



BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 24/15

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2011 069 729

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 3. Mai 2018 durch die Vorsitzende Richterin Klante, den Richter Paetzold sowie die Richterin Lachenmayr-Nikolaou

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die am 28. Dezember 2011 angemeldete Wortmarke

Aquanario

ist am 8. Juni 2012 unter der Nr. 30 2011 069 729 für die nachfolgend genannten Waren der Klassen 16 und 25 und Dienstleistungen der Klasse 41 in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Markenregister eingetragen worden:

Klasse 16: Papier, Pappe, Druckereierzeugnisse;

Klasse 25: Bekleidungsstücke, Kopfbedeckungen;

Klasse 41: sportliche und kulturelle Aktivitäten.

Die Veröffentlichung erfolgte am 13. Juli 2012.

Gegen diese Marke hat die Inhaberin der am 26. April 2011 unter der Nr. 30 2010 075 238 eingetragenen Wortmarke

AQUANURA

am 11. Oktober 2012 zunächst vollumfänglich Widerspruch erhoben, diesen jedoch in der mündlichen Verhandlung vom 27. April 2017 auf die Dienstleistungen der Klasse 41 der angegriffenen Marke beschränkt. Die Widerspruchsmarke genießt ihrerseits Schutz für die nachfolgend genannten Waren der Klassen 9, 16, 25, 28 und 32 sowie Dienstleistungen der Klassen 41 und 43:

Klasse 09: wissenschaftliche, Schifffahrts-, Vermessungs-, fotografische, Film-, optische, Wäge-, Mess-, Signal-, Kontroll-, Rettungs- und Unterrichtsapparate und -instrumente; Apparate und Instrumente zum Leiten, Schalten, Umwandeln, Speichern, Regeln und Kontrollieren von Elektrizität; Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton und Bild; Magnetaufzeichnungsträger, Schallplatten; Verkaufsautomaten und Mechaniken für geldbetätigte Apparate; Datenverarbeitungsgeräte und Computer; Software; Software in Form von Internetseiten;

Klasse 16: Papier, Pappe (Karton) und Waren aus diesen Materialien, soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind; Druckereierzeugnisse; Buchbinderartikel; Fotografien; Schreibwaren; Klebstoffe für Papier- und Schreibwaren oder für Haushaltszwecke; Künstlerbedarfsartikel; Pinsel; Schreibmaschinen und Büroartikel (ausgenommen Möbel); Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate); Verpackungsmaterial aus Kunststoff, soweit es nicht in anderen Klassen enthalten ist; Drucklettern; Druckstöcke;

Klasse 18: Leder und Lederimitationen sowie Waren daraus, soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind; Häute und Felle; Reise- und Hand-

koffer; Regenschirme, Sonnenschirme und Spazierstöcke; Peitschen, Pferdegeschirre und Sattlerwaren;

Klasse 25: Bekleidungsstücke, Schuhwaren, Kopfbedeckungen;

Klasse 28: Achterbahnen und andere Karussells und Fahrgeschäfte für Freizeitparks und Jahrmärkte;

Klasse 32: Bier; Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere nicht-alkoholische Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken;

Klasse 41: Dienstleistungen bezüglich Freizeitgestaltung, Vergnügungsdienstleistungen; Unterhaltung; Unterhaltung in Freizeitparks und/oder Themenparks; Freizeitparks, nämlich Bereitstellen von Objekten der Freizeitgestaltung in Freizeitparks und auf Jahrmärkten; Organisation und Durchführung von musikalischen und Sportveranstaltungen und –aufführungen; Produktion von Theateraufführungen, Musicals und anderen kulturellen Aktivitäten;

Klasse 43: Dienstleistungen der Verpflegung von Gästen mit Nahrung und Getränken; zeitweilige Beherbergung.

Mit Beschluss vom 9. Dezember 2013, den Beteiligten zugestellt am 20. Dezember 2013, hat das DPMA, Markenstelle für Klasse 41, auf den Widerspruch zunächst die Löschung der angegriffenen Marke 30 2011 069 729 verfügt.

Auf die Erinnerung des Inhabers der angegriffenen Marke vom 10. Januar 2013 hin hat das DPMA, Markenstelle für Klasse 41, mit Beschluss vom 25. März 2015 den Erstbeschluss in der Hauptsache aufgehoben und den Widerspruch aus der Marke DE 30 2010 075 238 zurückgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt, dass die angegriffene Marke – ausgehend von identischen Waren und Dienstleistungen sowie durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke – den erforderlichen sehr deutlichen Abstand zur Widerspruchsmarke noch einhalte.

Gegen den ihr am 2. April 2015 zugestellten Beschluss wendet sich die Widersprechende mit ihrer am 28. April 2015 erhobenen Beschwerde.

Sie ist der Ansicht, eine Verwechslungsgefahr i. S. v. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG sei zu bejahen.

