



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 532/22

(Aktenzeichen)

Verkündet am
27. September 2023

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2012 056 228

hat der 29. Senat (Marken- Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 27. September 2023 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Dr. Mittenberger-Huber, der Richterin Akintche und des Richters Posselet

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Wort-/Bildmarke



ist am 1. November 2012 angemeldet und am 20. Februar 2013 unter der Nummer 30 2012 056 228 in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register eingetragen worden für die Waren und Dienstleistungen

Klasse 14: Anstecknadeln, Vereinsnadeln, Manschettenknöpfe;

Klasse 16: Papier, Pappe (Karton) und Waren aus diesen Materialien soweit in Klasse 16 enthalten: Broschüren, Druckereierzeugnisse, Buchbinderartikel, Photographien, Aufkleber;

Klasse 25: Bekleidungsstücke, Kopfbedeckungen;

Klasse 35: Öffentlichkeitsarbeit (Public Relations);

Klasse 41: Ausbildung, sportliche und kulturelle Aktivitäten, Organisation und Durchführung von Seminaren, Organisation und Durchführung von Sportveranstaltungen und -wettkämpfen sowie Aus- und Fortbildungsveranstaltungen im Bereich Polo.

Gegen diese Marke, deren Eintragung am 22. März 2013 veröffentlicht worden ist, hat die Beschwerdeführerin Widerspruch erhoben aus ihrer am 14. Februar 2000 angemeldeten und am 23. März 2001 eingetragenen Wort-/Bildmarke 300 11 532



die geschützt ist für die Waren und Dienstleistungen

Klasse 16: Druckereierzeugnisse, Drucksachen, Unterrichts- und Lehrmittel, Veröffentlichungen, Zeitpläne, Zeitschriften, Zeitungen, Aufkleber, Stickers (Papeteriewaren), Papier- und Schreibwaren, Bücher, Fahnen, Wimpel aus Papier, Kalender, Kataloge, Photographien;

Klasse 25: Bekleidungserzeugnisse, Schuhe, Kopfbedeckungen;

Klasse 28: Spielzeug, Spiele, Turn- und Sportartikel und Schutzhüllen hierfür (so weit in Klasse 28 enthalten), Sportschläger und Schlägerhandschuhe, Poloschläger, Bälle, Polobälle und -hüllen, Poloballhalter, Polohandschuhe, Polotaschen;

Klasse 35: Public Relations (Öffentlichkeitsarbeit), betriebswirtschaftliche Beratung, Erstellen von Geschäftsgutachten, Verkaufsförderung für andere (Salespromotion), Organisation von Ausstellungen und Messen im Zusammenhang mit Golf- und Polosport für Feste, Geselligkeiten, Reisen und die Präsentation im Internet, Organisationsberatung in Geschäftsangelegenheiten, Vervielfältigung von Dokumenten, Franchising, Unternehmensverwaltung;

Klasse 41: Betrieb eines Clubs (Unterhaltung und Unterricht), Betrieb von Sportanlagen, Betrieb von Poloplätzen, Betrieb von Sportcamps, Vermietung von Stadien, Tierdressur, Dienstleistungen bezüglich Freizeitgestaltung, Unterricht und Erziehung, Durchführung von Veranstaltungen, sportliche und kulturelle Aktivitäten, Reitunterricht und Durchführung von pferdesportlichen Veranstaltungen, Veranstaltung sportlicher Wettkämpfe, Veranstaltung von Wettbewerben, Veranstaltung und Durchführung von Seminaren, Durchführung von pädagogischen Prüfungen, Veranstaltung von Ausstellungen für kulturelle oder Unterrichtszwecke, Unterhaltung, Turn- und Gymnastikkurse, Training von Pferden, Videofilmproduktion, Vermietung von Sportausrüstungen;

Klasse 42: Konstruktionsplanung, Dienstleistung eines Architekten, Bauberatung, Erstellen von Programmen für die Datenverarbeitung, Vermietung von Zugriffsseiten zu Datenbanken.

Das amtliche Widerspruchsverfahren war zunächst durch Beschluss der Markenstelle für Klasse 16 vom 29. Januar 2014 ausgesetzt worden wegen eines zwischen

den Verfahrensbeteiligten anhängigen Teillöschungsverfahrens vor dem DPMA gegen die Widerspruchsmarke nach §§ 50, 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG a. F. (§ 8 Abs. 2 Nr. 14 MarkenG n. F.). Mit rechtskräftigem Beschluss vom 21. August 2017 (Az: 27 W (pat) 8/15) hat der 27. Senat des Bundespatentgerichts den die Löschung anordnenden Beschluss der Markenabteilung 3.4 des DPMA aufgehoben und den Löschungsantrag zurückgewiesen. Das amtliche Widerspruchsverfahren ist sodann wiederaufgenommen worden.

