



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 514/21

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2016 228 716

hat der 30. Senat (Marken- und Design-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 8. Dezember 2022 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Hacker sowie der Richterin Dr. Weitzel und des Richters Merzbach

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Das Zeichen



ist am 11. Oktober 2016 angemeldet und am 28. November 2016 u. a. für die Waren der

„Klasse 29: Snacks auf der Basis von Kartoffeln“

unter der Nummer 30 2016 228 716 in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register eingetragen worden. Die weiteren ursprünglich

angemeldeten und eingetragenen Waren der Klassen 30 und 32 hat das DPMA auf Antrag der Markeninhaber gelöscht.

Gegen diese Marke, deren Eintragung am 30. Dezember 2016 veröffentlicht wurde, hat die Inhaberin der am 21. Oktober 2009 angemeldeten und am 16. Dezember 2009 eingetragenen Wort-/Bildmarke 30 2009 062 129



die nach einer Teillöschung noch für die Waren der

„Klasse 30: Mehle und Getreidepräparate; Brot, feine Backwaren und Konditorwaren, nämlich Frischebackwaren mit einer Haltbarkeit von maximal 1 Monat und Spezialbackwaren bei Nahrungsunverträglichkeiten, insbesondere eifreie, glutenfreie, kohlenhydratfreie, laktosefreie, tierfreie und weizenfreie Backwaren, mit einer Haltbarkeit von maximal 3 Monaten, sowie ausgenommen sonstige Dauerbackwaren und Cracker; Speisestärke, Mehl und Teigwaren; Stärke- und Getreideerzeugnisse für Nahrungszwecke; Zwieback, Lebkuchen; Pasteten, soweit in Klasse 30 enthalten; Sandwiches, Pfannkuchen, Waffeln, auch tiefgefroren; Speiseeis; Kaffee (einschließlich Ersatzmittel), Tee; Zucker; Honig, Melassesirup, natürliche Süßungsmittel; Hefe, Hefe-, Back-, Speiseeis- und Puddingpulver“

Schutz genießt, Widerspruch erhoben.

Ein gegen die Widerspruchsmarke 30 2009 062 129 gerichtetes Widerspruchsverfahren war am 31. Januar 2011 abgeschlossen.

Die Inhaber der angegriffenen Marke haben mit Schriftsatz vom 5. November 2019 die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke bestritten. Die

Widersprechende hat daraufhin vor der Markenstelle mit Schriftsatz vom 11. Januar 2020 zur Glaubhaftmachung eine eidesstattliche Versicherung des Geschäftsführers der Widersprechenden, Herrn H..., vom 6. Dezember 2019 und weitere Unterlagen, u. a. Lieferscheine und (zum Teil dazugehörnde) Rechnungen an diverse Kunden aus den Jahren 2011 bis 2017, Verpackungsmaterial, verschiedene Werbeflyer und einen Werbeprospekt vorgelegt.

Mit Schriftsatz vom 14. Juli 2020 haben die Markeninhaber erklärt, die Benutzung werde „anerkannt“ und zwar für die Waren „Brot, feine Backwaren und Konditorwaren, nämlich Frischebackwaren mit einer Haltbarkeit von maximal 1 Monat und Spezialbackwaren bei Nahrungsunverträglichkeiten, insbesondere eifreie, glutenfreie, kohlenhydratfreie, laktosefreie, tierfreie und weizenfreie Backwaren, mit einer Haltbarkeit von maximal 3 Monaten, sowie ausgenommen sonstige Dauerbackwaren und Cracker; Zwieback, Lebkuchen; Pasteten, soweit in Klasse 30 enthalten; Sandwiches, Pfannkuchen, Waffeln, auch tiefgefroren“.

Die mit einer Beamtin des gehobenen Dienstes besetzte Markenstelle für Klasse 29 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die angegriffene Marke 30 2016 228 716 auf den Widerspruch aus der Marke 30 2009 062 129 mit Beschluss vom 30. Oktober 2020 gelöscht.

Es bestehe keine ernsthafte Veranlassung, die Angaben der eidesstattlichen Versicherung nebst Anlagen in Zweifel zu ziehen. Anhaltspunkte für eine Scheinbenutzung bestünden nicht. Die Gesamtschau der Benutzungsunterlagen lege nahe, dass die rechtserhaltende Benutzung Widerspruchsmarke für bestimmte Warengruppen nachgewiesen worden sei. Das betreffe vor allem Brot, Back- und Konditorwaren, letztere in der Regel als süßes Gebäck, aber auch Pasteten, Sandwiches, Pfannkuchen und Waffeln, auch als herzhaft zubereitungen. Dies sei von den Markeninhabern mit Schriftsatz vom 14. Juli 2020 überdies anerkannt worden und damit unstreitig.

