



# BUNDESPATENTGERICHT

24 W (pat) 528/14

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
19. April 2016

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Marke 30 2010 070 267**

hat der 24. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatengerichts auf die mündliche Verhandlung vom 19. April 2016 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Metternich, des Richters Schmid und der Richterin am Landgericht Lachenmayr-Nikolaou

beschlossen:

Der Beschluss der Markenstelle für Klasse 37 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 29. November 2012 wird aufgehoben, soweit der Widerspruch aus der Marke 30 2009 050 012 gegen die angegriffene Marke 30 2010 070 267 in Bezug auf die nachfolgend genannten Waren der Klasse 16 „Waren aus Papier, Pappe (Karton), soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind; Druckereierzeugnisse; Fotografien“ zurückgewiesen worden ist.

In Bezug auf die vorgenannten Waren der Klasse 16 wird die Löschung der angegriffenen Marke 30 2010 070 267 angeordnet.

Im Übrigen wird die Beschwerde des Widersprechenden zurückgewiesen.

## Gründe

### I.

Die nachfolgend abgebildete Wort-/Bildmarke



ist am 30. November 2010 angemeldet und am 24. Januar 2011 unter der Nr. 30 2010 070 267 für die nachfolgend genannten Waren und Dienstleistungen der Klassen 16, 35 und 37 in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Markenregister eingetragen worden:

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; Mal- und Künstlerpinsel; Schreibmaschinen und Büroartikel (ausgenommen Möbel); Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate); Verpackungsmaterial aus Kunststoff, soweit in Klasse 16 enthalten; Drucklettern; Druckstöcke;

Klasse 35: Werbung; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Büroarbeiten;

Klasse 37: Bauwesen; Installationsarbeiten.

Gegen die Eintragung dieser Marke hat der Inhaber der prioritätsälteren, am 16. Dezember 2009 unter der Nr. 30 2009 050 012 registrierten Wort-/Bildmarke

K R A F T W E R K

Widerspruch erhoben. Die Eintragung der Widerspruchsmarke erstreckt sich auf die nachfolgend genannten Waren:

Klasse 9:

Brillen, Brillenfassungen und -gestelle, Brillenetuis, 3-D-Brillen, Sportbrillen

Klasse 12:

Fahrräder;

Klasse 16:

Waren aus Papier und Pappe (Karton), nämlich Papierhandtücher, Papierservietten, Filterpapier, Papiertaschentücher, Pappteller, Pappbecher, Papierdekorationen, Briefpapier, Toilettenpapier, Papierwindeln, Verpackungsbehälter, Verpackungstüten, Einwickelpapier; Druckereierzeugnisse, nämlich Zeitungen, Zeitschriften, Magazine, Broschüren, Musikalien, Notenblätter, Faltblätter, Prospekte, Programmhefte, Pressemappen, Bücher, Plakate (Poster), Transparente, Eintrittskarten, Teilnahmekarten, Einladungskarten, Postkarten, Ausweise; Schreibwaren ein-

schließlich Schreib- und Zeichengeräte; Büroartikel, nämlich Stempel, Stempelkissen, Stempelfarbe, Brieföffner, Papiermesser, Briefkörbe, Aktenordner, Schreibunterlagen, Locher, Hefter, Büro- und Heftklammern, Aufkleber auch selbstklebend; Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate) in Form von Druckereierzeugnissen, Spielen, Globen, Wandtafeln und Wandtafelzeichengeräten; Verpackungsmaterial aus Kunststoff, nämlich Hüllen, Beutel, Taschen, Folien, letztere auch selbstklebend und für Dekorationszwecke;

Klasse 18:

Rucksäcke aus textilem Material;

Klasse 25:

Bekleidungsstücke, Schuhwaren, Kopfbedeckungen;

Klasse 28:

Sportschläger, Turn-Fitness-Sportgeräte; Spiele, Spielzeug, Spielkarten und Kartenspiele.