Der Inhaber der angegriffenen Marke hat mit Schriftsatz vom 13. Februar 2018 die Einrede der Nichtbenutzung erhoben.

Zur Glaubhaftmachung hat die Widersprechende mit Schriftsätzen vom 11. April 2019 und 4. November 2019 zahlreiche Unterlagen eingereicht, unter anderem zwei eidesstattliche Versicherungen, Auszüge aus verschiedenen Internetauftritten, Fotografien, Plakate, Flyer, Medienberichte, Reit- und Überlassungsvereinbarungen, Angebote für Veranstaltungen, Abbildungen von Aufklebern, Broschüren sowie Umsatzaufstellungen.

Mit Beschluss vom 20. Januar 2022 hat die Markenstelle für Klasse 16 den Widerspruch zurückgewiesen.

Zur Begründung ist ausgeführt, dass die Widersprechende auf die vom Inhaber der angegriffenen Marke zulässig erhobenen Einreden nach § 43 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 MarkenG eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke für die maßgeblichen Zeiträume nicht glaubhaft gemacht habe. Die vorgelegten Unterlagen reichten für eine Glaubhaftmachung nicht aus. Zwar habe die Widersprechende durch ihren anwaltlichen Bevollmächtigten schriftsätzlich Umsatzzahlen für die Jahre 2008 bis 2018 mitgeteilt, die beide Benutzungszeiträume abdeckten. Die Umsatzzahlen ließen jedoch nicht erkennen, für welche konkreten Waren und Dienstleistungen die Widerspruchsmarke benutzt worden und welcher Umsatzanteil auf

welche Waren und Dienstleistungen entfallen sei. Die Umsatzzahlen für Veranstaltungen und für Reitunterricht seien teilweise mit einer Zahl für ein Jahr angegeben, in manchen Jahren mit bis zu drei Zahlen. Auch sei der Begriff „Veranstaltungen“ in Bezug auf die im Verzeichnis genannten unterschiedlichen Veranstaltungsdienstleistungen sehr allgemein, so dass eine Aufschlüsselung auf verschiedene Dienstleistungen nicht möglich sei. Ebenso könne den Einzelaufstellungen für die Reitkasse, den Namensauflistungen und den Camp-Zahlungen für die Jahre 2009 – 2018 nicht entnommen werden, um welche Produkte aus der Vielzahl der genannten Widerspruchswaren und -dienstleistungen es sich dabei im Einzelnen handele. Aus § 43 Abs. 1 Satz 3 MarkenG ergebe sich, dass nur eine auf eine konkrete Einzelware und -dienstleistung bezogene Glaubhaftmachung eine Bestimmung der eingetragenen Waren und Dienstleistungen zulasse, für die eine Benutzung der Widerspruchsmarke anzuerkennen sei. Daraus folge insbesondere, dass Umsatzzahlen nur dann den Umfang einer Markenbenutzung belegten, wenn sie konkreten Waren und Dienstleistungen sicher zugeordnet werden könnten. Diesen Voraussetzungen genüge der Vortrag der Widersprechenden nicht. Die Widersprechende habe zudem zwei eidesstattliche Versicherungen vorgelegt, denen nicht entnommen werden könne, welche Kompetenzen den Erklärenden zukomme. Es bleibe daher offen, ob die Ausführungen von Personen gemacht worden seien, die im jeweils maßgeblichen Benutzungszeitraum aufgrund ihrer besonderen Stellung aus eigener Kenntnis mit den erklärten Benutzungsverhältnissen vertraut gewesen seien. Hinzu komme, dass den Erklärungen nicht zu entnehmen sei, mit welchen Waren oder Dienstleistungen im Benutzungszeitraum Umsätze erzielt worden seien. Zudem sei die erforderliche eigene Tatsachendarstellung des Erklärenden nicht mehr gewährleistet, soweit ausschließlich auf Angaben in einem beiliegenden Schriftsatz des bevollmächtigten Anwalts Bezug genommen werden müsse.

In der Gesamtschau könnten den Unterlagen zwar gewisse Anhaltspunkte für eine Benutzung der Widerspruchsmarke entnommen werden, es bleibe aber unklar, für welche konkreten Waren und Dienstleistungen welche konkreten Umsätze im Zusammenhang mit der Verwendung der Widerspruchsmarke erzielt worden seien.