Auf die Nichtbenutzungseinrede des Beschwerdegegners hat die Beschwerdeführerin vorgetragen, dass die Widerspruchsmarke benutzt werde insbesondere in der vorliegend relevanten Klasse 41 für „Dienstleistungen bezüglich Freizeitgestaltung, Vergnügungsdienstleistungen; Unterhaltung; Unterhaltung in Freizeitparks und/oder Themenparks; Freizeitparks, nämlich Bereitstellen von Objekten der Freizeitgestaltung in Freizeitparks und auf Jahrmärkten; Organisation und Durchführung von musikalischen und Sportveranstaltungen und -aufführungen; Produktion von Theateraufführungen, Musicals und anderen kulturellen Aktivitäten“. Die Bezeichnung „AQUANURA“ werde seit dem 18. April 2011 u. a. als Hinweis und Name für eine spektakuläre Wassershow im Sport- und Freizeitpark E... in den N... verwendet. Die Webseite der Beschwerdeführerin enthalte für das Publikum in Deutschland eine detaillierte deutschsprachige Beschreibung dieser Wassershow. Der Sport- und Freizeitpark E... werde in erheblichem Umfang von Besuchern aus Deutschland genutzt und sei insbesondere in Nordrhein-Westfalen sehr bekannt. In den Jahren 2013 und 2014 hätten jeweils mindestens 100.000 Besucher aus Deutschland den Park und damit die Wassershow „AQUANURA“ besucht, im Jahr 2012 seien es mindestens 90.000 und im Jahr 2011 mindestens 65.000 Besucher aus Deutschland gewesen. Die Beschwerdeführerin unternehme erhebliche Werbemaßnahmen gegenüber dem deutschen Publikum. U. a. seien Gutscheine in Tankstellen verteilt, ein Gewinnspiel in Zusammenarbeit mit K... veranstaltet und eine erhebliche Anzahl von Eintrittskarten an Besucher aus Deutschland über den deutschen Automobilclub A... sowie über an das deutsche Publikum gerichtete Online-Plattformen vertrieben worden. Zur Glaubhaftmachung der rechtserhaltenden Benutzung hat die Beschwerdeführerin eine eidesstattliche Versicherung des Leiters ihrer Rechtsabteilung vom 15. Juli 2017 sowie eine Vielzahl weiterer Unterlagen vorgelegt, auf die ergänzend Bezug genommen wird.

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass es den Anforderungen an eine rechtserhaltende Benutzung genüge, wenn eine im Ausland erbrachte Dienstleistung im Inland angeboten und beworben werde. Dies ergebe sich auch aus einem Analogieschluss zu § 26 Abs. 4 MarkenG sowie aus der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV. In diesem Zusammenhang seien auch die Besonderheiten einer Dienstleistungsmarke zu berücksichtigen, bei der – anders als bei Warenmarken, bei denen eine körperliche Verbindung zwischen Ware und Marke möglich sei, – beispielsweise auch eine Verwendung der Marke auf Gegenständen, die im Zusammenhang mit der Erbringung der Dienstleistung zum Einsatz kämen (beispielsweise Werbematerialien), als rechtserhaltende Benutzung anzusehen sei.

Die Widersprechende und Beschwerdeführerin beantragt sinngemäß,

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts, Markenstelle für Klasse 41, vom 25. März 2015 aufzuheben, soweit der Widerspruch hinsichtlich der Dienstleistungen „sportliche und kulturelle Aktivitäten“ in Klasse 41 zurückgewiesen worden ist, und auf den Widerspruch aus der Marke DE 30 2010 075 238 die Löschung der Marke DE 30 2011 069 729 hinsichtlich dieser Dienstleistungen anzuordnen.

Der Markeninhaber und Beschwerdegegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er ist der Ansicht, die angegriffene Marke halte einen ausreichenden Abstand zur Widerspruchsmarke ein.

Der Beschwerdegegner hat zudem die Nichtbenutzung der Widerspruchsmarke gerügt. Er ist der Auffassung, dass die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Unterlagen eine ernsthafte Benutzung im Inland nicht belegen könnten. Die bloße Vorlage von Werbemitteln für eine Dienstleistung, die im Inland gar nicht erbracht

werde, sei keine rechtserhaltende Benutzung im Inland. Ein Teil der vorgelegten Unterlagen sei bereits deswegen nicht zu berücksichtigen, weil diese vollumfänglich oder überwiegend in niederländischer Sprache verfasst seien und sich nicht an den deutschen Verkehr richten würden. Zudem werde eine Wassershow „AQUANURA“ in vielen der vorgelegten Unterlagen nicht oder nur am Rande genannt. Ein Pressebericht mit Angaben zu den Werbebemühungen stelle selber keine markenmäßige Benutzung der dort genannten Wassershow „AQUANURA“ dar.

Auch aus der vorgelegten eidesstattlichen Versicherung, die in vielen Punkten unglaubwürdig sei, ergebe sich keine rechtserhaltende Benutzung des Zeichens AQUANURA für die vorliegend relevanten Dienstleistungen; vielmehr werde die Bezeichnung „AQUANURA“ ausweislich der Erklärung nur als „Name der Springbrunnenanlage“ versichert. Soweit Besucherzahlen versichert seien, bezögen sich diese auf den Park als solchen, so dass nicht klar sei, welche Besucher eine Wassershow mit der Bezeichnung „AQUANURA“ wahrgenommen haben sollten. Eine tatsächliche Grundlage für die Schätzungen der Besucherzahlen sei nicht ersichtlich.

Die allenfalls marginale Nennung der Wassershow „AQUANURA“ in den vorgelegten Unterlagen vermöge mit Blick auf das angegebene Werbebudget und die jährlichen Besucherzahlen von mehr als 3,5 Millionen keine ernsthafte Benutzung darzustellen. Der Gesamtumsatz der Beschwerdeführerin dürfte sich auf deutlich über ... Euro belaufen; im Vergleich zu diesem erheblichen Umsatz seien die behaupteten Nutzungshandlungen nicht als ernsthaft anzusehen. Zudem werde mit Nichtwissen bestritten, dass die von der Beschwerdeführerin behauptete Benutzung der Bezeichnung durch Dritte mit Zustimmung der Beschwerdeführerin erfolgt sei. Schließlich habe die Beschwerdeführerin nicht glaubhaft gemacht, dass die einzelnen Benutzungshandlungen nicht nur singulär, sondern über einen längeren Zeitraum erfolgt seien und somit davon auszugehen sei, dass die Marke – wie für eine ernsthafte Benutzung zu fordern – tatsächlich, stetig und mit stabilem Erscheinungsbild auf dem Markt präsent sei.

