



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 43/22

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2018 228 799

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 12. Februar 2025 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Kortbein, der Vorsitzenden Richterin am Landgericht von Bonin und der Richterin Fehlhammer

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe:

I.

Das am 25. September 2018 angemeldete Zeichen

Patos

ist am 23. Oktober 2018 unter der Nummer 30 2018 228 799 als Wortmarke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Register für folgende Waren eingetragen worden:

Klasse 29:

Chips; Chips auf Gemüsebasis; Gemüse-Chips;

Klasse 30:

Chips auf Getreidebasis; Chips auf Mehlbasis; Chips aus Getreide; Chips aus Mehl; Mais-Chips mit Seetangaroma; Taco Chips; Wan Tan-Chips.

Gegen die Eintragung der am 23. November 2018 veröffentlichten Marke hat die Widersprechende am 7. Februar 2019 Widerspruch erhoben, den sie mit der Gefahr von Verwechslungen mit der Benutzungsmarke



geschützt für die Waren „Kartoffelchips; Maischips“, begründet. Ergänzend wird die Bekanntheit der Benutzungsmarke gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG geltend gemacht. Als Zeitrang ist der 1. Januar 2015 angegeben.

Die angegriffene Marke ist im Laufe des Verfahrens zweimal übertragen worden. Der erste Rechtsübergang von Herrn A ... auf die X ... GmbH wurde dem Deutschen Patent- und Markenamt am 6. Februar 2019 mit Umschreibungsantrag vom 5. Februar 2019 angezeigt. Die Umschreibung im Register erfolgte am 11. Februar 2019, also vier Tage nach Eingang des Widerspruchs. Der Widerspruch und die nachgereichte Begründung wurden ausschließlich der Rechtsnachfolgerin mit Schreiben vom 18. März 2019 übermittelt, die zu diesem Zeitpunkt nicht erklärt hatte, das Verfahren zu übernehmen. Das Deutsche Patent- und Markenamt, Markenstelle für Klasse 30, besetzt mit einem Beamten des höheren Dienstes, hat mit Beschluss vom 3. Mai 2022 den Widerspruch zurückgewiesen. Er weist sowohl den ursprünglichen Markeninhaber, Herrn A ... , als auch die Rechtsnachfolgerin, die X ... GmbH, als Verfahrensbeteiligte aus und ist beiden zugestellt worden. Im Beschwerdeverfahren hat sich die Kanzlei Y... Patentanwälte als Verfahrensbevollmächtigte der Rechtsnachfolgerin bestellt und mitgeteilt, dass diese das Beschwerdeverfahren anstelle des früheren Inhabers der angegriffenen Marke übernehme. Mit an das Deutsche Patent- und Markenamt gerichtetem Formblatt vom 18. September 2024, dort eingegangen am 21. September 2024, wurde die Übertragung der angegriffenen Marke von der X ... GmbH auf

Herrn B ... angezeigt. Es ist ausschließlich von deren Geschäftsführer unterschrieben. Auch das weiterhin beim Deutschen Patent- und Markenamt eingereichte Schreiben vom 18. September 2024, in dem dieser die Übertragung der Marke 30 2018 228 799 auf Herrn B ... erklärt, ist lediglich von ihm unterzeichnet. Das Deutsche Patent- und Markenamt hat daraufhin die X ... GmbH gebeten, eine Annahmeerklärung von Herrn B ... einzureichen. Auf gerichtliche Nachfrage vom 11. Oktober 2024 haben die inzwischen unter Z ... Patentanwälte PartmbB firmierenden Verfahrensbevollmächtigten darüber informiert, dass Herr B ... in das laufende Beschwerdeverfahren eintrete. Zum Zeitpunkt der Beschlussfassung ist die X ... GmbH weiterhin als Inhaberin der Marke 30 2018 228 799 im Markenregister eingetragen.