Da es sich bei der Glaubhaftmachung der bestrittenen Benutzung um eine Obliegenheit der Widersprechenden handele, müsse sich diese alle Mängel der Glaubhaftmachung zurechnen lassen. Wegen des im Rahmen des Benutzungszwangs herrschenden Beibringungsgrundsatzes sei es der Markenstelle auch verwehrt gewesen, die Widersprechende auf die Notwendigkeit einer weiteren Glaubhaftmachung hinzuweisen. Der Widerspruch habe daher, ohne dass es auf die Frage einer markenrechtlichen Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG ankomme, erfolglos bleiben müssen.

Hiergegen hat die Widersprechende Beschwerde eingelegt.

Sie hat ihre Beschwerde weder begründet noch weitere Glaubhaftmachungsunterlagen eingereicht. In der mündlichen Verhandlung, zu der auf ihren Antrag hin geladen wurde, hat sie die Auffassung vertreten, dass es sich das DPMA bei der Prüfung der Benutzungsunterlagen zu leicht gemacht habe. Eine Glaubhaftmachung könne und müsse nur für einzelne Waren oder Dienstleistungen erbracht werden. Auszuschließen sei lediglich die Scheinbenutzung. Vorliegend ergebe sich aus den im DPMA eingereichten Unterlagen, dass die Widerspruchsmarke jedenfalls für Reitsportveranstaltungen benutzt worden sei. Die Rechtsprechung verlange zudem nicht, dass für den gesamten Zeitraum Benutzungsunterlagen vorgelegt werden. Da die Unterlagen einen kurzen Zeitraum des zweiten Benutzungszeitraums umfassten, sei auch insoweit eine rechtserhaltende Benutzung nachgewiesen.

Die Beschwerdeführerin beantragt:

Der Beschluss der Markenstelle für Klasse 16 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 20. Januar 2022 wird aufgehoben und die Löschung der angegriffenen Marke 30 2012 056 228 auf den Widerspruch aus der Marke 300 11 532 angeordnet.

Der Beschwerdegegner beantragt:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Er ist der Auffassung, dass die beiden eidesstattlichen Versicherungen inhaltlich zu schwammig seien und sich auch hauptsächlich mit der Marke „Gut Seeburg DPV“ beschäftigen. Die eingereichten Unterlagen reichten zum Nachweis einer rechtserhaltenden Benutzung der hier relevanten Widerspruchsmarke 300 11 532 nicht aus.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die nach §§ 64 Abs. 6, 66 MarkenG zulässige Beschwerde der Widersprechenden bleibt in der Sache mangels hinreichender Glaubhaftmachung der rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke ohne Erfolg.

A. Im Laufe des Verfahrens haben sich die Vorschriften des Markengesetzes mit Wirkung vom 14. Januar 2019 geändert. Eine für die Beurteilung des Streitfalls maßgebliche Änderung der Rechtslage folgt daraus nicht. Da die Anmeldung der angegriffenen Marke zwischen dem 1. Oktober 2009 und dem 14. Januar 2019, nämlich am 1. November 2012, eingereicht worden ist, ist für den gegen diese Eintragung erhobenen Widerspruch gemäß § 158 Abs. 3 MarkenG in der seit dem 14. Januar 2019 geltenden Fassung weiterhin § 42 Abs. 1 und 2 MarkenG in der bis zum 13. Januar 2019 geltenden Fassung anzuwenden.

B. Eine Verwechslungsgefahr gemäß §§ 42 Abs. 2 Nr. 1, 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG kann nicht festgestellt werden. Denn die Widersprechende hat eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke gemäß §§ 43 Abs. 1, 26 Abs. 1 MarkenG a. F. nicht glaubhaft gemacht. Mangels berücksichtigungsfähiger Waren und Dienstleistungen auf Seiten der Widerspruchsmarke konnte der Widerspruch und damit die Beschwerde schon deshalb keinen Erfolg haben, § 43 Abs. 1 Satz 3 MarkenG.

1. Mit Schriftsatz vom 13. Februar 2018, eingegangen beim DPMA am 14. Februar 2018, hat der Inhaber der angegriffenen Marke ausdrücklich die Einrede der Nichtbenutzung gemäß §§ 26, 43 MarkenG erhoben. Da der Widerspruch gegen die beschwerdegegenständliche Marke vor dem 14. Januar 2019 erhoben worden war, sind diesbezüglich §§ 26 und 43 Abs. 1 MarkenG in ihrer bis dahin geltenden Fassung weiter anzuwenden, § 158 Abs. 5 MarkenG.