Die Markenstelle für Klasse 37 des DPMA hat den Widerspruch mit Beschluss vom 29. November 2012 zurückgewiesen, weil eine Verwechslungsgefahr nicht gegeben sei. Zwar könnten sich die Vergleichsmarken im Bereich der Klasse 16 auf identischen Waren begegnen, während im Übrigen keine hinreichende Waren- bzw. Dienstleistungsähnlichkeit gegeben sei. Der Widersprechende habe nicht belegt, dass es sich bei der Widerspruchsmarke in Bezug auf die für sie eingetragenen Waren und Dienstleistungen um eine bekannte Marke handle. Es sei somit von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke auszugehen. Im Rahmen der Gesamtabwägung halte die angegriffene Marke auch in Bezug auf identische Waren den gebotenen Abstand zur Widerspruchsmarke ein, insbesondere werde der Wortbestandteil „AM“ innerhalb der angegriffenen Marke nicht übersehen.

Dagegen wendet sich die Beschwerde des Widersprechenden. Er ist der Auffassung, dass der Wortbestandteil „Kraft am Werk“ innerhalb der angegriffenen Marke im Vordergrund stehe, während die Präposition „AM“ übersehen oder weggelassen werde und keine erhebliche klangliche Wirkung entfalte. Die Widerspruchsmarke sei Gegenstand vielfältiger Berichterstattung und verfüge über eine überdurchschnittlich hohe Kennzeichnungskraft, so dass unter Berücksichtigung der Bekanntheit der Widerspruchsmarke Verwechslungsgefahr nicht nur in Bezug auf die streitgegenständlichen Waren der Klasse 16, sondern auch der Dienstleistungen der Klassen 35 und 37 gegeben sei. Nachdem die Markeninhaberin im Beschwerdeverfahren die Benutzung der Widerspruchsmarke bestritten hat, hat der Widersprechende Benutzungsunterlagen vorgelegt, die sich auf verschiedene Waren, nämlich Poster, Fotobücher, 3-D-Bücher, 3-D-Brillen, Notebook-Taschen, Tragetaschen, Rucksäcke, Skateboards und Mousepads beziehen.

Der Widersprechende beantragt,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 17 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 29. November 2012 aufzuheben und die Löschung der Marke 30 2010 070 267 anzuordnen.

Die Markeninhaberin beantragt,

die Beschwerde des Widersprechenden zurückzuweisen.

Die Markeninhaberin ist der Auffassung, dass der Widersprechende die Bekanntheit der Widerspruchsmarke nicht dargelegt habe und auch nicht ersichtlich sei, dass eine Beeinträchtigung der Wertschätzung der Widerspruchsmarke oder eine Ausnutzung ihrer Unterscheidungskraft vorliege. Es liege auch keine Verwechslungsgefahr zwischen den Vergleichsmarken vor. Die angegriffene Marke hebe sich deutlich von der Widerspruchsmarke ab, insbesondere sei auch das Wortelement „AM“ innerhalb der angegriffenen Marke klar erkennbar, so dass der Verkehr drei voneinander unabhängige Wörter innerhalb der angegriffenen Marke wahr-

nehme, was sich auch in einem entsprechend unterschiedlichen Gesamtklangbild niederschläge.

Die Markeninhaberin hat angeregt, dem Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Ergänzend wird auf den angefochtenen Beschluss der Markenstelle, die Eingaben der Beteiligten und den übrigen Akteninhalt verwiesen.

