



# BUNDESPATENTGERICHT

24 W (pat) 505/12

---

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt  
zugestellt am  
21. August 2015

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Marke 30 2009 013 940**

hat der 24. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 9. Juni 2015 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Metternich sowie der Richter Heimen und Schmid

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

**Gründe**

**I.**

Die am 9. März 2009 angemeldete Wortbildmarke Nr. 30 2009 013 940



(Farbe: orange, blau, schwarz)

ist am 11. August 2009 eingetragen und am 11. September 2009 für folgende Waren und Dienstleistungen veröffentlicht worden:

Klasse 9: Datenverarbeitungsgeräte und Computer, Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton und Bild;

Klasse 37: Installationsarbeiten für EDV und medizinische Geräte;

Klasse 42: Entwurf und Entwicklung von Computerhardware und -software, EDV-Dienstleistungen, nämlich Nachrichten- und Bildübermittlung mittels Computer, Aktualisieren von Computersoftware, Aktualisierung (Update) von Software, Computerhard- und -softwareberatung, Design von Computersoftware, Dienstleistungen eines EDV-Programmierers, Erstellen von Programmen für die Datenverarbeitung sowie Erstellung von Computeranimationen.

Gegen diese Marke hat die Inhaberin der seit dem 2. Juli 2007 eingetragenen Wortmarke Nr. 307 26 181

### **MEDATIXX**

Widerspruch erhoben. Die Widerspruchsmarke genießt Schutz für folgende Waren und Dienstleistungen:

Klasse 9: Aus Datenverarbeitungsgeräten bestehende Systeme, auf Datenträgern aufgezeichnete Computerprogramme; vorgenannte Waren nicht betreffend Laborinformationssysteme und Pathologieinformationssysteme;

Klasse 35: Organisationsberatung, betriebswirtschaftliche Beratung; vorgenannte Dienstleistungen nicht betreffend Laborinformationssysteme und Pathologieinformationssysteme;

Klasse 42: Erstellen von Programmen für die Datenverarbeitung; vorgenannte Dienstleistungen nicht betreffend Laborinformationssysteme und Pathologieinformationssysteme.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat im Beschwerdeverfahren mit Schriftsatz vom 1. August 2014 die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke bestritten. Der Widersprechende hat daraufhin im Beschwerdeverfahren zur Glaubhaftmachung der Benutzung Unterlagen einschließlich eidesstattlicher Versicherungen eingereicht.

Mit Beschluss vom 24. November 2011 hat die mit einem Beamten des gehobenen Dienstes besetzte Markenstelle für Klasse 42 den Widerspruch zurückgewiesen. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass nach der damals maßgeblichen Registerlage auch bei Identität der Waren und Dienstleistungen die angegriffene Marke den erforderlichen Abstand zur Widerspruchsmarke in jeder Hinsicht einhalte. Hinsichtlich Bedeutung und Schriftbild bestehe keine Ähnlichkeit, auch in klanglicher Hinsicht seien die Wortbestandteile ausreichend voneinander entfernt. Die angegriffene Marke werde „me-diks“ ausgesprochen, die WS-Marke hingegen „me-da-tiks“. Die zusätzliche Silbe mit dem Vokal „a“ in der Widerspruchsmarke führe zu einem ausreichend anderen Klangbild.

Dagegen wendet sich die Widersprechende mit ihrer Beschwerde.

Sie ist der Auffassung, dass sie die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke aufgrund der im Beschwerdeverfahren eingereichten Benutzungsunterlagen, insbesondere der eidesstattlichen Versicherung ihres Geschäftsführers N... vom 4. November 2014 und der weiteren Unterlagen, glaubhaft gemacht habe. Ferner sei der Zeichenabstand bei identischen und sehr ähnlichen Waren und Dienstleistungen und durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke nicht ausreichend, um eine Verwechslungsgefahr auszuschließen. Beide Parteien seien zudem auf dem Gebiet der Medizintechnik tätig, auf dem der angesprochene Verkehr an die Bezeichnung „med“ gewöhnt sei. Der Wortbestandteil der angegriffenen Marke könne daher naheliegend als „med-diks“ ausgesprochen werden, die Widerspruchsmarke werde eher „med-a-tiks“ ausgesprochen als „me-da-tiks“.

Die klanglichen Endungen „diks“ und „tiks“ seien sehr ähnlich, auch aufgrund des klangstarken Buchstabens „x“ am Wortende, während der Buchstabe „a“ in der Wortmitte nicht besonders ins Gewicht falle.