Die Zurückweisung des Widerspruchs wird in dem Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts vom 3. Mai 2022 damit begründet, dass nach den Umständen des Falles nicht vom Bestehen einer Benutzungsmarke im Kollisionszeitpunkt zu Gunsten der Widersprechenden ausgegangen werden könne. Zum Nachweis der für ihre Entstehung erforderlichen Verkehrsgeltung sei in aller Regel die Einholung eines demoskopischen Gutachtens erforderlich. Ein solches habe die Widersprechende jedoch nicht vorgelegt. Eine hinreichende Verkehrsgeltung ergebe sich auch nicht aus anderen vorgetragenen Umständen. Insbesondere lägen weder Angaben zu Werbeaufwendungen im Hinblick auf die Marke noch zum konkreten Marktanteil der mit ihr gekennzeichneten Kartoffel- und Maischips in Deutschland vor. Soweit die Widersprechende geltend mache, mit dem Verkauf von „PATOS“-Chips in Deutschland sei im Jahr 2018 ein Gesamtumsatz von über ... Euro erwirtschaftet worden, sei festzustellen, dass sich die Angaben in der als Anlage 6 zur Widerspruchsbegründung vorgelegten Übersicht nicht ausschließlich auf mit der Marke „PATOS“ gekennzeichnete Produkte, sondern auch auf unter anderen Marken vertriebene Waren bezögen. Davon abgesehen seien Umsatzzahlen generell zum Nachweis der Bekanntheit einer Marke und damit auch ihrer Verkehrsgeltung nur bedingt geeignet, da selbst umsatzstarke Marken wenig bekannt, wie andererseits Marken mit geringen

Umsätzen weithin bekannt sein könnten. Ferner seien Umsatzzahlen in Bezug auf den Gesamtmarkt zu würdigen, auf dem ausweislich eines entsprechenden Eintrags in der Online-Enzyklopädie „Wikipedia“ im Jahr 2018 mit Kartoffelchips Umsätze in Höhe von ... Euro erwirtschaftet worden seien. Die von der Widersprechenden geltend gemachten Umsätze machten damit weniger als 1 % der inländischen Branchenumsätze aus und könnten somit eine Verkehrsgeltung nicht belegen. Im Übrigen fehle es an der Darlegung von Tatsachen, die auf einen ununterbrochenen Fortbestand der geltend gemachten Benutzungsmarke bis zum Tag der Entscheidung rückschließen ließen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden. Ihrer Ansicht nach habe die Markenstelle zu Unrecht das Bestehen einer älteren Benutzungsmarke verneint, insbesondere habe sie die von ihr vorgelegten Unterlagen nicht ausreichend gewürdigt und nicht die richtigen Schlussfolgerungen daraus gezogen. Soweit für die Entstehung des Markenschutzes in Form einer Benutzungsmarke Verkehrsgeltung innerhalb der beteiligten Verkehrskreise erforderlich sei, sei im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass die Produkte der Widersprechenden nur an Supermärkte abgegeben würden, die weit überwiegend türkische Produkte anböten. Diese Supermärkte sprächen vor allem türkischsprachige Deutsche, Türken und Verbraucher, die Produkte aus türkischer Herstellung kaufen möchten, an. Der angesprochene Verkehrskreis sei mithin deutlich eingeschränkt. Er umfasse nicht, wie von der Markenstelle angenommen, alle Endverbraucher in Deutschland, sondern nur die Gruppe von Konsumenten, die in den besagten Supermärkten einkauften. Es sei naheliegend, dass dieses Publikum Kenntnis von einer in der Türkei umfangreich benutzten Marke habe. Darüber hinaus würden entsprechend gekennzeichnete Produkte über einen Großhändler bereits seit 2014 im gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vertrieben, wobei die für 2018 vorgetragenen Umsätze in ähnlicher Höhe auch in den Folgejahren erzielt worden seien. Soweit die Markenstelle diese Umsätze in Relation zu den Gesamtumsätzen der Branche gesetzt habe, habe sie zum einen die unterschiedlichen Verkehrskreise missachtet und zum anderen verkannt, dass der Anteil am Gesamtumsatz nicht

gleichzusetzen sei mit dem Grad der Verkehrsgeltung. Die von der Widersprechenden im Amtsverfahren vorgelegten Unterlagen seien mithin ausreichend, um sich auf die Rechte einer Benutzungsmarke stützen zu können. Weitere Unterlagen könnten bei Bedarf nachgereicht werden. Die Markenstelle habe daher unzutreffend das Bestehen einer älteren Benutzungsmarke sowie in Folge die Verwechslungsgefahr, die angesichts der identisch beanspruchten Waren und des identischen Wortbestandteils „Patos“ hochgradig ausgeprägt sei, verneint.