## II.

Die Beschwerde des Widersprechenden ist zulässig, aber nur teilweise begründet. Entgegen der Auffassung der Markenstelle besteht hinsichtlich der im Tenor genannten Waren der Klasse 16 zwischen den Vergleichszeichen Verwechslungsgefahr, so dass insoweit der angefochtene Beschluss der Markenstelle aufzuheben und die teilweise Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen waren (§§ 9 Abs. 1 Nr. 2, 42 Abs. 2 Nr. 1, 43 Abs. 2 Satz 1 MarkenG). Im Übrigen ist das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr jedoch zu verneinen, so dass die Markenstelle in Bezug auf die weiteren, noch streitgegenständlichen Waren und Dienstleistungen den Widerspruch zu Recht zurückgewiesen hat (§§ 9 Abs. 1 Nr. 2, 42 Abs. 2 Nr. 1, 43 Abs. 2 Satz 2 MarkenG).

Ob Verwechslungsgefahr vorliegt, ist nach ständiger Rechtsprechung sowohl des Europäischen Gerichtshofes als auch des Bundesgerichtshofes unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (vgl. hierzu z. B. EuGH, GRUR 2010, 933, Tz. 32 – BARBARA BECKER; GRUR 2010, 1098, Tz. 44 – Calvin Klein/HABM; BGH, GRUR 2012, 64, Tz. 9 – Maalox/Melox-GRY; GRUR 2013, 833, Tz. 30 – Culinaria/Villa Culinaria; GRUR 2016, 382, Tz. 7 - BSA/DSA DEUTSCHE SPORTMANAGEMENTAKADEMIE). Von maßgeblicher Bedeutung sind insoweit insbesondere die Identität oder Ähnlichkeit der Waren, die Identität oder Ähnlichkeit der Marken sowie die Kennzeichnungskraft und

der daraus folgende Schutzzumfang der Widerspruchsmarke. Diese einzelnen Faktoren sind zwar für sich gesehen voneinander unabhängig, bestimmen aber in ihrer Wechselwirkung den Rechtsbegriff der Verwechslungsgefahr.

1. Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze ist eine Verwechslungsgefahr zwischen den Vergleichszeichen in Bezug auf die für die angegriffene Marke eingetragenen Waren „Waren aus Papier, Pappe (Karton), soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind; Druckereierzeugnisse; Fotografien“ (Klasse 16) gegeben.

a) Der Widersprechende hat die rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke für die eingetragenen Waren „Plakate (Poster)“ (Klasse 16) glaubhaft gemacht.

Die im Schriftsatz der Markeninhaberin vom 15. Januar 2016 enthaltene Erklärung, der Widersprechende habe eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke nicht hinreichend dargelegt, ist im Sinn einer Erhebung der Nichtbenutzungseinrede auszulegen. Diese ist in allgemeiner Form, ohne Differenzierung nach den Benutzungstatbeständen gemäß § 43 Abs. 1 Satz 1 und 2 MarkenG gefasst. Sie ist allerdings in der Sache auf den Benutzungszeitraum nach § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG von fünf Jahren vor der Entscheidung über den Widerspruch beschränkt. Während die mit Schriftsätzen vom 24. Juni 2011 und vom 2. September 2014 erklärten Nichtbenutzungseinreden der Markeninhaberin noch innerhalb der sog. Benutzungsschonfrist erklärt worden waren und daher keine Rechtswirkung entfalten, hat die Markeninhaberin in Bezug auf diesen Zeitraum die Benutzung der Widerspruchsmarke durch die vorgenannte Nichtbenutzungseinrede vom 15. Januar 2016 in rechtserheblicher Weise nach Ablauf der Benutzungsschonfrist, hier fünf Jahre nach Eintragung der Widerspruchsmarke am 16. Dezember 2009, geltend gemacht (vgl. § 43 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 26 Abs. 5 MarkenG). Dagegen sind die Voraussetzungen für die Erhebung der Nichtbenutzungseinrede in Bezug auf den in § 43 Abs. 1 Satz 1 MarkenG geregelten Benutzungszeitraum hier nicht erfüllt, weil die Widerspruchsmarke zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der angegriffenen Marke am 25. Februar 2011 noch nicht min-



destens fünf Jahre eingetragen war. Bei dieser Sachlage ist die Einredeerklärung entsprechend §§ 133, 157 BGB im Zweifel dahingehend auszulegen, dass lediglich die im konkreten Fall ausschließlich rechtserhebliche Einrede nach § 43 Abs. 1 Satz 2 MarkenG erhoben werden soll (vgl. BPatG, Beschl. v. 15. Januar 2015, 25 W (pat) 76/11, Yosoja/YOSOI, verfügbar in PAVIS PROMA).

