



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 281/02

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 397 42 570

hat der 29. Senat (Markenbeschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 26. Januar 2005 durch die Vorsitzende Richterin Grabrucker, den Richter Baumgärtner und die Richterin am Amtsgericht stVDir Dr. Mittenberger-Huber

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bildmarke 397 42 570



ist nach einem am 16. März 2005 durch die Markeninhaberin erklärten teilweisen Verzicht noch zur Kennzeichnung der folgenden Waren und Dienstleistungen

"chemische Erzeugnisse für gewerbliche, wissenschaftliche, photographische und landwirtschaftliche Zwecke; Kunstharze im Rohzustand; Kunststoffe im Rohzustand; Mittel zum Härten und Löten von Metallen; Klebstoffe für gewerbliche Zwecke; chemische Erzeugnisse zum Frischhalten und Haltbarmachen von Lebensmit-

teln; Gerbmittel; Firnisse; Rostschutzmittel, Holzkonservierungsmittel; Beizen; Naturharze im Rohzustand; Blattmetalle und Metalle in Pulverform für Maler, Dekorateure, Drucker und Künstler; Bleichmittel; Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel; Parfümerien, ätherische Öle, Haarwässer, Zahnputzmittel; Leuchtstoffe, Dochte; pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, diätetische Lebensmittel, einschließlich Babykost; Pflaster, Verbandmaterial; Desodorierungsmittel, außer für den persönlichen Gebrauch; desodorierende Raumsprays; Desinfektionsmittel; Fungizide, Herbizide; unedle Metalle und deren Legierungen; Baumaterialien aus Metall; transportable Bauten aus Metall; Kabel und Drähte aus Metall (nicht für elektrische Zwecke); Schlosserwaren und Kleineisenwaren; Waren aus unedlen Metallen, nämlich Schilder, einschließlich Kennzeichenschilder für Fahrzeuge, Geldkassetten, Glocken; Papierkörbe aus Metall; Denkmäler aus Metall; Maschinen, insbesondere Etikettiermaschinen, Werkzeugmaschinen; Motoren (ausgenommen Motoren für Landfahrzeuge); Kupplungen und Treibriemen (ausgenommen solche für Landfahrzeuge); handbetätigte Werkzeuge und Geräte, soweit in Klasse 8 enthalten; Messerschmiedewaren; Gabeln und Löffel; Hieb- und Stichwaffen; Rasierapparate; wissenschaftliche, Schifffahrts-, Vermessungs-, elektrische, elektronische, photographische, Film-, optische, Wäge-, Meß-, Signal-, Kontroll-, Rettungs- und Unterrichtsapparate und -instrumente; Apparate und Instrumente für die Schwachstromtechnik, nämlich für die Nachrichten-, Hochfrequenz- und Regelungstechnik; Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton, Bild oder Daten; maschinenlesbare Datenaufzeichnungsträger; Schallplatten; Verkaufsautomaten und Mechaniken für geldbetätigte Apparate; Registrierkassen, Rechenmaschinen,

Datenverarbeitungsgeräte, Magnetaufzeichnungsträger, Computer; Pannenwarndreiecke für Fahrzeuge, Unfallschutzbekleidung, einschließlich Schuhe, Gesichtsschutzschilder, Schutzbrillen; Atmungsgeräte fürs Tauchen; Schwimmgürtel; orthopädische Schuhe; Beleuchtungsgeräte, Klimageräte, Solarkollektoren und -akkumulatoren; Förderkarren, Golfkarren, Kinderwagen, Rollstühle, Fahrräder und Fahrradzubehör, nämlich Fahrradnetze, -gepäckträger, Klingeln, Luftpumpen; selbstklebende Flickgummis für Reifenschläuche; Schußwaffen; Munition und Geschosse; Sprengstoffe; Feuerwerkskörper; Tafelgeschirr, Aschenbecher, Zigarren- und Zigarettenetuis, Zigarettenspitzen; Edelsteine, Uhren und Zeitmeßinstrumente, Krawatten- und Anstecknadeln; Etais für Uhren; Musikinstrumente; Papier, Pappe (Karton) und Waren aus diesen Materialien, soweit in Klasse 16 enthalten, nämlich Papierhandtücher, Verpackungsbehälter und -tüten; Druckereierzeugnisse; Fotografien; Schreibwaren; Klebstoffe für Papier- und Schreibwaren und für Haushaltszwecke; Pinsel; Schreibmaschinen und Büroartikel (ausgenommen Möbel); Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate); Verpackungsmaterial aus Kunststoff, soweit in Klasse 16 enthalten; Spielkarten; Drucklettern; Druckstöcke; Kautschuk, Guttapercha, Gummi, Asbest, Glimmer und Waren daraus, soweit in Klasse 17 enthalten; Waren aus Leder, Lederimitationen und Fellen und aus oder mit Fellen verarbeitet sowie Waren aus Leder und Lederimitationen, nämlich Taschen und andere nicht an die aufzunehmenden Gegenstände angepaßte Behältnisse sowie Kleinlederwaren, insbesondere Geldbeutel, Brieftaschen, Schlüsseltaschen; Reise- und Handkoffer, Regenschirme, Sonnenschirme, Peitschen, Pferdegeschirr einschließlich Steigbügel und Sättel und Sattlerwaren; Handtaschen, Aktentaschen, Einkaufstaschen, Schulranzen; Packsäcke, Rucksäcke; Reiseneccessaires (Lederwaren), Umhängeriemen

