



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 44/03

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 302 21 053.9

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 22. Februar 2006 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

1. Der Beschluss der Markenstelle für Klasse 16 vom 27. November 2002 wird aufgehoben, soweit die Anmeldung für die Waren und Dienstleistungen

„Computer und Datenverarbeitungsgeräte; Speicher für Datenverarbeitungsanlagen; Chip-Karten; Magnet-Karten; Buchbinderartikel, Poster, Aufkleber, Kalender; Schilder und Modelle aus Papier und Pappe; Schreibwaren und Büroartikel (ausgenommen Möbel); Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate), soweit in Klasse 16 enthalten;

Werbung einschließlich Rundfunkwerbung sowie Print- und Internetwerbung; Dienstleistungen einer Werbeagentur; Vermietung von Werbeflächen im Internet; Marketing, auch für Dritte in digitalen Netzen (Webvertising), Marktforschung und -analyse; Verteilung von Waren zu Werbezwecken, Verkaufsförderung (sales promotion) für Dritte; Öffentlichkeitsarbeit; Durchführung von Werbeveranstaltungen; Geschäftsführung für andere; Unternehmensverwaltung;

E-Mail-Datendienste (= elektronischer Postversand);

Produktion von Ton- und Bildaufzeichnungen auf Ton- und Bildträger; Vorführung und Vermietung von Ton- und Bildaufzeichnungen; Produktion von Rundfunksendungen, Zusammenstellen von Rundfunkprogrammen; Multimedia-Dienstleistungen, nämlich Produktion von Multimedia-Präsentationen;

Erstellen und Design von Programmen für die Datenverarbeitung (Computer-Software); Pflege und Aktualisierung von Programmen für die Datenverarbeitung sowie Online-Updating-Service; Forschung und Entwicklung auf dem Gebiet der Datenverarbeitung; Entwurf, Entwicklung und Beratung im Bereich von Computersystemen, Computerberatungsdienste; Konfiguration von Computer-Netzwerken durch Software; Dienstleistungen eines Netzbetreibers und Providers, nämlich Vermittlung und Vermietung von Zugriffszeiten zu Datenbanken“

zurückgewiesen worden ist.

2. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die am 25. April 2002 angemeldete Wort-/Bildmarke 302 21 053

Guter Rat!

soll - nach einer Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses während des Beschwerdeverfahrens in Klasse 16 - noch in das Markenregister eingetragen werden für Waren und Dienstleistungen der

Klasse 9: Computer und Datenverarbeitungsgeräte; Speicher für Datenverarbeitungsanlagen; Computer-Software (gespeichert), insbesondere für die Abfrage, Darstellung, Bearbeitung und Ausgabe multimedialer Daten in Computernetzwerken einschließlich des Internets; mit Informationen versehene maschinell lesbare Datenträger aller Art, sowie Ton- und Bildaufzeichnungsträger, insbesondere Disketten, CD-ROMs, DVDs, Chip-Karten, Magnet-Karten, Video-Kassetten, Compact-Disks und Video-Disks; auf Datenträgern aufgezeichnete Informationssammlungen und Datenbanken;

Klasse 16: Testzeitschriften, Verbrauchermagazine, ratgeberorientierte Wirtschaftsmagazine, wirtschaftsorientierte Ratgebermagazine, Wirtschaftsmagazine, insbesondere auch als elektronische Publikationen;

Klasse 35: Dienstleistungen einer Datenbank, nämlich Sammeln, Speichern, Zurverfügungstellung und Aktualisieren von Daten und sonstigen Informationen; E-Commerce-Dienstleistungen, nämlich Vermittlung, Abschluss und Abwicklung von Handelsgeschäften für andere über Online-Shops; Werbung einschließlich Rundfunkwerbung sowie Print- und Internetwerbung; Dienstleistungen einer Werbeagentur; Vermietung von Werbeflächen im Internet; Marketing, auch für Dritte in digitalen Netzen (Webvertising), Marktforschung und

-analyse; Verteilung von Waren zu Werbezwecken, Verkaufsförderung (sales promotion) für Dritte; Öffentlichkeitsarbeit; Durchführung von Werbeveranstaltungen; Geschäftsführung für andere; Unternehmensverwaltung;

Klasse 36: Finanzwesen; Geldgeschäfte; Versicherungswesen; Immobilienwesen; Vermögensberatung und -verwaltung; Analyse von Geldanlagen aller Art, Aktienanalysen; Beratung in Geldangelegenheiten aller Art; Kreditberatung, Kreditvermittlung; Finanzdienstleistungen; Internet-Banking; Beratung in steuerlichen Angelegenheiten;

Klasse 38: Telekommunikation; Übermittlung von Informationen an Dritte, Verbreitung von Informationen über drahtlose oder leitungsgebundene Netze; Ausstrahlung von Rundfunksendungen; Online-Dienste, nämlich Übermittlung von Nachrichten und Informationen aller Art; E-Mail-Datendienste (= elektronischer Postversand); Internet-Dienstleistungen nämlich Bereitstellen von Informationen im Internet, jeweils soweit in Klasse 38 enthalten;