Die von der angegriffenen Marke beanspruchten Waren „Snacks auf der Basis von Kartoffeln“ und die Waren der Widerspruchsmarke „Brot, feine Backwaren und Konditorwaren; Pasteten; Sandwiches, Pfannkuchen, Waffeln“ lägen in einem hochgradigen Ähnlichkeitsbereich. Der Verkehr verstehe unter einem „Snack“ ein meist kleineres, warmes oder kaltes, jedoch immer unkompliziert mit geringem Zeitaufwand zu verzehrendes Stückchen für den kleinen Hunger. Beginnend mit z. B. Riegeln aller Art (Schoko, Früchte, Cerealien etc.) habe sich der Begriff „Snack“ mehr und mehr zur Beschreibung von süßen oder herzhaften Stückchen bis hin zu einem Imbiss oder einer kleinen Mahlzeit des modernen Street Food entwickelt. Neben Fleischereien, Supermärkten, Imbissbuden böten unter anderem Bäckereien zunehmend auch herzhaft Snacks an. Im Straßenverkauf sei es nicht unüblich, einen großen Teil des Backwarensortiments als Snack in einer Papiertüte, auf einer Pappunterlage oder Serviette zum Sofortverzehr auf die Hand gereicht zu bekommen. Große Teile des snackgeeigneten Angebots von Brötchen, über Waffeln hin zu gefüllten Taschen, Sandwiches, Brot/Schnitten und Pfannkuchen könnten auf der Basis von Kartoffeln (z. B. Kartoffelbrot, Kartoffelröstitaschen, Kartoffelkrusti, Kartoffelbrötchen, Kartoffelwaffel, Kartoffelpfannkuchen, Kartoffelsandwiches) hergestellt werden. Daraus ergebe sich eine fließende Abgrenzung zwischen den Produkten der Klasse 29 und der Klasse 30, was vorliegend zumindest zu einer hochgradigen Ähnlichkeit der gegenüberstehenden Waren führe.

Darüber hinaus sei hinsichtlich der Widerspruchsmarke von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft und damit einem normalen Schutzzumfang auszugehen.

Den nach alldem an den Markenabstand zu stellenden Anforderungen werde die angegriffene Marke nicht gerecht. Bei Marken, die neben Wortelementen auch Bildelemente (hier gelbe Balken bzw. ein rundes Element) enthielten, sei in klanglicher Hinsicht von dem allgemein anerkannten Erfahrungsgrundsatz auszugehen, dass der Verkehr in der Regel dem Wort als einfachster und kürzester

Bezeichnungform die prägende Bedeutung zumesse. Vorliegend stünden sich mit „FRIZ“ bzw. „FRITZ“ auf Seiten der angegriffenen Marke und „FRITZ“ als Widerspruchsmarke klanglich identische Marken gegenüber.

Gegen diesen Beschluss haben die Verfahrensbevollmächtigten der beiden Markeninhaber mit Schriftsatz vom 3. Dezember 2020 Beschwerde eingelegt und innerhalb der maßgeblichen Beschwerdefrist eine Beschwerdegebühr in Höhe von 200 € gezahlt.

In der Beschwerdebegründung ist ausgeführt, eine Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG sei zwischen den Vergleichsmarken nicht zu erkennen. Mit den Waren der Klasse 30, für die die Benutzung anerkannt worden sei, nämlich „Brot; feine Backwaren und Konditorwaren, nämlich Frischebackwaren mit einer Haltbarkeit von maximal 1 Monat und Spezialbackwaren bei Nahrungsunverträglichkeiten, insbesondere eifreie, glutenfreie, kohlenhydratfreie, laktosefreie, tierfreie und weizenfreie Backwaren, mit einer Haltbarkeit von maximal 3 Monaten, sowie ausgenommen sonstige Dauerbackwaren und Cracker; Pasteten, soweit in Klasse 30 enthalten; Sandwiches, Pfannkuchen; Waffeln, auch tiefgefroren“ und den von der angegriffenen Marke beanspruchten Waren „Snacks auf der Basis von Kartoffeln“ stünden sich keine identischen, nicht einmal im engeren Ähnlichkeitsbereich liegende Waren gegenüber. Die Überlegung der Markenstelle, Backwaren könnten unter Verwendung von Kartoffeln/Kartoffelmehl hergestellt werden und so zu Kartoffelsnacks werden, sei falsch. Auch Kartoffelbrötchen, Kartoffelwaffeln oder Kartoffelbrot seien Brötchen, Waffeln oder Brote und damit der Klasse 30 zuzuordnende Backwaren und keine Snacks auf der Basis von Kartoffeln der Klasse 29. Überdies handele es sich bei dem Widerspruchsführer um einen Bäckereibetrieb, die Inhaber der angegriffenen Marke betrieben hingegen Imbiss-Geschäfte, in denen Pommes Frites-basierte (daher der Name) Speisen gereicht würden.