Die Widersprechende beantragt sinngemäß,

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts, Markenstelle für Klasse 30, vom 3. Mai 2022 aufzuheben und wegen des Widerspruchs aus der prioritätsälteren Benutzungsmarke die Löschung der Eintragung der Marke 30 2018 228 799 anzuordnen.

Der Inhaber der angegriffenen Marke beantragt sinngemäß,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Seiner Ansicht nach sei weder die für eine Benutzungsmarke erforderliche Verkehrsgeltung noch die für den geltend gemachten Sonderschutz notwendige Bekanntheit dargetan. Erstere setze voraus, dass ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise in dem Zeichen einen Hinweis auf die Herkunft der damit gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen aus einem bestimmten Unternehmen sehe. Die relevanten Verkehrskreise seien dabei, anders als von der Widersprechenden vorgebracht, breit anzusetzen. Es handele sich bei den in Rede stehenden Waren weder um Luxuswaren noch um hochpreisige Erzeugnisse, sondern um Alltagsprodukte, die sich an sämtliche Konsumenten richteten. Ausweislich der vorgelegten Statistik esse jeder fünfte Deutsche mehrmals im Monat Kartoffelchips oder -sticks. Die Einschränkung der Vertriebswege auf Supermärkte, die überwiegend türkische Produkte anbieten, sei eine

selbstgewählte Reduzierung und eine nicht maßgebliche Vermarktungsstrategie. Die relevanten Verkehrskreise seien allein anhand der konkreten Waren und/oder Dienstleistungen zu bestimmen, wobei stets alle potenziellen Adressaten zu berücksichtigen seien. Ausschlaggebend sei vorliegend mithin der Gesamtmarkt für Chipsprodukte in Deutschland. Das Abstellen der Widersprechenden nur auf einen Teil des Marktes sei sachlich nicht gerechtfertigt. Für den Nachweis der Verkehrsgeltung im maßgeblichen Verkehr, wofür die Widersprechende darlegungspflichtig sei, fehle es an überzeugenden Belegen. Dies gelte erst recht für den von ihr geltend gemachten Bekanntheitsschutz.

Mit gerichtlichem Schreiben vom 21. Mai 2024 hat der Senat die Beteiligten darüber informiert, dass nach vorläufiger Beurteilung der Sach- und Rechtslage wegen des nicht ausreichend dargelegten älteren Rechts eine Löschung der Eintragung der angegriffenen Marke weder wegen Verwechslungsgefahr noch aufgrund des Sonderschutzes der bekannten Marke in Betracht komme.

Die Widersprechende hat zu dem Senatshinweis inhaltlich nicht Stellung genommen, aber ausdrücklich erklärt, das Verfahren weiterzuführen. Ihren hilfsweise gestellten Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung hat sie zurückgenommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss der Markenstelle, die Schriftsätze der Beteiligten, den rechtlichen Hinweis des Senats und den übrigen Akteninhalt Bezug genommen.

II.

