



# BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 36/02

---

**(Aktenzeichen)**

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

**betreffend die angegriffene Marke 395 38 788**

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 17. März 2003 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Buchetmann und der Richterinnen Winter und Hartlieb

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Widersprechenden auferlegt.

**Gründe**

**I.**

Die Wortmarke **COMBAT** ist am 14. Juni 1996 für "Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton und Bild, insbesondere Lautsprecher" in das Markenregister eingetragen worden. Die Veröffentlichung der Eintragung erfolgte am 20. September 1996.

Widerspruch erhoben hat am 14. Dezember 1996 die Inhaberin der am 9. April 1990 für zahlreiche Waren der Klasse 9 ua "Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton und Bild; Computer, einschließlich Personalcomputer" eingetragenen Marke 1 157 214

siehe Abb. 1 am Ende

und zwar allein aus den Waren "Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton und Bild".

Die Benutzung der Widerspruchsmarke ist bereits im Verfahren vor dem Patentamt mit Schriftsatz vom 12. August 1997 bestritten worden; Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Benutzung hat die Widersprechende im Verfahren vor dem Patentamt vorgelegt; die Inhaberin der angegriffenen Marke hat mit näheren Ausführungen anhand der vorgelegten Unterlagen die Benutzung für "Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton und Bild" nicht für glaubhaft gemacht erachtet und im Beschwerdeverfahren mit Schriftsatz vom 24. Juli 2002 die Benutzung erneut insbesondere für "Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton und Bild" bestritten. Dieser Schriftsatz ist der Widersprechenden am 29. Juli 2002 zugestellt worden; die Widersprechende hat hierzu keine weiteren Erklärungen abgegeben und mit Schriftsatz vom 13. Januar 2003 um schriftliche Entscheidung gebeten.

Die Markenstelle für Klasse 9 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluß vom 5. Dezember 2001 den Widerspruch wegen fehlender Gefahr von

Verwechslungen zurückgewiesen und die Frage der Benutzung dahingestellt sein lassen.

Die Widersprechende hat Beschwerde eingelegt. Sie hält mit näheren Ausführungen die Benutzung der Widerspruchsmarke für für Personalcomputer für glaubhaft gemacht und Verwechslungsgefahr bei Vergleich der Marken in ihrer Gesamtheit für gegeben.

Die Widersprechende beantragt sinngemäß,

den angefochtenen Beschluß der Markenstelle für Klasse 9 des Deutschen Patent- und Markenamts aufzuheben und die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen sowie Kostenauflegung.

Sie hält mit näheren Ausführungen die Benutzung der Widerspruchsmarke für "Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton und Bild" nicht für glaubhaft gemacht und meint, daß die Widerspruchsmarke allein für Software benutzt werde.

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

## II.

Die zulässige Beschwerde der Widersprechenden ist schon deshalb unbegründet, weil die Widersprechende eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke

marke nicht gem § 43 Abs 1 iVm § 26 MarkenG glaubhaft gemacht hat, obwohl die Inhaberin der angegriffenen Marke die nach § 43 Abs 1 Satz 1 und Satz 2 MarkenG kumulativ mögliche Einrede mangelnder Benutzung der Widerspruchsmarke für "Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton und Bild" zulässig erhoben hat (vgl hierzu BGH GRUR 1998, 938, 939 – DRAGON; Althammer/Ströbele MarkenG 6. Aufl § 9 Rdn 19, 25 ff).

Mit der zulässigen Erhebung der Nichtbenutzungseinrede entstand für die Widersprechende danach die Obliegenheit, die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke für "Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton und Bild" für den Zeitraum September 1991 bis September 1996 und für den Zeitraum der letzten fünf Jahre vor Zugang dieser Entscheidung bei den Verfahrensbeteiligten, also von 1998 bis 2003 glaubhaft zu machen. Glaubhaft zu machen ist dabei die Verwendung der Marke für die maßbebblichen 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 bzw einen Zeitraum oder Umfang der Benutzung, liegt keine ausreichende Glaubhaftmachung vor (Althammer/Ströbele aaO § 43 Rdn 19, 42 mwN; § 26 Rdn 94).