Es sei – ungeachtet der Kennzeichnungsschwäche einzelner Bestandteile – insgesamt von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke auszugehen.

Angesichts der durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und nicht identischer Vergleichswaren seien an den Markenabstand hohe Anforderungen zu stellen. Der erforderliche Abstand werde von der jüngeren Marke eingehalten.

In klanglicher Hinsicht bestehe keine Verwechslungsgefahr. Zwar sei bei Wort-/Bildmarken von dem allgemein anerkannten Erfahrungssatz auszugehen, dass der Verkehr in der Regel dem Wort als einfachster und kürzester Bezeichnungsform die prägende Bedeutung zumesse. Allerdings sei dieser Grundsatz vorliegend nicht anzuwenden, weil die Wortbestandteile der Vergleichsmarken „FRITZ“ bzw. „FRITZZ“ schutzunfähig seien. Wegen der Vielzahl von Wortbildungen im Lebensmittelsektor in der Verbindung mit Namen oder namensähnlich klingenden Begriffen wie hier „Frit(t)z“ sei davon auszugehen, dass der Verkehr auch „den Namen oder namensähnlich klingenden Begriff wie hier „Frit(t)z“ lediglich „als Hinweis auf die übliche Herstellungsstätte von Backwaren oder (...) anderen Waren wie Snacks auf der Basis von Kartoffeln“ verstehe, „also nur sachbezogen, und nicht als individualisierten betrieblichen Hinweis“. Übereinstimmungen in dem schutzunwürdigen Bestandteil „Frit(t)z“ genügten daher nicht, um eine Verwechslungsgefahr zu begründen.

Wegen der unterschiedlichen Gestaltungen sei auch eine bildliche Verwechslungsgefahr ausgeschlossen. Vielmehr würden sich die Vergleichsmarken – insbesondere durch die grafische Ausgestaltung – so deutlich voneinander abheben, dass ein sicheres Auseinanderhalten in jeder Wahrnehmungsrichtung gewährleistet sei.

Die Verkehrskreise würden auch deshalb keiner Verwechslungsgefahr unterliegen, weil die Kunden zum Erwerb von Backwaren der Warenklasse 30 eine Bäckerei und nicht eine gastronomische Einrichtung, welche Pommes Frites anbiete, aufsuchen

würden und umgekehrt. Überdies zeigten die Vergleichszeichen die jeweils angebotene Ware und ließen auch insoweit keine Verwechslungen zu.

Die Markeninhaber beantragen sinngemäß,

den angefochtenen Beschluss der Markenstelle für Klasse 29 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 30. Oktober 2020 aufzuheben und den Widerspruch zurückzuweisen.

Durch ein Versehen des Gerichts ist versäumt worden, die Beschwerde der Widersprechenden zuzustellen.

Im Amtsverfahren hat die Widersprechende ausgeführt, sämtliche von der angegriffenen Marke beanspruchten Waren der Klassen 29 seien zu den Waren der Klasse 30 der Widerspruchsmarke hochgradig ähnlich. Die Formulierung "auf der Basis von Kartoffeln" stelle keine materiell-rechtliche Einschränkung der Waren "Snacks" dar. Die Waren "Snackprodukte" aber seien mit den Waren "Cerealien" hochgradig ähnlich (vgl. HABM, Beschwerdekammer R 2251/13-1) bzw. mit den Waren "Gemüse, Reis" bis zur Identität ähnlich (vgl. HABM, Beschwerdekammer R 1188/05-1). Darüber hinaus seien die Waren "feine Backwaren" mit den Waren "Kartoffelpräparate" identisch (vgl. BPatG 28 W (pat) 191/76).

Zumindest in klanglicher und/oder begrifflicher Hinsicht liege Verwechslungsgefahr

zwischen den Vergleichsmarken  und  vor.

Klanglich bestehe Identität zwischen dem Wortbestandteil "FRITZ" und dem Wortbestandteil "FRIttZ" bzw. "FRITZ", und zwar unabhängig davon, ob die angesprochenen Verkehrskreise in dem Bildbestandteil nur einen Buchstaben "T" oder zwei Buchstaben "tt" erkennen würden. Eine Verdopplung des Konsonanten "t" sei nicht hörbar.