Auf die Rüge der Nichtbenutzung durch den Beschwerdegegner in der mündlichen Verhandlung vom 27. April 2017 hat die Beschwerdeführerin die Verspätung der Nichtbenutzungseinrede gerügt und ihren Widerspruch auf die Dienstleistungen der Klasse 41 beschränkt. Sodann ist mit Einverständnis der Beteiligten ein Übergang ins schriftliche Verfahren erfolgt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Beschlüsse des DPMA, die Schriftsätze der Beteiligten und den übrigen Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige, insbesondere gem. § 66 Abs. 1 MarkenG statthafte und gem. § 66 Abs. 2 MarkenG fristgerecht eingelegte Beschwerde hat in der Sache bereits deswegen keinen Erfolg, weil die Beschwerdeführerin auf die vom Beschwerdegegner erhobene Nichtbenutzungseinrede die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke im Inland hinsichtlich der Dienstleistungen Klasse 41 nicht ausreichend glaubhaft gemacht hat.

Im Hinblick auf die Beschränkung des Widerspruchs auf die Dienstleistungen der Klasse 41 der angegriffenen Marke in der mündlichen Verhandlung hat sich das Beschwerdeverfahren im Übrigen erledigt, so dass es auch bei der Eintragung der angegriffenen Marke auch in den Klassen 16 und 25 verbleibt. Eine ausdrückliche Feststellung der Erledigung des Beschwerdeverfahrens oder der Wirkungslosigkeit der ergangenen Beschlüsse des DPMA wurde von den Beteiligten nicht beantragt. Daher bedarf es vorliegend nicht der Entscheidung, inwieweit für derartige Feststellungen ein Feststellungsinteresse anzunehmen wäre (vgl. zu der Problematik Knoll in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl. 2018, § 82 Rn. 31 ff.).

1. Der Beschwerdegegner hat in der mündlichen Verhandlung vom 27. April 2017 die Einrede mangelnder Benutzung der Widerspruchsmarke erhoben.

Zu diesem Zeitpunkt war die am 26. April 2011 eingetragene Widerspruchsmarke nicht mehr in der Benutzungsschonfrist, so dass die Einrede zulässig ist.

2. Die Einrede der Nichtbenutzung war auch nicht als verspätet zurückzuweisen. Da den Beteiligten nicht durch richterliche Anordnung aufgegeben worden war, die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze oder durch zu Protokoll der Geschäftsstelle abzugebende Erklärungen nach § 129 Abs. 2 ZPO vorzubereiten, kommt eine Anwendung von § 82 Abs. 1 S. 1 MarkenG i. V. m. §§ 282 Abs. 2, 296 Abs. 2 ZPO im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht in Betracht (BGH, GRUR 2010, 859, 2. Leitsatz – Malteserkreuz III).

Zudem hat die Beschwerdeführerin die Einrede der Nichtbenutzung erhoben, nachdem der Senat in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll erklärt hatte, von seiner zuvor im schriftlichen Hinweis erteilten Rechtsauffassung insoweit abzuweichen, als eine schriftliche Verwechslungsgefahr doch in Betracht kommen könnte. Vor diesem Hintergrund wäre fraglich, ob – selbst wenn eine Fristsetzung erfolgt wäre und die Vorschriften zur Zurückweisung verspäteten Vorbringens anwendbar wären – der Beschwerdeführerin der Vorwurf „grober Nachlässigkeit“ i. S. v. § 296 Abs. 2 ZPO hätte gemacht werden können bzw. inwieweit sich dieser Aspekt auf das Ergebnis der Ermessensentscheidung des Senats im Rahmen des § 296 Abs. 2 ZPO ausgewirkt hätte.

3. Da die Widerspruchsmarke zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Eintragung der jüngeren Marke am 13. Juli 2012 noch nicht fünf Jahre im Markenregister eingetragen war, betrifft die Einrede nicht den Benutzungszeitraum nach § 43 Abs. 1 S. 1 MarkenG. Vielmehr oblag es der Widerspre-

chenden lediglich, die rechtserhaltende Benutzung nach § 26 MarkenG für den gem. § 43 Abs. 1 S. 2 MarkenG relevanten Zeitraum der letzten fünf Jahre vor der Entscheidung über den Widerspruch glaubhaft zu machen, demnach der letzten fünf Jahre vor der vorliegenden Entscheidung (3. Mai 2013 bis 3. Mai 2018). Da der Senat im Einvernehmen mit den Beteiligten ins schriftliche Verfahren übergegangen ist, ist demgegenüber nicht auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 27. April 2017, sondern auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung abzustellen.

4. Die Widersprechende hat nicht ausreichend dargelegt und glaubhaft gemacht, dass sie die Widerspruchsmarke für die hier relevanten Dienstleistungen der Klasse 41 im vorgenannten Zeitraum im Inland ernsthaft benutzt hat.

a) Die Widersprechende hat eine Benutzung der Widerspruchsmarke AQUANURA für die Dienstleistungen der Klasse 41 „Dienstleistungen bezüglich Freizeitgestaltung, Vergnügungsdienstleistungen; Unterhaltung; Unterhaltung in Freizeitparks und/oder Themenparks; Freizeitparks, nämlich Bereitstellen von Objekten der Freizeitgestaltung in Freizeitparks und auf Jahrmärkten; Organisation und Durchführung von musikalischen und Sportveranstaltungen und -aufführungen; Produktion von Theateraufführungen, Musicals und anderen kulturellen Aktivitäten“ behauptet.

