



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 83/17

(AktENZEICHEN)

Verkündet am

12. März 2020

Lintl

Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2014 003 507

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 12. März 2020 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Knoll, der Richterin Kriener und des Richters Dr. Nielsen

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die am 22. Mai 2014 angemeldete Wort-Bildmarke



ist am 14. November 2014 unter der Nummer 30 2014 003 507 für die nachfolgenden Dienstleistungen in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Markenregister eingetragen worden:

Klasse 41:

Schulungen auf dem Gebiet der Informationstechnologie (IT);

Klasse 42:

Aktualisieren von Computersoftware; Aktualisierung von Internetseiten; Aktualisierung [Update] von Software; Beratung auf dem Gebiet der Informationstechnologie (IT); Beratung bei der Gestaltung von Homepages und Internetseiten; Beratung zur

Gestaltung von Webseiten; Computerhard- und Softwareberatung; Computersystemanalysen; Design und Erstellung von Homepages und Internetseiten; Dienstleistungen eines EDV-Programmierers; Dienstleistungen zum Schutz vor Computerviren; digitale Bildbearbeitung [Grafikerdienstleistungen]; EDV-Beratung; elektronische Datensicherung; elektronische Datenspeicherung; Entwurf und Entwicklung von Computerhardware und Computersoftware; Erstellen von Programmen für die Datenverarbeitung; Fernüberwachung von Computersystemen; Installation und Wartung von Software; Konfiguration von Computer-Netzwerken durch Software; Serveradministration; Server-Hosting; Sicherheitsdienstleistungen zum Schutz vor illegalen Netzwerkzugriffen; Software as a Service [SaaS]; technische Benutzer- und Rechteverwaltung in Computernetzwerken; technisches Projektmanagement im EDV Bereich; Wartung von Computersoftware; Wiederherstellung von Computerdaten.

Gegen die Eintragung dieser am 19. Dezember 2014 veröffentlichten Marke hat die Beschwerdeführerin als Inhaberin der seit dem 27. November 2013 für die nachfolgenden Waren und Dienstleistungen

Klasse 9:

Compact-Disks (ROM, Festspeicher); Compact Disks (Ton, Bild); Computerbetriebsprogramme (gespeichert); Computer-Programme (gespeichert); Computer-Programme (herunterladbar); ComputerSoftware (gespeichert); Disketten; Elektronische Publikationen (herunterladbar);

Klasse 16:

Broschüren; Diagramme; grafische Darstellungen; Kataloge; Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate); Veröffentlichungen (Schriften);

Klasse 35:

Aufstellung von Kosten-Preis-Analysen; Auskünfte in Geschäftsangelegenheiten; Beratung bei der Organisation und Führung von Unternehmen; Beratungsdienste in Fragen der Geschäftsführung; betriebswirtschaftliche Beratung; Dateienverwaltung mittels Computer; Entwicklung von Nutzungskonzepten für Immobilien in betriebswirt-

schaftlicher Hinsicht (Facility Management); Ermittlungen in Geschäftsangelegenheiten; Erstellen von Abrechnungen; Erstellen von Statistiken; Erstellung von betriebswirtschaftlichen Gutachten; Erstellung von Wirtschaftsprognosen; Erteilung von Auskünften in Handels- und Geschäftsangelegenheiten; Herausgabe von Statistiken; Hilfe bei der Führung von gewerblichen oder Handelsbetrieben; Informationen in Geschäftsangelegenheiten; Marketing (Absatzforschung); Marketing auch in digitalen Netzen; Nachforschungen in Geschäftsangelegenheiten; Organisationsberatung in Geschäftsangelegenheiten; organisatorische Beratung; organisatorisches Projektmanagement im EDV Bereich; Pflege von Daten in Computerdatenbanken; Planung und Überwachung von Unternehmensentwicklungen in organisatorischer Hinsicht; Planungen (Hilfe) bei der Geschäftsführung; Systematisierung von Daten in Computerdatenbanken; Unternehmensberatung; Wertermittlungen in Geschäftsangelegenheiten; Zusammenstellung von Daten in Computerdatenbanken;

Klasse 42:

Aktualisierung von Computer-Software; EDV- Beratung; Entwicklung von Nutzungskonzepten in technischer Hinsicht (Facility Management); Entwicklungsdienste und Recherchedienste bezüglich neuer Produkte (für Dritte); Implementierung von EDV-Programmen in Netzwerken; technische Beratung; technische Projektplanungen; technisches Projektmanagement im EDV-Bereich

unter der Nummer 010 839 793 eingetragenen Unionsmarke

Unity

mit beim Deutschen Patent- und Markenamt am 16. März 2015 eingegangenen Schreiben Widerspruch erhoben.