In Bezug auf die eingetragene Ware „Plakate (Poster)“ (Klasse 16) hat der Widersprechende eine durch ihn autorisierte, ernsthafte Benutzung der Widerspruchsmarke im Benutzungszeitraum von fünf Jahren vor der Entscheidung über den Widerspruch durch die vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen des Geschäftsführers der Lizenznehmerin des Widersprechenden vom 12. Januar 2016 und vom 11. April 2016, aus denen die Veräußerung noch hinreichend relevanter Stückzahlen dieser Waren in den Jahren 2014 und 2015 im Inland hervorgeht, glaubhaft gemacht (vgl. § 26 MarkenG). Dabei ist ohne Bedeutung, ob der Markeninhaber neben der entgeltlichen Abgabe der Poster das weitergehende Ziel verfolgt, seine Hauptbetätigung als ausübender Musiker zu fördern (vgl. BGH, GRUR 2009, 60, Tz. 38 – LOTTOCARD; BPatGE 53, 74 – SCORPION BUDO'S FINEST / SCORPIONS). Des Weiteren ergibt sich aus der in der eidesstattlichen Versicherung vom 12. Januar 2016 ausdrücklich in Bezug genommenen Anlage 1, die den als Widerspruchsmarke eingetragenen Schriftzug als ein oberhalb eines zentralen Bildbestandteiles angeordnetes Element der Plakatgestaltung zeigt, eine in Bezug auf Poster, auf denen Musiker dargestellt werden, wirtschaftlich adäquate und verkehrsübliche Benutzung als betrieblicher Herkunftshinweis (vgl. EuGH, GRUR 2003, 425, Tz. 36 ff. – Ansul/Ajax; BGH, GRUR 2009, 60, Tz. 37 - LOTTOCARD; Ströbele/Hacker, MarkenG, 11. Aufl., § 26 Rn. 41). Poster oder Plakate werden traditionell von Musikern verwendet, um auf eigene Veröffentlichungen oder Auftritte hinzuweisen oder die eigene künstlerische Position darzustellen. Darüber hinaus sind Poster in diesem Zusammenhang typische Merchandise-Artikel, die regelmäßig bei Veranstaltungen der Musiker oder über deren Internetseiten veräußert werden, so dass es naheliegt, den eingetragenen Schriftzug in diesem Zusammenhang als Hinweis auf die Produktverantwortung des Mu-

sikers selbst und nicht lediglich als Sachhinweis, der den Bildinhalt erläutert, zu verstehen (vgl. BPatGE 53, 74 – SCORPION BUDO'S FINEST / SCORPIONS). Die exponierte Aufnahme des Schriftzugs in das Plakatmotiv steht dem nicht entgegen, da eine derartige Gestaltung den Branchenverhältnissen entspricht und dem Charakter des Plakats als Äußerung eines Musikers, dem sich der Plakaterwerber verbunden fühlt, Rechnung trägt.

b) Unter den Waren, für die die angegriffene Marke eingetragen ist, weisen „Waren aus diesen Materialien [Papier, Pappe], soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind; Druckereierzeugnisse; Fotografien“ (Klasse 16) jedenfalls engere Ähnlichkeit zu den für die Widerspruchsmarke berücksichtigungsfähigen Waren „Plakate (Poster)“ (Klasse 16) auf, da diese Waren übereinstimmend aus Papier bzw. Pappe bestehen, jeweils unter Anwendung von Druckverfahren erstellt werden und für eine Verwendung als Wanddekoration bestimmt sein können.