(Schulterriemen); Riemen für Geschirre, Steigbügel oder für Sättel; Baumaterialien (nicht aus Metall); Rohre (nicht aus Metall) für Bauzwecke; Asphalt, Pech und Bitumen; transportable Bauten (nicht aus Metall), Denkmäler (nicht aus Metall), teilweise bearbeitetes Holz; Fliesen; Möbel, Spiegel, Rahmen; Waren aus Holz oder Holzersatzstoffen, nämlich Kisten, Werkzeugstiele, Kunstgegenstände, Ziergegenstände; Waren aus Kork, Rohr, Binsen; Kopfkissen; Spiegel für die Innenausstattung und Toilettenspiegel; Schilder (nicht aus Metall); Briefkästen, nicht aus Metall oder Mauerwerk; Geräte und Behälter für Haushalt und Küche (nicht aus Edelmetall oder plattiert); Käämme und Schwämme; Bürsten (mit Ausnahme von Pinseln); rohes oder teilweise bearbeitetes Glas (mit Ausnahme von Bauglas); Waren aus Glas, Porzellan und Steingut für Haushalt und Küche; Kochgeschirr und Eimer aus Blech, Aluminium, Kunststoff oder aus anderen Materialien; handbetätigte kleine Geräte zum Hacken, Mahlen, Pressen; elektrische Käämme und Zahnbürsten; Rasier- und Staubpinsel; Schüsseluntersetzer (Tischutensilien); Seile, Bindfaden, Netze, nämlich Fischnetze, Zelte, Planen, Segel, Säcke (soweit in Klasse 22 enthalten); Seile und Bindfaden aus natürlichen und künstlichen Textilfasern, aus Papier oder aus Kunststoff; Verpackungsbeutel aus textilem Material; Kunststofffasern für textile Zwecke; Garne und Fäden für textile Zwecke; Garne und Monofile aus Kunststoff für textile Zwecke; Webstoffe und Textilwaren, soweit in Klasse 24 enthalten; Textilwaren, nämlich Textilstoffe, Gardinen, Rollos, Haushaltswäsche, Tisch- und Bettwäsche; Bett- und Tischdecken; Bettdecken aus Papier; Taschentücher aus textilem Material, textile Lederimitationsstoffe; Vliesstoffe (Textilien); Schuhwaren, Kopfbedeckungen; Bekleidungsstücke, auch solche aus Leder, Lederimitationen oder aus Pelz, Papierbekleidungsstücke, Sportbekleidung, -schuhe, Fußballschuhe und Stollen hierfür; Teile von

Schuhen, nämlich Sohlen, Absätze, Stiefelschäfte; Gleitschützer für Schuhe; Kleidereinlagen, vorgefertigte Kleidertaschen; Miederwaren; Spitzen und Stickereien, Bänder und Schnürbänder; Knöpfe, Haken und Ösen, Nadeln; künstliche Blumen; Reißverschlüsse; Haken und Ösen für Bekleidungsstücke und für Schuhwaren; Häkel- und Stricknadeln; Gürtelschließen; Quasten (Posamenten); Haarnetze; Teppiche, Fußmatten, Matten; Bodenbeläge aus Gummi, Kunststoff oder textilem Material; Automatten; künstlicher Rasen; Computerspiele; Ski, Skibindungen, Skistöcke, Skikanten, Skifelle; Hanteln, Disken, Wurfspeere; Tennis-, Kricket-, Golf- und Hockeyschläger; Roll- und Schlittschuhe; Tischtennistische; elektrische oder elektronische Spiele; Fechtswaffen, Sportbögen; Ballspielnetze, Tennisnetze; Angelgeräte, Angelhaken, Kescher; Schwimfflossen; Spezialtaschen für Sportgeräte, wie Golftaschen, Kricketsäcke; Fleisch, Fisch, Geflügel und Wild; Fleischextrakte; konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Gallerten (Gelees), Konfitüren, Fruchtsaucen; Eier, Milch und Milchprodukte; Speiseöle und -fette; Kaffee, Tee, Kakao, Zucker, Reis, Tapioka, Sago, Kaffee-Ersatzmittel; Mehle und Getreidepräparate, Brot; Speiseeis; Honig, Melassesirup; Hefe, Backpulver; Salz, Senf; Essig, Saucen (Würzmittel); Gewürze; Kühleis; unverarbeitetes Getreide, unverarbeitetes Holz; lebende Pflanzen und natürliche Blumen; getrocknete Pflanzen; Biere; Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken; Weine, Spirituosen und Liköre; alkoholische Präparate für die Zubereitung von Getränken; alkoholische Milchmischgetränke; Cocktails und Aperitifs auf Spirituosen- oder Weingrundlage; weinhaltige Getränke; Raucherartikel, nämlich Tabakdosen, Zigarren- und Zigarettenspitzen; Zigarren- und Zigarettenetuis, Aschenbecher, sämtliche

vorgenannten Waren nicht aus Edelmetallen, deren Legierungen oder damit plattiert; Pfeifenständer, Pfeifenreiniger, Zigarrenabschneider, Pfeifen, Feuerzeuge, auch aus Edelmetallen und deren Legierungen; Zigarettenfilter; Streichhölzer; Tabakersatzstoffe (nicht für medizinische Zwecke), auch in Form von Zigarren, Zigaretten, Rauchtabak, Kautabak, Schnupftabak; Werbung; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Büroarbeiten; Meinungsforschung; Veranstaltung von Messen und Ausstellungen; Versicherungswesen; Finanzwesen; Geldgeschäfte; Immobilienwesen; Bauwesen; Reparaturwesen, insbesondere Wartung und Reparatur von Einrichtungen für die Telekommunikation; Installation und Montage von Einrichtungen für die Telekommunikation; Telekommunikation; Vermietung von Einrichtungen für die Telekommunikation; Transportwesen; Verpackung und Lagerung von Waren; Veranstaltung von Reisen; Materialbearbeitung; Erziehung; Ausbildung; Unterhaltung; sportliche und kulturelle Aktivitäten; Bau- und Konstruktionsplanung und -beratung; Beherbergung und Verpflegung von Gästen; Betrieb eines Campingplatzes; Betrieb von Bädern, Schwimmbädern und Saunen; Be- und Überwachung von Personen, Gebäuden und Wertobjekten; Dienstleistungen eines Altenheimes und Pflegeheimes; Dienstleistungen eines Erholungsheimes und eines Sanatoriums; Dienstleistungen eines Friseur- und Schönheitssalons; Dienstleistungen eines Ingenieurs; Dienstleistungen eines Krankenhauses; Dienstleistungen eines Optikers; Dienstleistungen eines Physikers; Dienstleistungen eines Chemikers; Dolmetschen; Erstellen von Programmen für die Datenverarbeitung; Dienstleistungen eines Programmierers; Erstellen von technischen Gutachten; Garten- und Landschaftsgestaltung; Nachforschungen in Rechtsangelegenheiten; Photographieren; Recherchen (technische und rechtliche) in Angelegenheiten des gewerblichen Rechtsschutzes; technische Beratung

und gutachterliche Tätigkeit; Übersetzungen; Vermietung von Datenverarbeitungsanlagen und Computern; Vermietung von Verkaufsautomaten; Verwaltung und Verwertung von Urheberrechten; Verwertung gewerblicher Schutzrechte; Zimmerreservierung; Projektierung und Planung von Einrichtungen für die Telekommunikation"

der Klassen 01; 02; 03; 04; 05; 06; 07; 08; 09; 10; 11; 12; 13; 14; 15; 16; 17; 18; 19; 20; 21; 22; 23; 24; 25; 26; 27; 28; 29; 30; 31; 32; 33; 34; 35; 36; 37; 38; 39; 40; 41; 42 am 2. Oktober 1997 in das Markenregister eingetragen.