Nach Schluss der mündlichen Verhandlung vom 9. Juni 2015 hat die Widersprechende mit Schriftsatz vom 10. Juni 2015 eine weitere eidesstattliche Versicherung des N... vom gleichen Tag überreicht und dazu vorgetragen, die Widerspruchsmarke werde u. a. für auf Datenträgern gespeicherte Software, die nicht für auf dem Gebiet Laborinformationssysteme oder Pathologieinformationssysteme tätige Kunden bestimmt sei, in ausreichendem Umfang verwendet.

Die Widersprechende hat beantragt,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 24. November 2011 aufzuheben und wegen des Widerspruchs aus der Marke 307 26 181 die Löschung der angegriffenen Marke 30 2009 013 940 anzuordnen.

Die Markeninhaberin hat beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen und der Widersprechenden die Kosten aufzuerlegen.

Die Markeninhaberin ist der Auffassung, die von der Widersprechenden eingereichten Unterlagen seien nicht geeignet, die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke glaubhaft zu machen, insbesondere mangels einer Zuordnung von Umsatzzahlen zu konkreten Waren und Dienstleistungen. Ferner bestehe auch in klanglicher Hinsicht keine relevante Ähnlichkeit, schon deshalb, weil die Silbenanzahl mit zwei bzw. drei Silben unterschiedlich sei. Auch die Vokalfolge „e-a-i“ bzw. „e-i“ weiche deutlich ab. Zudem werde der Buchstabe „e“ in der Marke

kurz ausgesprochen, in der Widerspruchsmarke aber lang und der zusätzliche Vokal „a“ in der Wortmitte verleihe der Widerspruchsmarke ein anderes Klangbild. Die Markeninhaberin hat die nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichte eidesstattliche Versicherung sowie den entsprechenden Vortrag der Widersprechenden als verspätet gerügt und vertritt dazu die Auffassung, auch der neue Vortrag könne eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke für Waren bzw. Dienstleistungen, für die die Widerspruchsmarke eingetragen sei, nicht glaubhaft machen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten verwiesen.

## II.

Die zulässige, insbesondere nach §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 S. 1 MarkenG statthafte Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg, da die Widersprechende auf die von der Markeninhaberin erhobene Einrede der Nichtbenutzung der Widerspruchsmarke deren rechtserhaltende Benutzung nicht glaubhaft machen konnte, § 43 Abs. 1 MarkenG.

1. Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat mit ihrem am 4. August 2014 beim Gericht eingegangenen Schriftsatz vom 1. August 2014 die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke bestritten. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Einrede der Nichtbenutzung liegen hier allerdings nur hinsichtlich des Zeitraums gemäß § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG vor.

a) Soweit die Inhaberin der angegriffenen Marke weiter vorträgt, sie habe bereits mit Schriftsatz vom 25. Februar 2011 im patentamtlichen Verfahren die Benutzung der Widerspruchsmarke bestritten, enthalten die patentamtlichen Akten einen solchen Schriftsatz nicht, eine solche Erklärung kann auch den sonstigen Schriftsätzen der Inhaberin der angegriffenen Marke im patentamtlichen Verfahren nicht entnom-

men werden. Das Bestreiten der Benutzung der Widerspruchsmarke gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG wäre auch rechtlich unerheblich gewesen, nachdem die fünfjährige Benutzungsschonfrist der Widerspruchsmarke, die mit ihrer Eintragung am 2. Juli 2007 zu laufen begonnen hat, erst nach der am 11. September 2009 erfolgten Veröffentlichung der Eintragung der angegriffenen Marke und nach dem Erlass des angefochtenen Beschlusses am 24. November 2011, nämlich am 2. Juli 2012 abgelaufen ist.

b) Da die Inhaberin der angegriffenen Marke die Nichtbenutzungseinrede wirksam nur gemäß § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG erhoben hat, oblag es der Widersprechenden glaubhaft zu machen, dass ihre Widerspruchsmarke innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Entscheidung über den Widerspruch im Beschwerdeverfahren, also vom 9. Juni 2010 bis 9. Juni 2015, gemäß § 26 MarkenG benutzt worden ist.

aa) Die Einrede der Nichtbenutzung war auch nicht als verspätet zurückzuweisen, schon weil es an einer entsprechenden Fristsetzung des Senates fehlt und es sich um die erste mündliche Verhandlung handelte (§ 82 MarkenG i. V. m. §§ 282, 296 Abs. 2 ZPO).

bb) Es oblag daher der Widersprechenden die rechtserhaltende Benutzung ihrer Widerspruchsmarke, also eine wirtschaftlich relevante Verwendung der Widerspruchsmarke zur Kennzeichnung von Waren und Dienstleistungen im Wettbewerb im vorgenannten Zeitraum glaubhaft zu machen.

