



BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 121/11

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
24. April 2014

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke Nr. 30 2008 044 619

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 26. November 2013 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Albrecht sowie des Richters Kruppa und des Richters k.A. Schmid

beschlossen:

Die Beschwerde der Markeninhaber wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Gegen die am 14. Januar 2009 eingetragene Wortmarke Nr. 30 2008 044 619

Peak Elements

ist zunächst in vollem Umfang aus der am 19. Dezember 2006 registrierten Wortmarke Nr. 306 33 812

Peek

die nach Einschränkung für folgende Waren und Dienstleistungen

Klasse 18: Leder und Lederimitationen sowie Waren daraus (so weit in Klasse 18 enthalten)

Klasse 25: Bekleidungsstücke

Klasse 35: Dienstleistungen des Einzelhandels mit Bekleidungsstücken

Schutz genießt, Widerspruch erhoben worden.

Die angegriffene Marke ist für folgende Waren und Dienstleistungen registriert:

Klasse 25: Bekleidung und Schuhwaren, soweit in Klasse 25 enthalten

Klasse 35: Einzelhandelsdienstleistungen, einschließlich Online- und über Katalog vorgenommene Einzelhandelsdienstleistungen mit Drogeriewaren, Kosmetikwaren, Waren des Gesundheitssektors (Sportnahrung, Nahrungsergänzung, Vitaminpräparate, nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel, Medizinprodukte), Bekleidungsartikeln, Schuhen und Textilwaren, Sportwaren, Lebensmitteln und Getränken

Klasse 41: Erziehung, Ausbildung; sportliche Aktivitäten, Dienstleistungen eines Fitnessstudios; Betrieb von Sportanlagen; Coaching; Personal-Training, nämlich die Konzeption und Durchführung von Fitness- und Ernährungsprogrammen, die individuell auf einzelne Personen oder Personengruppen zugeschnitten sind; mentales Training, nämlich Trainingsprogramme zur Optimierung und Leistungssteigerung von sportlichen Bewegungsabläufen; Dienstleistungen bezüglich Freizeitgestaltung.

Die Markenstelle für Klasse 41 hat mit Beschluss vom 7. September 2011 die angegriffene Marke wegen Verwechslungsgefahr gelöscht, soweit die Eintragung sich auf

Bekleidung und Schuhwaren, soweit in Klasse 25 enthalten

Einzelhandelsdienstleistungen mit Bekleidungsartikeln

Erziehung, Ausbildung; sportliche Aktivitäten, Dienstleistungen eines Fitnessstudios; Betrieb von Sportanlagen; Coaching; Personal-Training, nämlich die Konzeption und Durchführung von Fitness- und Ernährungsprogrammen, die individuell auf einzelne Personen oder Personengruppen zugeschnitten sind; mentales Training, nämlich Trainingsprogramme zur Optimierung und Leistungssteigerung von sportlichen Bewegungsabläufen; Dienstleistungen bezüglich Freizeitgestaltung

Einzelhandelsdienstleistungen, einschließlich Online- und über Katalog vorgenommene Einzelhandelsdienstleistungen mit Drogeriewaren, Kosmetikwaren

Einzelhandelsdienstleistungen, einschließlich Online- und über Katalog vorgenommene Einzelhandelsdienstleistungen mit Schuhen und Textilwaren

bezieht.

In den Entscheidungsgründen führt die Markenstelle aus, die Einrede der Nichtbenutzung gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG sei unzulässig erhoben. Die Widerspruchsmarke sei zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Eintragung der angegriffenen Marke noch nicht mindestens fünf Jahre eingetragen gewesen. Der

Einwand der Markeninhaber, die Widersprechende könne sich im Hinblick auf eine inhaltsgleiche Voreintragung insoweit nicht auf die Benutzungschonfrist berufen, sei im registerrechtlichen Widerspruchsverfahren nicht beachtlich.

Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sei durchschnittlich bemessen. Ob der Vortrag der Widersprechenden zur Benutzung des Zeichens „PEEK & CLOPPENBURG“ die Annahme erhöhter Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke „Peek“ rechtfertige, könne offen bleiben, da die angegriffene Marke den erforderlichen Abstand gegenüber identischen bzw. ähnlichen Waren und Dienstleistungen auch bei Zugrundelegung normaler Kennzeichnungskraft nicht einhalte.