A. Die Beschwerde ist gemäß § 66 Abs. 1 Satz 1 MarkenG statthaft und auch ansonsten zulässig.

Verfahrensbeteiligt auf Seiten der angegriffenen Marke ist Herr B ... , dessen Eintritt in das Beschwerdeverfahren die Kanzlei Y ... Patentanwälte PartmbB mit Schreiben vom 6. Dezember 2024 erklärt hat. Damit ist zum einen den Anforderungen des § 28 Abs. 2 Satz 3 MarkenG entsprochen worden. Zum anderen ist die Erklärung als Zustimmung von Herrn B ... zur Übertragung der Marke 30 2018 228 799 von der X ... GmbH auf ihn auszulegen. Eine solche lag bisher noch nicht vor. Das Formblatt vom 18. September 2024, mit dem die Übertragung der angegriffenen Marke von der X ... GmbH auf Herrn B ... angezeigt wird, ist ebenso wie das Schreiben vom gleichen Datum, mit dem die Marke 30 2018 228 799 auf Herrn B ... übertragen wird, ausschließlich vom Geschäftsführer der X ... GmbH unterschrieben. Insofern wurde diese vom Deutschen Patent- und Markenamt zutreffend darum gebeten, eine Annahmeerklärung von Herrn B ... einzureichen. Mit dem Schreiben vom 6. Dezember 2024 hat sich die Kanzlei Y ... Patentanwälte PartmbB nicht nur als Verfahrensbevollmächtigte für Herrn B ... bestellt, sondern durch die Erklärung seines Eintritts in das Beschwerdeverfahren zugleich zum Ausdruck gebracht, dass er mit der Übertragung der angegriffenen Marke auf sich einverstanden ist. Damit ist der Übergang des durch die Eintragung der Marke 30 2018 228 779 begründeten Rechts gemäß § 27 Abs. 3 MarkenG nachgewiesen worden, zumal gemäß § 28 Abs. 7 DPMKV einer solcher Nachweis auch ohne einen von beiden Seiten unterschriebenen Antrag auf Eintragung des Rechtsübergangs im Sinne von § 28 Abs. 3 Nr. 1 DPMKV geführt werden kann. Der ausstehenden Eintragung von Herrn B ... in das Markenregister als neuer Inhaber der Marke 30 2018 228 799 stehen damit keine Hindernisse mehr entgegen.

B. Die Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg, weil die Zurückweisung des Widerspruchs formell und materiell rechtmäßig erfolgt ist.

1. Die angefochtene Entscheidung der Markenstelle ist verfahrensrechtlich rechtmäßig, insbesondere ist sie ordnungsgemäß gegenüber allen Verfahrensbeteiligten und ohne kausale Gehörsverletzung ergangen. Die angegriffene Marke ist auf den beim Deutschen Patent- und Markenamt am 6. Februar 2019 eingegangenen Antrag am 11. Februar 2019 und damit während des mit Erhebung des Widerspruchs am 7. Februar 2019 eingeleiteten amtlichen Widerspruchsverfahrens vom ursprünglichen Markeninhaber, Herrn A ... , auf die X ... GmbH umgeschrieben worden. Nachdem diese nicht gemäß § 28 Abs. 2 Satz 3 MarkenG erklärt hat, in das Verfahren einzutreten, hätte dieses in entsprechender Anwendung von § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO mit dem Rechtsvorgänger im Wege einer gesetzlichen Prozessstandschaft fortgeführt werden müssen (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 14. Auflage, § 28 Rn. 15 und 17). Dessen ungeachtet hat die Markenstelle den Widerspruch als auch den nachgereichten Schriftsatz zu dessen Begründung ausschließlich der Rechtsnachfolgerin zugestellt. Die abschließende Entscheidung, mit der der Widerspruch zurückgewiesen worden ist, ist hingegen sowohl gegenüber der Rechtsnachfolgerin als auch gegenüber dem Rechtsvorgänger ergangen und an beide zugestellt worden. Damit ist der Rechtsvorgänger zwar erst mit der Endentscheidung am Verfahren beteiligt worden, die dadurch bewirkte Verletzung seines rechtlichen Gehörs hat sich angesichts der zu seinen Gunsten ergangenen Entscheidung jedoch nicht kausal ausgewirkt (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 14. Auflage, § 83 Rn. 62).