Klasse 41: Veröffentlichung und Herausgabe von Druckereierzeugnissen, insbesondere von Zeitungen, Zeitschriften und Büchern, sowie Lehr- und Informationsmaterial, jeweils einschließlich gespeicherter Ton- und Bildinformation und auch in elektronischer Form; Produktion von Ton- und Bildaufzeichnungen auf Ton- und Bildträger; Vorführung und Vermietung von Ton-

und Bildaufzeichnungen; Produktion von Rundfunksendungen, Zusammenstellen von Rundfunkprogrammen; Multimedia-Dienstleistungen, nämlich Produktion von Multimedia-Präsentationen; Unterhaltung, insbesondere Rundfunkunterhaltung; Durchführung von Unterhaltungsveranstaltungen, Live-Events, Schulungsveranstaltungen, Bildungsveranstaltungen sowie kulturellen und sportlichen Veranstaltungen, soweit in Klasse 41 enthalten;

Klasse 42: Erstellen und Design von Programmen für die Datenverarbeitung (Computer-Software); Pflege und Aktualisierung von Programmen für die Datenverarbeitung sowie Online-Updating-Service; Forschung und Entwicklung auf dem Gebiet der Datenverarbeitung; Entwurf, Entwicklung und Beratung im Bereich von Computersystemen, Computerberatungsdienste; Konfiguration von Computer-Netzwerken durch Software; Dienstleistungen eines Netzwerkbetreibers und Providers, nämlich Vermittlung und Vermietung von Zugriffszeiten zu Datenbanken; Erstellung, Design und Einrichtung von Internetpräsentationen; Konzeption, Abwicklung, Wartung und Pflege von Internet-Inhalten; Erstellen von Dokumentationen.

Die Markenstelle für Klasse 16 des Deutschen Patent- und Markenamtes hat die Anmeldung mit Schreiben vom 30. Mai 2002 und 17. September 2002 beanstandet und mit Beschluss vom 27. November 2002 insgesamt zurückgewiesen. Die Anmeldung sei nicht unterscheidungskräftig, da das Zeichen nicht geeignet sei, auf die betriebliche Herkunft der beanspruchten Waren und Dienstleistungen hinzuweisen. Es handle sich um eine konkrete und eindeutige Werbeaussage, die für

den Verkehr lediglich der Hinweis auf eine Empfehlung für die so gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen sei. Bei den Druckereierzeugnissen handle es sich lediglich um eine Inhaltsangabe. Das Zeichen sei in besonderem Maße als beschreibende Angabe geeignet. Bei der graphischen Ausgestaltung handle es sich um eine werbeübliche Aufmachung, die zu wenig charakteristisch sei, um ihrerseits die Unterscheidungskraft zu begründen.

Die mögliche Bekanntheit des Zeitschriftentitels „Guter Rat!“ in den neuen Bundesländern reiche nicht aus, um eine Verkehrsdurchsetzung für die ganze Bundesrepublik nachzuweisen. Zudem müsse das Vorliegen eines Freihaltebedürfnisses bejaht werden, da zugunsten von Mitbewerbern die Möglichkeit freigehalten werden müsse, deren Waren und Dienstleistungen ebenfalls mit dem Slogan „Guter Rat!“ zu bewerben.

Die Anmelderin hat dem widersprochen und dargelegt, dass dem Zeichen weder jegliche Unterscheidungskraft fehle, noch ein Freihaltebedürfnis bestehe. Der Bundesgerichtshof habe auch Zeichen, die nicht unmittelbar produktbeschreibend, aber dem Verkehr als Wort geläufig bzw. schlagwortartige Anpreisung seien, Schutzfähigkeit zugebilligt, wenn es sich nicht um ein gebräuchliches Wort handle, das vom Verkehr stets nur als solches und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werde. Das Zeichen „Guter Rat!“ genüge diesen Anforderungen. Es sei mehrdeutig, da es nicht nur im Sinne eines Ratschlags verstanden werden könne, sondern auch die Bezeichnung für eine kollegiale Behörde oder ein Staatsorgan, wie den Stadtrat, den Bundesrat oder den Hohen Rat sein könne. Zusätzlich sei „Rat“ auch die Bezeichnung für gewählte politische Funktionäre wie z. B. den Arbeiter- oder Betriebsrat. Ein ausschließlich beschreibender Produktbezug für die angemeldeten Waren könne daher nicht festgestellt werden. Da dem Begriff „Guter Rat!“ allenfalls eine vage, banale Aussage im Hinblick auf irgendwelche Produkte zukomme, sei auch ein Freihaltebedürfnis nicht gegeben. Die besondere graphische Ausgestaltung der Wort-/Bildmarke durch die knallige rot-orange Grundfarbe in Form eines Labels unterstreiche die Eignung der Marke als Herkunftshinweis. Durch jahrzehntelange Benutzung verfüge das Zeichen außerdem