Die Glaubhaftmachung der Benutzung der Widerspruchsmarke setzt keinen Vollbeweis voraus, sondern es genügt, wenn sich aus den hinsichtlich der Benutzung vorgelegten Unterlagen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit der Benutzung der betreffenden Marke ergibt, wobei auch eine eidesstattliche Versicherung als Glaubhaftmachungsmittel zulässig ist (§§ 43 Abs. 1, 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG i. V. m. § 294 Abs. 1 ZPO; vgl. auch Ströbele/Hacker, Markengesetz, 11. Aufl., § 43, Rn. 59). Außerdem können auch sonstige Unterlagen, wie z. B. Preislisten, Prospekte, Etiketten, Rechnungskopien usw. insbesondere zur Ergänzung und

Verdeutlichung einer eidesstattlichen Versicherung dienen (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 11. Aufl., § 43, Rdn. 74). Es ist aber auch zu berücksichtigen, dass die Frage der Benutzung einer Widerspruchsmarke nicht dem im markenrechtlichen Verfahren ansonsten geltenden Amtsermittlungsgrundsatz (vgl. § 59 Abs. 1 MarkenG für das patentamtliche Verfahren, § 73 Abs. 1 MarkenG für das Beschwerdeverfahren) unterliegt, sondern dem Beibringungs- und Verhandlungsgrundsatz (BGH GRUR 1998, 938, III. 4. – DRAGON; BGH GRUR 2006, 152, Tz. 19 - GALLUP). Ist die Benutzungslage nicht im Einzelfall amts- oder gerichtsbekannt, muss sie durch präzise, glaubhafte Mittel belegt sein (vgl. BGH, GRUR 2006, 859, Tz. 33 - Malteserkreuz). Es obliegt daher der Widersprechenden, alle zur Beurteilung der Benutzungslage erforderlichen tatsächlichen Umstände insbesondere nach Art, Zeit, Ort und Umfang darzulegen und glaubhaft zu machen, wobei die eidesstattliche Versicherung hinsichtlich Umfang, Zeit und Ort der Benutzung besondere Bedeutung hat (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 11. Aufl., § 43, Rn. 76). Zudem ergibt sich aus § 43 Abs. 1 Satz 3 MarkenG zwingend, dass nur eine auf eine konkrete Einzelware bzw. -dienstleistung bezogene Glaubhaftmachung eine Bestimmung der eingetragenen Waren bzw. Dienstleistungen zulässt, für die eine Benutzung der (jeweiligen) Widerspruchsmarke anzuerkennen ist (vgl. BPatG GRUR 2000, 900 – Neuro-Vibolex). Insbesondere folgt hieraus, dass Umsatzzahlen nur dann den Umfang einer Markenbenutzung belegen können, wenn sie konkreten Waren und/oder Dienstleistungen sicher zugeordnet werden können, was eine entsprechende Aufschlüsselung insbesondere von Umsatzzahlen voraussetzt. Diesen Voraussetzungen werden die von der Widersprechenden vorliegend eingereichten Benutzungsunterlagen nicht gerecht. Denn diese Unterlagen, insbesondere die eidesstattliche Versicherung des N..., dem Geschäftsführer der Widersprechenden, vom 4. November 2014, lassen eine Zuordnung von im Inland erzielten Umsätzen zu konkreten Waren im vorgenannten Sinne nicht zu. Zwar kann in einer eidesstattlichen Versicherung zum Zwecke der Glaubhaftmachung von Benutzungstatsachen auf Anlagen verwiesen werden (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 11. Aufl., § 43, Rn. 81), wie dies in der eidesstattli-



chen Versicherung vom 4. November 2014 auch erfolgt ist. Doch genügen diese eidesstattliche Versicherung und deren Anlagen auch in einer Gesamtschau den vorgenannten Anforderungen an eine Glaubhaftmachung der rechtserhaltenden Benutzung im konkreten Waren- und Dienstleistungszusammenhang nicht.