In dem undifferenzierten Bestreiten ist die Erhebung beider Nichtbenutzungseinreden zu sehen (vgl. Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl., § 43 Rn. 30), weil sowohl zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Eintragung der angegriffenen Marke am 22. März 2013 als auch zum Zeitpunkt der Erhebung der Einrede am 14. Februar 2018 gemäß § 26 Abs. 5 MarkenG a. F. das gegen die Widerspruchsmarke gerichtete Widerspruchsverfahren bereits seit über fünf Jahren abgeschlossen war (Abschluss: 22. März 2002). Damit oblag es der Widersprechenden, die wesentlichen Umstände der Benutzung ihrer Marke, insbesondere nach Art, Zeit, Ort und Umfang in den jeweils maßgeblichen Benutzungszeiträumen, nämlich März 2008 bis März 2013 und Ende September 2018 bis Ende September 2023 darzutun und glaubhaft zu machen. Der sog. „wandernde“ Benutzungszeitraum nach § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG a. F. ist dabei der maßgebliche Fünfjahreszeitraum vor dem Tag der mündlichen Verhandlung (vgl. Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 43 Rn. 21).

a. Eine Marke wird ernsthaft benutzt, wenn sie entsprechend ihrer Hauptfunktion, die Ursprungsidentität der Waren oder Dienstleistungen, für die sie eingetragen ist, zu garantieren, benutzt wird, um für diese Waren einen Absatzmarkt zu erschließen oder zu sichern, wobei die Fälle ausgeschlossen sind, in denen die Marke nur symbolisch benutzt wird, um die durch sie begründeten Rechte zu wahren (EuGH GRUR 2020, 1301 Rn. 32 – Ferrari/DU [testarossa]; WRP 2017, 1066 Rn. 37 – Gözze/VBB; GRUR 2003, 425 Rn. 38 – Ansul/Ajax; BGH GRUR 2013, 725 Rn. 38 – Duff Beer). Die Frage, ob die Benutzung der Marke ernsthaft ist, ist anhand sämtlicher Umstände zu prüfen, die belegen können, dass die Marke tatsächlich geschäftlich verwertet wird; dazu gehören vor allem Dauer und Intensität der Benutzung sowie die Art der Waren bzw. Dienstleistungen (vgl. EuGH GRUR 2013, 182 Rn. 29 – Leno Marken/Hagelkruis Beheer [ONEL/OMEL]; GRUR 2006, 582 Rn. 70 – The Sunrider Corp./HABM [VITAFRUIT]; BGH GRUR 2008, 719 Rn. 27 - idw Informationsdienst Wissenschaft). Von einer ernsthaften Benutzung ist auszugehen, wenn die Marke „tatsächlich, stetig und mit stabilem Erscheinungsbild auf dem Markt präsent ist“ (vgl. EuGH a. a. O. - [ONELOMEL]; GRUR 2008, 343 Rn. 74 – Il Ponte Finanziaria Spa/HABM). Zur Glaubhaftmachung muss von der Widersprechenden daher konkret angegeben werden, wer die Marke auf welche Weise für welche Waren und Dienstleistungen in welchen Jahren an welchem Ort benutzt hat und wie viel Umsatz damit erwirtschaftet worden ist. Dabei müssen die detaillierten Angaben zu den Umsatzzahlen entweder in Geldbeträgen oder in Stück- bzw. Auftragszahlen konkret auf die jeweiligen Waren und Dienstleistungen bezogen und in die jeweiligen für die Benutzung rechtserheblichen Zeiträume aufgeteilt sein.

Abweichend von dem das patentamtliche und das patentgerichtliche Verfahren ansonsten beherrschenden Untersuchungsgrundsatz unterliegt die Ausgestaltung des Benutzungszwangs dem Beibringungs- und Verhandlungsgrundsatz (vgl. Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 43 Rn. 6). Dies bedeutet, dass die darlegungspflichtige Widersprechende und Beschwerdeführerin die volle Verantwortung für eine vollständige Glaubhaftmachung trägt und sich alle Mängel der Glaubhaft-

machung(smittel) zurechnen lassen muss. Dies gilt auch für Angaben und Unterlagen, die zwar gewisse Anhaltspunkte für eine Benutzung der Marke enthalten, infolge ihrer Unbestimmtheit oder Lückenhaftigkeit aber noch Zweifel offen lassen, die ausschließlich zu Lasten des Widersprechenden gehen (Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 43 Rn. 65).