Zwischen den Vergleichsmarken bestehe in klanglicher Hinsicht Verwechslungsgefahr. Der Gesamteindruck der angegriffenen Marke werde durch den Wortbestandteil „Peak“ geprägt, da „Elements“ in der Bedeutung „Grundbestandteil, Grundlage“ die Funktion der Bekleidungsartikel bestimme und daher lediglich über geringe Kennzeichnungskraft verfüge. Auf dem Bekleidungssektor seien vergleichbare Begriffe wie „casuals, basics“ üblich, „elements“ rufe bei einem Teil des Verkehrs Vorstellungen über die Art und Beschaffenheit der Waren und Dienstleistungen im Sinne von „grundlegend, Grundlagen betreffend“ hervor.

Der Begriff „Peak Elements“ werde ferner nicht als einheitliche Gesamtaussage aufgefasst, da „Peak“ im Gegensatz zu „Elements“ nicht zum englischen Grundwortschatz gehöre und der Wortfolge damit keine für das allgemeine Publikum verständliche Gesamtaussage zu entnehmen sei.

Da „Peek“ in Alleinstellung von einem beachtlichen Teil des Publikums englisch ausgesprochen werde, seien die Vergleichsmarken klanglich identisch. Auch in schriftbildlicher Hinsicht bestehe hochgradige Ähnlichkeit.

Hiergegen haben die Markeninhaber Beschwerde eingelegt.

Sie bringen vor, die Einrede der Nichtbenutzung sei zulässig. Es bestehe keine Verwechslungsgefahr, „Peek“ sei ein deutscher Name (Peek & Cloppenburg) und werde entsprechend diesem Verständnis wiedergegeben. „Peak Elements“ setze sich aus zwei gleichwertigen Begriffen zusammen und werde als Gesamtbegriff aufgefasst. „Elements“ bilde den Grundbegriff, der durch die Kombination mit dem ebenfalls dem Grundwortschatz zurechenbaren „peak“, näher bestimmt werde und einen als Einheit zu wertenden Gesamtbegriff bilde.

In der mündlichen Verhandlung erhoben die Markeninhaber die Einrede der Nichtbenutzung. Sie beantragen,

den Beschluss der Markenstelle aufzuheben und den Widerspruch zurückzuweisen.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen, soweit die Löschung folgende Waren und Dienstleistungen betrifft:

Bekleidung und Schuhwaren, soweit in Klasse 25 enthalten;
Einzelhandelsdienstleistungen, einschließlich Online- und über Katalog vorgenommene Einzelhandelsdienstleistungen mit Bekleidungsartikeln,
Schuhen und Textilwaren

und erklärt für die übrigen von der Löschungsanordnung betroffenen Waren und Dienstleistungen die Rücknahme des Widerspruchs.

Die Widersprechende führt aus, die Nichtbenutzungseinrede sei zunächst verfrüht erhoben worden, und reicht vorsorglich mit Schriftsatz vom 29. November 2012 Benutzungsunterlagen ein. Die in der mündlichen Verhandlung erhobene Nichtbenutzungseinrede sei als verspätet zurückzuweisen.

„Peak“ werde als das dominierende Element der angegriffenen Marke wahrgenommen. In der Modebranche sei es üblich, Bestandteile wie „elements“ beschreibend für Produktlinien zu verwenden. Die beschreibende Verwendung des Begriffs „Elements“ sei nachweisbar.

II.

Die zulässige Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg.

Soweit die Widersprechende ihren Widerspruch bezogen auf die für die angegriffene Marke eingetragenen Waren und Dienstleistungen

Bekleidung und Schuhwaren, soweit in Klasse 25 enthalten Einzelhandelsdienstleistungen, einschließlich Online- und über Katalog vorgenommene Einzelhandelsdienstleistungen mit Bekleidungsartikeln, Schuhen und Textilwaren

aufrechterhalten hat, erweist er sich als zulässig und auf der Grundlage von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG i. V. m. § 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG als erfolgreich.

Der Tenor des angegriffenen Beschlusses der Markenstelle, der die „Einzelhandelsdienstleistungen, *einschließlich Online- und über Katalog vorgenommene Einzelhandelsdienstleistungen* mit Bekleidungsartikeln“ nicht entsprechend der Begrifflichkeit im Dienstleistungsverzeichnis aufnimmt (kursiv geschriebener Text

fehlt), ist gleichwohl eindeutig in diesem Sinn zu verstehen und bedarf daher keiner ausdrücklichen Korrektur.