Die Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts hat den auf Bösgläubigkeit und das Vorliegen absoluter Schutzhindernisse gestützten Löschungsantrag der Antragstellerin mit Beschluss vom 30. August 2002 zurückgewiesen. Der Löschungsgrund des bösgläubigen Markenerwerbs sei nicht gegeben. Die Antragsgegnerin habe keine typische Sperrmarke zur Eintragung gebracht. Das wäre dann der Fall gewesen, wenn die Markeninhaberin ihre Bildmarke in Kenntnis einer Vorbenutzung einer identischen oder einer ähnlichen Marke mit identischem oder ähnlichem Waren- und Dienstleistungsverzeichnis angemeldet hätte mit dem Ziel, die Nutzung der Kennzeichnung der Antragstellerin zu verhindern oder einen Wettbewerbskampf hervorzurufen. Da die Antragstellerin offensichtlich erst später mit einer ähnlichen Kennzeichnung in den Wettbewerb getreten sei, könne von einer Vorbenutzung und nachfolgenden widerrechtlichen Eintragung seitens der Antragsgegnerin nicht die Rede sein. Zu berücksichtigen sei, dass sich die angegriffene Marke an eine weit verbreitete Werbedarstellung der Kugel oder des Kreises anlehne. In der Werbung und den Anzeigen dienten diese Gestaltungselemente als Signalpunkt – sogenannte "eye-catcher" -, um werbliche Aufmerksamkeit zu erzeugen. Ihnen werde die markenrechtliche Schutzfähigkeit meist abgesprochen. Eine Sperrwirkung einer eingetragenen Marke könne sich aber auch gegen schutzunfähige Bezeichnungen richten. Auch sei nicht auszuschließen, dass entgegen § 23 Nr. 2 MarkenG schutzunfähige

hige Bezeichnungen nicht frei verwendet werden könnten, da eine eingetragene Marke – insbesondere bei irrigem Schutzzumfang – bei der Abgrenzung zwischen zulässiger und unlauterer Benutzung eine ungehinderte Verwendung der beschreibenden und schutzunfähigen Angabe sperre. Hier stehe der Annahme einer bösgläubigen Anmeldung entgegen, dass diese nicht nachträglich in Kenntnis der Werbegestaltung der Antragstellerin erfolgt sei. Der Antragsgegnerin werde zwar sicherlich die häufige Verwendung der Kugel als Werbeelement bekannt gewesen sein. Ihr sei jedoch nicht nachzuweisen, dass sie nur eine formelle Rechtsposition erlangen wollte, um eine geläufige Werbedarstellung vom Markt zu drängen und den Wettbewerb zu behindern. Die von der Markeninhaberin angestregten Untersagungsverfahren, von denen eines auch die Antragsgegnerin betraf, stünden der Einschätzung nicht entgegen. Die Landgerichte und die Oberlandesgerichte hätten die Rechtsverletzung in der Vorschrift des § 14 MarkenG und dem Unlauterkeitsmoment nach § 1 UWG und nicht in der grundsätzlichen Verwendung der Kugel gesehen. Vielmehr sei die beträchtliche Anlehnung der Kennzeichnung der Antragstellerin an die konkret geschützte Form der Marke in ihrer besonderen Farbgebung und der dreidimensionalen Bildwirkung entscheidend gewesen. Die Antragsgegnerin habe ihr Recht wahrgenommen, das ihr der Schutzzumfang der Marke gewähre, und habe ihre Rechtsposition nicht auf die einfache geometrische Figur einer Kugel oder Scheibe ausgedehnt. Eine Wettbewerbsbehinderungsabsicht könne ihr mit der Vorgehensweise nicht attestiert werden. Auch die Vielzahl der mit der Markeneintragung verbundenen Waren und Dienstleistungen begründe kein bösgläubiges Handeln. Die Markeninhaberin sei mit dem für die Markeneintragung beanspruchten Waren- und Dienstleistungsverzeichnis nicht an den Zweck des Geschäftsbetriebes gebunden. Aus der fehlenden Verbindung zum Geschäftsbetrieb könne nicht auf einen fehlenden Benutzungswillen geschlossen werden. Ein bösgläubiges Verhalten in Form einer wettbewerbsbehindernden Vorgehensweise gegen Mitbewerber dürfe auf Grund des umfangreichen Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses nicht unterstellt werden. Für die Fälle der Nichtbe-

nutzung einer Marke habe der Gesetzgeber das Korrelat der Löschung der Marke wegen Verfalls normiert.

Der angegriffenen Marke könne weder die Markenfähigkeit abgesprochen werden noch bestünden absolute Schutzhindernisse. Sie sei unterscheidungskräftig. Zwar zeige sie in ihrer Grundform das Bild einer Kugel oder Scheibe. Einfache geometrische Figuren oder Gestaltungselemente würden von den Verkehrsbeteiligten allgemein nicht als die Waren und Dienstleistungen betriebskennzeichnend angesehen. Die angemeldete farbliche Gestaltung der Marke gebe ihr jedoch eine eigenständige Eigentümlichkeit. Die wechselseitige Farbgebung in Gelb, Orange und Weiß vermittelten das Bild einer Kugel mit einem weißen Pol. Diese Bildwirkung werde von den Verkehrskreisen wahrgenommen und als originell eingestuft und in Verbindung mit den Waren und Dienstleistungen als ein betriebliches Zuordnungsmittel erkannt, das die gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen von denen anderer Unternehmen unterscheide. Die Marke sei auch keine schutzunfähige beschreibende Darstellung im Sinn von § 8 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG. Die Rechtsprechung lege die Vorschrift dahingehend aus, dass sie tatbestandlich nach den im früheren Recht des Warenzeichengesetzes zu den Freizeichen oder den Gattungsbezeichnungen entwickelten Grundsätzen auszulegen sei. Solche Kriterien seien weder zu erkennen noch schlüssig vorgetragen.