Zwar nennt Ziff. 4 dieser ersten eidesstattlichen Versicherung Umsatzzahlen („jährlich mehr als ... Euro“) und Werbeaufwendungen, diese aber lediglich kumuliert für von der Widersprechenden vertriebene Produkte und für von ihr erbrachte Dienstleistungen. Diese Zahlen sind ferner nicht nach Benutzungsgebieten aufgeschlüsselt, obwohl sich aus Ziff. 3 der eidesstattlichen Versicherung ergibt, dass die Produkte und Dienstleistungen der Widersprechenden „insbesondere“ und damit nicht ausschließlich in Deutschland erbracht werden. Eine Zuordnung dieser Umsatzzahlen zu den einzelnen, in Ziff. 4 der eidesstattlichen Versicherung genannten Waren und Dienstleistungen („Computersoftware, auf Datenträgern aufgezeichnet und herunterladbar, Computerhardware; Erstellen von Computersoftware, Beratungsdienstleistungen“) lässt die eidesstattliche Versicherung ebenfalls nicht zu, da eine Aufschlüsselung insoweit noch nicht einmal ansatzweise erfolgt ist.

Zwar wird in Ziff. 2 der ersten eidesstattlichen Versicherung in Bezug auf die von der Widersprechenden angebotenen bzw. erbrachten Waren und Dienstleistungen ausgeführt, dass die Widersprechende „Software-Produkte sowie Angebote im Bereich von Schule/Akademie“ entwickelt, diese für niedergelassene Ärzte, medizinische Versorgungszentren und Ambulanzen „vermarktet“ und sie ferner „Leistungen“ für ihre Tochterunternehmen „in Form von Dienstleistungen im Softwareproduktions-, Service-, Vertriebs-, Marketing und Verwaltungsbereich“ erbringt und ferner „Waren in diesem Zusammenhang“ vertreibt. Diese Ausführungen sind für die Glaubhaftmachung einer rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke unbehelflich, denn zum einen ist auch insoweit noch einmal ansatzweise eine Aufschlüsselung der in der eidesstattlichen Versicherung enthaltenen Umsatzzahlen ersichtlich und zum anderen sind die genannten Leistungen derart unspezifiziert, dass sie eine Subsumtion unter die im Waren- und Dienst-

Leistungsverzeichnis der Widerspruchsmarke genannten Waren und Dienstleistungen nicht ermöglichen.

Soweit in Ziff. 4 der eidesstattlichen Versicherung vom 4. November 2014 auf Anlagen 1, 2 und 3 Bezug genommen bzw. verwiesen wird, ermöglichen auch diese Anlagen eine Zuordnung von Umsätzen zu konkreten Waren und/oder Dienstleistungen für die Zwecke der Glaubhaftmachung der rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke nicht. Anlage 1 enthält Blanko-Briefbögen mit der Angabe „medatixx“, weist aber keinerlei konkreten Waren- und/oder Dienstleistungsbezug auf und könnte daher allenfalls die Art der Verwendung belegen. Anlage 2 betrifft Rechnungen, die sich durchwegs auf ein Produkt „Philips SpeechMike III“ beziehen, ohne dies näher zu spezifizieren. Selbst wenn man zugunsten der Widersprechenden unterstellt, dass dieses Produkt unter die Ware „aus Datenverarbeitungsgeräten bestehende Systeme“, für die die Widerspruchsmarke registriert ist, überhaupt subsumiert werden kann (was bereits fraglich erscheint), so fehlen insoweit doch Unterlagen über die Benutzung der Widerspruchsmarke im konkreten Zusammenhang mit diesem Produkt (z. B. auf der Ware selbst oder auf Verpackungen).

Die Anlage 3 zur eidesstattlichen Versicherung umfasst insgesamt 20 Rechnungen, die aus dem Zeitraum 2. Juni – 30. September 2014 datieren und sich auf eine „medatixx-Praxissoftware“ beziehen, bei der es sich aber nach den Angaben in der eidesstattlichen Versicherung selbst gerade nicht um ein „auf Datenträgern aufgezeichnetes Computerprogramm“ handelt, sondern um eine, vom Warenverzeichnis nicht umfasste herunterladbare Software. Doch selbst dann, wenn man zugunsten der Widersprechenden unterstellt, dass diese nach den Ausführungen der Widersprechenden in der mündlichen Verhandlung ausschließlich zum Herunterladen angebotene Software noch unter die eingetragene Ware „auf Datenträgern aufgezeichnete Computerprogramme“ subsumiert werden kann, lassen auch diese Unterlagen keinen hinreichenden Schluss auf eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke in diesem Warenezusammenhang zu. Denn die vorgelegten, an insgesamt acht inländische Adressaten gerichteten

20 Rechnungen mit einem Gesamtbetrag von ca. 712 €, genügen vom Umfang auch bei der erforderlichen Gesamtbetrachtung für die Bejahung einer rechtserhaltenden Benutzung nicht.