Es sei von einer normalen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke auszugehen, da ein beschreibender Hinweis auf die Waren bei dem Wortbestandteil „FRITZ“ nicht vorliege. Im Ergebnis bestehe zwischen den Vergleichsmarken Verwechslungsgefahr i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG.

II.

A. Die gemäß §§ 64 Abs. 6, 66 MarkenG statthafte Beschwerde ist im Hinblick auf den Markeninhaber zu 1 zulässig. Hinsichtlich des Markeninhabers zu 2 gilt die Beschwerde als nicht eingelegt, weil er seiner nach dem Patentkostengesetz (PatKostG) obliegenden Verpflichtung zur Zahlung der Beschwerdegebühr nicht nachgekommen ist.

Die Verfahrensbevollmächtigten der beiden Markeninhaber haben mit Schriftsatz vom 3. Dezember 2020 Beschwerde eingelegt. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass die Beschwerde für beide Mandanten eingelegt werden sollte. Die Verfahrensbevollmächtigten haben innerhalb der maßgeblichen Beschwerdefrist jedoch nur eine Beschwerdegebühr in Höhe von 200 € gezahlt. Nach der bis zum 17. August 2021 geltenden Fassung des PatKostG wäre jedoch für jeden Beteiligten eine Gebühr zu zahlen gewesen (§ 82 Abs. 1 S. 3 i. V. m. §§ 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 PatKostG i. V. m. mit Gebührenverzeichnis Teil B Vorbemerkung Absatz 1: „Die Gebühren Nummer 400 000 bis 401 300 werden für jeden Antragsteller gesondert erhoben.“). Soweit, wie vorliegend, nur eine Beschwerdegebühr entrichtet ist, ist zu prüfen, ob die entrichtete Gebühr zumindest einem der Beteiligten zugeordnet werden kann, was etwa in Betracht kommt, wenn nur der Name eines Beteiligten auf dem Überweisungsformular oder der Einzugsermächtigung angegeben ist (vgl. BGH GRUR 2017, 1286, Nr. 27 - Mehrschichtlager). Vorliegend gibt es keine Anhaltspunkte für eine Zuordnung der Beschwerdegebühr. Das führt jedoch nicht dazu, dass die Beschwerde insgesamt

nach § 64a MarkenG i. V. m. § 6 Abs. 2 PatKostG als nicht erhoben gilt. Wie sich aus der Entscheidung des BGH X ZB 1/17 Rn. 30 und 34 – Mehrschichtlager ergibt, ist die Beschwerde nämlich dahingehend auszulegen, dass sie für den im Rubrum der angefochtenen Entscheidung an erster Stelle Genannten erhoben sein soll. Das ist vorliegend der Markeninhaber zu 1. Der Markeninhaber zu 2 ist daher nicht Beschwerdeführer geworden. Er ist aber als notwendiger Streitgenosse am Beschwerdeverfahren zu beteiligen (vgl. BGH a. a. O., Rn. 32 – Mehrschichtlager, BGH I ZB 27/13 Rn. 10 – VIVA FRISEURE/VIVA).

Die ab 18. August 2021 geltende Rechtslage, wonach das Gebührenverzeichnis zum Patentkostengesetz derart geändert ist, dass der oben genannten Vorbemerkung der Satz angefügt wird: „Gemeinschaftliche Inhaber oder Anmelder eines betroffenen Schutzrechts gelten als ein Antragsteller, wenn sie in den in Satz 1 genannten Fällen gemeinsam Beschwerde einlegen“ (siehe Art. 8 Nr. 3 Buchst. o des Zweiten Gesetzes zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts vom 10. August 2021, BGBl. I, S. 3490), ist auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar, da die Beschwerdefrist einen in der Vergangenheit abgeschlossenen Sachverhalt betrifft (vgl. BPatG 7 W (pat) 19/20).

B. Die Beschwerde hat in der Sache jedoch keinen Erfolg, da zwischen den Vergleichsmarken Verwechslungsgefahr nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG zu besorgen ist, so dass die Markenstelle zu Recht die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet hat (§ 43 Abs.2 Satz 1 MarkenG).

Da die Anmeldung der angegriffenen Marke zwischen dem 1. Oktober 2009 und dem 14. Januar 2019 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. Eine für die Beurteilung des Streitfalls maßgebliche Änderung der Rechtslage folgt daraus nicht (vgl. BGH WRP 2019, 1316 Rn. 11 – KNEIPP).