Mit Beschluss vom 29. Juni 2017 hat die Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts durch einen Beamten des höheren Dienstes die Gefahr von Verwechslungen nach §§ 125b Nr. 1, 43 Abs. 2 Satz 1, 42 Abs. 2 Nr. 1, 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG verneint und den Widerspruch zurückgewiesen.

Es sei von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der älteren Marke auszugehen. Die Vergleichsdienstleistungen seien hinsichtlich der Beratungsdienstleistungen zum Teil identisch und im Übrigen auch hinsichtlich der häufig von IT-Beratern ebenso angebotenen IT-Schulungen zueinander ähnlich. Aber selbst bei identischen Dienstleistungen und durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke würden die Vergleichszeichen den danach erforderlichen deutlichen Abstand in schriftbildlicher, klanglicher und begrifflicher Hinsicht noch einhalten. Denn die Zeichen seien in ihrem maßgeblichen Gesamteindruck so unterschiedlich, dass die Gefahr unmittelbarer Verwechslungen ausgeschlossen sei. Sie würden sich schriftbildlich schon hinreichend durch die unterschiedlichen Endbuchstaben „E“ und „y“ unterscheiden. Auch könne das in blauer Farbe gehaltene Plus-Symbol der angegriffenen Marke, das in der älteren Marke keine Entsprechung finde, im bildlichen Gesamteindruck nicht vernachlässigt werden. Insoweit sei es nicht zulässig, nur den Wortbestandteil der angegriffenen Marke herauszugreifen und einem isolierten schriftbildlichen Vergleich zu unterziehen. Auch klanglich seien noch hinreichende Unterschiede zwischen den Vergleichszeichen gegeben. Es würden sich englischsprachige Markenwörter gegenüberstehen, die angesichts der einschlägigen Branche der Informationstechnik auch für die deutschsprachigen Verbraucher englisch ausgesprochen würden. Insoweit würden sich in klanglicher Hinsicht die angegriffene Marke „Ju-neit“ und die ältere Marke „Ju-ni-ti“ gegenüberstehen, wobei die jüngere Marke zweisilbig und die ältere Marke dreisilbig sei und sich deren klangtragende Vokalfolgen „u-ei“ bei der jüngeren und „u-i-i“ bei der älteren Unionswiderspruchsmarke nahezu vollständig unterscheiden würden. Die einzige Übereinstimmung bestehe in dem ersten Vokal der Vergleichszeichen. Zudem sei nicht völlig ausgeschlossen, dass der angesprochene Verkehr das in der angegriffenen jüngeren Marke vorhandene Pluszeichen mit wiedergebe, nachdem es sich direkt an das Markenwort anschließe. Eine begriffliche Verwechslungsgefahr sei nicht gegeben, nachdem der angegriffenen Marke die Bedeutung von „vereinigen, verbinden, zusammenschließen“ zukomme, während die ältere Marke mit „Einheit,

Einheitlichkeit“ und „Eintracht“ zu übersetzen sei. Ebenso wenig gebe es Anhaltspunkte für die Annahme einer Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt des gedanklichen Inverbindungbringens.

Die von Seiten der Inhaberin der angegriffenen Marke erhobene Nichtbenutzungseinrede sei derzeit nicht zulässig, nachdem die Benutzungsschonfrist der seit dem 27. November 2013 eingetragenen Widerspruchsmarke noch nicht abgelaufen sei. Auch sei der von Seiten der Markeninhaberin erhobene Einwand, wonach die Widerspruchsmarke eine unzulässige Wiederholungsmarke sei, die sofort dem Benutzungszwang unterliege, im registerrechtlichen Widerspruchsverfahren, das als summarisches Verfahren auf die Erledigung einer Vielzahl von Fällen ausgerichtet sei, ausgeschlossen.

