



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 98/11

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 304 68 828

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 22. November 2012 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Hacker, der Richterin Winter und des Richters am Amtsgericht Backes

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die am 4. Dezember 2004 angemeldete Wortmarke

AGILAMIN

ist am 14. März 2005 unter der Nummer 304 68 828 in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Register eingetragen worden, und zwar u. a. in den Klassen 5 und 44 für

„Nahrungsergänzungsmittel für medizinische Zwecke auf der Basis von Aminosäuren, Mineralien, Spurenelementen; Vitaminpräparate;

medizinische Dienstleistungen“.

Die Eintragung am 15. April 2005 veröffentlicht worden.

In dem genannten Umfang ist gegen die Eintragung Widerspruch erhoben worden aus der seit dem 14. Oktober 1996 für Waren der Klasse 5, nämlich

„Pharmazeutische Präparate und Substanzen, nämlich Nährlösungen für intravenöse Infusionen“

eingetragenen Wortmarke 2 101 936

GLAMIN.

Mit Schriftsatz vom 21. Oktober 2005 hat der Markeninhaber u. a. die Benutzung der Widerspruchsmarke mit Ausnahme von glutaminhaltigen Infusionslösungen bestritten.

Die Markenstelle für Klasse 44 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit einem ersten Beschluss vom 30. März 2009 die angegriffene Marke für die Waren der Klasse 5 gelöscht. Insoweit bestehe hochgradige Warenähnlichkeit und - bei normaler Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke - schriftbildliche Verwechslungsgefahr. Im Übrigen hat sie den Widerspruch zurückgewiesen.

Gegen diesen Beschluss hat der Markeninhaber Erinnerung eingelegt und mit Schriftsatz vom 13. Juli 2009 die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke insgesamt bestritten.

Die Widersprechende hat den Widerspruch daraufhin auf die Waren der Klasse 5 beschränkt und im Übrigen zurückgenommen. Zur Benutzung in den Jahren 2000 bis 2005 hat sie die Nutzung durch die B... GmbH mit Zustimmung der Markeninhaberin vorgetragen und zur Glaubhaftmachung neben weiteren Unterlagen eidesstattliche Versicherungen ihrer Marketingleiterin Dr. P... B... vom 11. November 2009 und des B1... der B... GmbH H...-P... H... vom 18. November 2009 vorge-

legt. Erstere bezieht sich auf die Zustimmung der Markeninhaberin zur Markennutzung, letztere auf Art, Umfang und Dauer der Benutzung der Marke einschließlich der in den Jahren 2000 bis 2005 abgesetzten Mengen entsprechend gekennzeichnete Produkte und der mit diesen erzielten Umsätze.

Mit Beschluss vom 6. Juli 2011 hat die Markenstelle den Beschluss des Erstprüfers vom 30. März 2009 aufgehoben und den Widerspruch insgesamt zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke sei für den Benutzungszeitraum Juli 2006 bis Juli 2011 weder hinreichend dargetan noch glaubhaft gemacht worden. Im Übrigen bestehe zwischen den Marken keine Verwechslungsgefahr.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden, die - trotz mehrfacher Gesuche um Fristverlängerung, zuletzt bis 1. Juni 2012, denen entsprochen wurde - nicht begründet worden ist.

Der Markeninhaber hat sich im Beschwerdeverfahren ebenfalls nicht geäußert.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Widersprechenden bleibt in der Sache ohne Erfolg.

Der Markeninhaber hat die Einrede der Nichtbenutzung zunächst beschränkt erhoben und diese Beschränkung im Erinnerungsverfahren aufgegeben. Dagegen bestehen keine Bedenken, da mit der zunächst erfolgten Beschränkung kein Verzicht auf die weitergehende Einrede verbunden war (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Aufl., § 43 Rn. 24 m. w. N.). Da die Einrede in zeitlicher Hinsicht

nicht differenziert, bezieht sie sich auf beide Zeiträume nach § 43 Abs. 1 Satz 1 und 2 MarkenG (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 43 Rn. 18).

Mit der zulässigen Erhebung der Nichtbenutzungseinrede entstand für die Widersprechende die Obliegenheit, die Art, den Umfang und die Dauer der Benutzung der Widerspruchsmarke in beiden einschlägigen Benutzungszeiträumen - hier April 2000 bis April 2005 und November 2007 bis November 2012 - darzutun und glaubhaft zu machen. Dem ist sie nicht nachgekommen. Ihr Vortrag und die zur Glaubhaftmachung vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen beziehen sich allein auf den gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG relevanten Zeitraum 2000 bis 2005. Für die Folgejahre fehlen jeder substantiierte Vortrag und jede Glaubhaftmachung.

Der Senat war nicht gehalten, die Widersprechende gemäß § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG i. V. m. § 139 ZPO auf ihre Verpflichtung zur Darlegung und Glaubhaftmachung der Benutzung nach § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG hinzuweisen. Zwar obliegt dem Gericht nach § 139 Abs. 1 ZPO die Pflicht, auf die Beibringung der zur Rechtsfindung notwendigen Tatsachen und Beweismittel hinzuwirken. Diese Fürsorgepflicht findet jedoch ihre Grenze im Gebot der Unparteilichkeit des Gerichts, wenn - wie hier - entsprechende Hinweise an eine Partei deren prozessuale Situation verbessern und gleichzeitig die der anderen Partei verschlechtern können (vgl. BPatGE 42, 195, 198 - Neuro-Vibolex; BPatG 24 W (pat) 43/06, S. 8; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 139 Rn. 2; Ströbele/Hacker, a. a. O., § 43 Rn. 50). Eine weitere Aufklärung verbietet sich insbesondere, wenn der Mangel an Vortrag und Glaubhaftmachung bereits im Verfahren angesprochen worden ist und nicht erstmals vor dem Bundespatentgericht entscheidende Bedeutung erlangt (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 43 Rn. 52; Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl., § 43 Rn. 27). Das ist hier der Fall, weil der fehlende Vortrag zum zweiten Benutzungszeitraum bereits die Entscheidungsgrundlage für den angegriffenen Erinnerungsbeschluss der Markenstelle war. Dieser liegt zeitlich auch nicht so weit zurück, dass sich seither gemäß § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG ein gänzlich neuer Benut-

zungszeitraum ergeben hätte. Deshalb war im vorliegenden Fall auch die Anberaumen eines - von der Widersprechenden nicht, auch nicht hilfsweise, beantragten - Termins zur mündlichen Verhandlung von Amts wegen nicht erforderlich. Das gebotene rechtliche Gehör ist nämlich bereits aufgrund des bisherigen Verlaufs des Verfahrens hinreichend gewährt. Vielmehr ist die Beschwerde wegen mangelnder Glaubhaftmachung der Benutzung zurückzuweisen.

Hinsichtlich der Kosten des Beschwerdeverfahrens verbleibt es bei der gesetzlichen Regelung des § 71 Abs. 1 Satz 2 MarkenG, da Billigkeitsgründe für die Auflegung der Kosten auf einen Beteiligten weder vorgetragen worden noch sonst ersichtlich sind.

Hacker

Winter

Backes

CI