Die Frage, ob Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG vorliegt, ist unter Heranziehung aller relevanten Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen. Dabei ist von einer Wechselwirkung zwischen der Identität oder der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen, dem Grad der Ähnlichkeit der Marken und der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke in der Weise auszugehen, dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken oder durch eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (st. Rspr.; vgl. nur EuGH GRUR 2020, 52 Rn. 41-43 - Hansson [Roslagspunsch/ROSLAGSÖL]; GRUR 2010, 1098 Rn. 44 – Calvin Klein/HABM; GRUR 2010, 933 Rn. 32 – Barbara Becker; BGH GRUR 2020, 870 Rn. 25 – Injekt/Injex; GRUR 2019, 1058 Rn. 17 - KNEIPP; GRUR 2018, 79 Rn. 7 - OXFORD/Oxford Club; WRP 2017, 1104 ff. - Medicon-Apotheke/Medico Apotheke; GRUR 2016, 382 Rn. 19 - BioGourmet; GRUR 2016, 283 Rn. 7 - BSA/DSA DEUTSCHE SPORTMANAGEMENTAKADEMIE). Bei dieser umfassenden Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist auf den durch die Marken hervorgerufenen Gesamteindruck abzustellen, wobei insbesondere die unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind (vgl. EuGH, a. a. O. Rn. 48 - Hansson [Roslagspunsch/ROSLAGSÖL]; BGH a. a. O. Rn. 25 - INJEKT/INJEX).

Nach diesen Grundsätzen ist zwischen den Vergleichsmarken eine unmittelbare Verwechslungsgefahr zu bejahen.

1. Die Inhaber der angegriffenen Marke haben im Amtsverfahren in ihrem Schriftsatz vom 5. November 2019 in zulässiger Weise die Einrede der Nichtbenutzung erhoben, so dass auf Seiten der Widerspruchsmarke grundsätzlich nur die Waren zu berücksichtigen sind, für die eine rechtserhaltende Benutzung glaubhaft gemacht worden ist. Anzuwenden sind die Vorschriften des § 43 Abs. 1 und des § 26 MarkenG in ihrer bis vor dem 14. Januar 2019 geltenden Fassung, weil der Widerspruch vor dem 14. Januar 2019 erhoben worden ist (§ 158 Abs. 5 MarkenG). Dass die Nichtbenutzungseinrede unter der Geltung des neuen

Rechts erhoben worden ist, ist demgegenüber unerheblich (vgl. Hacker in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl., § 158 Rn. 10).

a. Die seitens der Inhaberin der angegriffenen Marke undifferenziert erhobene Einrede der mangelnden Benutzung bezieht sich auf beide nach § 43 Abs. 1 Satz 1 und 2 MarkenG relevanten Benutzungszeiträume und ist auch in Bezug auf beide Zeiträume statthaft. Das ist unproblematisch für den Benutzungszeitraum nach § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG, der die letzten fünf Jahre vor der Entscheidung über den Widerspruch betrifft, gilt aber auch für den Benutzungszeitraum nach § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG. Diesbezüglich ist für den Beginn der sog. Benutzungsschonfrist der Widerspruchsmarke  gemäß § 26 Abs. 5 MarkenG der am 31. Januar 2011 erfolgte Abschluss des gegen diese Widerspruchsmarke gerichteten Widerspruchsverfahrens maßgeblich. Dessen Abschluss lag zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der angegriffenen Marke am 30. Dezember 2016 bereits fünf Jahre zurück. Damit oblag es der Widersprechenden grundsätzlich, die wesentlichen Umstände der Benutzung der Marke nach § 26 MarkenG, insbesondere nach Art, Zeit, Ort und Umfang sowohl für den nach § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG relevanten Zeitraum 30. Dezember 2011 bis 29. Dezember 2016 als auch für den nach § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG maßgeblichen Zeitraum der letzten fünf Jahre vor der Entscheidung über den Widerspruch darzutun und glaubhaft zu machen.

b. Auf eine entsprechende Glaubhaftmachung kommt es vorliegend aber letztlich nicht an, weil die Inhaber der angegriffenen Marke die Benutzung der Widerspruchsmarke für die Waren

„Brot, feine Backwaren und Konditorwaren, nämlich Frischebackwaren mit einer Haltbarkeit von maximal 1 Monat und Spezialbackwaren bei Nahrungsunverträglichkeiten, insbesondere eifreie, glutenfreie, kohlenhydratfreie, laktosefreie, tierfreie und weizenfreie Backwaren, mit einer Haltbarkeit von maximal 3 Monaten, sowie ausgenommen sonstige

Dauerbackwaren und Cracker; Zwieback, Lebkuchen; Pasteten, soweit in Klasse 30 enthalten; Sandwiches, Pfannkuchen, Waffeln, auch tiefgefroren“.

mit Schriftsatz vom 14. Juli 2020 anerkannt haben. Daher ist davon auszugehen, dass die Nichtbenutzungseinrede für die vorgenannten Waren nicht mehr aufrechterhalten wird (vgl. BPatG GRUR 2004, 954, 956 CYNARETTEN/Circanetten).