Nachdem die Widersprechende den Widerspruch im Übrigen zurückgenommen hat, ist das Widerspruchsverfahren dadurch insoweit beendet. Der dem Widerspruch stattgebende Beschluss der Markenstelle ist insoweit wirkungslos (vgl. BPatGE 43, 96).

Dem Begriff der Verwechslungsgefahr liegt eine Wechselwirkung zwischen allen im Einzelfall erheblichen Faktoren zugrunde, insbesondere dem Grad der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sowie dem Grad der Ähnlichkeit zwischen den streitbefangenen Marken und zwischen den damit gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen (vgl. EuGH GRUR 1998, 387, 389 - Sabèl/Puma; BGH GRUR 2006, 859, 860 - Malteserkreuz).

1. Die Widerspruchsmarke verfügt mangels Anhaltspunkten für einen sachbezogenen oder sonst kennzeichnungsschwächenden Bedeutungsgehalt über durchschnittliche originäre Kennzeichnungskraft (vgl. BGH GRUR 2000, 1028, 1029 - Ballermann). Sie genießt daher einen durchschnittlichen Schutzzumfang. Selbst wenn der Bedeutungsgehalt des englischsprachigen Begriffs „to peek“ („suchen, schauen“) als im Inland bekannt zugrunde zu legen wäre, wäre die Eignung der älteren Marke, als Kennzeichnungsmittel verstanden zu werden, hierdurch nicht berührt.

Für die durch die Widersprechende angenommene Steigerung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke „PEEK“ aufgrund umfangreicher Benutzung des Zeichens „PEEK & CLOPPENBURG“ fehlen ausreichende Anhaltspunkte, namentlich in Form einer belastbaren demoskopischen Untersuchung. Ein möglicherweise hoher Bekanntheitsgrad des Gesamtzeichens ließe keine Rückschlüsse auf die Durchsetzung eines bloßen Bestandteils zu, da jedenfalls nicht zuverlässig einzuschätzen ist, inwieweit das Publikum einen Zusammenhang zwi-

schen dem Gesamtzeichen und einem bloßen Element daraus herstellt. Die behauptete Bekanntheit der Widerspruchsmarke ist daher nicht hinreichend substantiiert.

2. Zwischen den Vergleichszeichen besteht ausgeprägte klangliche Ähnlichkeit.

In Zusammenhang der Bewertung der Zeichenähnlichkeit sind die einander gegenüberstehenden Kennzeichen jeweils als Ganzes zu berücksichtigen und in ihrem Gesamteindruck miteinander zu vergleichen. Das schließt nicht aus, dass unter Umständen ein Bestandteil eines komplexen Kennzeichens für den Gesamteindruck prägend sein kann (vgl. BGH, GRUR 2006, 60 Rn. 19 - coccodrillo).

Als Ganzes unterscheiden die Zeichen sich durch den Bestandteil „Elements“ der angegriffenen Marke in jeder Hinsicht ausreichend.

Allerdings kommt dem kennzeichnungskräftigen Element „Peak“ der angegriffenen Marke eine den klanglichen Gesamteindruck prägende Bedeutung zu, während der weitere Bestandteil „Elements“ weitgehend in den Hintergrund tritt (vgl. BGH GRUR 2003, 880, 881 - City Plus). Wie die Markenstelle zu Recht festgestellt hat, wird nämlich der Bestandteil „Elements“ im Bereich der noch angegriffenen Waren und Dienstleistungen als waren- bzw. dienstleistungsbezogene Angabe wahrgenommen, die in der maßgeblichen Sicht der inländischen Verkehrskreise auch nicht mit der Komponente „Peak“ zu einer integralen begrifflichen Einheit verbunden ist (s. Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Aufl., § 9 Rn. 366).