über eine erhöhte Kennzeichnungskraft und sei schon deshalb eintragungsfähig. Das Zeichen „Guter Rat!“ werde seit 1945 für eine Zeitschrift benutzt, die zu den wenigen ostdeutschen Publikumszeitschriften gehöre, die nach der deutschen Einheit den Schritt in den Westen geschafft haben. Seit April 2002 gehöre die Zeitschrift zu einem Unternehmen der Beschwerdeführerin. Die Druckauflage sei dabei von ca. 170.000 Exemplaren in 1996 auf ca. 340.000 Exemplare in 2002 gestiegen.

Die Eintragung von **Guter Rat!** sei in Analogie zu § 1 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 Erstreckungsgesetz vorzunehmen, da das Zeichen nach dem Recht der DDR als Marke eintragbar gewesen sei. Danach war ein Zeichen trotz fehlender Unterscheidungskraft einzutragen, wenn es sich im Verkehr durchgesetzt hatte. Dafür sei keine Verkehrsbefragung erforderlich gewesen, wie ein ähnlich gelagertes Verfahren zur Löschung des Warenzeichens „Cabinet“, eingetragen für Pralinen, bestätige. Allein die hohe Verkehrsbekanntheit sei ausreichend gewesen. Sowohl die Auflagenhöhe von 390.000 Exemplaren in 1972 und 1973 bzw. 768.500 Exemplaren in 1988 bei einem vierteljährlichen Erscheinen bezeuge die hohe Bekanntheit dieser Zeitschrift. Nicht zu vergessen sei dabei die Besonderheit des Zeitschriftenmarktes in der ehemaligen DDR. Zum einen sei der Markt restriktiv auf lediglich 35 periodische Publikumszeitschriften begrenzt und Konkurrenzprodukte verboten gewesen. Zum anderen habe die genannte Auflagenzahl nicht dem erzielbaren Absatz entsprochen, da die Auflage durch Papiermangel und staatliche Beschränkung begrenzt war. Die Zeitschrift sei nach dem erstmaligen Erwerb - anders als dies in der Bundesrepublik der Fall ist und war - von Hand zu Hand weitergegeben worden, und daher einem viel größeren Personenkreis bekannt gewesen, als die bloße Auflagenzahl vermittele.

In Klasse 16 müsse das Zeichen **Guter Rat!** auch nach bundesdeutschem Recht gem. § 8 Abs. 3 MarkenG für Wirtschaftsmagazine als verkehrsdurchgesetzt gelten. Bei der herausgegebenen Zeitschrift „Guter Rat!“ handle es sich - entgegen der Auffassung des Senats - um ein Wirtschaftsmagazin.

- Im Hinblick auf den gehaltenen Marktanteil innerhalb der Wirtschaftsmagazine von 17,2 % sei „Guter Rat!“ daher zu vergleichen mit „Capital“ (13,7 %) oder „Wirtschaftswoche“ (11,5 %) und zähle zu den TOP 10 der Wirtschaftsmagazine. Auch bei der vom Senat vorgenommenen Einordnung in das Segment der Testzeitschriften - die die Beschwerdeführerin für unzutreffend hält - zeige ein Vergleich hinsichtlich der Marktanteile, dass „Guter Rat!“ Zeitschriften wie Öko-Test (10,2 %), Euro (12,1 %) und FINANZtest (19,6 %) übertreffe, bzw. über einen ähnlich hohen Anteil verfüge.
- Die durchschnittlichen IWW-Verkaufszahlen für die Quartale I bis III 2005 lauteten: Guter Rat! bis zu 274.000, Öko-Test bis zu 154.000, Euro bis zu 183.000, test: keine Angaben, FINANZtest: keine Angaben.
- Die Werbeaufwendungen hätten sich 1993 auf 1,812 Mio. €, 2000 auf 2,779 Mio. € und 2001 auf 2,411 Mio. € belaufen. In den Jahren 2003 und 2004 seien für Werbemaßnahmen innerhalb des Konzerns der Beschwerdeführerin Werbeanzeigen in anderen Zeitschriften in einem Umfang von 2,95 Mio. € bzw. 2,62 Mio. € veranschlagt worden. Aufgrund des gewährten Konzernrabatts sei der tatsächliche Marktwert für diese Werbeausgaben mit 5,18 Mio. € (2003) bzw. 5,24 Mio. € (2004) anzusetzen. In konzernfremden Publikationen habe der Werbeetat 2005 237.000 € (in der TAZ) bzw. (geplant) für 2006 481.000 € (WAZ) betragen. Insbesondere im Hinblick auf die Gruppe der Testzeitschriften sei festzustellen, dass der Werbeaufwand für „Guter Rat!“ denjenigen anderer Zeitschriften weit übersteige (Quartale I - III 2005: Guter Rat! 1,911 Mio. €, Öko-Test 0,481 Mio. €, Euro 0,851 Mio. €, test 0,089 Mio. €, FINANZtest 0,190 Mio. €). Eine Vergleichbarkeit zu den Testzeitschriften sei allerdings abzulehnen, da insbesondere die Zeitschriften der Stiftung Warentest, einer über Bundesmittel finanzierten Stiftung der Bundesregierung, aufgrund ihrer allseits bekannten Unabhängigkeit am Markt als Garant für unabhängige Sachinformation verstanden werde und - aufgrund dieser Sonderstellung - mit handelsüblichen Zeitschriften daher nicht konkurrieren dürfe.