Die von ihr vorgetragene Durchführung einer – mit Musik unterlegten und mit Lichteffekten gestalteten – Wassershow „AQUANURA“ fällt dabei unter die vorgenannten Dienstleistungen der Klasse 41 wie beispielsweise „Dienstleistungen bezüglich Freizeitgestaltung, Vergnügungsdienstleistungen“, „Unterhaltung in Freizeitparks“ oder „Durchführung von musikalischen Aufführungen“.

- b) Es fehlt jedoch an einer ausreichenden Darlegung und Glaubhaftmachung der ernsthaften Benutzung der Widerspruchsmarke durch die Widersprechende für diese Dienstleistungen im Inland.

Die gem. § 43 Abs. 1 MarkenG erforderliche Glaubhaftmachung i. S. v. § 294 ZPO muss dabei – anders als der Vollbeweis – nicht zur vollen Überzeugung des Gerichts führen. Vielmehr genügt es, wenn sich aus den vorgelegten Glaubhaftmachungsmitteln eine überwiegende Wahrscheinlichkeit der rechtserhaltenden Benutzung ergibt, welche die Möglichkeit des Gegenteils nicht ausschließen muss (vgl. Ströbele in: Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 43 Rn. 54).

Als Mittel zur Glaubhaftmachung kommen gem. § 294 Abs. 1 ZPO alle (präsenten) Beweismittel einschließlich der eidesstattlichen Versicherung in Betracht. Dabei können auch Unterlagen wie beispielsweise Prospekte, Rechnungen (Rechnungskopien), Preislisten, Veröffentlichungen etc. als Glaubhaftmachungsmittel geeignet sein und insbesondere der Erläuterung, Ergänzung und Verdeutlichung einer eidesstattlichen Versicherung dienen (Ströbele in: Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 43 Rn. 76).

Bei einer Dienstleistungsmarke erfordert die Beurteilung der Frage, ob sie rechtserhaltend benutzt worden ist, eine besondere Betrachtung, weil bei ihr anders als bei einer Warenmarke eine körperliche Verbindung zwischen der Marke und dem Produkt nicht möglich ist. Als Benutzungshandlungen i. S. des § 26 MarkenG kommen bei ihr daher grundsätzlich nur die Anbringung der Marke am Geschäftslokal sowie eine Benutzung auf Gegenständen in Betracht, die bei der Erbringung der Dienstleistung zum Einsatz gelangen, wie insbesondere auf der Berufskleidung, auf Geschäftsbriefen und -papieren, Prospekten, Preislisten, Rechnungen, Ankündigungen und Werbeträgersachen (BGH, GRUR 2008, 616, Rn. 13 – AKZENTA). Voraussetzung ist dabei, dass der Verkehr die konkrete Benutzung des Zeichens zumindest auch als Herkunftshinweis versteht; er muss erkennen können,

dass mit der Verwendung der Bezeichnung nicht nur der Geschäftsbetrieb benannt, sondern auch eine Leistung bezeichnet wird, die aus ihm stammt. Des Weiteren muss sich die Benutzung auf eine bestimmte Dienstleistung beziehen (BGH, GRUR 2008, 616, Rn. 13 – AKZENTA).

Im Hinblick auf die Unkörperlichkeit von Dienstleistungen kommt der Verwendung einer Dienstleistungsmarke in der Werbung eine besondere Bedeutung zu; insoweit ist eine eher großzügige Beurteilung angezeigt und eine Benutzung jedenfalls in den Fällen zu bejahen, in denen in der Werbung hinreichend klargestellt ist, dass mit der fraglichen Marke eine konkrete Leistung eines bestimmten Unternehmens gekennzeichnet wird (Ströbele in: Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 26 Rn. 56).

Die ernsthafte Benutzung der Widerspruchsmarke muss sich gem. § 26 Abs. 1 MarkenG auf das Inland beziehen; eine ausschließlich im Ausland erfolgte Benutzung ist demgegenüber nicht rechtserhaltend.

Bei der Beurteilung, ob eine rechtserhaltende Benutzung im Inland anzunehmen ist, können die im Verletzungsrecht entwickelten Zuordnungsgrundsätze herangezogen werden, wobei insoweit der Benutzungstatbestand zusätzlich auf seine Ernsthaftigkeit zu überprüfen ist (vgl. Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Auflage 2010, § 26 Rn. 201). Bei einer Verwendung im Internet ist zu beachten, dass erkennbar sein muss, dass die Waren bzw. Dienstleistungen gerade (auch) deutschen Kundenkreisen angeboten werden bzw. das Angebot einen hinreichenden wirtschaftlich relevanten Inlandsbezug („commercial effect“) aufweisen muss (vgl. BGH GRUR 2018, 417, Rn. 37 – Resistograph; BGH, GRUR 2012, 621, Rn. 36 – OSCAR; BGH, GRUR 2005, 431 – HOTEL MARITIME; Schalk in: Büscher / Dittmer / Schiwy: Gewerblicher Rechtsschutz, 3. Auflage 2014, § 26 Rn. 68; Ströbele in: Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 26 Rn. 244). Ob ein derartiger Inlandsbezug besteht, ist aufgrund einer Gesamtabwägung der Umstände festzustellen (BGH GRUR 2018, 417, Rn. 37 – Resistograph; BGH, GRUR 2012, 621, Rn. 36 – OSCAR).

Vorliegend wird die von der Beschwerdeführerin unter der Bezeichnung „AQUANURA“ dargebotene Wassershow in dem Freizeitpark E... aufgeführt. Auch wenn in der vorgelegten eidesstattlichen Versicherung des Leiters der Rechtsabteilung der Beschwerdeführer B... vom 15. Juni 2017 die Benutzung der Marke „AQUANURA“ als „Name der Springbrunnenanlage“ („name of a fountain system“) versichert wird, so ergibt sich aus einer Gesamtbewertung der vorgelegten Unterlagen ohne Weiteres, dass es sich insoweit nicht nur um die Bezeichnung der Anlage, sondern grundsätzlich auch der Wassershow als solcher handelt.

