

BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 176/99

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Warenzeichenanmeldung K 59 266/9

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 13. März 2001 unter Mitwirkung des Richters Albert als Vorsitzenden, der Richterin Friehe-Wich und des Richters Schwarz

beschlossen:

Auf die Beschwerde wird der Beschluß der Markenstelle für Klasse 9 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 22. Juni 1999 dahingehend abgeändert, daß der angemeldeten Marke wegen des Widerspruchs aus der Marke 1 086 075 die Eintragung für die Waren "Rechner (Computer) und maschinenlesbare Computerprogramme dafür" versagt wird.

Im übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe

I

Die Darstellung

siehe Abb. 1 am Ende

bekanntgemacht am 30. Juni 1993, soll für die Waren

Brenner, Öfen, Verbrennungskraftmaschinen für Kraftfahrzeuge und andere Anwendungen; Elektroden zur Analyse, Reinigung und/oder Aufbereitung von gasförmigen Medien, insbesondere von Brennstoffen und Abgasen von Brennern, von Öfen und von Verbrennungs-Kraftmaschinen; Analysegeräte, Reinigungsgeräte und/oder Aufbereitungsgeräte für gasförmige und flüssige Medien, insbesondere für Brennstoffe und Abgase von Brennern, Öfen und von Verbrennungs-Kraftmaschinen; Sensoren, insbesondere zur Analyse gasförmiger und flüssiger Medien; Überwachungsgeräte, insbesondere zur Überwachung gegen Einbruch, Diebstahl und/oder Abweichungen voreingestellter Meßwerte; Elektroden, insbesondere Bürstenelektroden, zur Beladung von Gasen und festen Oberflächen; optische Geräte, insbesondere Brillen, Mikroskope, Ferngläser, Kameras; Rechner (Computer) und maschinenlesbare Computerprogramme dafür.

als Marke geschützt werden. Widerspruch "gegen alle gleichen und gleichartigen Waren der genannten Anmeldung" eingelegt hat die Inhaberin der Marke 1 086 075 "ARGUS", eingetragen für "Software, nämlich Programme (auch Betriebssysteme) für Computer-, Daten- und Textverarbeitungsanlagen in Form von Datenträgern, insbesondere Programmumsetzprogramme, Anwendungsprogramme und Arbeitsprogramme".

Die Markenstelle für Klasse 9 des Patentamtes hat durch Beschluß eines Beamten des höheren Dienstes der auch Widersprüche aus anderen Marken betrifft, den Widerspruch zurückgewiesen, weil die zulässigerweise bestrittene Benutzung der Widerspruchsmarke nicht glaubhaft gemacht worden sei. Der vorgelegten eidesstattlichen Versicherung und den anderen Unterlagen könnten keine Angaben über den Umfang der Benutzung entnommen werden. Auch seien keine Belege eingereicht worden, die das Widerspruchszeichen auf Datenträgern oder Datenträgerverpackungen angebracht zeigten.

Gegen diesen Beschluß richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden. Ihrer Auffassung nach reichen auch ohne konkrete Umsatzzahlen die mit der eidesstattlichen Versicherung vorgelegten diversen Unterlagen für eine Glaubhaftmachung aus. Für eine rechtserhaltende Benutzung sprächen auch die nunmehr neu vorgelegte eidesstattliche Versicherung der Geschäftsführerin der Widersprechenden vom 13. September 1999 und eine im Verfahren W 43175/9 WZ zur Akte gereichte eidesstattliche Versicherung vom 17. September 1994. Hierdurch werde glaubhaft gemacht, daß die Widerspruchsmarke auf sämtlichen Datenträgern (Disketten und Kassetten) deutlich hervorgehoben mittels eines Etiketts angebracht werde. Sämtliche seit 1993 von der Widersprechenden vertriebenen Disketten und Kassetten trügen die Widerspruchsmarke; in sämtlichen Programmen erscheine nach dem Aufrufen als erstes Programmbild die Widerspruchsmarke. Die Widersprechende habe den 1994 erzielten Umsatz von DM auf DM ... steigern können. Die "ARGUS"-Software sei in der Bundesrepublik Deutschland gegenwärtig bei 66 Amtsgerichten, bei 4 Landgerichten, einem Oberlandesgericht, einem Finanzgericht, 4 Verwaltungsgerichten, einem Oberverwaltungsgericht, 4 Sozialgerichten, einem Landessozialgericht, 10 Arbeitsgerichten und bei vier Staatsanwaltschaften im Einsatz. Die Zahl der Anwender belaufe sich auf etwa 4.000 Personen. Im übrigen seien die beiden gegenüberstehenden Marken miteinander verwechselbar.