Die mit der Beschwerde angegriffene Entscheidung beruht auch nicht auf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs der Widersprechenden. Diese hatte in ihrer Widerspruchs begründung vom 7. Februar 2019, eingegangen beim Deutschen Patent- und Markenamt am 9. Februar 2019, zwar angekündigt, „weitere Unterlagen, die den deutschlandweiten Verkauf, die starken Umsätze und die Verkehrsbekanntheit der Marke PATOS in Deutschland belegen, nachzureichen.“ Allerdings garantiert das Gebot der Gewährung des rechtlichen Gehörs gemäß § 59 Abs. 2 MarkenG den Beteiligten nur, dass sie Gelegenheit erhalten, sich zu dem einem Verfahren zugrundeliegenden Sachverhalt vor Erlass der Entscheidung zu äußern (vgl. auch BGH GRUR 2010, 1034 Rn. 11 - LIMES LOGISTIK). Es verpflichtet die Markenstelle grundsätzlich jedoch nicht dazu, die Nachreichung ergänzender Benutzungsunterlagen, die ohne Angabe oder Beantragung einer bestimmten Frist angekündigt worden sind, anzumahnen (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 14. Auflage, § 59 Rn. 21). Dies gilt vorliegend umso mehr, als seit der Ankündigung zum Zeitpunkt des Erlasses des Beschlusses vom 3. Mai 2022 bereits mehr als drei Jahre vergangen waren. Er konnte daher gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 DPMaV nach Aktenlage ergehen.

2. Die Zurückweisung des Widerspruchs ist zu Recht erfolgt, weil auch im Beschwerdeverfahren weder das Bestehen einer prioritätsälteren Marke noch deren etwaige Bekanntheit ausreichend dargelegt worden sind. Mithin ist die Löschung der Eintragung der angegriffenen Marke weder wegen Verwechslungsgefahr gemäß § 158 Abs. 3 MarkenG i. V. m. § 42 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 4 MarkenG in seiner vor dem 14. Januar 2019 geltenden Fassung (MarkenG a. F.) i. V. m. §§ 4 Nr. 2, 12, 14 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 5 MarkenG noch wegen des Sonderschutzes der bekannten Marke gemäß § 158 Abs. 3 MarkenG i. V. m. § 42 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 4 MarkenG a. F. i. V. m. §§ 4 Nr. 2, 12, 14 Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 5 MarkenG gerechtfertigt.

a) Nach diesen Vorschriften kann die Eintragung einer Marke gelöscht werden, wenn ein anderer vor dem für den Zeitrang der angegriffenen Marke maßgeblichen Tag Rechte an einer Benutzungsmarke erworben hat und diese ihn berechtigen, die Benutzung der eingetragenen Marke im gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland, insbesondere wegen Verwechslungsgefahr oder, falls es sich bei dem älteren Zeichen um eine im Inland bekannte Marke handelt, wegen Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft oder der Wertschätzung, zu untersagen. Der Lösungsanspruch setzt mithin zunächst sowohl das Bestehen einer Benutzungsmarke gemäß § 4 Nr. 2 MarkenG als auch einen bundesweiten Untersagungsanspruch sowie - im Falle des geltend gemachten Sonderschutzes gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG - die Bekanntheit der älteren Marke voraus. Hierbei müssen sämtliche Voraussetzungen am Anmelde- oder Prioritätstag der angegriffenen Marke als auch zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Widerspruch vorliegen (vgl. BGH GRUR 2021, 482, 484 Rn. 12 - RETROLYMPICS).

Sowohl das Bestehen einer Benutzungsmarke als nicht registriertes Recht als auch der Umfang des daraus resultierenden Verbotungsrechts und insbesondere eine gegebenenfalls erhöhte Verkehrsbekanntheit hängen von Umständen ab, die der gemäß §§ 59 Abs. 1, 73 Abs. 1 Satz 1 MarkenG grundsätzlich geltenden Amtsermittlung in der Regel nicht zugänglich sind. Deshalb trifft den Widersprechenden insoweit eine besondere Mitwirkungspflicht dahingehend, dass er alle Tatsachen, woraus sich gesicherte Schlüsse auf die genannten Umstände ziehen lassen, vorzutragen und zu belegen hat (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 14. Auflage, § 73 Rn. 8 ff., § 42 Rn. 55).