c) Die Widerspruchsmarke in ihrer Gesamtheit verfügt in Bezug auf ihre Eintragung für „Plakate (Poster)“ über eine originär geschwächte Kennzeichnungskraft, weil der Wortbestandteil „Kraftwerk“ in der Bedeutung „Stromerzeugungsanlage“ auf den auf Plakaten dargestellten Inhalt hinweisen kann und die konkrete grafische Ausführung der eingetragenen Widerspruchsmarke in einer nicht ungewöhnlichen Schriftart nur ein einfaches Gestaltungsmittel darstellt.

Für eine Steigerung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke in Bezug auf die Waren „Plakate (Poster)“ fehlen Anhaltspunkte. Der Widersprechende hat eine Benutzung der Widerspruchsmarke im Bereich dieser Waren zum insoweit maßgebenden Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke, dem 30. November 2010, nicht vorgetragen. Eine Ausstrahlung der Bekanntheit des Namens der Musikgruppe „Kraftwerk“ auf die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke in Bezug auf „Plakate (Poster)“ scheidet schon deswegen aus, weil eine Ausstrahlung ausschließlich im Bereich eng verwandter Waren bzw. Dienstleistungen vermutet werden kann (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 11. Aufl., § 9 Rn. 171). Ein derart enges Verhältnis ist zwischen musikalischen

Darbietungen einerseits und „Plakaten (Postern)“ andererseits, sofern hier überhaupt eine Ähnlichkeit angenommen werden kann (vgl. BPatG, Beschluss vom 25. November 2014 – 27 W (pat) 550/13 –, PLAN B/Plan b), nicht festzustellen.

d) In Bezug auf die in Rede stehenden Waren „Waren aus Papier, Pappe (Karton), soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind; Druckereierzeugnisse; Fotografien“, die eine jedenfalls enge Warenähnlichkeit zu den Waren „Plakaten (Postern)“ der Widerspruchsmarke aufweisen, hält die angegriffene Marke den bei der gebotenen Abwägung der Einzelfallumstände erforderlichen Zeichenabstand zur Widerspruchsmarke nicht ein.

Der Gesamteindruck der angegriffenen Wort-/Bildmarke wird in klanglicher Hinsicht durch die Wortbestandteile „KRAFT AM WERK“ geprägt. Bildbestandteile entziehen sich regelmäßig einer einfachen und klaren lautlichen Wiedergabe. Vorliegend liegt es zudem nahe, die Wortbestandteile der angegriffenen Marke als Verkörperung ihres graphischen Zeichenelements, einer stilisierten Abbildung eines arbeitenden Bauhandwerkers, zu verstehen, so dass eine zusätzliche klangliche Berücksichtigung dieses Elements regelmäßig entfallen wird. Auch bei voller lautlicher Wiedergabe der Wortfolge „KRAFT AM WERK“, die auch durch den Zusammenhang zu dem Inhalt des Bildbestandteils im Vordergrund steht, sind nicht unerhebliche klangliche und begriffliche Berührungspunkte zum maßgeblichen Wortbestandteil „KRAFTWERK“ der Widerspruchsmarke gegeben. Ferner verleihen die abweichende Anordnung und kleinere Schreibweise des Wortes „AM“ der angegriffenen Marke die zusätzliche und im übertragenen Sinn auch mit dem Bildbestandteil vereinbare Bedeutungsebene gerade im Sinn von „KRAFT WERK“, was zur weiteren Annäherung der Vergleichszeichen führt.

In Abwägung aller vorgenannten Fallumstände ist daher Verwechslungsgefahr in Bezug auf die im Tenor genannten Waren gegeben.