Die Dienstleistung selbst – die Aufführung der Wassershow – wird unstrittig nicht im Inland erbracht, was jedoch nicht per se eine Benutzung der älteren Marke im Inland ausschließt. Für den niederländischen Freizeitpark, in dem diese Wassershow aufgeführt wird, kommen ebenso Besucher aus Deutschland als Kunden in Betracht. Auch wenn eine Benutzung der Marke in den Niederlanden unabhängig von der Nationalität der Besucher keine Benutzung im Inland darstellt, so hat die Widersprechende doch behauptet, ihre Dienstleistungen darüber hinaus im Inland zu bewerben und zu vermarkten. Eine hinreichend funktionsgemäße und damit rechtserhaltende Benutzung kann dabei auch bei einer Verwendung einer Marke lediglich in der Werbung angenommen werden (vgl. Ströbele in: Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 26 Rn. 75). Daneben kommen Angebote gegenüber inländischen Verbrauchern über Dritte bzw. in Kooperation mit Dritten oder über das Internet grundsätzlich ebenfalls als Benutzungshandlungen im Inland in Betracht. Dabei ist – wie bereits ausgeführt – bei Dienstleistungsmarken ein nicht zu strenger Maßstab anzulegen.

Die Beschwerdeführerin hat eine Reihe von Unterlagen eingereicht, die allerdings – und zwar auch bei einer Gesamtschau dieser Unterlagen – als nicht ausreichend anzusehen sind für die Glaubhaftmachung einer ernsthaften rechtserhaltenden Benutzung im Inland. Da sich der Beschwerdegegner in seinem zuletzt eingereichten Schriftsatz bereits kritisch mit den

vorgelegten Unterlagen auseinandergesetzt hat, wurden die maßgeblichen Gesichtspunkte von den Beteiligten nicht übersehen oder für unerheblich gehalten. Ein Hinweis des Senats war daher gem. § 82 Abs. 1 S. 1 MarkenG i. V. m. § 139 Abs. 2 ZPO nicht erforderlich (vgl. von Selle in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 28. Edition, Stand: 01.03.2018, § 139 Rn. 38).

Zu den vorgelegten Benutzungsunterlagen im Einzelnen:

aa) Die Beschwerdeführerin hat – sowohl bereits vor Erhebung der Nichtbenutzungseinrede durch den Beschwerdegegner zur Darlegung einer gesteigerten Kennzeichnungskraft der älteren Marke als auch nach der Erhebung der Einrede zur Glaubhaftmachung der rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke – eine Vielzahl von deutschsprachigen (Online-) Berichten bzw. Presseartikeln vorgelegt, in denen über den Freizeitpark E... und die Wassershow „AQUANURA“ berichtet wurde. Derartige Berichte Dritter sind jedoch allenfalls bei einer Gesamtwürdigung der vorgelegten Glaubhaftmachungsmittel zu berücksichtigen; sie stellen jedoch für sich genommen keine funktionsgemäße Benutzung der Marke „AQUANURA“ durch die Beschwerdeführerin dar. Ebenso ergibt sich aus dem als Anlage BF A 7 zum Schriftsatz vom 16. Juni 2017 vorgelegten Artikel aus Focus Online lediglich, dass der Freizeitpark E... auch in Deutschland beworben wird und die Deutschen eine wichtige Zielgruppe für diesen Park darstellen. Inwieweit in den genannten Werbemaßnahmen eine markenmäßige Benutzung der Widerspruchsmarke erfolgt, lässt der Bericht nicht erkennen. Insbesondere ergibt sich aus dem Bericht nicht, inwieweit die dort genannten, im Inland in Tankstellen oder in K...-Filialen verteilten Gutscheine überhaupt die Bezeichnung „AQUANURA“ enthielten. Allein die Nennung der Wassershow „AQUANURA“ am Ende des Berichts stellt keine funktionsgemäße Benutzung durch die Inhaberin der älteren Marke dar, sondern ist lediglich Teil einer Berichterstattung über den Freizeitpark E....

bb) Des Weiteren hat die Beschwerdeführerin Auszüge aus Angeboten deutscher Reisebüros vorgelegt, in denen ein Besuch des Freizeitparks beworben wird (z. B. ein Angebot von g... W... und von Z... G... jeweils für Reisen im Jahr 2017, sowie von R... Omnibusreisen; jeweils Anlagen zum Schriftsatz vom 19. April 2017). Diese Unterlagen sind zur Darlegung einer gesteigerten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke in Deutschland vorgelegt worden. Auf die Nichtbenutzungseinrede hat die Beschwerdeführerin darüber hinaus zu einer Kooperation mit der Stadt N... A... vorgetragen und in diesem Zusammenhang einen Ausdruck von der Internetseite der Stadt vorgelegt, aus dem sich ergibt, dass – jedenfalls zum Zeitpunkt des Ausdrucks wohl vom 12. Juni 2017 – die Vorlage einer von der Stadt ausgegebenen „GRÜN-CARD“ zu einem ermäßigten Eintritt im Freizeitpark E... berechtigt. Auf diesem Internetausdruck findet die Wassershow „AQUANURA“ ausdrücklich Erwähnung (Anlage BF A 17 zum Schriftsatz vom 16. Juni 2017). Mangels näherer Angaben zu Umfang der Bewerbung und „Erfolg“ dieser Angebote, insbesondere auch zur Verbreitung der Angebote, Buchungen aufgrund dieser Angebote bzw. den insoweit erzielten Umsätzen etc., kann eine rechtserhaltende Benutzung hieraus nicht abgeleitet werden. Daher kann die weitere Frage offen bleiben, inwieweit bei den vorgelegten Verwendungsbeispielen, insbesondere den Angeboten der Reisebüros, eine Benutzung der Marke mit Zustimmung der Beschwerdeführerin gem. § 26 Abs. 2 MarkenG zu bejahen wäre.