Insgesamt belegten die Zahlen für Marktanteil, Auflagenstärke und Werbeausgaben eindringlich die Spitzenposition der Zeitschrift **Guter Rat!**, die aus diesem Grund alle Anforderungen an eine Verkehrsdurchsetzung erfülle.

Die Anmelderin beantragt,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 16 vom 27. November 2002 aufzuheben und die Wort-/Bildmarke „Guter Rat!“ einzutragen.

Das Ergebnis der vom Senat durchgeführten Recherche zur Verwendung der Wortfolge „Guter Rat!“ sowie deren beider Bestandteile wurde der Anmelderin übersandt.

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache nur teilweise Erfolg, da dem Zeichenwort „Guter Rat!“ lediglich für einen Teil der beanspruchten Waren und Dienstleistungen kein Schutzhindernis gem. §§ 37 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 MarkenG entgegensteht.

1. Unterscheidungskraft im Sinne 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. Die Hauptfunktion der Marke besteht nämlich darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu gewährleisten (st. Rspr.; EuGH Mitt. 2005, 511 - Rn. 23 - THOMSON LIFE/LIFE; GRUR 2004, 1027 - Rn. 42 ff. - DAS PRINZIP DER BEQUEMLICHKEIT; GRUR 2003, 604 - Rn. 62 - Libertel; BGH GRUR 2005, 257 - Bürogebäude; BGH GRUR 2003, 1050 - Cityservice; BGH GRUR 2001,

1153, 1154 - antiKALK). Da nur das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft ein Eintragungshindernis begründet, ist ein großzügiger Maßstab zugrunde zu legen, d. h. jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft genügt, um das Schutzhindernis zu überwinden (BGH GRUR 2005, 417, 418 - BerlinCard). Für Wort-/Bildzeichen gelten die allgemeinen Grundsätze für die Prüfung zusammengesetzter Zeichen, d. h. wenn auch nur ein Bestandteil, sei es der graphische, sei es der Wortbestandteil schutzfähig ist, ist das ganze Zeichen eintragbar. Einfache geometrische Formen, bloße Verzierungen oder beschreibende Bildzeichen begründen keine Unterscheidungskraft. Erst dann, wenn die graphische Gestaltung eine gewisse Gestaltungshöhe aufweist und nicht nur die beantragte Ware abbildet, ist ein Bildzeichen schutzfähig. Für Wortmarken gilt demgegenüber, dass die Unterscheidungskraft unter anderem dann fehlt, wenn das Zeichenwort eine für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen im Vordergrund stehende Sachangabe darstellt oder es sich um ein gebräuchliches Wort der deutschen oder einer gängigen Fremdsprache handelt, das der Verkehr stets nur als solches versteht (vgl. BGH GRUR 1999, 1089 - YES; GRUR 2005, 417, 418 - BerlinCard). Dies gilt auch für Wortfolgen. Zu prüfen ist daher, ob die Wortfolge **Guter Rat!** einen ausschließlich produktbeschreibenden Inhalt hat oder ob ihr über diesen hinaus eine - wenn auch noch so geringe - Unterscheidungskraft für die angemeldeten Waren und Dienstleistungen zukommt. Die Annahme mangelnder Unterscheidungskraft ist daher nur bei beschreibenden Angaben oder Anpreisungen und Werbeaussagen allgemeiner Art gerechtfertigt. Anhaltspunkte für die Unterscheidungskraft einer Wortfolge können hingegen Kürze, eine gewisse Originalität und Prägnanz einer Wortfolge ebenso wie die Mehrdeutigkeit oder Interpretationsbedürftigkeit einer Werbeaussage sein (vgl. EuGH GRUR 2004, 1027 Rn. 35 ff. - DAS PRINZIP DER BEQUEMLICHKEIT; BGH GRUR 2000, 321, 322 - Radio von hier; GRUR 2000, 323, 324 - Partner with the Best; GRUR 2002, 1070, 1071 - Bar jeder Vernunft).