2. Zwischen den vorgenannten Waren und den von der angegriffenen Marke beanspruchten „Snacks auf der Basis von Kartoffeln“ besteht eine hochgradige Ähnlichkeit.

a. Eine Ähnlichkeit von Waren ist anzunehmen, wenn diese in Berücksichtigung aller erheblichen Faktoren, die ihr Verhältnis zueinander kennzeichnen – insbesondere ihrer Beschaffenheit, ihrer regelmäßigen betrieblichen Herkunft, ihrer regelmäßigen Vertriebs- oder Erbringungsart, ihrem Verwendungszweck und ihrer Nutzung, ihrer wirtschaftlichen Bedeutung, ihrer Eigenart als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Produkte oder anderer für die Frage der Verwechslungsgefahr wesentlicher Gründe – so enge Berührungspunkte aufweisen, dass die beteiligten Verkehrskreise der Meinung sein könnten, sie stammten aus denselben oder ggfls. wirtschaftlich verbundenen Unternehmen, sofern sie – was zu unterstellen ist – mit identischen Marken gekennzeichnet sind (vgl. EuGH GRUR 1998, 922, 923 f., Nr. 22 – 29 – Canon; EuGH GRUR 2006, 582, Nr. 85 – VITAFRUIT; BGH GRUR 2006, 941, Nr. 13 – TOSCA BLU; GRUR 2004, 241, 243 – GeDIOS; GRUR 2001, 507, 508 – EVIAN/REVIAN). Von einer absoluten Warenunähnlichkeit kann dabei nur dann ausgegangen werden, wenn die Annahme einer Verwechslungsgefahr trotz (unterstellter) Identität der Marken wegen des Abstands der Waren von vornherein ausgeschlossen ist (vgl. BGH GRUR 2006, 941 Rn. 13 – TOSCA BLU; GRUR 2007, 321 Rn. 20 – COHIBA; GRUR 2008, 714 Rn. 32 – idw; GRUR 2009, 484 Rn. 25 – METROBUS; GRUR 2012, 1145 Rn. 34 – Pelikan; GRUR 2014, 488 Rn. 12 – DESPERADOS/DESPERADO).

b. Die von der angegriffenen Marke beanspruchten Waren der Klasse 29: „Snacks auf der Basis von Kartoffeln“ und die Waren der Widerspruchsmarke „Brot, feine Backwaren und Konditorwaren, nämlich Frischebackwaren mit einer Haltbarkeit von maximal 1 Monat und Spezialbackwaren bei Nahrungsunverträglichkeiten, insbesondere eifreie, glutenfreie, kohlenhydratfreie, laktosefreie, tierfreie und weizenfreie Backwaren, mit einer Haltbarkeit von maximal 3 Monaten, sowie ausgenommen sonstige Dauerbackwaren und Cracker; Pasteten; Sandwiches, Pfannkuchen, Waffeln“ liegen in einem engen Ähnlichkeitsbereich.

Das Wort „Snack“ bezeichnet eine kleine Zwischenmahlzeit, einen Appetithappen bzw. Knabbergebäck. Anders als die Markeninhaber vortragen, sind die auf Seiten der angegriffenen Marke zu berücksichtigenden Waren nicht auf „Pommes Frites-basierte“ Speisen beschränkt. Maßgeblich sind vielmehr die im Register eingetragenen Waren, nämlich „Snacks auf Basis von Kartoffeln“ (vgl. Hacker in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl., § 9 Rn. 65).

Zutreffend hat die Markenstelle ausgeführt, dass neben Fleischereien, Supermärkten und Imbissbuden auch Bäckereien sowohl süße als auch herzhaft Snacks anbieten. Dabei kann das snackgeeignete Angebot von Brötchen über Waffeln hin zu gefüllten Taschen, Sandwiches, Brot/Schnitten und Pfannkuchen auf der Basis von Kartoffeln hergestellt werden. Die Bezeichnung Kartoffelbrot, -waffel oder –brötchen weist regelmäßig darauf hin, dass der Teig gekochte Kartoffeln oder Kartoffelflocken enthält. Kartoffelpfannkuchen, ein anderes Wort für „Reibekuchen“, bestehen aus frisch geriebenen und ausgebratenen Kartoffelschnitzen. Die „Snacks auf der Basis von Kartoffeln“ der angegriffenen Marke weisen in Bezug auf die für eine Ähnlichkeit maßgeblichen Gesichtspunkte wie Hersteller, stoffliche Beschaffenheit, Verwendungszweck und Einsatzbereich somit zahlreiche Überschneidungen und Berührungspunkte mit den vorgenannten Waren der Widerspruchsmarke auf. In Bezug auf die von der angegriffenen Marke beanspruchten Waren „Snacks auf der Basis von Kartoffeln“ (Klasse 29) ist die Abgrenzung zu den snackgeeigneten und potenziell unter Verwendung von Kartoffeln hergestellten Waren der Widerspruchsmarke in Klasse 30 somit fließend.