Dieser Verpflichtung ist die Widersprechende nicht ausreichend nachgekommen.

b) Zwar lässt sich den im Amtsverfahren vorgelegten Unterlagen eine Benutzung des von ihr ins Feld geführten Zeichens für Chipsprodukte im Inland zum Anmeldetag der angegriffenen Marke am 25. September 2018 entnehmen, was

offenbar auch die Inhaberin der angegriffenen Marke nicht in Abrede stellt. Für die zur Entstehung des Benutzungsmarkenschutzes gemäß § 4 Nr. 2 MarkenG darüber hinaus erforderliche Verkehrsgeltung (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 14. Auflage, § 4 Rn. 22 ff.) liegen jedoch weiterhin keinerlei Anhaltspunkte vor.

(1) Verkehrsgeltung setzt voraus, dass ein jedenfalls nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise in dem Zeichen einen Hinweis auf die Herkunft der damit gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen aus einem bestimmten Unternehmen sieht (vgl. BGH GRUR 2008, 917 Rn. 38 - EROS). Ein Mindestprozentsatz lässt sich hierbei nicht beziffern. Im Allgemeinen wird bei normal kennzeichnungskräftigen Zeichen ein Zuordnungsgrad von ca. 20 bis 25 % als ausreichend erachtet (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 14. Auflage, § 4 Rn. 49). In Bezug auf die vorliegend geltend gemachte Marke sind hingegen keinerlei Tatsachen vorgetragen, geschweige denn belegt worden, die auf ein entsprechendes Verkehrsverständnis schließen ließen. Entgegen ihrem eigenen Postulat im Schriftsatz vom 20. Dezember 2022 hat die Widersprechende kaum spezifizierte Angaben zu Dauer sowie Umfang der Benutzung und keinerlei Angaben zu Marktanteilen, Werbeaufwendungen oder Verteilung von Werbematerial gemacht. Soweit sie eine Umsatztafel für das Jahr 2018 vorgelegt hat, kann der dort genannte, von ihr als maßgeblich angeführte Gesamtumsatz in Höhe von ... Euro (vgl. Schriftsatz vom 7. Februar 2019, Seite 2, Absatz 7) schon deshalb keine Berücksichtigung finden, weil er auch Umsätze enthält, die mit anderen Kennzeichnungen, wie etwa CIPSO, ÇEREZOS oder ATOS, erzielt worden sind. Abgesehen davon hat bereits die Markenstelle darauf hingewiesen, dass Umsatzzahlen allein eine Verkehrsgeltung nicht belegen können, was die Widersprechende offenbar ähnlich sieht, wenn sie in der Beschwerdebegründung ausführt, dass „ein gewisser Prozentsatz eines Gesamtumsatzes nicht ... 1:1 der Verkehrsgeltung entspricht“ (vgl. Schriftsatz vom 20. Dezember 2022, Seite 5, vorletzter Absatz).

Verlässliche Feststellungen zur Verkehrsauffassung ergeben sich regelmäßig nur aus demoskopischen Erhebungen im relevanten Verkehr (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 14. Auflage, § 4 Rn. 53), zu dem vorliegend auch die allgemeinen Endverbraucherkreise zu zählen sind. Denn der angesprochene Verkehr bestimmt sich grundsätzlich nach den zugrundeliegenden Waren und/oder Dienstleistungen (vgl. EuGH GRUR 2005, 763 Rn. 25 - Nestlé; EuG, T-187/19, Rn. 88 - Glaxo Group Limited (Pantone 2587C); BGH GRUR 2021, 1526 Rn. 23 - NJW-Orange; BGH GRUR 2015, 581 Rn. 40 - Langenscheidt-Gelb) und deren objektiven Eigenschaften. Gesichtspunkte der persönlichen Verkaufspolitik, wie besondere Vermarktungsstrategien, so wie hier der Verkauf nur in türkischen Supermärkten, die jederzeit geändert werden können, sind grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Vorliegend sind auch keine Gründe erkennbar, die dafür sprechen, dass sich die beanspruchten Waren ausschließlich und stets nur an ein bestimmtes Publikum richten (vgl. hierzu auch Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 14. Auflage, § 4 Rn. 39). So ist die Kennzeichnung „Patos“ kein ersichtlich türkisches Wort. Zudem sind die vorliegend zu würdigenden Kartoffel- und Maischips keine türkischen Spezialitäten. Insofern ist die Abgabe nur in türkischen Supermärkten nicht zwingend vorgegeben, sondern stellt sich als rein subjektive, momentane und jederzeit änderbare Vertriebsbeschränkung dar, die als solche grundsätzlich keinen Einfluss auf die Bestimmung der maßgeblichen Verkehrskreise haben kann.