Gegen die Zurückweisung ihres Widerspruchs wendet sich die Widersprechende mit ihrer Beschwerde. Sie betont zunächst, dass es sich bei der Widerspruchsmarke nicht um eine Wiederholungsmarke handele und sie daher auch nicht einem sofortigen Benutzungszwang unterliege.

Auf die von der Inhaberin der jüngeren Marke mit Schriftsatz vom 28. November 2018 erhobene Nichtbenutzungseinrede hat die Widersprechende verschiedene Unterlagen vorgelegt, u.a. exemplarische Rechnungen, Auszüge aus Jahresberichten, eine Kopie des Online-Auftritts und Screenshots des You-Tube Kanals sowie mit Schriftsatz vom 11. März 2020 eine per Telefax an das Gericht übermittelte eidesstattlichen Versicherung eines Vorstandsmitglieds der Widersprechenden, die die Benutzung der Unionswiderspruchsmarke für „u.a. die Dienstleistungen EDV-Beratung, technische Beratung, technische Projektplanung und technisches Projektmanagement im EDV-Bereich in Zusammenhang von Beratungsdienstleistungen für ihre Kunden“ im Zeitraum 2015 bis heute nachweisen soll.

Weiter trägt die Widersprechende vor, dass die Dienstleistungen der Klasse 42, für die eine rechtserhaltende Benutzung vor allem nachgewiesen worden sei, identisch seien mit den Dienstleistungen der angegriffenen Marke, weil sie wortgleich im Verzeichnis der angegriffenen Marke vorhanden seien, sich unter einen Oberbegriff

(Aktualisieren von Software) subsumieren ließen oder von diesem umfasst seien. Im Übrigen bestünde eine hohe Ähnlichkeit zwischen den Dienstleistungen der Klasse 42 der Widerspruchsmarke und denen der Klasse 41 als konkurrierende oder einander ergänzende Dienstleistungen. Die Abnehmer der Waren bzw. der Dienstleistungen seien die Durchschnittsverbraucher sowie die Fachkreise, bei denen von einer durchschnittlichen Aufmerksamkeit bei der Inanspruchnahme der Dienstleistungen auszugehen sei. Damit seien hohe Anforderungen an den Abstand der Zeichen zu stellen, die vorliegend nicht eingehalten seien. Schriftbildlich sowie klanglich seien in erster Linie die jeweiligen Wortbestandteile „Unity“ und „Unite“ miteinander zu vergleichen, da der Wortbestandteil auch bei kombinierten Wort-/Bildmarken den Charakter einer Marke dominiere und die kürzeste Bezeichnungsmöglichkeit darstelle. Bei dem schriftbildlichen Vergleich stünden sich die Zeichen UNITY und UNITE gegenüber, die in vier von insgesamt fünf Buchstaben identisch seien und sich allein in den jeweiligen Endbuchstaben, dem „Y“ bei der jüngeren Marke und dem „E“ bei der älteren Marke unterschieden, die in ihren jeweiligen Konturen aber ähnlich seien. Auch klanglich sei eine ausreichende Ähnlichkeit vorhanden. Dabei würden sich die Zeichen „UNITE PLUS“ und „UNITY“ gegenüberstehen. Da die jüngere Marke aus zwei klanglichen Bestandteilen bestehe, die in keinem grammatikalischen Zusammenhang zueinanderstünden, sondern voneinander losgelöst seien, sei von einer klanglichen Wiedergabe des Bestandteils „UNITE“ als „JU-NI-TI“ auszugehen, wie dies etwa bei „united“ der Fall sei. Aufgrund der Schreibweise in Großbuchstaben würde der Verkehr die jüngere Bezeichnung nicht als Verb, sondern als Substantiv ansehen, so dass er zu einer Wiedergabe als „JU-NI-TI-PLUS“ komme. Nachdem Wortanfänge in der Regel stärker beachtet würden, Wortendungen seltener Verwechslungen verhinderten und zudem das „+- Symbol“ als Hinweis auf einen Vorteil, einen Vorzug, also ein „Mehr“ vom Üblichen verwendet und verstanden werde, sei davon auszugehen, dass dieses, sofern es überhaupt in Erinnerung bleibe, lediglich als anpreisendes, werbegrarisches Element entsprechend vernachlässigt werde. Damit würden sich die klangidentischen Zeichen „JU-NI-TI“ und „JU-NI-TI“ gegenüberstehen. Gleichmaßen seien begriffliche Verwechslungen der Zeichen zu befürchten, nachdem der angesprochene

