

# BUNDESPATENTGERICHT

24 W (pat) 168/99

---

**(AktENZEICHEN)**

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Marke 397 05 583**

hat der 24. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 8. Februar 2000 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Ströbele sowie des Richters Dr. Schmitt und der Richterin Werner

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

## **G r ü n d e**

### **I.**

Gegen die am 10. Juni 1997 veröffentlichte Eintragung der Marke 397 05 583

Baysun

mit dem Warenverzeichnis

"Seifen; Parfümerien, ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, insbes andere Mittel zur Reinigung, Pflege und Verschönerung der Haare; Zahnputzmittel"

ist Widerspruch erhoben aufgrund der für die Waren

"kosmetische Erzeugnisse, nämlich Sonnenschutzpräparate und Präparate zur Behandlung von bereits bestehendem Sonnenbrand in Form von Cremes, Lotions und als Injektionspräparate"

gemäß § 6a WZG eingetragenen Marke 898 721

Neysun.

Das diese Marke betreffende Widerspruchsverfahren war am 14. August 1973 abgeschlossen gewesen.

Die Markeninhaberin hat mit Schriftsatz vom 23. Oktober 1997 die Benutzung der Widerspruchsmarke bestritten. Daraufhin hat die Widersprechende unter Vorlage verschiedener Unterlagen die Benutzung dieser Marke für eine "Sonnenpflugeserie" geltend gemacht.

Die Markenstelle für Klasse 3 des Deutschen Patent- und Markenamts hat den Widerspruch zurückgewiesen mit der Begründung, eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke sei nicht glaubhaft gemacht.

Die Widersprechende hat Beschwerde eingelegt.

Zur Glaubhaftmachung der Markenbenutzung trägt sie vor, die von ihr vorgelegten Glaubhaftmachungsmittel belegten, daß bereits im Jahre 1986 das Präparat, zu dessen Kennzeichnung sie die Widerspruchsmarke benutze, im Verkauf gewesen sei, ebenso wie noch 1998. Auf Anforderung hätte sie jederzeit für die Zeit zwischen 1986 und 1998 die Preis- und Präparatelisten zusenden können. Sie sei gerne bereit, auch jetzt noch mitzuteilen, wieviel dieser Preis- und Präparatelisten pro Jahr versandt worden seien und würden.

Die Markeninhaberin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Ihrer Auffassung nach ist die Markenstelle zutreffend davon ausgegangen, daß eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke nicht glaubhaft gemacht worden sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

## II.

Die Beschwerde der Widersprechenden ist unbegründet.

Der Widerspruch kann schon deshalb keinen Erfolg haben, weil es der Widersprechenden nicht gelungen ist, gemäß § 43 Abs 1 Satz 1 MarkenG in ausreichender Weise glaubhaft zu machen, daß sie die Widerspruchsmarke innerhalb der in § 43 Abs 1 Satz 1 und 2 MarkenG genannten Zeiträume, insbesondere innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Veröffentlichung der Eintragung der jüngeren Marke (§ 43 Abs 1 Satz 1 MarkenG) gemäß § 26 MarkenG benutzt hat.

Glaubhaft zu machen ist die Verwendung der Marke 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 (vgl BPatGE 23, 158, 165 f "FLUDEX"; BPatG GRUR 1994, 629, 630 "Duotherm"). Hierbei kommen als Mittel zur Glaubhaftmachung alle präsenten Beweismittel einschließlich der eidesstattlichen Versicherung in Betracht; außerdem können auch sonstige Unterlagen wie zB Preislisten, Prospekte, Etiketten, Rechnungskopien usw zur Ergänzung und Verdeutlichung einer eidesstattlichen Versicherung dienen (Althammer/Ströbele, MarkenG, 5. Aufl, § 43 Rdn 29 f).

Im vorliegenden Fall mangelt es vor allem an hinreichenden Unterlagen, die Umfang und Dauer der Markenbenutzung glaubhaft machen, insbesondere an einer eidensstattlichen Versicherung (vgl Althammer/Ströbele, aaO). Ferner können die vorgelegten Unterlagen, soweit sie undatiert sind, nämlich der Prospekt, die Umverpackungen und die Gebrauchsmusterinformationen, nicht dem fraglichen Zeitraum im Sinne von § 43 Abs 1 Satz 1 MarkenG zugeordnet werden. Soweit die Unterlagen datiert sind, nämlich die Rechnungskopie vom 19. Februar 1998 sowie die Preis- und Präparatelisten, gültig ab 1. Januar 1986 und ab 1. Januar 1998, fallen sie nicht in diesen Benutzungszeitraum.

Im übrigen stammen die vorgelegten Unterlagen teilweise von einer dritten Person, der Firma v... GmbH, ohne daß eine Zustimmung zur Benutzung (§ 26 Abs 2 MarkenG) etwa aufgrund einer entsprechenden Lizenzierung glaubhaft gemacht worden wäre.

Da die Benutzungsfrage im Widerspruchsverfahren dem Beibringungs- und Verhandlungsgrundsatz unterliegt (BGH GRUR 1998, 938, 939 "DRAGON"), gehen Zweifel an der rechtserhaltenden Markenbenutzung wegen unzulänglicher Glaubhaftmachungsunterlagen zu Lasten der darlegungspflichtigen Widersprechenden (vgl BPatG Mitt 1984, 236, 237 "ALBADRIN"; Althammer/Ströbele, aaO, § 43 Rdn 23). Dabei sind in aller Regel auch keine weiteren gerichtlichen Hinweise angebracht, besonders dann nicht, wenn - wie vorliegend - die Gegenseite die Mängel der eingereichten Benutzungsunterlagen ausdrücklich hervorgehoben hat und die Markenstelle in dem angefochtenen Beschluß deswegen die Benutzung nicht als glaubhaft gemacht angesehen und den Widerspruch zurückgewiesen hat (vgl Althammer/Ströbele, aaO, Rdn 25). Daran ändert auch die von der Widersprechenden erklärte Bereitschaft zur Nachreichung für erforderlich angesehenen Unterlagen nichts. Ist es aufgrund des Verhandlungsgrundsatzes ausschließlich der Widersprechenden überlassen, die notwendigen Mittel zur Glaubhaftmachung beizubringen, kann dieser Grundsatz

nicht dadurch umgangen werden, daß die Widersprechende über einen erbetenen Hinweis eine einseitige Hilfestellung seitens des Gerichts erlangt.

Nachdem die Widersprechende trotz Bestreitens durch die Markeninhaberin die Benutzung der Widerspruchsmarke nicht glaubhaft gemacht hat und somit Rechte aus dieser Marke nicht geltend machen kann, ist die Beschwerde zurückzuweisen. Bei der gegebenen Sach- und Rechtslage besteht kein Anlaß, aus Gründen der Billigkeit einer der Verfahrensbeteiligten die Kosten des Beschwerdeverfahrens gemäß § 71 Abs 1 MarkenG aufzuerlegen.

Ströbele

Werner

Schmitt

br/Na