cc) Aus der von der Beschwerdeführerin vorgelegten eidesstattlichen Versicherung des Leiters der Rechtsabteilung B... ergibt sich ebenfalls keine ernsthafte rechtserhaltende Benutzung der älteren Marke. Zunächst ist festzuhalten, dass der Senat – anders als der Beschwerdegegner – die Erklärung nicht bereits wegen der Formulierung „entsprechend der mir vorliegenden Informationen“ als unglaubhaft ansieht. Jedoch ist sie

inhaltlich zur Glaubhaftmachung einer rechtserhaltenden Benutzung nicht ausreichend.

In dieser eidesstattlichen Versicherung werden unter Ziff. 3. erhebliche Besucherzahlen von jährlich mindestens 3,5 Millionen Besuchern, davon mindestens 100.000 Besucher aus Deutschland, versichert. Wie bereits ausgeführt, stellt die Tatsache, dass der Freizeitpark auch von deutschen Besuchern genutzt wird, für sich genommen keine Benutzung der Widerspruchsmarke „AQUANURA“ im Inland dar, da sich der Freizeitpark E... in den N... befindet. Daher kommt es nicht weiter darauf an, ob diesen Besuchern gegenüber während ihres Aufenthalts im Freizeitpark eine Benutzung dieser Marke – beispielsweise in Faltp länen des Parks – überhaupt erfolgt ist. Auch die vorgelegten Programme oder Pläne des Parks stellen unabhängig von der Frage, in welcher Sprache sie gehalten sind, keine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke im Inland dar, soweit sie vor Ort verteilt wurden. Dass diese (auch) in Deutschland verteilt wurden, ist nicht vorgetragen.

Soweit in der eidesstattlichen Versicherung weiter die Organisation eines Gewinnspiels in Kooperation mit der K... GmbH, Deutschland, für den Zeitraum vom 17. Juni 2013 bis zum 27. Juli 2013 versichert wird, so ist der Erklärung zwar ein Muster des Faltblatts beigelegt, aus dem sich die Verwendung der Bezeichnung „AQUANURA“ ergibt. Unabhängig davon, dass es sich um eine nur kurzzeitige Aktion gehandelt hat, fehlt es an jeglichen Angaben zur Anzahl der verteilten Faltblätter oder gar zu der Frage, inwieweit diese Aktion erfolgreich war und aufgrund dieser Umsätze generiert werden konnten. Auch der Pressebericht Anlage BF A 7 zum Schriftsatz vom 16. Juni 2017 erlaubt keine Rückschlüsse auf die Zahl der verteilten Faltblätter, da es in diesem um die Vergabe von ...-Gutscheinen in 165 K...-Filialen ebenfalls im Juli 2013 geht, während die eidesstattliche Versicherung und das beiliegende Muster Anlage BF 5 ein Faltblatt zu einem Gewinnspiel (Verlosung von Reisen nach E...) betreffen.

Erhebliche Umsatzzahlen werden unter Ziff. 5. der eidesstattlichen Versicherung genannt. Dort wird der Verkauf von mindestens 20.000 Eintrittskarten über g...de im Jahr 2016 und von mindestens 10.000 Eintrittskarten im Jahr 2017 versichert sowie der Verkauf von mindestens 50.000 Eintrittskarten über den A... zwischen 2011 und 2016. Hierzu ist in der eidesstattlichen Versicherung weiter ausgeführt, dass diese Verkaufskanäle an deutsche Verkehrskreise gerichtet seien.

Inwieweit bei dem Verkauf dieser Eintrittskarten das Zeichen „AQUANURA“ benutzt wurde, ergibt sich weder aus dem Text der eidesstattlichen Versicherung, noch nimmt die eidesstattliche Versicherung selber auf Anlagen Bezug. Die Beschwerdeführerin hat als Anlage BF A 15 zum Schriftsatz vom 16. Juni 2017 einen Auszug von der deutschen Internetseite www.g...de vorgelegt, der die Show „AQUANURA“ ausdrücklich nennt. Dieser Ausdruck hat den Verkauf von Gutscheinen für den Freizeitpark E... für das Frühjahr 2014 zum Gegenstand.

Auch wenn dieses Angebot einen hinreichend konkreten Inlandsbezug hat und auch wenn man in der Angabe der Show „AQUANURA“ eine markenmäßige Benutzung der Dienstleistung sehen sollte, so können die in der eidesstattlichen Versicherung genannten Verkaufszahlen nicht auf diesem konkreten Internetauftritt beruhen, da sie nicht das Jahr 2014, sondern die Jahre 2016 und 2017 betreffen. Es ist daher nicht glaubhaft gemacht, dass dem Verkauf dieser Eintrittskarten in den Jahren 2016 und 2017 ebenfalls ein Internetauftritt von groupon.de zugrunde lag, in dem die Wassershow „AQUANURA“ ausdrücklich Erwähnung fand. Die Tatsache, dass das konkrete Angebot aus dem Jahr 2014 bei Eingabe der URL weiterhin wie vorgetragen auch noch im Mai 2017 und sogar darüber hinaus im Zeitpunkt der Entscheidung abrufbar war, ist nicht relevant.