Das englische Substantiv „Elements“ bedeutet „Elemente, Grundbestandteile“ (siehe z. B. dict.leo.org). Der Aussagegehalt entspricht in der Sache dem des deutschen Worts „Elemente“. Ausreichende Anhaltspunkte für ein beachtliches Verkehrsverständnis im Sinn von Basiskleidungsstücken, die vielseitig einsetz- und kombinierbar sind, sind jedenfalls den zahlreichen einschlägigen deutschen und Gemeinschaftsmarken, die die Widersprechende in diesem Zusammenhang be-

nannt hat, zu entnehmen. Die Verwendung der Angabe „Elements“ zur Bestimmung der Funktion der Bekleidungsstücke in zehn Marken wäre nicht nachvollziehbar, wenn die Inhaber dieser Marken nicht ein entsprechendes Begriffsverständnis voraussetzen könnten.

Der englischsprachige Wortbestandteil „Peak“ steht in substantivischer Bedeutung u. a. für „Gipfel, Höhepunkt“, als Adjektiv für „Höchst..., Haupt...“ und wird z. B. in Zusammensetzungen wie „peak amount“ (Spitzenbetrag), „peak consumption“ (Spitzenverbrauch), „peak demand“ (Spitzennachfrage) verwendet (siehe dict.leo.org). Der Begriff „Peak“ gehört jedoch nicht zum Grundwortschatz (s. Langenscheidt, Grundwortschatz Englisch, 2000; PONS Englisch Grundwortschatz, 2007). Auch sind keine anderen Anzeichen erkennbar, die es rechtfertigen könnten, bezogen auf einen ganz überwiegenden Publikumsanteil von unmittelbarem Verständnis namentlich der adjektivischen Bedeutung des Begriffs auszugehen. Selbst wenn die ggf. noch eher bekannte substantivische Bedeutung „Gipfel“ als bekannt unterstellt wird, besteht mangels klaren inhaltlichen Bezugs gleichwohl keine gesamtbegriffliche Verbindung zwischen beiden Zeichenbestandteilen der angegriffenen Marke, etwa zu „Hauptelemente“.

„Peak“ in der allenfalls bekannten substantivischen Bedeutung „Gipfel“ verfügt auch über ausreichende Kennzeichnungskraft, um selbständig als Herkunftskennzeichnung aufgefasst zu werden. Insbesondere wird das Publikum hierin nicht ohne weitere Gedankenschritte eine Qualitätsberühmung sehen.

Insgesamt muss daher davon ausgegangen werden, dass ein erheblicher Anteil der angesprochenen Verbraucher annimmt, die mit der Marke gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen seien der Grundausstattung zuzurechnende „Peak“-Bekleidungsstücke bzw. darauf bezogene „Peak“-Einzelhandelsdienstleistungen.

Hinsichtlich des Zeichenelements „Peak“ und der Marke „Peek“ ist in erheblichem Umfang von einer identischen Aussprache - „Piek“ - auszugehen. Dabei ist den

Markeninhabern darin zu folgen, dass inländische Verbraucher den englischsprachigen Begriffssinn des Wortes „peek“ regelmäßig nicht erfassen. Ungeachtet dessen muss aber eine englischsprachige Artikulation als realistische Wiedergabeform einbezogen werden, weil der Begriff aufgrund des Doppelvokals „ee“, der im Deutschen nur eingeschränkt verwendet wird (z. B. Meer, Beet, See), gerade im Bereich der international orientierten Bekleidungsbranche nahe liegend als aus dem Englischen stammend erscheinen kann (s. z. B. to seek, to meet, to greet, to tweet, indeed, bee, jeep, need). Wäre insofern ausschließlich eine deutschsprachige Artikulation anzusetzen, wäre dies in erster Linie der Bekanntheit der Widersprechenden zuzuschreiben, so dass in der Konsequenz auch höhere Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ernsthaft in Betracht gezogen werden müsste. Im Übrigen bestünde auch dann, wenn ausschließlich die Wiedergabe „peek“ zugrunde zu legen wäre, jedenfalls durchschnittliche klangliche Ähnlichkeit.

Der Grad der schriftbildlichen Ähnlichkeit kann dahingestellt bleiben, weil bereits Ähnlichkeit in einer Wahrnehmungsrichtung die Gefahr von Verwechslungen begründen kann.

3. Bei der Entscheidung sind unter Einbeziehung der Benutzungslage bezogen auf die Widerspruchsmarke jedenfalls die registrierten Waren „Bekleidungsstücke“ zu berücksichtigen (§ 43 Abs. 1 Satz 3 MarkenG).