Die Beschwerdeführerin beantragt, den Beschluß des Patentamtes vom 22. Juni 1999 aufzuheben und dem Widerspruch aufgrund der Marke 1 086 075 "Argus" stattzugeben.

Der Beschwerdegegner hat keinen Antrag gestellt und auch keine Stellungnahme abgegeben.

Wegen sonstiger Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II

Die Beschwerde ist zulässig (MarkenG § 66 Abs 1) und in der Sache begründet. Der angemeldeten Marke ist nach MarkenG § 158 Abs 2 Satz 2, § 42 Abs 2 Nr 1, § 9 Abs 1 Nr 2 die Eintragung für die im Tenor genannten Waren zu versagen, weil sie insoweit mit der Widerspruchsmarke verwechselbar ist.

Die vorgenannten Vorschriften sind auf den hier noch nach WZG § 5 Abs 4 erhobenen Widerspruch anwendbar, da die Anmeldung nach WZG § 5 Abs 1 vor dem 1. Januar 1995 bekanntgemacht worden ist und der Widerspruch auf WZG § 5 Abs 4 Nr 1 gestützt wurde; in einem solchen Fall sieht MarkenG § 158 Abs 2 Satz 2 eine Entscheidung nur nach Maßgabe der neuen Vorschriften des Markengesetzes vor.

Die Widersprechende hat zumindest im Beschwerdeverfahren auch eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke nach dem gemäß MarkenG § 158 Abs 3 Satz 1 entsprechend anwendbaren MarkenG § 43 Abs 1 Satz 1 in Verbindung mit § 26 MarkenG glaubhaft gemacht. Grundsätzlich hat die Widersprechende die Verwendung der Marke nach Art, Zeit, Ort und Umfang glaubhaft zu machen, wobei eine ausreichende Glaubhaftmachung nur vorliegt, wenn alle Erfordernisse erfüllt sind (vgl Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Aufl. 2000, § 43 Rn 42 mwN). Ob dies der Fall ist, hängt allein und entscheidend davon ab, ob den Angaben ein der verkehrsüblichen wirtschaftlichen Betätigung entsprechendes Handeln entnommen werden kann, welches für eine rechtserhaltende Benutzung ausreicht (vgl Althammer/Ströbele, aaO, § 26 Rn 6 und 10 aE). Ein solches Handeln wiederum kann aus dem bekanntgegebenen Umsatz, der mit den mit der Marke gekennzeichneten Waren erzielt wurde, gefolgert werden; er kann aber auch durch Benennung der Zahl der in den Verkehr gebrachten Waren oder der Zahl der mit den Waren oder Dienstleistungen belieferten Abnehmer nachgewiesen werden, wobei die Bekanntgabe des Umsatzes gegenüber den letztgenannten Möglichkeiten sogar weniger aussagekräftig erscheint, weil aus dem bloßen Umsatz ohne

weitere Angaben, etwa zur Höhe des Verkaufspreises der einzelnen Ware, unmittelbar kein Rückschluß auf den Umfang der Benutzung möglich ist.

Der eidesstattlichen Versicherung der Geschäftsführerin der Widersprechenden vom 17. September 1994 können dabei die für den hier nach WZG § 5 Abs 7 S 1 bzw MarkenG § 43 Abs 1 S 1 maßgeblichen Zeitraum vom 30. Juni 1988 bis 30. Juni 1993 erwirtschafteten Umsätze entnommen werden. Darüber hinaus ergibt sich aus dieser Erklärung, aus der neuen eidesstattlichen Versicherung vom 13. September 1999 und den sonstigen eingereichten Unterlagen, daß die mit der Widerspruchsmarke gekennzeichneten Waren, bei denen es sich im wesentlichen um eine Spezialsoftware für den gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Gebrauch handelt, in umfangreicher Weise bei mehreren Gerichten und Staatsanwaltschaften sowohl im hier maßgeblichen Zeitraum als auch heute noch zum Einsatz kam und kommt. Die im Beschwerdeverfahren vorgelegten Verwendungsbeispiele betreffen zwar nicht den vorgenannten Zeitraum, sondern beziehen sich wohl auf den aktuellen Stand des Gebrauchs der Software, so daß sie selbst daher als Nachweis dafür, daß die Marke im hier maßgebenden Zeitraum auf der mit ihr gekennzeichneten Software im Sinne des MarkenG § 26 Abs 4 angebracht war, ungeeignet sind. Dennoch kann aus den verschiedenen Anlagen zu den eidesstattlichen Versicherungen vom 12. Februar 1994 und vom 13. September 1999 entnommen werden, daß bereits 1992 der erwähnte Eingangsbildschirm mit der Marke nach Programmstart zu sehen war; dies reicht für eine Glaubhaftmachung aus, da auch die Bezeichnung einer Software auf den mit dieser ausgelieferten Handbüchern ein Anbringen der Marke auf der Ware darstellt.