(2) Abgesehen davon liegen auch keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, dass die in Rede stehende Kennzeichnung bei Kunden türkischer Supermärkte über Verkehrsgeltung verfügt. Die Widersprechende trägt zwar vor, hiervon sei nach der allgemeinen Lebenserfahrung aufgrund der Bekanntheit des Widerspruchszeichens in der Türkei auszugehen. Ihr ist darin zuzustimmen, dass die intensive Markenbenutzung im Ausland die Auffassung des inländischen Publikums beeinflussen und damit Auswirkungen auf die Verkehrsgeltung haben kann.

Inwieweit dies allerdings vorliegend tatsächlich zutrifft, hätte konkret belegt werden müssen. Der Verweis auf eine rein theoretische Möglichkeit ist unbehelflich.

c) Darüber hinaus bestehen Zweifel am bundesweiten Untersagungsanspruch gemäß § 12 MarkenG i. V. m. § 14 Abs. 2 und Abs. 5 MarkenG. Die Widersprechende behauptet zwar, dass ihr inländischer Vertriebspartner, die Z ... GmbH, „Patos“-Chips bundesweit vertreibt. Nach den vorgelegten Unterlagen sowie insbesondere unter Berücksichtigung der Homepage der Z ... GmbH, nach der der Vertrieb vornehmlich im Raum Saarbrücken, Koblenz, Kassel und Stuttgart erfolgt, erscheint es jedoch fraglich, ob - bei unterstellter lokaler Verkehrsgeltung - nicht nur ein örtlich beschränktes Ausschließlichkeitsrecht besteht, das die Löschung einer Registermarke mit bundesweiter Wirkung nicht rechtfertigt (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 14. Auflage § 4 Rn. 41, § 12 Rn. 17).

d) Schließlich ist die Widersprechende auch den von der Markenstelle unter Verweis auf die einschlägige Rechtsprechung genannten Anforderungen an den Nachweis des ununterbrochenen Fortbestands des behaupteten älteren Rechts nicht nachgekommen. Die pauschale Aussage, „in den darauffolgenden Jahren wurden ähnliche Umsätze mit den Patos-Chips-Produkten der Beschwerdeführerin erzielt“ (vgl. Schriftsatz vom 20. Dezember 2022, Seite 5, Absatz 6) ersetzt keinen konkreten, differenzierten und belegten Tatsachenvortrag. Dies gilt umso mehr, als seit der behaupteten Entstehung des älteren Rechts zum 1. Januar 2015 bereits mehr als zehn, seit der Anmeldung der angegriffenen Marke am 25. September 2018 immerhin mehr als sechs Jahre vergangen sind, so dass ohne weitere Benutzungsbelege von einem Fortbestand des Kennzeichenrechts nicht ausgegangen werden kann.

3. Nachdem bereits der Bestand des geltend gemachten älteren Rechts nicht ausreichend nachgewiesen worden ist, kommt ein Bekanntheitsschutz gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG nicht in Betracht, so dass sich auch der hierauf gestützte Widerspruch als unbegründet erweist.

Nach alledem war die Beschwerde zurückzuweisen.

C. Die Entscheidung konnte im schriftlichen Verfahren ergehen, nachdem die im Verfahren unterliegende Widersprechende ihren hilfsweisen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung zurückgenommen hat (§ 69 Nr. 1 MarkenG) und eine solche auch nach Einschätzung des Senats nicht aus Gründen der Sachdienlichkeit erforderlich war (§ 69 Nr. 3 MarkenG).

III.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde nur gegeben, 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 einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt in elektronischer Form einzulegen.