Schließlich ist nicht ersichtlich, dass es sich bei der vorgenannten Praxissoftware um ein Computerprogramm – entsprechend der ausdrücklichen Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses der Widerspruchsmarke – „nicht betreffend Laborinformationssysteme und Pathologieinformationssysteme“ handelt. Umsätze für Waren und/oder Dienstleistungen, die vom Schutz für eine Marke ausdrücklich ausgenommen sind, können eine rechtserhaltende Benutzung dieser Marke nicht stützen. Bei einer „Praxissoftware“ für den medizinischen Bereich ist es jedoch nicht ausgeschlossen, sondern eher naheliegend, dass neben einer betriebswirtschaftlichen insbesondere abrechnungstechnischen und einer ausschließlichen für den Betrieb der jeweiligen Praxis bezogenen Verwaltung von Patientendaten auch eine Verarbeitung und Verwaltung von Daten in Zusammenhang mit Laboraufträgen einschl. z. B. Probenverwaltung und Archivierung von Untersuchungsmethoden und –ergebnissen stattfindet. Eine Darlegung von Tatsachen, dass die in den Benutzungsunterlagen der Widersprechenden genannte Praxissoftware weder Laborinformationssysteme noch Pathologieinformationssysteme betrifft, ist jedoch nicht erfolgt. Vielmehr werden nach der von der Widersprechenden als Anlage B 12 zum Schriftsatz vom 28. November 2014 eingereichten Unterlage Produkte gerade auch im Zusammenhang mit Laborinformationssystemen beworben.

Soweit es schließlich um die im Dienstleistungsverzeichnis der Widerspruchsmarke enthaltenen Dienstleistungen „Organisationsberatung, betriebswirtschaftliche Beratung“ geht, genügen die in der Anlage 4 zur eidesstattlichen Versicherung enthaltenen Unterlagen – ein Screenshot des Internet-Auftritts der Widersprechenden betreffend Veranstaltungen zum Thema „Qualitätsmanagement“ mit der Bezeichnung „QM-Sorglospaket“ und zwei Rechnungen aus den Jahren betreffend ein „QM-Sorglospaket“ – nicht, um die vorgenannten Mängel der eidesstattli-

chen Versicherung in Bezug auf diese Dienstleistungen zu beheben, zumal diese Unterlagen aus sich heraus die Feststellung nicht ermöglichen, ob es sich insoweit um Leistungen handelt, die unter die Begriffe „Organisationsberatung, betriebswirtschaftliche Beratung“, welche üblicherweise vor Ort in Betrieben, die diese Beratungsleistungen in Anspruch nehmen und/oder an die Bedürfnisse des jeweiligen Kunden angepasst sind, ohne weiteres subsumiert werden können; es ist nach diesen Unterlagen, die auf an unterschiedliche Kunden gerichtete Veranstaltungen im Räumlichkeiten der Widersprechenden hindeuten, nicht ausgeschlossen, dass es sich hierbei in erster Linie um Lehr- und Ausbildungsmaßnahmen handeln könnte, die als „Veranstaltung von Seminaren“ anzusehen, der Klasse 41 zuzurechnen wären; solche Leistungen sind aber vom vorliegenden Dienstleistungsverzeichnis gar nicht umfasst.

In Ziff. 5 der eidesstattlichen Versicherung des Geschäftsführers der Widersprechenden vom 4. November 2014 werden Umsatzzahlen genannt, die die Tochterunternehmen D... GmbH (i. F. D...) und M...