2. In Bezug auf die weiteren Waren und Dienstleistungen, für die die angegriffene Marke eingetragen ist, nämlich für „Papier, Pappe (Karton), Buchbinderartikel; Schreibwaren; Klebstoffe für Papier- und Schreibwaren oder für Haushaltszwecke; Künstlerbedarfsartikel; Mal- und Künstlerpinsel; Schreibmaschinen und Büroartikel (ausgenommen Möbel); Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate); Verpackungsmaterial aus Kunststoff, soweit in Klasse 16 enthalten; Drucklettern; Druckstöcke; Werbung; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Büroarbeiten; Bauwesen; Installationsarbeiten“ ist eine Verwechslungsgefahr dagegen zu verneinen.

a) Der Widersprechende hat eine rechtserhaltende Benutzung im maßgebenden Zeitraum von fünf Jahren vor der Entscheidung über den Widerspruch außer in Bezug auf die eingetragene Ware „Plakate (Poster)“ (dazu s. 1. a)) nicht glaubhaft gemacht. Die weiteren eingetragenen Waren der Widerspruchsmarke bleiben daher bei der Entscheidung über den Widerspruch unberücksichtigt, vgl. § 43 Abs. 1 Satz 3 MarkenG.

aa) Die durch den Widersprechenden zur Benutzung der Widerspruchsmarke für „Bücher“ vorgelegten Benutzungsunterlagen sind nicht geeignet, insoweit eine funktionsgerechte Benutzung glaubhaft zu machen (vgl. § 26 Abs. 1 MarkenG). Nach den vorgelegten Unterlagen ist das eingetragene Widerspruchszeichen auf zwei Büchern zentral im oberen Bereich des Buchdeckels angebracht (Anlage 3 zur eidesstattlichen Versicherung vom 12. Januar 2016 und Anlage 8 zur eidesstattlichen Versicherung vom 11. April 2016). Gegen ein Verständnis dieser Benutzungshandlung als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Bücher spricht insbesondere, dass das angesprochene Publikum daran gewöhnt ist, einen in dieser Weise angeordneten Hinweis als Bezeichnung des Buchautors oder des Buchtitels, nicht dagegen als einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft eines Buchs zu verstehen. Der Widersprechende hat im Übrigen weder vorgetragen, noch in anderer Weise, etwa durch Vorlage eines vollständigen Umschlags mit Vorderseite und Rückseite bzw. Buchrücken, dargelegt, dass entgegen den obengenannten allgemeinen Kennzeichnungsgewohnheiten überhaupt keine

Angaben vorhanden sind, die nach üblichen Gewohnheiten und nach der Lebenserfahrung als Herkunftskennzeichnung dienen, so dass – abweichend von den üblichen Kennzeichnungsgewohnheiten – dem Zeichen „Kraftwerk“ deswegen eine Herkunftsfunktion zukommen könnte. Anhaltspunkte dafür, dass für Bildbände oder Bücher zur Geschichte oder zum Werk einer Musikgruppe anderes gelten sollte, bestehen nicht, umso weniger als derartige Produkte im Unterschied zu typischen Merchandise-Artikeln regelmäßig auch nicht durch Musikgruppen verlegt werden. Das weitere Buch, das der Anlage 2 zur eidesstattlichen Versicherung vom 12. Januar 2016 zu entnehmen ist, lässt den eingetragenen Schriftzug gar nicht erkennen.

bb) Den durch den Widersprechenden vorgelegten Benutzungsunterlagen ist auch keine funktionsgerechte Benutzung der Widerspruchsmarke für „3-D Brillen“ zu entnehmen, vgl. hierzu Anlage 3 zur eidesstattlichen Versicherung vom 12. Januar 2016 und Anlage 9 zur eidesstattlichen Versicherung vom 11. April 2016. Insofern ist insbesondere nicht ersichtlich, dass die Widerspruchsmarke auf einer derartigen Brille oder in Verbindung damit verwendet worden ist.