Ein Anlass, die Kosten des Verfahrens einem der Beteiligten aus besonderen Billigkeitsgründen aufzuerlegen oder die Rückzahlung der Löschantragsgebühr anzuordnen, bestehe nicht. Die Antragstellerin habe ihren Löschantrag nicht mutwillig gestellt. Auch die Antragsgegnerin habe die Marke ordnungsgemäß nach den markenrechtlichen Bestimmungen zur Eintragung gebracht. Für sie seien keine Gründe, die eine Löschung der Marke zweifelsfrei gerechtfertigt hätten, erkennbar gewesen. Insbesondere treffe sie nicht der Vorwurf, die Markeneintragung bösgläubig bewirkt zu haben. Die Antragstellerin habe keinen Anspruch auf Rückzahlung der Löschantragsgebühr, da weder materiell-rechtliche Fehler noch Verfahrensfehler bei der Markeneintragung festzustellen seien.

Mit ihrer gegen den Zurückweisungsbeschluss gerichteten Beschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Löschungsbegehren weiter. Sie ist der Auffassung, dass es einem Markenanmelder nicht gestattet sei, sich eine Marke für nahezu sämtliche denkbaren Waren oder Dienstleistungen anzueignen, da eine derartige Markenregistrierung gegen das Interesse der Allgemeinheit gerichtet sei, die den Vorwurf der Rechtsmissbräuchlichkeit oder der sittenwidrigen Aneignung des Markenrechts rechtfertige. Die Frage sei, ob nach wie vor der Grundsatz gelte und zu beachten sei, dass eine registrierte Marke nur innehaben solle, wer die Marke zu eigenen Kennzeichnungszwecken unmittelbar brauche oder – im Wege der Lizenzierung – mittelbar nutzen könne, oder ob - nach Wegfall der Bindung der Marke an einen Geschäftsbetrieb – grundsätzlich alle Waren und Dienstleistungen beansprucht werden dürften. Letzteres sei vor allem dann nicht der Fall, wenn – wie vorliegend - von einem allumfassenden Benutzungswillen des Markeninhabers nicht ausgegangen werden könne. Nicht einmal die Geschäftsstrukturen von Großkonzernen ermöglichten nämlich die praktische Benutzung einer Marke für jedwede Ware und Dienstleistung. Die von der Markenstelle vertretene Auffassung, daß ein bösgläubiges Verhalten in Form einer wettbewerbshindernden Vorgehensweise gegen Mitbewerber anhand des umfangreichen Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses nicht unterstellt werden könne, gelte nur, soweit die wirklichen (Branchen-)Mitbewerber des Anmelders bzw. Inhabers der allumfassenden Marke betroffen seien. Eine allumfassende Marke wirke aber gravierend behindernd auch in diejenigen Branchen hinein, mit welchen der markenmonopolistische Markeninhaber in auch nicht geringster konkurrenzfähiger Beziehung stehe. Eine solche Rechtsposition aufgrund einer über den Bedarf hinaus gewährten Markenregistrierung sei nicht zu rechtfertigen. Dem könne nicht entgegengehalten werden, dass eine Löschung wegen Verfalls möglich sei. Denn jedem Markeninhaber stehe es frei, die nicht benutzte Marke vor Ablauf der Benutzungsschonfrist erneut anzumelden und zur Registrierung zu bringen und so einen Zustand herbeizuführen, in welchem er gegebenenfalls über Jahrzehnte ein ununterbrochen allumfassendes Markeninstrument in der Hand habe, um so jedwede Benutzung der Marke durch Dritte zu unterbinden. Dies sei mit wettbewerblich redlichem

Handeln nicht vereinbar und besonders unerträglich, wenn es sich um ein Zeichen handle, welches per se geeignet sei, von jedweder Branche zu Wiedererkennungszwecken oder zu Aufmerksamkeitseffekten eingesetzt zu werden, wie die vorliegend angegriffene orangefarbene Kugel.

Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin hat an der mündlichen Verhandlung nicht teilgenommen. Sie hat schriftsätzlich den Antrag gestellt,

den angefochtenen Beschluss aufzuheben und die Marke 397 42 570 zu löschen.

Hilfsweise beantragt sie,

den angefochtenen Beschluss aufzuheben und die Marke 397 42 570 für sämtliche Waren und Dienstleistungen zu löschen, die ihr zu den Klassen 1 bis 8, 10 bis 15, 17 bis 34, 36, 39 bis 42 eingetragen sind und zu den Klassen 9, 16, 35, 37, 38, 42 für diejenigen Waren und Dienstleistungen, welche nicht zu der Marke 397 42 568 eingetragen sind.

Zur Erläuterung ihres Hilfsantrags trägt sie vor, dass die im Verzeichnis dieser Marke für eine identische orangefarbene Kugel eingetragenen Waren und Dienstleistungen unter dem Gesichtspunkt der Bösgläubigkeit nicht zu beanstanden seien. Für den Fall, daß bei behandeltem Hilfsantrag diesem nicht ganz oder teilweise stattgegeben werden könne, regt die Beschwerdeführerin an, die Rechtsbeschwerde zuzulassen.

Die Markeninhaberin und Beschwerdegegnerin beantragt,

die Beschwerde nach Haupt- und Hilfsantrag zurückzuweisen.

Sie hat in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, dass außerhalb der Klasse 38 aus der angegriffenen Marke in der Vergangenheit niemals vorgegangen worden sei. Es seien insgesamt nur 3 Prozesse mit sonstigen Wettbewerbern geführt worden.