Insofern sind die Vergleichswaren, wenn auch nicht identisch, jedenfalls als hochgradig ähnlich einzustufen.

c. Daran vermag der Vortrag der Markeninhaber, bei der Widerspruchsführerin handele es sich um einen Bäckereibetrieb, während die Inhaber der angegriffenen Marke Imbiss-Geschäfte betrieben, nichts zu ändern. Es kommt nämlich für die Beurteilung der Warenähnlichkeit auf die Registerlage an, unabhängig von der konkreten Verkaufssituation (Hacker in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl., § 9 Rn. 28).

d. Zu keinem anderen Ergebnis führt das Vorbringen der Markeninhaber, z. B. Kartoffelbrötchen, -brot, -waffeln blieben Brötchen, Brot, Waffeln der Klasse 30 und könnten deshalb nicht den Snacks der Klasse 29 zugeordnet werden. Denn die unterschiedliche Klasseneinteilung wirkt sich nicht auf die Beurteilung der Warenähnlichkeit aus (vgl. Hacker in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 9 Rn. 94).

3. Die Widerspruchsmarke verfügt – wovon auch die Markeninhaber und die Widersprechende ausgehen - von Haus aus über eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft und damit einen normalen Schutzzumfang. Es liegen keine konkreten Anhaltspunkte vor, die für eine verringerte oder erhöhte Kennzeichnungskraft sprechen.

4. Was die Zeichenähnlichkeit betrifft, sind beide Marken jedenfalls in klanglicher Hinsicht identisch.

a. Maßgeblich für die Beurteilung der Zeichenähnlichkeit ist der Gesamteindruck der Vergleichsmarken unter Berücksichtigung der unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente (EuGH GRUR 2013, 922 Rn. 35 – Specsavers/Asda; BGH GRUR 2013, 833 Rn. 30 – Culinaria/Villa Culinaria), wobei von dem allgemeinen Erfahrungsgrundsatz auszugehen ist, dass der Verkehr eine Marke so aufnimmt, wie sie ihm entgegentritt, ohne sie einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (vgl. u. a. EuGH GRUR 2004, 428 Rn. 53 – Henkel; BGH GRUR 2001, 1151, 1152 – marktfrisch). Das schließt nicht aus, dass unter Umständen ein oder

mehrere Bestandteile einer komplexen Marke für den durch die Marke im Gedächtnis der angesprochenen Verkehrskreise hervorgerufenen Gesamteindruck prägend sein können (EuGH GRUR 2005, 1042 Rn. 28 f. – THOMSON LIFE; BGH a. a. O. Rn. 37 – OXFORD/Oxford Club m. w. N.; GRUR 2012, 64 Rn. 14 – Maalox/Melox-GRY). Voraussetzung hierfür ist, dass die anderen Bestandteile weitgehend in den Hintergrund treten und den Gesamteindruck der Marke nicht mitbestimmen. Die Ähnlichkeit einander gegenüberstehender Zeichen ist nach deren Ähnlichkeit im (Schrift-)Bild, im Klang und im Bedeutungs- oder Sinngehalt zu beurteilen, weil Marken auf die mit ihnen angesprochenen Verkehrskreise in bildlicher, klanglicher und begrifflicher Hinsicht wirken können. Dabei genügt für die Bejahung der Zeichenähnlichkeit regelmäßig bereits die Ähnlichkeit in einem der genannten Wahrnehmungsbereiche (EuGH GRUR 2007, 700 Rn. 35 – Limoncello/LIMON-CHELO; BGH GRUR 2016, 382 Rn. 37 – BioGourmet).

b. Auf Seiten der Vergleichsmarken sind dabei ungeachtet ihrer grafischen Ausgestaltung, jedenfalls im Rahmen einer die Verwechslungsgefahr begründenden klanglichen Zeichenähnlichkeit, allein die Wortbestandteile „FRITZ/FRITZ/FRIZ“ bzw. „FRITZ“ zu berücksichtigen, da der Verkehr erfahrungsgemäß dem Wort als einfachster und kürzester Bezeichnungsform die prägende Bedeutung zumisst (vgl. Hacker in Ströbele/Hacker/Thiering, 13. Aufl., § 9 Rn. 458).