cc) Ferner sind die durch den Widersprechenden eingereichten Benutzungsunterlagen, die sich auf „Rucksäcke“ und „Skateboards“ beziehen, nicht geeignet, eine funktionsgerechte Benutzung der Widerspruchsmarke glaubhaft zu machen, da die hierzu vorgelegten Anlagen 5 und 6 zur eidesstattlichen Versicherung vom 12. Januar 2016 eine stilisierte Darstellung der Ware, jedoch keine Abbildung von Originalen betreffen. Ob und wie die entsprechenden Produkte, auf die die angegebenen Umsatzangaben sich beziehen, tatsächlich gekennzeichnet waren, ist den vorgelegten Benutzungsunterlagen nicht mit hinreichender Sicherheit zu entnehmen.

dd) Die Eintragung der Widerspruchsmarke bezieht sich nicht auf die ebenfalls in den eidesstattlichen Versicherungen des Geschäftsführers der Lizenznehmerin des Widersprechenden genannten Waren „Mousepads“, „Tragetaschen“ (Anla-

gen 11, 12 zur eidesstattlichen Versicherung vom 11. April 2016) und „Notebook-Schultertaschen“ (Anlage 4 zur eidesstattlichen Versicherung vom 12. Januar 2016). Insbesondere können die genannten Trage- und Schultertaschen nicht den für die Widerspruchsmarke eingetragenen Waren „Verpackungsmaterial aus Kunststoff, nämlich Hüllen, Beutel, Taschen, Folien, letztere auch selbstklebend und für Dekorationszwecke“ zugeordnet werden. Die Benutzungsunterlagen, die sich hierauf erstrecken, sind daher gegenstandslos.

b) Die eingetragenen Waren und Dienstleistungen der angegriffenen Marke, die über die im Tenor genannten Waren hinausgehen, weisen gegenüber „Plakaten (Postern)“, die für die Widerspruchsmarke berücksichtigt werden können, eine allenfalls durchschnittliche, überwiegend sogar deutliche niedrige oder keine Ähnlichkeit auf. Dies gilt insbesondere für die Waren „Papier, Pappe“ (Klasse 16) der angegriffenen Marke, da – anders als die oben genannten „Waren aus Papier und Pappe (Karton)“ – diese sich im Hinblick auf unterschiedliche Fertigungsgrade der Produkte, die regelmäßig unterschiedliche Hersteller und Vertriebswege nach sich ziehen, erheblich von „Plakaten (Postern)“ unterscheiden. Wie der Widersprechende auch nicht in Abrede gestellt hat, ist in Bezug auf die weiteren Waren der Klasse 16 und in Bezug auf die Dienstleistungen der Klassen 35 und 37 der jüngeren Marke der Abstand gegenüber den Waren „Plakate (Poster)“ der Widerspruchsmarke noch deutlicher ausgeprägt. Ausgehend hiervon ist insoweit unter weiterer Einbeziehung aller erheblichen Umstände, insbesondere der in Bezug auf die Waren „Plakate (Poster)“ unterdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke (vgl. oben 1.c)) eine Verwechslungsgefahr insoweit zu verneinen.

Ein jedenfalls deutlicher Abstand oder keine Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen der angegriffenen Marke wäre im Übrigen auch gegenüber den für die Widerspruchsmarke eingetragenen Waren „Rucksäcke“ und „Skateboards“ gegeben, sofern der Widersprechende insoweit eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke glaubhaft gemacht hätte (oben 1. a) cc)). Daher läge die angegriffene Marke bei Abwägung aller maßgeblichen Umstände auch insoweit

außerhalb des Schutzbereiches der Widerspruchsmarke, selbst wenn insoweit zugunsten des Widersprechenden von einer durchschnittlichen originären Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke auszugehen wäre.

3. Eine Auferlegung von Kosten ist bei dieser Sachlage entgegen der Anregung der Markeninhaberin nicht veranlasst (§ 71 Abs. 1 MarkenG).

### 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, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form einzulegen.

Metternich

Lachenmayr-Nikolaou

Schmid

Bb