In der mündlichen Verhandlung vom 26. Januar 2005 hat der Senat beschlossen, eine Entscheidung an Verkündungs Statt zuzustellen. Mit Schriftsatz vom 16. März 2005 hat die Markeninhaberin das Verzeichnis der Waren und Dienstleistungen der angegriffenen Marke eingeschränkt. Die Waren "Farben, Lacke, Färbemittel, Seifen, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Edelmetalle und deren Legierungen, sowie daraus hergestellte und plattierte Waren, nämlich kunstgewerbliche Gegenstände, Ziergegenstände, Kerzen, Juwelierwaren, Schmuckwaren, Modeschmuck, Kunstgegenstände aus Glas, Porzellan und Steingut, Spiele, Spielzeug, Spielbälle, Stoßkugeln, feine Backwaren und Konditorwaren, Christbaumkugeln, Samenkörner, Sämereien und Waschmittel" seien aus dem Verzeichnis zu streichen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Antragstellerin ist nicht begründet. Die Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts hat zu Recht eine Löschung der angegriffenen Marke 397 42 570 nach § 50 Abs. 1 Nrn. 3 und 4 MarkenG abgelehnt.

1. Die Streichung der Waren "Farben, Lacke, Färbemittel, Seifen, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Edelmetalle und deren Legierungen, sowie daraus hergestellte und plattierte Waren, nämlich kunstgewerbliche Gegenstände, Ziergegenstände, Kerzen, Juwelierwaren, Schmuckwaren, Modeschmuck, Kunstgegenstände aus Glas, Porzellan und Steingut, Spiele, Spielzeug, Spielbälle, Stoßkugeln, feine Backwaren und Konditorwaren, Christbaumkugeln,

Samenkörner, Sämereien und Waschmittel" ist ein Teilverzicht, der gemäß § 48 Abs. 1 MarkenG jederzeit materiellrechtlich wirksam erklärt werden kann. Im Umfang des Verzichts ist das Widerspruchsverfahren unmittelbar in der Hauptsache erledigt (vgl. Althammer/Ströbele, Markengesetz, 7. Aufl., § 48 Rn 14 und 17). Er ist auch nach Schluss der mündlichen Verhandlung prozessual zulässig, sofern der hier gemäß § 79 Abs. 1 Satz 3 MarkenG an Verkündungs Statt zuzustellende verfahrensabschließende Beschluss wie im vorliegenden Fall noch nicht erlassen und rechtskräftig geworden ist und keine weitere Prüfung durch den Senat erfordert (vgl. BPatG GRUR 2003, 82 ff – Waldschlösschen m.w.N.).

2. Der Lösungsgrund des § 50 Abs. 1 Nr. 4 MarkenG liegt nicht vor. Nach dieser Vorschrift wird die Eintragung einer Marke auf Antrag wegen Nichtigkeit gelöscht, wenn der Anmelder bei der Anmeldung bösgläubig war. Die Vorschrift dient dem Ziel, rechtsmissbräuchliche oder sittenwidrige Markeneintragen zur Löschung zu bringen (amtl. Begründung zum Regierungsentwurf des MarkenG, BIfPMZ 1994 Sonderheft, S. 89) und stellt u.a. ein Korrektiv zum Wegfall des Erfordernisses eines Geschäftsbetriebs bei der Anmeldung der Marke dar, ohne allerdings darauf beschränkt zu sein. In der Rechtsprechung werden im wesentlichen zwei Fallgruppen der Sittenwidrigkeit unterschieden, nämlich einmal der Fall einer Sperrmarke, wenn der Inhaber der angegriffenen Marke in Kenntnis eines schutzwürdigen Besitzstandes eines Vorbenutzers ohne zureichenden sachlichen Grund die gleiche oder eine verwechselbar ähnliche Bezeichnung für gleiche oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen mit dem Ziel als Marke hat eintragen lassen, den Besitzstand des Vorbenutzers zu stören oder diesem die Zeichenbenutzung zu sperren (vgl. Ströbele/Hacker MarkenG 7. Aufl. 2003 Rn 10 ff, 15 zu § 50 m.w.N.). Die zweite Fallgruppe betrifft Sachverhalte, in denen ein Markenmelder die mit der Eintragung der Marke entstehende und wettbewerbsrechtlich an sich unbedenkliche Sperrwirkung zweckfremd als Mittel des Wettbewerbskampfes einsetzt (vgl. Ströbele/Hacker a.a.O. Rn 20 ff, 22 zu § 50 m.w.N.). In diesem

Fall ist ein schutzwürdiger Besitzstand des Vorbenutzers nicht erforderlich (vgl. BPatG GRUR 2001, 744 ff – S100 m.w.N.). Unter keinem der genannten Gesichtspunkte erscheint die Anmeldung der Bildmarke 397 42 570 als sittenwidrig i.S.v. § 50 Abs. 1 Nr. 4 MarkenG.

- 2.1 Dass die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke über einen wertvollen, schutzwürdigen Besitzstand verfügte, hat sie nicht vorgetragen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Antragstellerin eine der verfahrensgegenständlichen Bildmarke gleiche oder verwechselbar ähnliche Kennzeichnung für Waren und/oder Dienstleistungen benutzt hat, die für die Antragsgegnerin geschützt ist. Sie selbst ist mit ihrem Zeichen unstrittig erst zu einem späteren Zeitpunkt aufgetreten. Im Verhältnis zur Antragstellerin ist der Tatbestand einer beabsichtigten sittenwidrigen Besitzstandstörung nicht erfüllt. Dieser Lösungsgrund liegt aber auch dann nicht vor, wenn man auf den übrigen Wettbewerb abstellt. Zwar hatten die bisher in der Rechtsprechung behandelten Fälle der Störung eines schutzwürdigen Besitzstandes stets Sachverhalte zum Gegenstand, in denen der Besitzstand des am Verfahren beteiligten Lösungsantragstellers selbst betroffen war (vgl. die in BGH GRUR 2004, 510 ff – S 100 und bei Ströbele/Hacker a.a.O. Rn 10 bis 19 zu § 50 zitierte Rspr.). Da es sich bei einem Lösungsverfahren nach § 50 Abs. 1 MarkenG aber um ein Popularverfahren handelt (§ 54 Abs. 1 S. 2 MarkenG), ist es nicht erforderlich, dass der Lösungsantragsteller die Störung eines eigenen Besitzstandes geltend macht.
- 2.2 Es kann auch nicht festgestellt werden, dass die Antragsgegnerin bei Anmeldung ihrer Marke (Ströbele/Hacker a.a.O. Rn 35 zu § 50), die mit der Eintragung der Marke verbundene Sperrwirkung zweckfremd als Mittel des Wettbewerbskampfs benutzen, d.h. sie in erster Linie zu einer rechtsmissbräuchlichen Behinderung Dritter einsetzen wollte.