Eine Ausnahme von dem vorgenannten Grundsatz ist nicht ersichtlich. So handelt

es sich bei dem schwarz-gründigen Kreis der angegriffenen Marke  bzw. dem braun-gründigen Rechteck der Widerspruchsmarke  um einfache grafische Umrahmungen bzw. Hintergründe. Der zusätzliche Bildbestandteil der Widerspruchsmarke, ein rundes Element auf rotem Hintergrund kann mehrere Bedeutungen haben (z.B. Sonne, Mühlrad, Brotlaib) und eignet sich nicht zur Benennung der Marke. Die angegriffene Marke verfügt an vierter Buchstabenstelle über drei gelb gestaltete, unregelmäßige Balken, die an Pommes frites erinnern.

Zwei Balken sind senkrecht angeordnet, der dritte kreuzt beide im oberen Bereich, so dass die Erkennung als „T“ oder „tt“ naheliegt, was durch die Darstellung von Pommes frites (ausgesprochen: „fritz“ oder „frittz“) noch verstärkt wird. Selbst wenn man die Balken nicht als Buchstaben verstehen würde, würde der Verkehr die angegriffene Marke „FRIZ“ aussprechen

Im Ergebnis stehen sich mit „FRITZ“ bzw. „FRItZ“ bzw. „FRIZ“ auf Seiten der angegriffenen Marke und „FRITZ“ als Widerspruchsmarke klanglich identische Marken gegenüber.

c. In diesem Zusammenhang überzeugt das Vorbringen der Markeninhaber nicht, der Verkehr werde sich an der Grafik der Vergleichsmarken und nicht an den Wortbestandteilen orientieren. Insbesondere ist nicht davon auszugehen, dass die Wortbestandteile „FRITZ“ bzw. „FRITTZ/FRIZ“ im Hinblick auf die „Vielzahl entsprechender Wortbildungen“ im Lebensmittelsektor schutzunfähig sind. „FRITZ“ ist sowohl ein (männlicher) Vorname wie ein Nachname und als solcher uneingeschränkt zur Herkunftskennzeichnung von Waren geeignet (vgl. Hacker in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl., § 9 Rn. 153). Die Auffassung, „Frit(t)z“ sei nur „sachbezogen, und nicht als individualisierte(r) betriebliche(r) Hinweis“ zu verstehen, ist nicht belegt. Sie liegt auch nicht auf der Hand. Insbesondere ist eine warenbeschreibende Bedeutung der Bezeichnung „FRITZ“ jedenfalls auf Seiten der Widerspruchsmarke nicht zu erkennen. Überdies konkretisieren die Markeninhaber ihre Behauptung, es gebe „eine Vielzahl“ von Wortbildungen mit „FRITZ“ bzw. „FRITTZ/FRIZ“ nicht näher. Soweit eine Schwächung der Kennzeichnungskraft durch Drittmarken gemeint ist, ist nicht ersichtlich, um wie viele und welche (Art von) Wortbildungen es sich handelt. Auch dieses Vorbringen führt im Ergebnis nicht dazu, von „FRITZ“ bzw. „FRITTZ/FRIZ“ als kennzeichnungsschwachen, die Vergleichsmarken nicht prägenden Wortelementen auszugehen.

5. Nach alledem kann in der Gesamtabwägung angesichts der durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke, der klanglichen Identität der Kollisionszeichen sowie der festgestellten hochgradigen Warenähnlichkeit eine Verwechslungsgefahr nicht verneint werden.

C. Hinsichtlich der Kosten des Beschwerdeverfahrens verbleibt es bei der gesetzlichen Regelung des § 71 Abs. 1 S. 2 MarkenG, da Billigkeitsgründe für die Auferlegung der Kosten auf einen Beteiligten weder vorgetragen worden noch sonst ersichtlich sind.

D. Die Widersprechende hatte keine Möglichkeit, sich zu der Beschwerde zu äußern. Da die vorliegende Beschwerdeentscheidung jedoch zugunsten der Widersprechenden ergeht und deren potentiell Vorbringen somit nicht entscheidungserheblich war, konnte ohne vorherige Zustellung entschieden werden, ohne das rechtliche Gehör der Widersprechenden zu verletzen (vgl. Knoll in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl., § 78 Rn. 4, § 83 Rn. 47).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss steht den 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, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich einzulegen.

Hacker

Merzbach

Weitzel