Ebenso ergibt sich aus der vorgelegten eidesstattlichen Versicherung des Leiters der Rechtsabteilung B... nicht, inwieweit die über den A... in Deutschland zwischen 2011 und 2016 vertriebenen 50.000 Eintrittskarten für den Freizeitpark E... mit einer markenmäßigen Benutzung der älte-

ren Marke in Verbindung stehen. Die Eintrittskarten wurden ja für den Freizeitpark E... und nicht speziell für die dort aufgeführte Wassershow verkauft. Auch wenn diese Show eine besondere Attraktion des Freizeitparks ist, so kann aus dem Verkauf von Eintrittskarten für den Freizeitpark E... nicht auf eine rechtserhaltende Benutzung der Marke „AQUANURA“ geschlossen werden. Die eidesstattliche Versicherung selber enthält keine Angaben zur konkreten Benutzung des Zeichens „AQUANURA“ im Zusammenhang mit dem Verkauf von Eintrittskarten über den A... und nimmt auch nicht auf Verwendungsbeispiele Bezug. Dem Schriftsatz vom 16. Juni 2017 (nicht der eidesstattlichen Versicherung) waren als Anlage BF A 8 eine als download erhältliche Broschüre des A... vom Herbst/Winter 2016/17 beigefügt sowie als Anlage BF A 10 ein Ausdruck einer Internetseite des A... mit einem Hinweis auf den Kartenvorverkauf für den Freizeitpark E.... Die Show „AQUANURA“ ist lediglich in der Broschüre Anlage BF A 8, nicht jedoch auf dem screenshot Anlage BF A 10 genannt. Aus den vorgelegten Glaubhaftmachungsmitteln ergibt sich nicht, in welchem Umfang die vorgenannte Broschüre vom Herbst/Winter 2016/17 verteilt oder heruntergeladen wurde und inwieweit diese in Zusammenhang mit den in der eidesstattlichen Versicherung genannten Verkaufszahlen steht. Auch die Tatsache, dass vergünstigte Eintrittskarten bei einer Vielzahl von A...-Verkaufsstellen in N...-W... erworben werden konnten (Liste Anlage BF A 9), lässt keine Rückschlüsse auf die Verteilung eines konkreten Flyers oder eine anderweitige markenmäßige Benutzung des Zeichens „AQUANURA“ zu, zumal die Widerspruchsmarke in dem als Anlage BF A 10 vorgelegten Internetauftritt des A... gerade keine Erwähnung findet.

Auf die Tatsache, dass der in der eidesstattlichen Versicherung genannte Verkaufszeitraum „zwischen 2011 und 2016“ teilweise außerhalb des relevanten Benutzungszeitraums liegt und aus der Erklärung nicht deutlich wird, welche Verkaufszahlen auf welchen Zeitraum entfallen, kommt es

daher nicht weiter an. Dementsprechend war auch ein ausdrücklicher Hinweis des Senats auf den insoweit relevanten Zeitraum entbehrlich.

In Ziff. 6 der eidesstattlichen Versicherung vom 15. Juni 2017 ist ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin im Zeitraum Dezember 2013 bis Juni 2015 Sponsor des FC G... e.V. gewesen sei. Eine markenmäßige rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke ergibt sich aus dieser Aussage ebenso wenig wie aus dem zu diesem Thema vorgelegten Bericht Anlage BF A 13. Lediglich in dem als Anlage BF A 12 vorgelegten Internetauszug des FC G... e.V. findet sich eine Werbung vom 19 März 2015 mit dem Titel „Schalke goes E...“, in der die Wassershow „AQUANURA“ als größte Wassershow Europas und drittgrößte Wassershow der Welt hinter D... und L... genannt ist. Zwar könnte dies eine markenmäßige Benutzung der älteren Marke darstellen, die – da eine Kooperation mit dem FC G... e.V. zumindest vorgetragen wurde – auch mit Zustimmung der Inhaberin der Widerspruchsmarke i. S. v. § 26 Abs. 2 MarkenG erfolgt sein dürfte. Angaben zum Verkauf von Eintrittskarten im Zusammenhang mit dieser Aktion und insbesondere zum Aufruf dieser Seite fehlen jedoch, so dass keine Rückschlüsse auf den Umfang und damit auf die Ernsthaftigkeit der Benutzung der Widerspruchsmarke möglich sind.

Schließlich wird in Ziff. 8. der eidesstattlichen Versicherung vom 15. Juni 2017 auf eine im deutschen Fernsehen ausgestrahlte Werbesendung Bezug genommen, in der die Marke „AQUANURA“ benutzt worden sei. Wie vom Beschwerdegegner zu Recht moniert, fehlt es an genaueren Angaben zur Art der Benutzung sowie zu Zeitpunkt und Umfang der Werbemaßnahme.

dd) Die Beschwerdeführerin hat als Anlage BF A 3 zum Schriftsatz vom 16. Juni 2017 Ausdrücke ihres Internetauftritts unter www.efteling.com/de/park/shows/aquanura vorgelegt. Dort ist die Wassershow „AQUANURA“ in deutscher Sprache beschrieben. Daneben hat sie

noch Angebote von deutschen Internetseiten vorgelegt, nämlich ein Angebot vom 4. Dezember 2014 auf www.guenstigreisen.de (Anlage BF A 14 zum Schriftsatz vom 16. Juni 2017) und ein abgelaufenes Angebot eines Aufenthalts im Ferienpark E... auf www.secretescapes.de (Anlage BF A 16 zum Schriftsatz vom 16. Juni 2017). Die beiden zuletzt genannten Angebote nennen jeweils die Wassershow „AQUANURA“. Von wann das Angebot Anlage BF A 16 stammt, ist nicht erkennbar. Unabhängig von der Frage, inwieweit es sich um eine Benutzung mit Zustimmung der Beschwerdeführerin handelt, sind Umfang und Bedeutung dieser wohl nur kurzzeitig bzw. zeitlich begrenzt verfügbaren Angebote nicht ersichtlich. Es fehlt an Angaben, inwieweit beispielsweise aufgrund dieser Angebote Buchungen erfolgt sind bzw. – wie vom Beschwerdegegner in seinem nachfolgenden Schriftsatz gerügt – in welchem Umfang diese Seiten überhaupt aufgerufen wurden.