2.2.1. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin kann auf eine solche Behinderungsabsicht nicht aus der Anmeldung des Zeichens für eine – wie im vorliegenden Fall – nahezu unüberschaubare Zahl von Waren und Dienstleistungen geschlossen werden. Zwar mag die überwiegende Zahl der angemeldeten Waren und auch ein großer Teil der beanspruchten Dienstleistungen mit dem Kerngeschäft der Antragsgegnerin als Telekommunikationsdienstleister nicht in unmittelbarem oder mittelbarem Zusammenhang stehen und es erscheint nicht naheliegend, dass ein Unternehmen, selbst ein Großkonzern, in der Lage ist, ein Zeichen für sämtliche Produkte und Dienstleistungen zu benutzen. Dies bedeutet aber nicht, dass eine Anmeldung mit einem solch umfangreichen Waren- und Dienstleistungsverzeichnis von Haus aus als wettbewerblich verwerflich einzustufen wäre. Das Erfordernis eines ernsthaften Benutzungswillens besteht zwar trotz des Wegfalls der Bindung der Marke an den Geschäftsbetrieb und auch im Blick auf die nach § 25 Abs. 1 MarkenG bestehende fünfjährige "Schonfrist" nach wie vor. Es handelt sich dabei um eine allgemeine Schutzvoraussetzung für das Entstehen des Markenrechts, das sich aus dem Wesen der Marke als eines Unterscheidungszeichens ergibt. Der im Markengesetz verwirklichte Grundsatz des freien Rechtserwerbs und der freien Rechtsübertragung, der Nichtakzessorietät der Marke, haben an dem rechtlichen Erfordernis eines Benutzungswillens grundsätzlich nichts geändert (vgl. BGH GRUR 2000, 24 ff – Classe E m.w.N.). Diesen Benutzungswillen für den Zeitpunkt der Markenmeldung festzustellen ist allerdings regelmäßig schwierig, weil es sich um einen subjektiven Vorgang handelt, der in der Vergangenheit liegt. Die Rechtsprechung ist deshalb bislang von der - allerdings widerlegbaren (vgl. BGH a.a.O. – Classe E; Ströbele/Hacker a.a.O. Rn 22) - Vermutung ausgegangen, dass der Anmelder Marken in der vom Gesetz als Regelfall angenommenen Weise, nämlich zur Kennzeichnung von Waren oder Leistungen aus seinem Geschäftsbetrieb, verwenden will. Anders ist es, wenn sich aus objektiv feststellbaren Umständen, insbesondere aus dem späteren Verhalten des Markeninhabers bei der Ausübung seines Monopol-

rechts, dessen geplanter zweckfremder Einsatz ergibt. Derartige objektive Umstände liegen hier nicht vor. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ergibt sich aus der Wahrscheinlichkeit, dass die Markeninhaberin viele, möglicherweise die überwiegende Zahl der beanspruchten Waren und Dienstleistungen nicht benutzt hat oder benutzen wird, noch kein Hinweis darauf, dass sie bei der Anmeldung bösgläubig war. Denn es steht einem Markenanmelder im Zeitpunkt der Anmeldung offen, den größtmöglichen Schutz für ein Zeichen zu beanspruchen. Eine solche Anmeldung ist grundsätzlich zulässig (vgl. auch BPatGE 47, 128 ff = MarkenR 2004, 196 ff). Nach Prüfung der Schutzvoraussetzungen und Eintragung unterliegt es der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit, die Marke für bestimmte Waren und Dienstleistungen zu benutzen oder dies zu unterlassen. Wie sich aus den §§ 25 Abs. 1, 43 Abs. 1 MarkenG ergibt, steht die Nichtbenutzung zwar einer Geltendmachung von Rechten aus einer eingetragenen Marke entgegen und kann – worauf die Markenabteilung zu Recht hingewiesen hat – zur Löschung des Zeichens wegen Verfalls führen. Ein wettbewerbsrechtliches Unwerturteil ergibt sich aus der Nichtbenutzung nicht. Dies gilt auch, wenn unterstellt wird, dass für einen Teil des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses eine Benutzung von vorne herein unwahrscheinlich erscheint, wobei schon der Vortrag der Antragstellerin zeigt, dass eine verlässliche Prognose in dieser Hinsicht nicht getroffen werden kann. Soweit sie darauf hinweist, dass viele der Waren und Dienstleistungen mit dem Kerngeschäft der Antragsgegnerin als Telekommunikationsunternehmen nichts zu tun haben, trifft dies zwar zu. Die Antragstellerin beachtet hierbei zum einen aber nicht ausreichend, dass eine Bindung der Marke an den Geschäftsbetrieb nicht besteht. Zum anderen ist ein Unternehmen auch nicht auf einen bestimmten Kernbereich festgelegt. So erscheinen vor dem Hintergrund von durch große Unternehmen veranstalteten Sportereignissen wie z.B. die unter der Bezeichnung "BMW open" veranstalteten Tennis- oder Golfturniere oder von Betriebserholungsheimen gerade die von der Antragstellerin als obskur bezeichneten Beispiele "sportliche und kulturelle

Aktivitäten; Dienstleistung eines Krankenhauses" nicht als geeignet, einen von vorneherein nicht bestehenden generellen Benutzungswillen zu belegen. Dies gilt auch für eine Vielzahl von Waren, die auf den ersten Blick nichts mit der Telekommunikation zu tun haben. Denn die Antragsgegnerin hat zu Recht darauf hingewiesen, dass insoweit Merchandiseartikel abgedeckt werden sollen, wobei bei der Anmeldung noch nicht feststeht, welche Waren sich generell für ein Merchandising eignen, welche zum Zuschnitt des Unternehmens passen und ob bzw. welche schließlich ausgewählt werden. Für die Frage der Bösgläubigkeit bei der Anmeldung kann daher keine Bewertung dahingehend vorgenommen werden, ob der gewählte Umfang der Waren- und Dienstleistungsverzeichnisse vernünftig oder gar nach Meinung des Löschantragstellers betriebswirtschaftlich sinnvoll war. Im Übrigen hat die Antragsgegnerin die angegriffene Marke im Rahmen ihres Kerngeschäfts auch benutzt, weshalb Zweifel an ihrem Benutzungswillen nicht angebracht sind.