1.1. „Guter Rat!“ ist ein kombiniertes Wort-/Bildzeichen, das aus den beiden Worten „gut“ und „Rat“ in der grammatikalisch und sprachüblich richtig - unter Auslassung des unbestimmten Artikels „ein“ - gebildeten Nominativform „Guter Rat“ zusammengesetzt ist. Das Ausrufezeichen am Ende der Wortfolge macht deutlich, dass es sich um eine Aussage handelt, die werbend verwendet wird. Sie weist darauf hin, dass der Kunde beim Kauf oder Erwerb der beanspruchten Waren und Dienstleistungen gut beraten ist oder ihm ein guter Rat erteilt wird.

1.2. An derartige Werbeslogans dürfen allerdings keine höheren Anforderungen als an sonstige Wortmarken gestellt werden (EuGH MarkenR 2005, 22, 25 Rn. 32 - Das Prinzip der Bequemlichkeit; BGH GRUR 2000, 321, 322 - Radio von hier; GRUR 2000, 323 - Partner with the Best; GRUR 2001, 735, 736 - Test it.; BPatG 24 W (pat) 32/02 - ZEIG DER WELT DEIN SCHÖNSTES LÄCHELN). Auch einer für sich genommen eher einfachen Aussage kann nicht von vorneherein die Produktidentifikation abgesprochen werden. Lediglich dann, wenn die Wortkombination „als solche“ nicht monopolisierbar oder in Art eines inhaltsbeschreibenden Werktitels gebildet ist und ihr der Verkehr nur eine inhaltliche Beschreibung der Waren und Dienstleistungen entnimmt, kann es an der Schutzfähigkeit fehlen (BGH GRUR 2002, 1070 - Bar jeder Vernunft, GRUR 2000, 882 - Bücher für eine bessere Welt; BPatG a. a. O. - ZEIG DER WELT DEIN SCHÖNSTES LÄCHELN). Vorliegend handelt es sich aber um keine Wortkombination, die vom Verkehr im Hinblick auf alle beantragten Waren und Dienstleistungen immer nur „als solche“ verstanden wird, wenngleich die Kombination von „gut“ und „Rat“ als Gesamtbegriff in der Summe seiner Bestandteile keinen neuen, eigenen Bedeutungsgehalt hat, der über den der einzelnen Worte hinausgeht. „Guter Rat“ in Alleinstellung ist - im Gegensatz zu „Guter Rat ist teuer“ - kein standardisierter Begriff.

1.3. Schutzfähig ist „Guter Rat!“ daher für die in Klasse 9 und 16 beantragten Waren „Computer und Datenverarbeitungsgeräte; Speicher für Datenverarbeitungsanlagen; Chip-Karten; Magnet-Karten; Buchbinderartikel, Poster, Aufkleber, Kalender; Schilder und Modelle aus Papier und Pappe; Schreibwaren und Büroartikel

(ausgenommen Möbel); Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate), soweit in Klasse 16 enthalten“. Bei dem angemeldeten Zeichen handelt es sich insoweit weder um einen Sachhinweis auf besondere Ratgeber, noch ist eine anderweitig beschreibende Verwendung ersichtlich.

1.4. Für die Dienstleistungen der Klasse 35 „Werbung einschließlich Rundfunkwerbung sowie Print- und Internetwerbung; Dienstleistungen einer Werbeagentur; Vermietung von Werbeflächen im Internet; Marketing, auch für Dritte in digitalen Netzen (Webvertising), Marktforschung und -analyse; Verteilung von Waren zu Werbezwecken, Verkaufsförderung (sales promotion) für Dritte; Öffentlichkeitsarbeit; Durchführung von Werbeveranstaltungen; Geschäftsführung für andere; Unternehmensverwaltung“ ist das angemeldete Zeichen ebenfalls originär unterscheidungskräftig. Werbedienstleistungen sind ihrer Art nach unabhängig von den vermittelten Inhalten, da die Festlegung auf ein bestimmtes Themengebiet die geschäftlichen Möglichkeiten einer Werbeagentur unnötig einschränken würde (BPatG 29 W (pat) 146/01 - family matters). Auch vor dem Hintergrund, dass der Kunde „gut beraten“ sein möchte, weist das Zeichen keinen klaren und eindeutigen Aussagegehalt auf. Es handelt sich auch nicht um eine in diesem Segment übliche werblich anpreisende Aussage. Dasselbe gilt für „Geschäftsführung“ und „Unternehmensverwaltung“, Branchen, die auf das Erarbeiten von Lösungsansätzen, Maßnahmen, Empfehlungen und Anleitungen angewiesen sind.