Verkehr in den englischen Wörtern übereinstimmend das Substantiv „UNIT“ im Sinn von „Einheit“ erkenne und verstehe und sich mithin die Begriffe „Einheit“ und „Mehr Einheit“ gegenüberstünden.

Die Widersprechende beantragt,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent und Markenamts vom 29. Juni 2017 in der Hauptsache aufzuheben und wegen des Widerspruchs aus der Unionsmarke 010 839 793 die Löschung der angegriffenen Marke 30 2014 003 507 anzuordnen.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen.

Sie hatte zunächst mit Schriftsatz vom 25. Januar 2018 die Aussetzung des Beschwerdeverfahrens beantragt mit dem Hinweis darauf, dass gegen die Widerspruchsmarke ein Lösungsverfahren beim EUIPO wegen Bösgläubigkeit anhängig sei. Es handle sich um eine Wiederholungsanmeldung zur Umgehung bzw. Vermeidung der Verfallserklärung angesichts der fehlenden Benutzung der Marke und es sei zu erwarten, dass die Widerspruchsmarke gelöscht werde.

Zu der Frage der Verwechslungsgefahr der Zeichen schließt sich die Markeninhaberin den im angefochtenen Beschluss der Markenstelle des DPMA vom 29. Juni 2017 getroffenen Feststellungen hinsichtlich der Identität und Ähnlichkeit der Dienstleistungen an. Sie macht zudem eine äußerst geringe Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke geltend. Denn die Bezeichnung „Unity“ werde im IT-Bereich umfangreich verwendet. Es handle sich einmal um den Namen einer Programmiersprache, um die Bezeichnung eines Spiele-Engine (= Laufzeit- und Entwicklungsumgebung für Spiele) und um die Benennung einer Desktop-Umgebung

für Linux-Betriebssysteme. Zum anderen würden zahlreiche Unternehmen das Markenwort als Marke oder geschäftliche Bezeichnung benutzen. Im Zusammenhang mit den Dienstleistungen der Klasse 42 sei somit in mehrfacher Hinsicht eine beschreibende Bedeutung vorhanden, so dass von einer nur geringen originären Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke auszugehen sei. Aber selbst bei Annahme einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Marken halte die angegriffene Marke einen noch ausreichenden Abstand zu der Widerspruchsmarke ein. Schriftbildlich Sorge die Abweichung in dem jeweils letzten Buchstaben „y“ bzw. „E“ sowie dem Pluszeichen, das in der Widerspruchsmarke keine Entsprechung finde, für einen ausreichenden Abstand. Beim klanglichen Vergleich der Zeichen würden sich die Bezeichnungen „JU-NI-TI“ und der als „JU-NEIT“ ausgesprochene Wortbestandteil begegnen oder, soweit das Pluszeichen mitgesprochen werde, „JU-NEIT-PLAS“, wodurch insbesondere aufgrund der Unterschiede in der Vokalfolge eine Verwechslungsgefahr ausgeschlossen sei. Insoweit seien die Behauptungen der Widersprechenden nicht nachvollziehbar, wonach der Verkehr das Wort „UNITE“ ebenfalls „JU-NI-TY“ ausspräche. In begrifflicher Hinsicht hätten die Wörter „unity“ und „unite“ verschiedene Bedeutungen. Anders als die Widersprechende meine, habe der Verkehr keinen Anlass, das ihm bekannte Verb „unite“ auf den Bestandteil „UNIT“ zu verkürzen und mit dem Begriff „UNITY“ gleichzusetzen.