Eines Nachweises für die Benutzung der Widerspruchsmarke in dem sich nach MarkenG § 43 Abs 1 Satz 2 ergebenden Zeitraum bedarf es demgegenüber nicht, weil der Anmelder eine solche Einrede nicht ausdrücklich erhoben hat. Die Benutzung der Widerspruchsmarke hatte der Anmelder nur nach Maßgabe des früheren Rechts, welches eine der vorgenannten Vorschrift entsprechende Regelung nicht kannte, bestritten. Nach Inkrafttreten des Markengesetzes wäre zwar auch die

Nichtbenutzungseinrede nach MarkenG § 43 Abs 1 Satz 2 möglich, sie wurde aber vom Anmelder nicht ausdrücklich geltend gemacht. Eine solche ausdrückliche Erklärung wäre aber nötig gewesen, weil eine nach altem Recht allein zulässige Einrede nach WZG § 5 Abs 7, dem nunmehr MarkenG § 43 Abs 1 Satz 1 entspricht, nach Inkrafttreten des Markengesetzes nicht automatisch auch als Nichtbenutzungseinrede nach dem nunmehr auch anwendbaren MarkenG § 43 Abs 1 Satz 2 angesehen werden kann (vgl BPatGE 36, 204 [207 f]). Letztlich kann dies allerdings auf sich beruhen, weil den nunmehr eingereichten Unterlagen auch eine fortdauernde Benutzung der Widerspruchsmarke in den letzten fünf Jahren ohne weiteres entnommen werden kann.

Eine Verwechselbarkeit der beiden Marken kommt allerdings nur für die im Tenor genannten Waren in Betracht, da die weiteren Waren, für welche die angegriffene Marke ebenfalls angemeldet wurde, denen, für welche die Widerspruchsmarke eingetragen ist, ersichtlich nicht ähnlich sind, was auch von der Widersprechenden offenbar nicht anders gesehen wird, die sich in ihren Ausführungen während des patentamtlichen Widerspruchsverfahrens stets nur gegen die im Tenor genannten Waren gewandt hat. Soweit sich der Widerspruch daher auch gegen die weiteren Waren richtet, wovon allerdings auf Grund der allgemeinen Formulierung "gegen alle gleichen und gleichartigen Waren der genannten Anmeldung" grundsätzlich ausgegangen werden muß (vgl Althammer/Ströbele, aaO, § 42 Rn 34), ist die Beschwerde daher unbegründet, da er insoweit zu Recht vom Patentamt zurückgewiesen wurde.

Demgegenüber ist der Widerspruch hinsichtlich der im Tenor genannten Waren begründet, weil diese Waren und diejenigen, für welche das Widerspruchszeichen eingetragen ist, wenn nicht identisch, so doch jedenfalls hochgradig ähnlich sind, (vgl a Richter/Stoppel, Die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen, 11. Aufl, S 111 f), die Widerspruchsmarke zumindest normale Kennzeichnungskraft besitzt und die angesprochenen Verkehrskreise die identischen Wortbestandteile nicht auseinanderhalten können. Zwar richten sich die mit der Widerspruchsmarke ge-

kennzeichneten Waren an ein Spezialpublikum, nämlich Gerichte und Staatsanwaltschaften. Es kann aber nicht ausgeschlossen werden, daß diese eine Software, welche mit der Anmeldemarke bezeichnet wird, irrtümlich für eine solche der Widersprechenden hält. Daß die angegriffene Marke auch einen Bildbestandteil enthält, spielt schließlich keine Rolle, da das Wort "Argus" prägend ist (vgl Althammer/Ströbele, aaO, § 9 Rn 194).

Wegen der Kosten des Beschwerdeverfahrens wird auf MarkenG § 71 Abs 1 Satz 2 verwiesen.

Albert

Friehe-Wich

Schwarz

Pü

Abb. 1