1.5. Die Dienstleistungen „Produktion von Ton- und Bildaufzeichnungen auf Ton- und Bildträger; Vorführung und Vermietung von Ton- und Bildaufzeichnungen; Produktion von Rundfunksendungen, Zusammenstellen von Rundfunkprogrammen; Multimedia-Dienstleistungen, nämlich Produktion von Multimedia-Präsentationen“ werden durch das angemeldete Zeichen weder ihrem Inhalt nach beschrieben, noch steht „Guter Rat!“ als Sachaussage im Vordergrund. Die Produktion der Sendung ist nicht mit ihrem Inhalt gleichzusetzen. Der Verkehr wird deshalb nicht annehmen, dass derartig gekennzeichnete Dienstleistungen sich ausschließlich auf Werke beziehen, die die Fertigung, Vorführung oder Vermietung

von Ratgebersendungen umfassen (vgl. BGH GRUR 2001, 1042, 1043 - REICH UND SCHOEN). Dasselbe gilt für die Anmeldung der Dienstleistung „E-Mail-Datendienste (= elektronischer Postversand)“ in Klasse 38.

1.6. Bei den Dienstleistungen „Erstellen und Design von Programmen für die Datenverarbeitung (Computer-Software); Pflege und Aktualisierung von Programmen für die Datenverarbeitung sowie Online-Updating-Service; Forschung und Entwicklung auf dem Gebiet der Datenverarbeitung; Entwurf, Entwicklung und Beratung im Bereich von Computersystemen, Computerberatungsdienste; Konfiguration von Computer-Netzwerken durch Software; Dienstleistungen eines Netzwerkbetreibers und Providers, nämlich Vermittlung und Vermietung von Zugriffszeiten zu Datenbanken“ handelt es sich ebenfalls um solche, für die die Annahme eines vom Bundesgerichtshof geforderten „hinreichend engen Bezuges“ des angemeldeten Zeichens zu den beanspruchten Dienstleistungen nicht mehr gegeben ist (vgl. BGH GRUR 2005, 417, 419 - BerlinCard). Allein die Vorstellung, in jeglichem Lebensbereich sei ein „Guter Rat!“ nützlich und erforderlich, rechtfertigt nicht die Freihaltung des angemeldeten Zeichens. Die Recherche des Senats hat insoweit keine Hinweise erbracht, dass die einschlägigen Dienstleistungen in dieser Art und Weise bezeichnet würden, und der Verkehr schon deshalb keinen Herkunftshinweis in dem Zeichen erkennen könne.

2. Anders zu beurteilen ist die Sachlage für die im Folgenden genannten Waren und Dienstleistungen. Für diese kann das angemeldete Zeichen entweder eine Sachangabe oder eine lediglich werbende Anpreisung sein.

2.1. Die in Klasse 9 noch beanspruchten Waren „Computer-Software (gespeichert), insbesondere für die Abfrage, Darstellung, Bearbeitung und Ausgabe multimedialer Daten in Computernetzwerken einschließlich des Internets; mit Informationen versehene maschinell lesbare Datenträger aller Art, sowie Ton- und Bildaufzeichnungsträger, insbesondere Disketten, CD-ROMs, DVDs, Video-Kassetten, Compact-Disks und Video-Disks; auf Datenträgern aufgezeichnete Informations-

sammlungen und Datenbanken“ sind nicht schutzfähig, da „Guter Rat!“ bei den Datenträgern oder Informations- und Datenbanken lediglich den Inhalt derselben bezeichnen kann. Der Verkehr ist daran gewöhnt, dass er Bücher oder andere Druckschriften vielfach auch in digitalisierter Form auf CD und CD-ROM erwerben kann. Der Verkehr wird daher das angemeldete Zeichen auf einem entsprechenden Ton- oder Bildträger nur für einen Ratgeber diversen Inhalts halten und keinen Hinweis auf einen bestimmten Hersteller darin sehen.

2.2. Die „Dienstleistungen einer Datenbank, nämlich Sammeln, Speichern, Zurverfügungstellung und Aktualisieren von Daten und sonstigen Informationen; E-Commerce-Dienstleistungen, nämlich Vermittlung, Abschluss und Abwicklung von Handelsgeschäften für andere über Online-Shops“ in Klasse 35 und die Dienstleistungen der Klasse 42 „Erstellung, Design und Einrichtung von Internetpräsentationen; Konzeption, Abwicklung, Wartung und Pflege von Internet-Inhalten; Erstellen von Dokumentationen“ sind solche, die im Sinne eines Internetportals Informationen zur Verfügung stellen (vgl. BPatG GRUR 2003, 1051 - rheuma-world). Manche Homepages enthalten z. B. einen Link, der mit „Guter Rat“ betitelt ist, und - themabezogen - zu weiteren praktischen oder rechtlichen Tipps führt (Leitfaden für die Auswahl eines Anbieters von Magnetfeldtherapien: www.vitrotron.de/Guter_Rat/body_guter_rat.html; Beratungsstellen, Rechtsfragen, Telefonseelsorge für Jugendliche: www.yougend.com/folge/guter_rat/rat_oben.html; Berufsratgeber für angehende Journalisten: www.djv-sachsen.de/kurier49/Diagramme_Umfrage/diagramme_umfrage.htm).