Mit dem Schriftsatz vom 28. November 2018 hat die Markeninhaberin die Einrede der mangelnden Benutzung der Unionswiderspruchsmarke erhoben.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss der Markenstelle, auf die Schriftsätze der Beteiligten, das Protokoll der mündlichen Verhandlung und den übrigen Akteninhalt verwiesen.

II.

Die nach § 66 Abs. 1 Satz 1 MarkenG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde der Widersprechenden hat in der Sache keinen Erfolg.

Es kann dahingestellt bleiben, ob zwischen den Vergleichszeichen nach der Registerlage eine Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. §§ 42 Abs. 2 Nr. 1, 125b Nr. 1 MarkenG besteht. Nach der Registerlage dürfte die Verwechslungsgefahr eher zu bejahen sein.

Die Widersprechende hat auf die in zulässiger Weise gemäß §§ 125 b Nr. 4, 43 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 MarkenG aF erhobene Nichtbenutzungseinrede eine rechtserhaltende Benutzung ihrer Marke im nach § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG maßgeblichen Benutzungszeitraum nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Mangels berücksichtigungsfähiger Waren oder Dienstleistungen auf Seiten der Widerspruchsmarke nach § 125b Nr. 4 MarkenG, § 43 Abs. 1 Satz 3 MarkenG (aF) für diesen Zeitraum konnte der Widerspruch – unabhängig von der Frage der Verwechslungsgefahr nach der Registerlage – keinen Erfolg haben, so dass die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen war.

Da der Widerspruch vor dem 14. Januar 2019 erhoben worden war, ist § 43 Abs. 1 MarkenG in der bis einschließlich 13. Januar 2019 geltenden Fassung anzuwenden, § 158 Abs. 5 MarkenG.

Die mit Schriftsatz der Markeninhaberin vom 28. November 2018 gemäß § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG erhobene Einrede der Nichtbenutzung der Widerspruchsmarke ist zulässig. Die Markeninhaberin hatte bereits mit Schriftsatz vom 22. Juni 2015 im Widerspruchsverfahren vor dem DPMA die Einrede der Nichtbenutzung der Unionswiderspruchsmarke erhoben mit dem Hinweis darauf, dass es sich bei der Widerspruchsmarke um eine Wiederholungseintragung der identischen früheren Gemeinschaftsmarke „Unity“ (UM 005 191 432) handele, die drei Tage nach Ablauf der Benutzungsschonfrist dieser früheren Eintragung vorgenommen wurde und daher sofort dem Benutzungszwang unterliege. Die Frage, ob die damals

erhobene Benutzungseinrede aus den von der Markeninhaberin vorgebrachten Gründen bereits zulässig war, kann im Beschwerdeverfahren dahingestellt bleiben, nachdem jedenfalls die am 28. November 2018 erhobene Einrede nach §§ 43 Abs. 1 Satz 2, 125b Nr. 4 MarkenG (aF) zulässig ist. Denn die Unionswiderspruchsmarke war zu diesem Zeitpunkt bereits seit fünf Jahren eingetragen, nämlich seit dem 27. November 2013. Demnach hat die Widersprechende die rechtserhaltende Benutzung der Gemeinschaftsmarke innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Entscheidung über den Widerspruch im Beschwerdeverfahren, also in der Zeit vom 12. März 2015 bis zum 12. März 2020 gemäß §§ 125b Nr. 4, 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG i.V.m. Art. 15 UMV glaubhaft zu machen.