... GmbH (i. F. M...) im Jahre 2012 erzielt haben, jeweils mit dem

Zusatz „mit deren Produkten/Dienstleistungen“. Eine Aufschlüsselung dieser Umsatzzahlen zu konkreten Waren und Dienstleistungen findet jedoch nicht statt. Zudem sind diese „Produkte und Dienstleistungen“ i. S. e. Zuordnung zu konkreten Waren und Dienstleistungen als solche nicht substantiiert dargelegt. In Ziff. 2 der ersten eidesstattlichen Versicherung heißt es dazu lediglich: „Leistungen werden ferner für die Tochterunternehmen D... und M... erbracht, in Form von Dienstleistungen im Softwareproduktions-, Service-, Vertriebs-, Marketing- und Verwaltungsbereich; es werden ferner Waren in diesem Zusammenhang vertrieben“. Zweifelhaft ist bereits, ob diese Dienstleistungen und Waren überhaupt den von D... und M... erzielten Umsätzen sicher zugerechnet werden können, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Widersprechende auch dann, wenn sie Leistungen „für“ die genannten Tochterunternehmen erbringt, insoweit auf eigene Rechnung tätig geworden ist, so dass hieraus resultierende Umsätze nicht den Tochterunternehmen, sondern der Widersprechenden selbst zurechnen wären. Aber selbst dann, wenn man davon ausgeht, die in Ziff. 2 Satz 2 der ersten

eidesstattlichen Versicherung genannten Dienstleistungen seien hinsichtlich der damit erzielten Umsätze den genannten Tochterunternehmen zuzurechnen, so sind die Dienstleistungen derart allgemein formuliert, dass schon eine Zuordnung zu den für die Widerspruchsmarke registrierten Dienstleistungen nicht mit hinreichender Sicherheit möglich ist, von einer Aufschlüsselung der entsprechenden Umsätze ganz zu schweigen. Ferner ist auch der Ort der Erbringung der Dienstleistungen nicht hinreichend definiert, da es in Ziff. 3 Satz 2 der eidesstattlichen Versicherung wiederum heißt, dass die Produkte und Dienstleistungen der Tochterunternehmen der Widersprechenden „insbesondere“ in Deutschland vertrieben bzw. erbracht werden. Die Anlage 5 zur eidesstattlichen Versicherung vom 4. November 2014 enthält wiederum nur Blanko-Briefbögen und kann zur Zuordnung allgemein bzw. kumulativ genannter Umsätze in Bezug auf konkrete Waren und/oder Dienstleistungen nichts beitragen. Die Anlage 6 enthält ein Konvolut von Rechnungen, die eine Vielzahl von Produkten und Leistungen betreffen, darunter zum einen Lieferungen von Hardware, die überwiegend von Drittherstellern (z. B. Philips, AVM, Fujitsu, Apple Brother) stammen und bei denen – abgesehen von der Frage, ob einzelne Hardwarekomponenten überhaupt unter den im Warenverzeichnis enthaltenen Begriff „aus Datenverarbeitungsgeräten bestehende Systeme“ subsumierbar ist – nicht ersichtlich ist und insoweit auch nichts vorgetragen wurde, dass diese Hardwareprodukte, die erfahrungsgemäß mit den Marken der Dritthersteller gekennzeichnet sind, etwa im Wege einer Mehrfachkennzeichnung mit der Widerspruchsmarke versehen worden sind. Zum anderen betreffen die vorgenannten Rechnungen vielfach Dienstleistungen aus dem Bereich der Softwarepflege und der (Fern-) Wartung, die jedoch unter die Dienstleistungen, für die die Widerspruchsmarke registriert ist, nicht subsumierbar sind. Nur eine einzige Rechnung aus der Anlage 6 zur eidesstattlichen Versicherung vom 4. November 2014 betrifft einen „medatixx Arbeitsplatz Standard“ mit einem Rechnungsbetrag i. H. v. 1.038,- € netto, wobei allerdings nicht ersichtlich ist, in welcher Form insoweit eine Kennzeichnung mit der Widerspruchsmarke stattgefunden hat. Auch die Anlage 7 zur ersten eidesstattlichen Versicherung besteht aus einem Rechnungskonvolut, welches in gleicher Weise wie die Anlage 6 im wesentlichen

Hardwareprodukte Dritter oder Wartungs- und Pflegeleistungen umfasst und daher ebenfalls nicht geeignet ist, i. V. m. der eidesstattlichen Versicherung vom 4. November 2014 die Benutzung der Widerspruchsmarke im einschlägigen Waren- und Dienstleistungszusammenhang zu belegen.