Den zur sicheren Markenunterscheidung gebotenen deutlichen Abstand der Waren und Dienstleistungen hält die jüngere Marke, soweit sie noch angegriffen ist, gegenüber der für „Bekleidungsstücke“ geschützten Widerspruchsmarke nicht ein. Dies gilt neben der Registrierung der angegriffenen Marke im Bereich der identischen Bekleidungswaren und eindeutig ähnlichen Schuhwaren (BPatG GRUR 2007, 596, 597) auch bezogen auf die eingetragenen „Einzelhandelsdienstleistungen, einschließlich Online- und über Katalog vorgenommene Einzelhandelsdienstleistungen mit Bekleidungsartikeln, Schuhen und Textilwaren“.

Insofern kann das angesprochene Publikum den Eindruck gewinnen, dass die betroffenen Waren und Dienstleistungen bei identischer Kennzeichnung der Kontrolle desselben Unternehmens unterliegen. Das Publikum ist im Bereich der Bekleidungsbranche, zu denen in der beanspruchten Allgemeinheit auch Textilwaren rechnen, durch die tatsächlichen Geschäftsgepflogenheiten daran gewöhnt, dass Einzelhandelskaufhäuser ihr Sortiment an Bekleidungs- und Schuhwaren dritter Hersteller durch eigene Waren ergänzen (z. B. Ludwig Beck, Konen). Die Zurechnung gegenüber demselben Träger wird auch durch das Bestehen eines notwendigen Ergänzungsverhältnisses zwischen Einzelhandelsdienstleistungen und Fremdwaren gestützt, s. BPatG Beschl. v. 12.4.2013 - 27 W (pat) 507/12.

4. Hinsichtlich der Registrierung der Widerspruchsmarke für „Bekleidungsstücke“ kann zu Gunsten der Markeninhaberin von zulässig durch Schriftsätze vom 18. Oktober 2009 und im Beschwerdeverfahren vom 8. Oktober 2011 erhobenen Nichtbenutzungseinreden nach § 43 Abs. 1 Satz 1 und 2 MarkenG ausgegangen werden. In diesem Umfang hat die Widersprechende die Benutzung der Marke indessen bezogen auf beide Zeiträume glaubhaft gemacht.

a) Bei wörtlicher Auslegung von § 43 Abs. 1 Sätze 1 und 2 MarkenG waren die genannten Einreden unzulässig. Denn die sog. Benutzungsschonfrist, die dem Wortlaut gemäß mit der widerspruchsfreien Eintragung der Widerspruchsmarke zu laufen beginnt, war zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Eintragung der angegriffenen Marke und - hinsichtlich Abs. 1 Satz 2 - auch zum Zeitpunkt der Erklärung der Einrede durch Schriftsatz vom 8. Oktober 2011 noch nicht verstrichen.

Allerdings hält die Widersprechende neben der Widerspruchsmarke die insoweit („Bekleidungsstücke“) inhaltsgleiche Wortmarke Nr. 398 51 479 „Peek“, für die die Benutzungsschonfrist bereits am 23. November 2008 und damit vor der Veröffentlichung der Eintragung der angegriffenen Marke endete. Unter diesen Umständen kann die Widersprechende sich grundsätzlich nicht auf die - bei auf die Widerspruchsmarke verengter Betrachtung - formal bestehende, tatsächlich aber bereits

verbrauchte Benutzungsschonfrist stützen (vgl. etwa Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Aufl., § 25 Rn. 40). Wenn wie im vorliegenden Fall keine weiteren Tatsachen aufklärungsbedürftig sind, sind keine Gründe ersichtlich, die daraus folgende Bindung der Widersprechenden im Widerspruchsverfahren unbeachtet zu lassen (a. A. Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Aufl., § 26 Rn. 218).

b) Die vorgelegten Benutzungsunterlagen machen jedenfalls die Benutzung der Widerspruchsmarke bezogen auf „Pullover, Jacken, Röcke, Gürtel“ glaubhaft. Die insofern angegebenen Stückzahlen umfassen den Zeitraum 2007 bis 2012. Sie fallen damit sowohl in den nach § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG maßgebenden Benutzungszeitraum von fünf Jahren vor der Eintragung der angegriffenen Marke am 14. Januar 2009 wie in den Zeitraum von fünf Jahren vor der Entscheidung über den Widerspruch gemäß § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG. Angesichts der nicht unbeachtlichen jährlichen Stückmengen steht der Annahme einer ernsthaften Benutzung im Sinn von § 26 Abs. 1 MarkenG nicht entgegen, dass die angegebenen Benutzungshandlungen die maßgebenden Zeiträume nicht vollständig ausfüllen (vgl. BGH GRUR 2008, 616 Rn. 23 - AKZENTA).