Insoweit bedurfte es auch keines Hinweises des Senats. Denn der Beschwerdegegner hat in seinem Schriftsatz vom 31. August 2017, zu dem die Beschwerdeführerin ihrerseits Gelegenheit zur Stellungnahme hatte, in Bezug auf die vorgelegten Benutzungsunterlagen insgesamt ausgeführt, die Beschwerdeführerin habe nicht glaubhaft gemacht, dass die einzelnen geltend gemachten Benutzungshandlungen nicht nur singulär, sondern über einen längeren Zeitraum erfolgt seien.

Die Tatsache, dass die Webseite der Beschwerdeführerin, auf der die Wassershow „AQUANURA“ genannt ist, u. a. in deutscher Sprache abrufbar ist, ist für eine rechtserhaltende Benutzung dieser Marke im Inland ebenfalls nicht ausreichend. Da die Erbringung der Dienstleistung selber im Ausland erfolgt und damit ihren Schwerpunkt im Ausland hat, bedarf es eines hinreichenden wirtschaftlichen Inlandsbezugs (vgl. BGH GRUR 2018, 417, Rn. 37 – Resistrograph; BGH, GRUR 2012, 621, Rn. 36 – OSCAR; BGH, GRUR 2005, 431 – HOTEL MARITIME; im Fall „HOTEL MARITIME“ hat der Bundesgerichtshof die Tatsache, dass die unter der beanstandeten Domain betriebene Homepage den Interessenten in deutscher Sprache

über ein Hotelangebot in Kopenhagen unterrichtet und – ebenfalls in deutscher Sprache – Online-Reservierungen und -Buchungen erlaubt, für die Annahme einer inländischen Verletzungshandlung im Wege der erforderlichen Gesamtabwägung für nicht ausreichend erachtet).

Dieser erforderliche Inlandsbesuch kann vorliegend nicht aus dem nicht unerheblichen Anteil deutscher Besucher im Freizeitpark E..., wie er sich aus der vorgelegten eidesstattlichen Versicherung und dem vorgelegten Pressebericht ergibt, hergeleitet werden, da insoweit zwischen dem Besuch des Freizeitparks als solchem und der Verwendung des Zeichens „AQUANURA“ für eine innerhalb dieses Freizeitparks angebotene Show zu differenzieren ist. Zudem hat der Beschwerdegegner mit Nichtwissen bestritten, dass dieser Internetauftritt bereits vor dem 12. Juli 2017 derart, insbesondere in deutscher Sprache, auf der Webseite der Beschwerdeführerin zu finden war. Schließlich hat die Beschwerdeführerin – wie vom Beschwerdegegner angemerkt – nicht glaubhaft gemacht, inwieweit überhaupt ein Zugriff deutschen Publikums auf diese Seiten der Webseite erfolgt ist.

ee) Im Rahmen der erforderlichen Gesamtbetrachtung der vorgelegten Benutzungsunterlagen ist abschließend festzustellen, dass zwar hohe Besucherzahlen aus Deutschland in Bezug auf den Freizeitpark E... glaubhaft gemacht wurden und zudem mehrere an das deutsche Publikum gerichtete Angebote bzw. Werbeanzeigen vorgelegt wurden, in denen die Wassershow „AQUANURA“ genannt wurde (s. o., beispielsweise Angebote einzelner Reisebüros oder Online-Plattformen zu bestimmten Zeitpunkten, Internetseiten von Kooperationspartnern und Flyer beispielsweise von K... oder des A... mit der Verwendung der Bezeichnung „AQUANURIA“).

Der Senat kann jedoch aus diesen vereinzelt, zumeist zeitlich begrenzten Verwendungen des Zeichens „AQUANURA“ dem deutschen Publikum gegenüber, bei denen es fast durchgehend an Angaben zur Anzahl der Aufrufe (in Bezug auf Internetauftritte) oder der verteilten Exemplare (von

Flyern) etc. und vor allem zu den auf der Grundlage dieser Werbematerialien erzielten Umsätzen bzw. zu der Zahl der verkauften Eintrittskarten fehlt, auch bei Gesamtwürdigung sämtlicher vorgelegter Unterlagen nicht auf eine wirtschaftlich relevante Benutzung der Widerspruchsmarke im Inland schließen. Dies gilt auch bei Berücksichtigung der glaubhaft gemachten hohen Besucherzahlen aus Deutschland, da – wie bereits dargelegt – ein Zusammenhang zwischen der vereinzeltten Bewerbung der Wassershow „AQUANURA“ und der Anzahl der Besucher des Freizeitparks E... mit einer Vielzahl von Attraktionen nicht ohne Weiteres hergestellt werden kann.

Der Beschwerdegegner hat insoweit in seinem Schriftsatz vom 31. August 2017, zu dem die Beschwerdeführerin ihrerseits Gelegenheit zur Stellungnahme hatte, gerügt, dass nicht glaubhaft gemacht sei, dass die einzelnen geltend gemachten Benutzungshandlungen nicht nur singulär, sondern über einen längeren Zeitraum erfolgt seien.

5. Eine Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen auf einen der Beteiligten ist nicht veranlasst, § 71 Abs. 1 MarkenG.

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 oder in elektronischer Form einzulegen.

Klante

Paetzold

Lachenmayr-Nikolaou

Ko