Die gemäß § 43 Abs. 1 MarkenG a. F. erforderliche Glaubhaftmachung der Benutzung im Sinne von § 294 ZPO muss – 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. 60). Als Mittel zur Glaubhaftmachung kommen gemäß § 294 Abs. 1 ZPO alle (präsenten) Beweismittel einschließlich der eidesstattlichen Versicherung in Betracht. Daneben können auch sonstige Unterlagen, wie z. B. Preislisten, Rechnungskopien, Etiketten, Prospekte oder sonstige Veröffentlichungen als Glaubhaftmachungsmittel geeignet sein und insbesondere zur Erläuterung, Ergänzung und Verdeutlichung einer eidesstattlichen Versicherung dienen. Die vorgelegten Glaubhaftmachungsmittel sind dabei in einer Gesamtschau zu bewerten (Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 43 Rn. 80 und 81).

b. Unter Anwendung der vorgenannten Grundsätze ist eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke nicht hinreichend dargelegt und glaubhaft gemacht.

Die Widersprechende hat zwar im Amtsverfahren zahlreiche Unterlagen, unter anderem eine eidesstattliche Versicherung des Herrn X vom 1. April 2019, eine eidesstattliche Versicherung des Herrn Y vom 26. März 2019, Auszüge aus den Internetauftritten der Widersprechenden unter ca. 24 verschiedenen Domains sowie Auszüge aus dem Internetauftritt der Werbeagentur Z, eine Fotografie der Beschilderung

nung am Eingang des Guts Seeburg, Fotografien einer Kappe und eine Fotodokumentation, ein Plakat, eine Einladungskarte sowie eine CD mit Video eines Rundgangs durch Konferenz- und Ausstellungsräume jeweils betreffend die Ausstellung „100 Jahre Polo“ vorgelegt. Ferner hat sie beispielhaft Flyer, verschiedene Medienberichte, einen Vordruck für eine Reservierung für Reitstunden, eine Rechnung, Reit- und Überlassungsvereinbarungen, Angebote für eine Veranstaltung „Polo als Firmenevent“, Abbildungen von Aufklebern, Broschüren sowie Aufstellungen über die von der Widersprechenden in den Jahren 2009 bis 2018 unter anderem unter der Widerspruchsmarke erzielten Umsätze im Zusammenhang mit Reitstunden, Pferdeverleih, Boxenvermietung und Feriencamps (Auflistung „Jahreskonto Kanzlei-Rechnungswesen) eingereicht. Zudem hat der verfahrensbevollmächtigte Anwalt in seinem Schriftsatz Jahresumsätze für „Veranstaltungen und Reitunterricht“ aufgelistet.

Auch in der Gesamtschau betrachtet reicht dies aber nicht aus, um von einer rechtserhaltenden Benutzung der Widerspruchsmarke für den ersten maßgeblichen Zeitraum und erst Recht nicht für den wandernden Zeitraum auszugehen. Allein der Umfang der eingereichten Unterlagen lässt nämlich noch keine Rückschlüsse auf eine rechtserhaltende Benutzung zu; dieser ersetzt einen substantiierten Vortrag durch die Widersprechende und geeignete Glaubhaftmachungsmittel nicht. Hieran fehlt es vorliegend. Vielmehr enthalten die Glaubhaftmachungsunterlagen zahlreiche Mängel, die teilweise bereits von der Markenstelle aufgezeigt wurden. Beispielfolgende seien Folgende genannt:

(1) Die Markenstelle hat zu Recht darauf hingewiesen, dass sich in Bezug auf die eidesstattlichen Versicherungen (Anlagen LS 1 und LS 2) die Frage nach der Kompetenz der Erklärenden stellt (vgl. hierzu Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 43 Rn. 83). Sowohl bei Herrn X als auch Herrn Y handelt es sich nämlich nicht um Organe oder Beschäftigte der Widersprechenden selbst. Herr X, Ehemann der Geschäftsführerin der Widersprechenden und nach seiner Erklärung der „Bera-

ter für die Unternehmungen“ seiner Frau, ist Betreiber einer Agentur, die die Widersprechende werblich betreut. Auch Herr Y ist in der Werbeagentur tätig. Aus den besagten Erklärungen ergibt sich zwar, dass die Betreuung aller Marken zu den Aufgaben der Werbeagentur gehört. Sie lassen aber nicht ausreichend erkennen, ob und inwieweit die erklärenden Personen in das operative Geschäft der Widersprechenden eingebunden und damit mit den konkreten Benutzungsverhältnissen betreffend die Widerspruchsmarke vertraut sind. Unklar bleibt dabei im Übrigen auch, wer die Wort-/Bildgestaltung funktionsgerecht als Marke verwendet haben soll, d. h. ob und für welche Waren und Dienstleistungen die Inhaberin der Widerspruchsmarke selbst und/oder die Werbeagentur Z im Sinne von § 26 Abs. 2 MarkenG die Widerspruchsmarke benutzt haben. Schriftsätzlich ist nämlich pauschal ausgeführt (Schriftsatz vom 11. April 2019 Rn. 15 und Rn. 107), dass die Widerspruchsmarke „mit vorheriger Zustimmung der Widerspruchsführerin auch von der Werbeagentur Z zur Kennzeichnung der eingetragenen Waren und Dienstleistungen benutzt“ worden sei. Aus den eidesstattlichen Erklärungen, insbesondere derjenigen des Herrn Y, geht dies so nicht hervor.