Soweit die Widersprechende mit Schriftsatz vom 28. November 2014 umfangreiche Anlagenkonvolute eingereicht hat, sind auch diese nicht geeignet, die vorgeannten Mängel hinsichtlich der Glaubhaftmachung der rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke zu beseitigen. Soweit nicht im Zusammenhang mit den o. g. Ausführungen zu der vorgelegten eidesstattlichen Versicherung vom 4. November 2014 erwähnt, handelt es sich um Unterlagen, auf die in dieser eidesstattlichen Versicherung des Geschäftsführers der Widersprechenden nicht Bezug genommen oder verwiesen wird. Es ist im Übrigen mit dem eingangs genannten und hier maßgebenden Bebringungsgrundsatz nicht vereinbar, dem Senat Konvolute von Unterlagen, auch von Rechnungen, ohne weitere Zuordnung zu einem konkreten Waren- und Dienstleistungszusammenhang und ohne Bezug zu einer als Mittel der Glaubhaftmachung eingereichten eidesstattlichen Versicherung vorzulegen; insbesondere ist es nicht Aufgabe des Senats, in den vorgelegten Konvoluten nach Unterlagen zu suchen, die die Mängel in einer eidesstattlichen Versicherung und den in der eidesstattlichen Versicherung konkret in Bezug genommenen Unterlagen beseitigen könnten. Andernfalls würden die der Widersprechenden obliegende Darlegungs- und Bebringungspflichten bezüglich der für die Glaubhaftmachung der Benutzung der Widerspruchsmarke erforderlichen Tatsachen letztlich aufgehoben.

Die mit Schriftsatz vom 22. April 2015 von der Widersprechenden eingereichten weiteren Benutzungsunterlagen sind ebenfalls nicht geeignet, die dargelegten Mängel der vorgenannten Benutzungsunterlagen zu überwinden. Zwar sind Abbildungen von Datenträgern für Computerprogramme bzw. deren Verpackungen eingereicht worden, die mit der Widerspruchsmarke „medatixx“ versehen waren. Dies kann allerdings lediglich zur Glaubhaftmachung in Bezug auf eine marken-

mäßige Verwendung der Widerspruchsmarke und die Form dieser Verwendung dienen. Die vorstehend genannten Mängel zum waren- und dienstleistungsbezogenen Umfang der Benutzung im Inland werden hierdurch nicht beseitigt.

c) Soweit die Widersprechende nach Schluss der mündlichen Verhandlung vom 9. Juni 2015 mit Schriftsatz vom 10. Juni 2015 eine zweite eidesstattliche Versicherung ihres Geschäftsführers N... vom gleichen Tage per Fax eingereicht hat, im Original nachgereicht mit Schriftsatz vom 15. Juni 2015, kann dieser Vortrag gemäß § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG i. V. m. § 296a ZPO nicht berücksichtigt werden. Die Einreichung von Schriftsätzen war der Widersprechenden nicht nach § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG i. V. m. § 139 Abs. 5 ZPO nachgelassen. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die zweite eidesstattliche Versicherung, wie die Widersprechende annimmt, ausschließlich den bereits von ihr in der mündlichen Verhandlung in das Verfahren eingeführten Tatsachenvortrag bestätigt, fehlt es insoweit an einer – rechtzeitigen – Glaubhaftmachung. Denn die maßgebliche Bedeutung der genannten zweiten eidesstattlichen Versicherung liegt gerade nicht in der Wiederholung des Vortrages zur Benutzung der Widerspruchsmarke, sondern in der erstmalig nach Schluss der mündlichen Verhandlung erfolgten - und deshalb verspäteten – Glaubhaftmachung des Sachvortrages. Sinn und Zweck dieser Verspätungsvorschriften ist gerade, dass nach Schluss der Verhandlung regelmäßig keine neuen Beweis- bzw. Glaubhaftmachungsmittel eingeführt werden können.