- 2.2.2. Diese Benutzung allein würde, wie § 50 Abs. 4 MarkenG zeigt, einer Teillöschung im übrigen nicht entgegenstehen. Aber auch bezüglich des Restes der beanspruchten Waren und Dienstleistungen oder eines Teils davon lässt sich aus den Umständen nicht herleiten, dass die Antragsgegnerin bei der Anmeldung beabsichtigt hat, mit ihrer Marke im Wettbewerb zu missbilligende Ziele zu verfolgen. Diese können im vorliegenden Fall auch nicht aus der nach Auffassung der Antragstellerin mangelnden Schutzfähigkeit der angegriffenen Bildmarke in Kombination mit dem Umfang des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses abgeleitet werden. Unabhängig davon, dass der Marke absolute Schutzhindernisse nicht entgegenstehen (dazu unter 3.), liegt eine Bösgläubigkeit des Anmelders selbst dann nicht vor, wenn er bei der rechtlichen Beurteilung seiner Marke von deren Schutzfähigkeit ausgeht (Ströbele/Hacker a.a.O. Rn 9 zu § 50). Im Übrigen spricht die Anmeldung sämtlicher Klassen im Hinblick auf das damit verbundene erhebliche Kostenrisiko gegen die bewusste Anmeldung einer subjektiv für

schutzunfähig gehaltenen Marke. Auch insoweit kann daher aus der Vielzahl der Waren und Dienstleistungen nicht auf einen beabsichtigten Missbrauch der Monopolstellung geschlossen werden.

2.2.3. Auch aus dem späteren Verhalten der Markeninhaberin bei der Ausübung ihres Monopolrechts lässt sich dessen geplanter zweckfremder Einsatz nicht herleiten. Soweit sie in Verbindung mit den Dienstleistungen der Klasse 38 gegen Wettbewerber wie u.a. die Antragstellerin vorgegangen ist, kann dies nicht beanstandet werden und entspricht einer legitimen Durchsetzung der Marke in ihrer Funktion als Herkunftshinweis. Bezüglich der übrigen Waren und Dienstleistungen hat die Markeninhaberin unbestritten vorgetragen, dass sie insoweit nicht gegen Dritte vorgegangen ist. Aus dem Gesamtverhalten der Antragsgegnerin ergibt sich mithin nicht, dass sie eine nur formelle Rechtsposition erlangen wollte, um den Wettbewerb zu behindern oder eine geläufige Werbedarstellung vom Markt zu drängen, wie die Markenabteilung in dem angefochtenen Beschluss zutreffend festgestellt hat.

2.2.4. Eine Löschung der angegriffenen Marke in vollem Umfang wegen Bösgläubigkeit kommt daher ebenso wenig wie eine Teillöschung aus den genannten Gründen in Betracht. Dies gilt auch bezüglich der im Hilfsantrag im Hinblick auf die Bildmarke der Antragsgegnerin konkret beschränkt beantragten Teillöschung. Denn der Umstand, dass ein Markeninhaber gleiche oder vergleichbare Zeichen mit unterschiedlichen Waren- und Dienstleistungsverzeichnissen hat, lässt für sich keine Aussage zu, dass bezüglich der Waren und Dienstleistungen, die im engeren Verzeichnis nicht enthalten sind, kein Benutzungswille und die Absicht bestand, diesen Teil wettbewerbswidrig oder sittenwidrig einzusetzen, um andere Unternehmen zu behindern.

3. Die Beschwerde ist auch nicht nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 3 MarkenG begründet, da der angegriffenen Marke keine Schutzhindernisse nach §§ 3 und 8 MarkenG, im Zeitpunkt der Eintragung der mündlichen Verhandlung entgegenstanden oder der mündlichen Verhandlung entgegenstehen.
- 3.1. Die angemeldete Bildmarke ist im Sinne von § 3 Abs. 1 MarkenG abstrakt geeignet, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Eine derartige Eignung kann einem Zeichen nur dann abgesprochen werden, wenn unter allen denkbaren Umständen ausgeschlossen werden kann, dass es in der Lage ist, als Hinweis auf die betriebliche Herkunft jedweder Waren oder Dienstleistungen zu dienen. Ein solcher extremer Ausnahmefall liegt bei der vorliegend zu beurteilenden Bildmarke, die eine orangefarbene Kugel darstellt, nicht vor. Etwaige Bedenken im Hinblick auf § 3 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG bestehen jedenfalls nach der Einschränkung des Waren- und Dienstleistungszeichnisses nicht mehr.
- 3.2. Der angegriffenen Bildmarke stehen für die noch verfahrensgegenständlichen Waren und Dienstleistungen auch keine Eintragungshindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr.1 und Nr. 2 MarkenG entgegen.
- 3.2.1. Unterscheidungskraft i.S. von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einer Marke innewohnende konkrete Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfassten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden. Denn Hauptfunktion der Marke ist es, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten. Bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft ist grundsätzlich von einem großzügigen Maßstab auszugehen, d.h. jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft reicht aus, um das Schutzhindernis zu überwinden (st. Rspr.; vgl. zuletzt BGH GRUR 2005, 257 ff – Bürogebäude mwN).

Bei Bildmarken, die sich in der bloßen Abbildung der Ware erschöpfen, für die der Schutz in Anspruch genommen wird, wird im allgemeinen die erforderliche konkrete Unterscheidungseignung fehlen. Nach dem von der Antragsgegnerin erklärten Verzicht kann nicht mehr festgestellt werden, dass das angegriffene Zeichen die Ware selbst wiedergibt oder nur deren typische Merkmale darstellt.