Da die Angaben in den Erklärungen aber ohnehin keine Schlussfolgerungen auf eine rechtserhaltende Benutzung zulassen, können diese Fragen offenbleiben. Denn beide eidesstattlichen Versicherungen sind in Bezug auf die maßgeblichen Benutzungskriterien inhaltsleer. Vor allem fehlen Angaben zum Umfang der Markennutzung, mithin zu mit der Widerspruchsmarke erzielten Umsätzen, abgesetzten Stückzahlen von Produkten, die mit der Widerspruchsmarke gekennzeichnet waren oder zu getätigten Werbeaufwendungen etc., seien es solche die auf eine Benutzung der Widersprechenden selbst oder auf die geltend gemachte Benutzung durch die Werbeagentur zurückgehen sollten. Die Ausführungen erschöpfen sich in allgemeinen Aussagen über Marketingkonzepte, Projekte und Aufgabengebiete. Für welche Waren und Dienstleistungen welche Umsätze von welchem Benutzer und in welchem konkreten Zeitraum getätigt wurden, bleibt offen. Auch in welcher Art und Form die Marke genutzt wurde, geht aus der Erklärung nicht hervor; eine Bezugnahme auf zusätzliche Unterlagen ist nicht erfolgt.

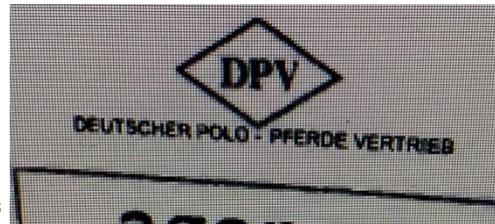
(2) Die Angaben in den Anwaltsschriftsätzen lassen ebenfalls nicht die erforderlichen Schlussfolgerungen auf eine rechtserhaltende Benutzung zu, weil sie in den wesentlichen Punkten unklar bzw. vage sind, überwiegend keine Bestätigung in den hierzu in Bezug genommenen Unterlagen finden und sich größtenteils in bloßen Rechtsbehauptungen erschöpfen.

So wird beispielsweise mit Anlage LS 1a ein Auszug aus dem Internetauftritt der Werbeagentur Z vorgelegt und hierzu ausgeführt, dass diese die Widerspruchsmarke „insbesondere als Kennzeichnung von verschiedenen Dienstleistungen“ zeigten, wobei es sich dabei „insbesondere“ um das Angebot von Ausstellungen zum Bereich Polo, von Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Verkauf von Pferden und von Reitcamps handele. Für den Verkauf von Pferden bzw. für „Pferde“ der Klasse 31 ist die Widerspruchsmarke nicht geschützt. Wie man aus den besagten Internetauszügen zu der schriftsätzlich geäußerten Auffassung gelangen kann, diese gäben Auskunft u. a. über den Umfang der Benutzung der Widerspruchsmarke insbesondere im maßgeblichen Zeitraum, erschließt sich dem Senat nicht. Denn diese Auszüge sind undatiert bzw. betreffen keinen „Zeitraum“, werfen zudem die Frage auf, wer hier überhaupt Benutzer der Widerspruchsmarke sein soll und enthalten schließlich keinerlei Umsatzzahlen oder andere Angaben über den Umfang der Benutzung.

Anlage LS 3 zeigt eine Beschilderung am Eingang des Guts Seeburg



. Diesem Schild mag im Hinblick auf die Wiedergabe der Widerspruchsmarke mit dem darunter stehenden Schriftzug „DEUTSCHER POLO-



PFERDE VERTRIEB“ entnommen werden können, dass dort etwas im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Pferden – wofür die Widerspruchsmarke nicht eingetragen ist - unter dieser Kennzeichnung angeboten wird. Eine darüberhinausgehende Aussagekraft, insbesondere über den Umfang der Benutzung, kommt der Anlage LS 3 entgegen den schriftsätzlichen Ausführungen nicht zu.