d) Es bestand auch kein Anlass, die mündliche Verhandlung auf den vorgenannten Vortrag der Widersprechenden hin gemäß § 76 Abs. 6 Satz 2 MarkenG wiederzueröffnen. Ein Fall des § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG i. V. m. §§ 156 Abs. 2 Nr. 1, 139 Abs. 5 ZPO ist nicht gegeben. Insbesondere waren gerichtliche Hinweise zu den o. g. Mängeln der Benutzungsunterlagen und deren Beseitigung schon deswegen nicht veranlasst, weil ein derartiger Hinweis zu einer Verlagerung der ausschließlich der Widersprechenden obliegenden Beibringung der zur Glaubhaftmachung der Benutzung der Widerspruchsmarke geeigneten Tatsachen

und Unterlagen zu Lasten der Markeninhaberin geführt hätte, was auch in Widerspruch zur Neutralitätspflicht des Gerichts gestanden hätte (vgl. BPatG GRUR 2000, 900 – Neuro-Vibolex; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 11. Aufl., § 43, Rn. 66, 67). Zudem hat die Markeninhaberin schriftsätzlich Mängel der Benutzungsunterlagen der Widersprechenden mehrfach gerügt, insbesondere auch, was die fehlende Zuordnung von Umsatzzahlen zu konkreten Waren und Dienstleistungen angeht (vgl. Schrifts. der Markeninhaberin vom 13. Januar 2015 und vom 5. Juni 2015), was ebenfalls gegen eine Verpflichtung des Gerichts zu weitergehenden Hinweisen spricht (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 11. Aufl., § 43, Rn. 68). Die Mitteilung der vorläufigen Rechtsauffassung des Senates bezogen auf die bereits von der Markeninhaberin gerügten Mängel der Benutzungsunterlagen im Rahmen der Erörterung in der mündlichen Verhandlung gab ebenfalls keinen Anlass der Widersprechenden eine Schriftsatzfrist zur Reaktion einzuräumen. Vielmehr musste die Widersprechende nach dem lange bekannten Vortrag der Markeninhaberin damit rechnen, dass der Senat diese für sie nachteilige Rechtsauffassung der Markeninhaberin teilt.

Auch nach § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG i. V. m. §§ 156 Abs. 2 Nr. 2, 579, 580 ZPO ist eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nicht veranlasst, zumal mangelhafte Benutzungsunterlagen, insbesondere eine ungenügende eidesstattliche Versicherung keine fälschlich angefertigten Urkunden i. S. d. § 580 Nr. 2 ZPO darstellen.

Die Widersprechende kann daher mangels Glaubhaftmachung der Benutzung keine Rechte aus ihrer Widerspruchsmarke gegenüber der angegriffenen Marke herleiten (§§ 43 Abs. 1 S. 3, 26 Abs. 1 MarkenG).

Ob die Widerspruchsmarke im Bereich der Praxissoftware, wie die Widersprechenden meint, über einen erhöhten Bekanntheitsgrad verfügt, kann deshalb dahin stehen.

Nach alledem war die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen.



2. Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, da weder eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung i. S. d. § 83 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG noch eine Zulassung der Rechtsbeschwerde zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherstellung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich war (§ 83 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG). Es entspricht, wie oben dargelegt, gefestigter Rechtsprechung, dass die Frage der Benutzung einer Widerspruchsmarke nicht dem im markenrechtlichen Verfahren ansonsten geltenden Amtsermittlungsgrundsatz unterliegt, sondern dem Beibringungs- und Verhandlungsgrundsatz. Das gleiche gilt auch für das Erfordernis der Darlegung und Glaubhaftmachung aller zur Beurteilung der Benutzungslage erforderlichen tatsächlichen Umstände insbesondere nach Art, Zeit, Ort und Umfang und dass nur eine auf eine konkrete Einzelware bzw. -dienstleistung bezogene Glaubhaftmachung eine Bestimmung der eingetragenen Waren bzw. Dienstleistungen zulässt, für die eine Benutzung der (jeweiligen) Widerspruchsmarke anzuerkennen ist. Bei der Frage, ob die vorgelegten Unterlagen für eine Glaubhaftmachung im Einzelfall ausreichen, handelt es sich im Übrigen um eine sachliche Würdigung. Dies gilt insbesondere für die Beurteilung der Aussagekraft einer eidesstattlichen Versicherung in Bezug auf Ort, Umfang und konkreten Waren- und Dienstleistungsbezug der behaupteten Markenbenutzung.

3. Eine Auferlegung von Kosten ist nicht veranlasst (§ 71 Abs. 1 MarkenG). Es entspricht insbesondere nicht der Billigkeit, der unterliegenden Widersprechenden allein deshalb die Kosten aufzuerlegen, weil sie letztlich erfolglos versuchte, die rechterhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke glaubhaft zu machen (vgl. Ströbele/ Hacker MarkenG, 11. Aufl., § 71 Rn 16).

### III.

#### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Beschluss steht den am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. 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 einzulegen.

Metternich

Heimen

Schmid

Bb