Die Frage der Benutzung der Widerspruchsmarke in dem nach § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG maßgeblichen Zeitraum unterliegt abweichend von dem das patentamtliche und das patentgerichtliche Verfahren ansonsten beherrschenden Untersuchungsgrundsatz dem Beibringungsgrundsatz und Verhandlungsgrundsatz (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl., § 43 Rn. 5, 66). Bei der Glaubhaftmachung der bestrittenen Benutzung handelt es sich um eine verfahrensrechtliche Obliegenheit der Widersprechenden, so dass die Widersprechende die volle Verantwortung für eine vollständige Glaubhaftmachung trägt (Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl., § 43 Rn. 60 und 61). Glaubhaftmachung gemäß § 43 Abs. 1 MarkenG (a.F.) i. V. m. § 294 ZPO verlangt insoweit zwar keine volle Beweisführung, sondern es genügt eine geringere, lediglich überwiegende Wahrscheinlichkeit der (bestrittenen) Benutzung (vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 37. Aufl., § 294 Rn. 1; Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl., § 43 Rn. 54 ff.). Die Widersprechende hat dazu die wesentlichen Umstände der Benutzung ihrer Marke, insbesondere nach Art, Zeit, Ort und Umfang in den maßgeblichen Benutzungszeiträumen darzutun und glaubhaft zu machen. Ernsthaft benutzt wird die Unionsmarke, wenn sie in üblicher und sinnvoller Weise für die Waren und Dienstleistungen, für die sie eingetragen wurde, in der Union verwendet wird, um für diese einen Absatzmarkt zu erschließen oder zu sichern, wobei die Fälle ausgeschlossen sind, in denen die Marke nur symbolisch verwendet wird, um die durch sie begründeten

Rechte zu wahren. Die Ernsthaftigkeit der Benutzung ist anhand sämtlicher Tatsachen und Umstände zu beurteilen, durch die die wirtschaftliche Verwertung der Marke in Geschäftsverkehr belegt werden kann. Dazu gehören vor allem Dauer und Intensität der Benutzung sowie die Art der Waren (vgl. EuGH GRUR 2003, 425 Rn. 38 - Ajax/Ansul; GRUR 2006, 582, 584 Rn. 70 - VITAFRUIT; BGH GRUR 2014, 662 Rn. 12 - Probiotik; GRUR 2013, 925 Rn. 38 - VOODOO).

Die von der Widersprechenden vorgelegten Unterlagen reichen weder jeweils für sich betrachtet noch in der notwendigen Gesamtbetrachtung für die Glaubhaftmachung einer rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke für die geschützten Waren der Klasse 9 oder für die eingetragenen Dienstleistungen aus. Denn insoweit ist nicht ausreichend belegt, wie und konkret für welche Waren oder Dienstleistungen in welchem Umfang eine tatsächliche geschäftliche Verwendung stattgefunden hat. Die Widersprechende hat Rechnungen, Jahresberichte, Kopien der Online-Auftritte, Screen-Shots des You-Tube Kanals und schließlich auch eine eidesstattliche Versicherung vorgelegt. Den Unterlagen können zwar gewisse Anhaltspunkte für eine Benutzung der Widerspruchsmarke entnommen werden, es bleibt aber unklar für welche konkreten Dienstleistungen welche konkreten Umsätze im Zusammenhang mit der Verwendung der Marke erzielt wurden. Die eingereichten Rechnungen 1 bis 12 (Bl. 135 bis 146 der Akte) enthalten „Unity AG“ als Angabe im Adressfeld, weisen aber ansonsten keinen Bezug zu der Verwendung der Marke „Unity“ auf. Eine markenmäßige Verwendung der Widerspruchsmarke Unity lässt sich lediglich den Rechnungen 13 bis 17 mit jeweils auf der rechten Seite angebrachtem Zeichen „UNITY Consulting & Innovation“, die alle vom 28. Februar 2019 datieren, entnehmen. Darin sind zwar Angaben zu den erbrachten Leistungen enthalten, doch fehlen die erforderlichen Informationen der Widersprechenden dazu, welche konkreten von der Unionswiderspruchsmarke geschützten Dienstleistungen davon umfasst sind. Es ist nicht Aufgabe des Senats, die schlagwortartigen Begriffe der Rechnungen bestimmten Waren oder Dienstleistungen des umfangreichen Verzeichnisses der Widersprechenden konkret zuzuordnen, zumal eine solche Einordnung nicht ohne weiteres und auch nicht klar und eindeutig erfolgen kann. Auch die