2.3. Für die in Klasse 36 angemeldeten Dienstleistungen „Finanzwesen; Geldgeschäfte; Versicherungswesen; Immobilienwesen; Vermögensberatung und -verwaltung; Analyse von Geldanlagen aller Art, Aktienanalysen; Beratung in Geldangelegenheiten aller Art; Kreditberatung, Kreditvermittlung; Finanzdienstleistungen; Internet-Banking; Beratung in steuerlichen Angelegenheiten“ ist „Guter Rat!“ als Wortkombination „als solche“ nicht monopolisierbar, da die Essentialia des

Finanz-, Versicherungs-, Immobilienwesens, der Beratung in steuerlichen Angelegenheiten und der Geldgeschäfte aller Art gerade die Dienstleistung der „Beratung“ sind. Der entgeltliche oder unentgeltliche „Rat“ ist die „conditio sine qua non“ für diese Dienstleistungen. Das Zeichen erschöpft sich daher in einem reinen Sachhinweis. Unter www.business-wissen.de/de/newsletter-archiv/newsletter43-.html?pg=4 ist unter dem Titel „Unternehmensberatung: Guter Rat ist teuer, kein Rat ist teurer?“ ein Dossier über die Leistungsfähigkeit von Unternehmensberatungen verfügbar. Wer nach einer Finanzberatung für den Erwerb eines Einfamilienhauses sucht, findet diese in der Zeitschrift oder online bei „mein schönes zuhause - Guter Rat“ als Tipp eines Finanzexperten zum Thema Festhypothek mit Lebensversicherung (www.zuhause3.de/_haus/2002-06/untermstrich.shtml). Die Verbraucherzentralen bieten unter dem Titel „Guter Rat zum Nachlesen“ (www.swr.de/ratgeber/haus/unwitterschaeden/index4.html) einen Ratgeber zum Thema „Richtig versichert - viel Geld gespart“ an. „Hilfen für Existenzgründer - Guter Rat und günstiges Geld“ bietet die Firma A... mit digitalen Ratgebern zum Downloaden (www.vericon.de/Foerderung_Subventionen.html). Auch hier wird der Verkehr daher in dem angemeldeten Zeichen keinen Hinweis auf einen Hersteller, sondern lediglich auf Art und Inhalt der gebotenen Dienstleistungen sehen.

2.4. Nicht schutzfähig sind auch - mit Ausnahme der „E-mail-Datendienste“ - die in Klasse 38 angemeldeten Dienstleistungen „Telekommunikation; Übermittlung von Informationen an Dritte, Verbreitung von Informationen über drahtlose oder leitungsgebundene Netze; Online-Dienste, nämlich Übermittlung von Nachrichten und Informationen aller Art; Internet-Dienstleistungen, nämlich Bereitstellen von Informationen im Internet, jeweils soweit in Klasse 38 enthalten“. Der durchschnittlich informierte und interessierte Verbraucher unterscheidet nicht zwischen der rein technischen Übertragungsleistung und der Übermittlung von Inhalten. Gerade die Übermittlung von Informationen im bzw. über das Internet ist stark geprägt durch E-Commerce, E-Shopping, Internetplattformen oder -portale, Chatforen oder Datenbanksuchdienste, die inhaltliche Sachverhalte transportieren („Drahtlo-

sen Funkverkehr absichern. Guter Rat fürs heimische WLAN“ www.handelsblatt.de/pshb...). Bei der „Ausstrahlung von Rundfunksendungen“ liegt der inhaltliche Bezug wiederum in der Ratgebersendung, wie z. B. vom Mieterverein München e. V., der unter dem Titel „Guter Rat. Und gar nicht teuer.“ ein Mietrechtsforum auf Welle 92,4 bei Radio Lora anbietet, in dem „Mietrechtsthemen für Sie aufbereitet und mit viel Musik ... präsentiert“ werden (www.mieterverein-muenchen.de/infos/infomiet.htm).

2.5. Die Dienstleistungen „Unterhaltung, insbesondere Rundfunkunterhaltung; Durchführung von Unterhaltungsveranstaltungen, Live-Events, Schulungsveranstaltungen, Bildungsveranstaltungen sowie kulturellen und sportlichen Veranstaltungen, soweit in Klasse 41 enthalten“ stehen in engem Zusammenhang mit den Ratgebersendungen, da diese zur größeren Akzeptanz beim Publikum häufig mit Mitteln der Unterhaltung kombiniert werden, wie das vorgenannte Beispiel des Mietervereins München zeigt, der die Fragen zu Mietrechtsthemen mit Musik kombiniert. Die Ausstrahlung von Ratgebersendungen via Fernsehen oder Internet wird häufig durch amüsante Beiträge, z. T. auch in Cartoon-Form aufgelockert, ohne das eigentliche Anliegen des Erteilens eines „Guten Rates“ aus dem Auge zu verlieren.