c) Die den Benutzungsunterlagen zu entnehmende Benutzungsform gilt als eine rechtserhaltende Benutzung, da die Abweichung von der eingetragenen Marke den kennzeichnenden Charakter nicht verändert, s. § 26 Abs. 3 MarkenG.

Das auf dem eingereichten Etikett durch die unterschiedliche Grafik deutlich abgesetzte Element „P&C®“ wird durch das Publikum als Erstkennzeichnung gegenüber der Zweitkennzeichnung „PEEK®“ verstanden. Zweitmarken sind weithin üblich, gerade auch im Bekleidungssektor. Diese Übung ist auch dem Verbraucher bekannt. In Zusammenhang mit der zumindest gut eingeführten Marke „P&C“ wirkt das Zeichen „Peek“ zumal im Hinblick auf die separat angebrachten „registered“-Zeichen unbedenklich als eigenständige Marke (vgl. BGH GRUR 2000, 510 f. - Contura).

Gegenüber der Eintragung der Widerspruchsmarke für die Dienstleistung

„Einzelhandelsdienstleistungen, einschließlich Online- und über Katalog vorgenommene Einzelhandelsdienstleistungen mit Bekleidungsartikeln, Schuhen und Textilwaren,“

die nicht Gegenstand der o. g. weiteren Marke „Peek“, Nr. 398 51 479, ist, so dass insoweit die Anrechnung einer abgelaufenen Benutzungsschonfrist nicht in Betracht kommt, haben die Markeninhaber die Nichtbenutzungseinrede zunächst nicht in zulässiger Weise erklärt. Soweit die Markeninhaber die Benutzung vor Ablauf der Benutzungsschonfrist am 19. Dezember 2011 bestritten haben, war diese vorbeugend erhobene Einrede unzulässig. Sie entfaltet auch nach Ablauf der Frist nicht automatisch die Wirkung einer zulässigen Einrede gemäß § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG (vgl. BPatG GRUR 2000, 1052, 1053 f. - Rhoda-Hexan/Sota-Hexal).

Die in der mündlichen Verhandlung erklärte Nichtbenutzungseinrede unterliegt nicht der Zurückweisung als verspätet, weil § 296 Abs. 2, § 282 Abs. 2 ZPO i. V. m. § 82 MarkenG im markenrechtlichen Beschwerdeverfahren nur dann anwendbar ist, wenn den Beteiligten durch richterliche Anordnung aufgegeben worden ist, die Verhandlung durch Schriftsätze vorzubereiten, § 129 Abs. 2 ZPO (s. BGH GRUR 2010, 859 Rn. 16 - Malteserkreuz III).

Da es unter den gegebenen Umständen allerdings wegen der Ähnlichkeit von Bekleidung und dem Handel damit nicht darauf ankommt, ob die Widerspruchsmarke auch bezogen auf die Einzelhandelsdienstleistungen benutzt war, konnte davon abgesehen werden, der Widersprechenden Gelegenheit zur Äußerung auf die Einrede einzuräumen.

6. Danach war die Beschwerde der Markeninhaber zurückzuweisen. Der in der Beschwerdebegründung erhobene Vorwurf einseitiger Bewertung durch die Markenstelle entbehrt einer sachlicher Grundlage. Soweit die Markeninhaber ausführen, die Markenstelle habe den Bestandteil „Peak“ der angegriffenen Marke als kennzeichnungsschwach bewertet, missverstehen sie den Beschluss. Die Formulierung Seite 8, letzter Absatz „Eine Kennzeichnungsschwäche und damit eine Prägung durch den Bestandteil „Peak ...“ bezieht sich jedenfalls nach dem Sachzusammenhang (vorausgehender Absatz) und dem Sinn der Aussage auf die Kennzeichnungsschwäche des Bestandteils „Elements“.

III.

Rechtsmittelbelehrung

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

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,

5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

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

Dr. Albrecht

Kruppa

Schmid

CI