am 11. März 2020 per Telefax an das Bundespatentgericht übermittelte eidesstattliche Versicherung eines Vorstandsmitglieds der Widersprechenden führt nicht zu einer ausreichend glaubhaft gemachten Benutzung der darin genannten Dienstleistungen „... u.a. EDV-Beratung, technische Beratung, technische Projektplanung und technisches Projektmanagement im EDV Bereich in Zusammenhang von Beratungsdienstleistungen“. Die eidesstattliche Versicherung ist zwar in der Regel das wichtigste Glaubhaftmachungsmittel hinsichtlich Umfang, Zeitraum und Ort der bestrittenen Benutzung. Allerdings muss diese hinreichend konkrete und unmissverständliche Angaben enthalten und darf sich nicht auf vage Feststellungen und Behauptungen beschränken. Das ist vorliegend aber bereits deshalb der Fall, weil anstelle der konkreten Ausführung für welche Waren/Dienstleistungen die Widerspruchsmarke in welchem Umfang benutzt worden ist, angegeben wird, dass die Unionsmarke „unter anderem für die Dienstleistungen ...“ benutzt wird. Das Wortgefüge "unter anderem" impliziert, dass die im Zuge der Aussage angeführte Aufzählung nicht vollständig ist.

Auch wenn in der eidesstattlichen Versicherung weiter aufgeführt ist, dass die Widersprechende im relevanten Zeitraum mit „Beratungsdienstleistungen“ in Deutschland und damit in einem für die gesamte Union angesichts der Größe durchaus ausreichend relevanten Gebiet nicht unerhebliche Umsätze erzielt hat, lässt sich dieser nicht zweifelsfrei entnehmen, welche konkreten Produkte (Organisationsberatung der Klasse 35?, EDV- Beratung der Klasse 42?) in welchem Absatzgebiet welche Umsätze zuzuordnen sind, also mit welchen Dienstleistungen bzw. Dienstleistungsgruppen im dort angegebenen Zeitraum (2015 bis 2020) die genannten Umsätze erzielt wurden, worauf es jedoch entscheidend ankommt.

Den weiteren eingereichten Unterlagen ist ein Hinweis auf den Umfang der Benutzung überhaupt nicht zu entnehmen.

Nachdem die Inhaberin der angegriffenen Marke die Nichtbenutzungseinrede erst im Beschwerdeverfahren mit Schriftsatz vom 28. November 2018 (Bl. 104 d.A.) wirksam erhoben hatte, oblag es der Widersprechenden die rechterhaltende Benutzung ihrer Marke im Beschwerdeverfahren glaubhaft zu machen.

Vor der mündlichen Verhandlung bestand für den Senat keine Veranlassung im Rahmen eines Ladungszusatzes auf die Unzulänglichkeiten der Glaubhaftmachung gemäß § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG i.V.m. § 139 ZPO hinzuweisen, zumal diese offensichtlich waren. Angesichts der Neutralitätspflicht des Gerichts hat die Aufklärungspflicht dort ihre Grenze, wo Hinweise unmittelbar die Stärkung der prozessualen Position einer Beteiligten und damit gleichzeitig eine entsprechende Schwächung der Stellung der anderen Beteiligten nach sich ziehen würden (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl., § 43 Rn. 68 m.w.N.).

Die Mängel der Unterlagen hat die Widersprechende offensichtlich auch selbst erkannt. Eine eidesstattliche Versicherung als übliches Glaubhaftmachungsmittel in Bezug auf die Art und den Umfang der Benutzung hat sie erst einen Tag vor der mündlichen Verhandlung mit dem Telefax vom 11. März 2020 vorgelegt. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung war dann auch die Frage der Glaubhaftmachung der rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke Gegenstand des Vortrags und der Erörterung der Sach- und Rechtslage.

Der Widerspruch aus der Unionsmarke 010 839 793 war nach alledem mangels ausreichender Glaubhaftmachung einer rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke nach § 125b Nr. 4 MarkenG, § 43 Abs. 2 Satz 2 MarkenG zurückzuweisen.

Die Beschwerde der Widersprechenden konnte daher im Ergebnis keinen Erfolg haben und war zurückzuweisen.

III.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss können die am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde einlegen. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form einzulegen.

Knoll

Kriener

Dr. Nielsen