, die Benutzung dieser Marke für den Zeitraum Oktober 1997 bis Oktober 2002 glaubhaft machen müssen.

Das ist ihr mit den in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Unterlagen nicht gelungen. Die Frage, ob die Ware „Fil de clôture électrique“ mit der Widerspruchsmarke versehen war (vgl Althammer/Ströbele aaO § 26 Rdnr 11) lässt sich der vorgelegten eidesstattlichen Versicherung vom 11. Oktober 2002 nicht entnehmen. Darin ist zwar erklärt, elektrische Weidezäune würden unter der IR-Marke

seit über zehn Jahren vertrieben. Bei der Frage der (rechtserhaltenden) Benutzung handelt es sich aber um eine Rechtsfrage, die als solche nicht durch die Widersprechende festgestellt werden kann. Die zur Beurteilung der Rechtsfrage notwendigen tatsächlichen Angaben enthält die Versicherung jedoch nicht hinreichend; insbesondere das dazu zum Nachweis der behaupteten Benutzung vorgelegte Etikett ist nicht geeignet, eine markenmäßige Benutzung zu belegen. Markenmäßig tritt vielmehr der Wort-/Bildbestandteil „Upland“ hervor, während das Wort „Jumbo“ eher beschreibend im Sinne eines Hinweises auf die Stärke der Drähte oder die Menge der Ware erscheint, so daß jedenfalls diese Unterlagen eine ausreichend sichere Beurteilung nicht zulassen. Auch dem weiter vorgelegten Prospekt zu Weidezäunen läßt sich nichts zur Art der Benutzung der IR-Marke entnehmen. Mangels hinreichender Glaubhaftmachung der Benutzung scheidet der Erfolg der Beschwerde.

Auch in diesem Fall wäre aber auch Verwechslungsgefahr wohl zu verneinen, da Jumbo nicht die naheliegende, ungezwungene und erschöpfende Bezeichnung für das Bild eines Elefanten ist (Althammer/Ströbele, MarkenG 6. Aufl., § 9 Rdn 123).

Zu einer Auferlegung von Kosten aus Billigkeitsgründen bot der Streitfall keinen Anlaß, § 71 Absatz 1 MarkenG.

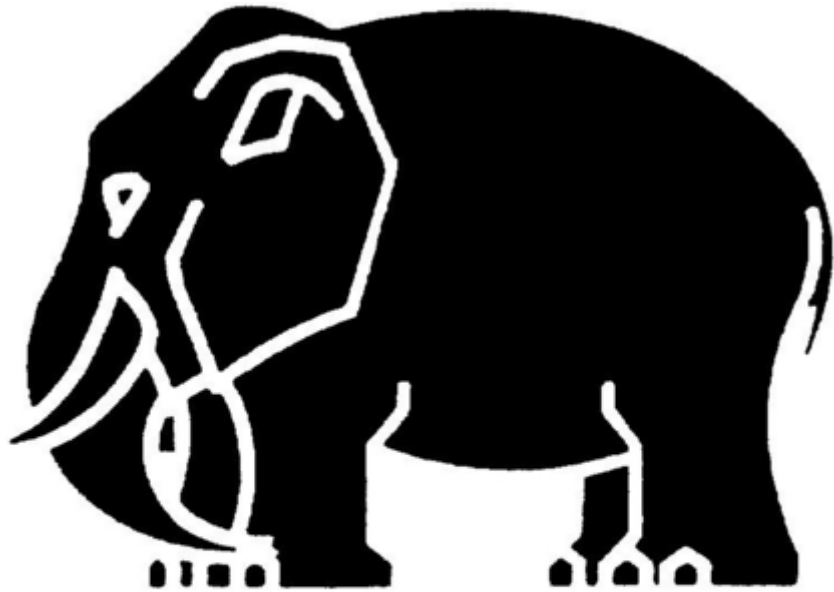
Dr. Buchetmann

Winter

Voit

Ko

Abb. 1



ELEFANT

Abb. 2