Die Antragstellerin hat zur Begründung der fehlenden Unterscheidungskraft vorgetragen, dass es sich bei Kugeln allgemein um gängige Ausschmückungs-, Ordnungs- oder Aufmerksamkeitszeichen handelt. Dem kann nicht gefolgt werden, denn das Zeichen besteht vorliegend nicht nur aus einfachen dekorativen Gestaltungsmitteln, an die sich der Verkehr durch häufige Verwendung als bloßes schmückendes Beiwerk gewöhnt hat und die deshalb keine Unterscheidungseignung besitzen. Zunächst ist bereits die relativ geringe Anzahl der von der Antragstellerin vorgelegten Beispiele, bei denen eine oder mehrere Kugeln verwendet werden, nicht als Nachweis geeignet für ein häufig verwendetes Gestaltungsmittel, das bereits wegen einer dadurch eingetretenen Gewöhnung von den angesprochenen Verkehrskreisen nicht als Herkunftshinweis aufgefasst wird. Die angegriffene Marke weist charakteristische Merkmale auf, in denen der Verkehr einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft sieht, so dass die Unterscheidungskraft hier gegeben ist (BGH GRUR 2005, 257 ff – Bürogebäude). Insofern kann weder darauf abgestellt werden, ob die in der Marke wiedergegebene Form grundsätzlich als einfach zu qualifizieren ist, noch darauf, ob die Abbildung von einem Fachmann einfach herzustellen ist, noch darauf, ob die betreffende Figur häufig verwendet wird. Vielmehr muss darauf abgestellt werden, ob das Zeichen auf Grund seiner Ausgestaltung und der daraus resultierenden möglichen Verwendung als Herkunftshinweis geeignet ist (vgl. BGH GRUR 2001, 240 ff – SWISS ARMY). Letzteres ist bei einigen Beispielen der Antragstellerin nicht der Fall, bei denen sich allerdings ergibt, dass die dort verwendeten Kugeln nicht wegen ihres Charakters als geometrische Grundform, sondern auf Grund ihrer jeweiligen

konkreten grafischen Ausgestaltung und im Kontext nicht als Unterscheidungsmittel angesehen werden. In den D2 CallYa-Anzeigen ist eine Vielzahl beliebiger Kugeln vorhanden, die im Gesamtzusammenhang der Anzeige zum einen als unterschiedlich große und verschiedenfarbige Himmelskörper zu erkennen sind, und die zum anderen im Wesentlichen hinter den eigentlichen Werbeaussagen in den Hintergrund treten, soweit sie nicht, wie die rote Kugel als Träger einer Werbeaussage fungieren. Auch bei den Beispielen der Antragstellerin, in denen Kugeln erkennbar nur als Ordnungsmittel verwendet werden, kann nicht von einer Hinweisfunktion ausgegangen werden. Dies wird durch den untrennbaren Bezug der Kugeln zum anschließenden Fließtext und die vergleichsweise unauffällige farbliche Darstellung deutlich. Gleiches gilt für die in der Anzeige der Fa. K... verwendete von Gelb zu Rot abgeschattierte Scheibe, die im Zusammenhang mit der beworbenen Hochtemperatur-Isolierung mit beschreibendem Aussagegehalt auf die Sonnenhitze Bezug nimmt. Im Gegensatz dazu hat die Marke der Antragsgegnerin keinerlei beschreibenden Aussagegehalt bezüglich der Waren und Dienstleistungen, für die sie nach dem Verzicht noch eingetragen ist. Dies wird von der Antragstellerin auch nicht geltend gemacht. Des weiteren handelt es sich in der Darstellung um eine durch die verwendeten Stilmittel besonders charakteristische und auffällige Kugel. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Beschluss Bezug genommen, die sich der Senat im vollem Umfang zu eigen macht. Diese Kugel ist durch ihre Leuchtkraft einerseits und andererseits durch ihre Verwendung in Alleinstellung als einzelne Kugel, unabhängig von weiteren Elementen wie z.B. dem früheren Firmennamen, geeignet, als Herkunftshinweis zu dienen. Denn das Zeichen ist – wie auch das Oberlandesgericht Köln in dem Verfügungsverfahren zwischen den Beteiligten dieses Verfahrens festgestellt hat – durch seine markante und in optischer Hinsicht ansprechende Dreifarbigkeit vom Verkehr deutlich wahrnehmbar und als Herkunftshinweis einprägsam. Dies belegen die weiteren Beispiele, die die Antragstellerin

aufgeführt hat, so durch die Anwaltsgesellschaft A... bzw. A1... oder A2... und die von der Antragstellerin selbst gewählte Darstellung, wie sie sich aus den Anlagen AS 7 bis 9 zur Antragsbegründung ergeben. Damit ergibt sowohl die Betrachtung der angegriffenen Marke als solche als auch der Vergleich der von der Antragstellerin vorgelegten Beispiele, dass die für die Antragsgegnerin eingetragene dreifarbige Kugel nicht nur als dekoratives Element einzustufen ist. Da – wie erwähnt – im Übrigen nicht erkennbar ist, dass die Marke bezüglich der noch verfahrensgegenständlichen Waren oder Dienstleistungen einen sachbeschreibenden Inhalt hat, wird der Verkehr, wenn ihm die markant erscheinende Marke begegnet, ohne weiteres einen Hinweis auf eine betriebliche Herkunft annehmen.

- 3.2.2. Bezüglich dieser Waren und Dienstleistungen besteht auch kein Freihaltungsbedürfnis. Nach der Vorschrift des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG sind solche Marken von der Eintragung ausgeschlossen, die ausschließlich aus Angaben bestehen, die im Verkehr unter anderem zur Bezeichnung der Beschaffenheit, des Wertes oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen dienen können. Wie ausgeführt, kann der Marke insoweit keine sachbeschreibende Aussage zugeordnet werden, so dass Anhaltspunkte dafür, dass Dritte gegenwärtig oder künftig ein legitimes Interesse an der werblichen Verwendung der angemeldeten Marke für diese Waren und Dienstleistungen haben könnten, nicht erkennbar sind.
4. Zu einer Auferlegung der Kosten des Verfahrens bestand kein Anlass (§ 71 Abs. 1 MarkenG).
5. Für die Zulassung der Rechtsbeschwerde fehlen die gesetzlichen Voraussetzungen des § 83 Abs. 2 MarkenG. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ist im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden. Auch unter dem Gesichtspunkt der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ist eine

Zulassung der Rechtsbeschwerde nicht veranlasst, weil der Senat in seiner Entscheidung nicht von den bisherigen Grundsätzen der Rechtsprechung zur Bösgläubigkeit und zu den absoluten Schutzhindernissen abweicht.

Grabrucker

Baumgärtner

Dr. Mittenberger-Huber

Hu