Ob die Widersprechende mit der von ihr im patentamtlichen Verfahren vorgelegten eidesstattlichen Versicherung vom 29. Juni 1998 nebst Anlagen eine Benutzung für "Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton und Bild" für den Zeitraum September 1991 bis September 1996 hinreichend glaubhaft gemacht hat, braucht nicht entschieden zu werden; die bereits von der Inhaberin der angegriffenen Marke im Schriftsatz vom 3. August 1998 geäußerten Bedenken, daß sich daraus im Kern nur eine Benutzung für Personalcomputer ergebe, sind jedenfalls nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen; ungeachtet aber der Frage, ob eine Benutzung für mit Lautsprecher ausgestattete "Personalcomputer" eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke für die hier im Hinblick

auf die Beschränkung des Widerspruchs allein maßgeblichen Waren ist, hat die Widersprechende auf die erneut mit Schriftsatz vom 24. Juli 2002 zulässig erhobene Nichtbenutzungseinrede jedenfalls nichts unternommen, um eine Benutzung für den weiteren Zeitraum von 1998 bis 2003 darzutun und glaubhaft zu machen; die ursprünglich im Verfahren vor dem Patentamt bereits eingereichten Unterlagen enthalten keine tatsächlichen Angaben, die konkrete Feststellungen zu Zeit, Ort und Umfang der Benutzung gemäß §§ 43 Abs 1 Satz 2, 26 MarkenG für diesen Zeitraum erlauben: sie beziehen sich allein auf den Zeitraum 1994 bis 1996. Mangels berücksichtigungsfähiger Waren ist die Beschwerde ohne Erfolg.

Der Senat war nicht dazu gehalten, die Widersprechende gem § 82 Abs 1 Satz 1 MarkenG iVm § 139 ZPO auf den Umfang ihrer Obliegenheit nach § 43 Abs 1 Satz 1 und 2 MarkenG zur Glaubhaftmachung der Benutzung hinzuweisen. Zwar obliegt nach § 139 Abs 1 ZPO dem Gericht die Pflicht, auf die Beibringung und Vervollständigung der zur Rechtsfindung notwendigen Tatsachen und Beweismittel hinzuwirken (vgl Thomas/Putzo ZPO 24. Aufl § 139 Rdn 5). Diese Fürsorgepflicht findet jedoch im Gebot der Unparteilichkeit des Gerichts seine Grenze. Wo - wie hier - entsprechende Hinweise an eine Partei deren prozessuale Situation verbessern und gleichzeitig die der anderen Partei verschlechtern können, endet eine mögliche Hinweispflicht des Gerichts (vgl Thomas/Putzo aaO § 139, Rdn 1), zumal es der Widersprechenden als der Glaubhaftmachungspflichtigen oblag, alle erforderlichen Unterlagen vorzulegen.

Bei dieser Sachlage entspricht es der Billigkeit, der Widersprechenden gem § 71 Abs 1 Satz 1 MarkenG die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen. Die Widersprechende hat im Beschwerdeverfahren keinen Versuch unternommen, die von der Inhaberin der angegriffenen Marke erneut bestrittene Benutzung glaubhaft zu machen. Dabei hat die Widersprechende den Schriftsatz der Markeninhaberin vom 24. Juli 2002 erhalten, worin diese eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke erneut bestritten hat. Bei dieser Sach- und Rechtslage war für die Widersprechende von vornherein erkennbar, daß eine Durchführung des

Beschwerdeverfahrens für sie nur dann Aussicht auf Erfolg haben könnte, wenn sie die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke auch für den Zeitraum gemäß §§ 43 Abs 1 Satz 2 MarkenG glaubhaft machen würde. Indem sie zu diesem Punkt während des Beschwerdeverfahrens nichts vorgetragen hat, hat die Widersprechende das Beschwerdeverfahren in einer Weise betrieben, die keine Erfolgsaussicht hatte (vgl Althammer/Ströbele, aaO, § 71 Rdn 22).

Dr. Buchetmann

Winter

Hartlieb

Hu

Abb. 1