Zu Anlage LS 4 (Beitrittserklärung einer V ... GmbH vom 01.05.1995 zu einem Pferdezuchtverband sowie Austrittsbestätigung gerichtet an Gut Seeburg am Champagnerberg vom 04.03.2011) wird schriftsätzlich behauptet, die Schreiben würden bestätigen, dass die Widersprechende „insbesondere im Zeitraum vom 1. Mai 1995 bis 4. März 2011 insbesondere die Zucht von Pferden unter der Widerspruchsmarke vorgenommen und angeboten“ habe. Ungeachtet der Tatsache, dass die Widerspruchsmarke für „Pferdezuchtdienstleistungen“ der Klasse 44 schon nicht geschützt ist, ist der Anlage LS 4 überhaupt nichts über eine Benutzung der Widerspruchsmarke zu entnehmen.

Die zum Nachweis der Benutzung in Bezug genommenen Auszüge aus Internetauftritten etc. lassen vielfach weder eine zeitliche Zuordnung noch Feststellungen zu, welchen konkreten Inhalt diese Seiten gerade in den maßgeblichen Benutzungszeiträumen gehabt hatten und insbesondere auch nicht, ob und ggf. in welcher Form und für welche Waren und Dienstleistungen sie eine Benutzung der Widerspruchsmarke dokumentieren (z. B. LS 6, LS 7, LS 8, LS 26, LS 32, LS 33). Auch die weiteren Anlagen liegen zum Teil außerhalb der maßgeblichen Zeiträume (z. B. LS 30, LS 34) oder beziehen sich teilweise auf Waren und Dienstleistungen, für die die Widerspruchsmarke nicht geschützt ist (LS 9, Rechnung für den Kauf eines Pferdes

LS 28). Ein Teil der Unterlagen (z. B. LS 27, LS 32, LS 33) mag zudem Hinweise auf eine Nutzung anderer Marken, nämlich der Marken des Herrn X

GUT SEEBURG
AM CHAMPAGNERBERG und **POLO & COUNTRY CLUB**

oder der Marke der Geschäftsführerin der Widersprechenden

blanche geben, belegen aber nicht, dass die Widerspruchsmarke - auch nicht als Mehrfachkennzeichnung zusammen mit diesen vorgenannten Marken - funktionsgerecht als Hinweis für eingetragene Waren und Dienstleistungen im relevanten Zeitraum benutzt wurde. Es reicht nämlich nicht aus, wenn das betreffende Zeichen auf Geschäftspapieren, Fotos, Flyern und anderen Unterlagen irgendwie und irgendwo auftaucht, vielmehr muss es an einer Stelle und in einer Art und Weise angebracht sein, bei der die angesprochenen Verkehrskreise gerade (auch) auf eine Verwendung als Marke schließen; bei einem Großteil der eingereichten Unterlagen ist hiervon nicht auszugehen.

(3) Soweit sich schließlich im Schriftsatz vom 11. April 2019 eine Auflistung über Umsatzangaben für die Jahre 2008 bis 2018 „für Veranstaltungen und Reitunterricht“ befindet, hat die Beschwerdeführerin weiterhin nicht erläutert, warum für manche Jahre zwei, drei und einmal vier Beträge genannt wurden. Aus den beigegeführten Auflistungen aus dem „Jahreskonto Kanzlei-Rechnungswesen“ finden sich zwar über die von der Widersprechenden in den Jahren 2009 bis 2018 unter anderem unter der Widerspruchsmarke erzielten Umsätze im Zusammenhang mit Reitstunden – teilweise wohl als „Reitkasse“ bezeichnet -, Pferdeverleih, Boxenvermietung und Feriencamps. Rückschlüsse darauf, dass diese Einnahmen unter der Widerspruchsmarke erzielt wurden, lassen sich aus diesen Auszügen aus der Finanzbuchhaltung nicht ziehen.

Insgesamt ist festzuhalten, dass sich die Glaubhaftmachung vor allem in allgemeinen, vagen und lückenhaften Ausführungen und der Wiedergabe von Rechtsmeinungen erschöpft.

c. Ob der Widersprechenden eine ausreichende Glaubhaftmachung für den ersten hier maßgeblichen Benutzungszeitraum nach § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG a. F. gelungen ist, muss letztlich aber nicht abschließend beurteilt werden. Denn jedenfalls ist die Widersprechende ihrer Obliegenheit zur Glaubhaftmachung für den maßgeblichen Zeitraum nach § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG a. F. nicht nachgekommen.

