

BUNDESPATENTGERICHT

Leitsatz

| | |
|-------------------------------------|--|
| Aktenzeichen: | 26 W (pat) 312/03 |
| Entscheidungsdatum: | 13. Dezember 2006 |
| Rechtsbeschwerde zugelassen: | nein |
| Normen: | § 43 Abs. 1 MarkenG; § 31 Abs. 1 Nr. 3 BRAGO |

Beweisgebühr für Einsicht von Glaubhaftmachungsmitteln

Die Besichtigung von Fotos und Abbildungen, die im Rahmen der Glaubhaftmachung der Benutzung der Widerspruchsmarke i. S. v. § 43 Abs. 1 Markengesetz vorgelegt werden, löst eine Beweisgebühr i. S. v. § 31 Abs. 1 Nr. 3 BRAGO aus, wenn die Besichtigung in der mündlichen Verhandlung durch das Gericht erfolgt.



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 312/03

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 399 14 875

hier: Kostenfestsetzung

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts durch ...

... am 13. Dezember 2006

beschlossen:

1. Auf die Erinnerung der Markeninhaberin wird der Kostenfestsetzungsbeschluss des Deutschen Patent- und Markenamts vom 6. Juni 2006 abgeändert und die zu erstattenden Kosten auf 1.478 € festgesetzt.
2. Die Widersprechende trägt die Kosten des Erinnerungsverfahrens.

Gründe

I.

Mit der vorliegenden Erinnerung wendet sich die Markeninhaberin gegen die verweigerte Festsetzung einer Beweisgebühr in dem angegriffenen Kostenfestsetzungsbeschluss. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Das Deutsche Patent- und Markenamt hat mit zwei Beschlüssen, einer davon ergangen im Erinnerungsverfahren, den Widerspruch aus der Marke 967 246 gegen die angegriffene Marke zurückgewiesen. Die dagegen eingelegte Beschwerde hat die Widersprechende in der mündlichen Verhandlung vor dem beschließenden Senat zurückgenommen. Mit Beschluss vom 22. Februar 2006 hat der Senat der

Widersprechenden die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten der Anschlussbeschwerde auferlegt. Darauf hat die Kostengläubigerin die Festsetzung der Kosten gegen die Kostenschuldnerin wie folgt beantragt:

| | |
|---|------------------|
| 1. 10/10 Prozessgebühr §§ 11, 31, 66 BRAGO | EUR 486,-- |
| 2. 10/10 Verhandlungsgebühr §§ 11, 31, 66 BRAGO | EUR 486,-- |
| | - |
| 3. 10/10 Beweisgebühr §§ 11, 31, 66 BRAGO | EUR 486,-- |
| | - |
| 4. Auslagenpauschale | <u>EUR 20,--</u> |
| Endsumme | EUR 1.478,-- |

Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Gericht die zu erstattenden Kosten auf 992.-- EUR festgesetzt. Die darüber hinaus beantragte Kostenfestsetzung hat es nicht für gerechtfertigt erachtet, weil die vom Antrag umfasste Beweisgebühr mangels Beweisaufnahme nicht angefallen sei.

Gegen diesen Beschluss wendet sich die Markeninhaberin mit der Erinnerung. Zur Begründung führt sie aus, das Entstehen einer Beweisgebühr setze keinen formellen Beweisbeschluss voraus. Das Gericht habe jedoch auf die von ihr erhobene Einrede der mangelnden Benutzung der Widerspruchsmarke die von der Widersprechenden daraufhin eingereichten Benutzungsunterlagen in der mündlichen Verhandlung in Augenschein genommen. Damit sei die Beweisgebühr nach § 31 Abs. 1 Nr. 3 BRAGO angefallen.

Die Kostenschuldnerin ist der Erinnerung entgegengetreten.

II.

Die gem. § 23 Abs. 2 RPfIG i. V. m. §§ 104 Abs. 2, 71 Abs. 5 MarkenG zulässige, insbesondere fristgerecht eingelegte Erinnerung ist begründet. Die Beweisgebühr gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 3 BRAGO ist vorliegend entstanden und antragsgemäß zum Zwecke der Kostenerstattung festzusetzen.

Entgegen der Auffassung der Kostenbeamtin hat eine Beweisaufnahme im Wege der Augenscheinseinnahme im Sinne von § 371 ZPO durch den Senat stattgefunden, auch wenn ein förmlicher Beweisbeschluss nicht vorausgegangen ist. Da es jedenfalls in der Regel für die Augenscheinseinnahme und damit für die Durchführung des Beweisverfahrens keines förmlichen Beweisbeschlusses bedarf (Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl., § 371 Rn. 4), genügt es zum Nachweis einer Beweisaufnahme, wenn sich die Beweisaufnahme wenigstens mittelbar aus dem Sitzungsprotokoll sowie aus den Entscheidungsgründen des Beschlusses des Senats vom 22. Februar 2006, mit dem der Widersprechenden die Kosten des Verfahrens auferlegt worden sind, ergibt (vgl. Göttlich/Mümmeler, BRAGO, 20. Aufl., Stichwort: Beweisgebühr, 2.4).