Für den zweiten Benutzungszeitraum sind weder Ausführungen über die Benutzung der Widerspruchsmarke gemacht noch aktualisierte Benutzungsunterlagen eingereicht worden. Neben den unter b. genannten Mängeln der Glaubhaftmachung ist nunmehr bei den – nicht nach konkreten Waren und Dienstleistungen aufgeschlüsselt und nur schriftsätzlich aufgeführten - Umsatzangaben wie auch bei der Auflistung der sog. „Reitkasse“ nur noch ein Teil des Jahres 2018 erfasst, nämlich Oktober bis Dezember 2018, mithin nur drei Monate des zweiten maßgeblichen Zeitraums. Durch Zeitablauf fehlen mittlerweile Angaben für die letzten 4 Jahre und 9 Monate.

Zwar ist eine kontinuierliche Verwendung der Marke während des gesamten in Rede stehenden Zeitraums für die Annahme einer rechtserhaltenden Benutzung nicht erforderlich (vgl. EuGH GRUR 2008, 343 Rn. 72 bis 74 – Il Ponte Finanziaria/HABM [BAINBRIDGE]; BGH GRUR 2013, 925 Rn. 40 – VOODOO), worauf die Beschwerdeführerin zutreffend hingewiesen hat. Die angegebenen Umsatzangaben müssen daher weder den gesamten fünfjährigen Benutzungszeitraum abdecken noch das letzte Jahr betreffen. Vielmehr genügt auch die Glaubhaftmachung einer Markenverwendung für eine begrenzte, auch weiter zurückliegende Zeit innerhalb des relevanten Benutzungszeitraums, sofern der fragliche Einsatz der Marke noch als ernsthafte Benutzung zu bewerten ist (vgl. Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 43 Rn. 85 und § 26 Rn. 95 ff.). Hieran bestehen wegen der schon für den ersten Zeitraum festgestellten Mängel durchgreifende Zweifel. Insbesondere bleibt (weiterhin) unklar, unter welcher Marke die Reitstunden angeboten wurden.

d. In der mündlichen Verhandlung hat der Senat auf die Defizite im Vortrag der Widersprechenden hingewiesen. Eine Klärung hat sich nicht herbeiführen lassen. Die Beschwerdeführerin hat lediglich pauschal auf den großen Umfang ihrer Unterlagen hingewiesen; aus diesen ergebe sich auch für den zweiten Zeitraum eine rechtserhaltende Benutzung – zumindest für Reitunterricht. Dabei handelt es sich wiederum um eine bloße Rechtsbehauptung.

2. Ein Hinweis auf die Notwendigkeit, die Benutzungsunterlagen für den ersten Zeitraum zu ergänzen und Unterlagen für den wandernden Benutzungszeitraum vorzulegen, war vor der mündlichen Verhandlung auch im Hinblick auf die Aufklärungspflicht des Gerichts gemäß § 139 ZPO weder erforderlich noch geboten. Dies gilt umso mehr als bereits die Markenstelle in dem angegriffenen Beschluss deutlich gemacht hat, dass beide Einreden zulässig und welche Voraussetzungen an den Vortrag der Widersprechenden hinsichtlich der Benutzung zu stellen sind.

Wegen des im Rahmen des Benutzungszwangs herrschenden Beibringungsgrundsatzes ist es allein Sache der Widersprechenden, die entsprechenden Zeitabläufe im Auge zu behalten und die Mittel der Glaubhaftmachung dem wandernden Benutzungszeitraum anzupassen. Hierzu hatte die Beschwerdeführerin nach Erhebung der Beschwerde im Februar 2022 ausreichend Gelegenheit.

Mangels berücksichtigungsfähiger Widerspruchswaren und -dienstleistungen kommt es auf die weiteren Fragen der Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG zwischen den sich gegenüberstehenden Marken nicht mehr an.

Die Beschwerde war daher zurückzuweisen.

C. Hinsichtlich der Kosten des Beschwerdeverfahrens verbleibt es bei der gesetzlichen Regelung des § 71 Abs. 1 Satz 2 MarkenG.

Wenngleich die Widersprechende ihren Widerspruch durch Einlegung der Beschwerde weiterverfolgt hat, ohne einen erneuten Glaubhaftmachungsversuch einer rechtserhaltenden Benutzung vorzunehmen und insbesondere für den wandernden Benutzungszeitraum keine weiteren Unterlagen mehr vorgelegt hat, so ist im Ergebnis noch nicht von einem völlig untauglichen oder nicht ernst gemeinten Versuch einer Glaubhaftmachung der rechtserhaltenden Benutzung auszugehen.

Auch andere Billigkeitsgründe für eine Auferlegung der Kosten auf einen Beteiligten sind weder vorgetragen worden noch ersichtlich.

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 eine beim Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwältin oder durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt einzulegen.

Mittenberger-Huber

Akintche

Posselt