Beweisaufnahme ist die Tätigkeit des Gerichts innerhalb eines gerichtlichen Verfahrens, die zum Ziele hat, beweisbedürftige erhebliche Umstände tatsächlicher Natur mittels Beweismitteln zu klären bzw. dort, wo eine Glaubhaftmachung ausreicht, die Umstände glaubhaft zu machen. Das Verfahren der Glaubhaftmachung i. S. v. § 294 ZPO steht somit einer Beweisaufnahme gleich (vgl. Gerold/Schmidt/v.Eicken/Madert, BRAGO, 15. Aufl., 4100, Rn. 83; Göttlich/Mümmeler, a. a. O., 2.1). Vorliegend hatte die Widersprechende die Benutzung ihrer Marke auf die erhobene Nichtbenutzungseinrede der Markeninhaberin gem. § 43 Abs. 1 MarkenG dem Gericht glaubhaft zu machen. Zu diesem Zwecke hat sie schriftsätzlich eine eidesstattliche Versicherung ihres Geschäftsführers vorgelegt, die in der mündlichen Verhandlung erörtert und deren angefügte Fotokopie, die auf Fotos die konkrete Benutzung der Widerspruchsmarke erkennen lässt, in

Augenschein genommen worden ist. Die Inaugenscheinnahme dieses Fotos ist nicht nur zum Zwecke des besseren Verständnisses des Vortrags der Widersprechenden erfolgt, was die Entstehung einer Beweisgebühr allein auch nicht ausgelöst hätte (OLG Koblenz, JurBüro 1990, 991; OLG Bamberg, JurBüro 1990, 721; Göttlich/Mümmeler, a. a. O., 3.1.2.). Vielmehr diente sie dem Zweck, dass das Gericht sich durch eigene gegenständliche Wahrnehmung ein eigenes Urteil über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der streitigen Tatsache der Benutzung der Widerspruchsmarke verschaffen kann (vgl. OLG Bamberg JurBüro 1982, 1847; OLG München, AnwBl. 1990, 525; Gerold/Schmidt/v.Eicken/Madert, a. a. O., Rn. 100; Zöller/Greger, a. a. O., Rn. 1). Die auf der eingereichten Fotokopie abgebildeten Fotos bilden einzelne mit der Widerspruchsmarke gekennzeichnete Waren ab. Sie illustrieren damit nicht lediglich die vorgelegte eidesstattliche Versicherung des Geschäftsführers der Widersprechenden, die inhaltlich auf die beigefügten Abbildungen Bezug nimmt, sondern die Fotos dienen daneben eigenständig zur Glaubhaftmachung der konkreten Verwendung der Widerspruchsmarke. Insoweit liegt der Fall nicht anders als bei den nach herrschender Meinung eine Beweisgebühr auslösenden Fällen der Besichtigung von Lichtbildern und Verkehrsunfallskizzen (vgl. OLG Koblenz, JurBüro 1979, 353; OLG Frankfurt, JurBüro 1980, 1524; Gerold/Schmidt/v.Eicken/Madert, a. a. O.; Göttlich/Mümmeler, a. a. O. m. w. N.).

Die Berechnung der Rechtsanwaltsgebühren richtet sich trotz dem Inkrafttreten des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes am 1. Juli 2004 aufgrund der Übergangsvorschrift des § 61 RVG nach den Vorschriften der Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte, weil nach dem Akteninhalt die unbedingte Auftragserteilung gegenüber dem Verfahrensbevollmächtigten der Markeninhaberin vor dem Inkrafttreten des Gesetzes erfolgt ist.

III.

Im zweiseitigen Kostenfestsetzungsverfahren entspricht es nach ständiger Rechtsprechung des Bundespatentgerichts der Billigkeit, die Kosten nach dem Ausgang des Verfahrens dem Unterlegenen, vorliegend also der Kostenschuldnerin, aufzuerlegen (BPatG, Beschl. v. 12.6.1997 - 25 W (pat) 183/94; Beschl. v. 22.4.1998 - 28 W (pat) 283/97; Beschl. v. 17. 10. 2001 - 28 W (pat) 87/01; Beschl. v. 11.5.2004 - 33 W (pat) 2/02; jeweils veröffentlicht bei PAVIS-PROMA).