2.6.1. Auch für die nach der Einschränkung in Klasse 16 noch beanspruchten Waren „Druckereierzeugnisse, Druckschriften, Zeitschriften, Zeitungen, Bücher, insbesondere auch als elektronische Publikationen“ und für die damit zusammenhängende Veröffentlichung von Druckereierzeugnissen in Klasse 41 („Veröffentlichung und Herausgabe von Druckereierzeugnissen, insbesondere von Zeitungen, Zeitschriften und Büchern, sowie Lehr- und Informationsmaterial, jeweils einschließlich gespeicherter Ton- und Bildinformation und auch in elektronischer Form“) ist davon ausgehen, dass der Verkehr die Wortkombination lediglich als sachliche Titel- bzw. Inhaltsangabe für ein Ratgebermagazin oder -buch auffasst. Dem Verkehr sind derartige Druckschriften bekannt, so dass er nicht an einen Herstellerhinweis, sondern lediglich an eine Inhaltsangabe denken wird. Im Bib-

liotheksverbund Bayern (www.bib-bvb.de; Stichwort: Guter Rat) sind 99 Treffer für Druckereierzeugnisse zu finden, die sich mit dem angemeldeten Zeichen beschäftigen. Danach gibt es diverse Ratgeber für alle Lebensbereiche (T. Bubeck: „Guter Rat bei Arbeitslosigkeit, ALG I und II, soziale Sicherung - Rechtsschutz“; E. S. Gardner: „Guter Rat ist teuer“; W. Schleip: „Guter Rat ist nie zu teuer“; E. Stümmer: „Ein guter Rat“; E. Modersohn: „Aus meiner Hausapotheke Allerlei guter Rat für das tägliche Leben“; G. Schaub: „Guter Rat im Arbeitsrecht für Arbeitgeber und Arbeitnehmer“; Guter Rat: „Kloster-Kalender guter Rat für Küche, Keller und Kräutergarten“; A. Slizyk: „Guter Rat zum Schmerzensgeld Voraussetzungen und Höhe Ihres Anspruchs“; L. Alverdes: „Ich kann alles Guter Rat für die Hausfrau“; „Guter Rat Mitteilungsblatt der Gartenbau-Berufsgenossenschaft, Haftpflichtversicherungsanstalt, Alterskasse und Krankenkasse für den Gartenbau“). Der Mieterverein München bietet unter der Überschrift „Guter Rat. Und gar nicht teuer.“ (www.mieterverein-muenchen.de/infos/broschue.htm) eine Reihe von Druckschriften an, die als Ratgeber bei Umzug, Mieterhöhung oder Kündigung gedacht sind. Durch die Benennung unterschiedlichster Ratgeber in der soeben gezeigten Form erkennt der Verbraucher nur die inhaltliche Zielrichtung des Druckereierzeugnisses im Gegensatz zu anderen Erscheinungsformen wie Roman, Thriller, Krimi oder Kinderbuch.

2.6.2. Eine Besonderheit ergibt sich für die Druckschriften in Klasse 16 daraus, dass die Zeitschrift „Guter Rat!“ in den neuen Bundesländern sehr bekannt ist (s. auch Medienanalyse [Bl. 45 d. A.]). Sie wird allerdings erst seit November 1997 an Kiosken der alten Bundesländer angeboten (B. Morgenroth-Billmeyer, „Guter Rat“ - Entstehung und Entwicklung einer Ratgeberzeitschrift und ihr Überleben nach der Wende, S. 95).

Der Bundesgerichtshof hat festgestellt, dass „der Verkehr unter bestimmten Voraussetzungen - beispielsweise bei bekannten Titeln regelmäßig erscheinender periodischer Druckschriften - mit einem Werktitel gleichzeitig auch die Vorstellung einer bestimmten betrieblichen Herkunft verbinden kann“ (BGH GRUR 1999, 235, 237 - Wheels Magazine; vgl. auch BGH GRUR 1999, 581, 582 - Max; GRUR 2000, 504, 505 - FACTS; GRUR 2000, 70, 73 - SZENE). Als Folge der Bekanntheit eines solchen Titels und des regelmäßigen Erscheinens im selben Verlag liege es nämlich nahe, dass er im Verkehr „jedenfalls teilweise auch als betrieblicher Herkunftshinweis“ verstanden werde (BGH GRUR 1993, 692, 693 - Guldenburg). Es fehlt hier insoweit schon am „regelmäßigen Erscheinen im selben Verlag“, da „Guter Rat!“ nach der Wiedervereinigung zuerst zur Nürnberger Verlagsgruppe B... gehörte und dann an den C... Verlag GmbH & Co. KG veräußert wurde, der wiederum zur Unternehmensgruppe der D... gehört.

3. Die genannten Schutzhindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG sind hier auch nicht dadurch überwunden worden, dass die angemeldete Marke gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG in Folge ihrer Benutzung für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt wäre. Der Europäische Gerichtshof hat insoweit ausgeführt, dass ein „Zeichen [...] also durch seine Benutzung die Unterscheidungskraft [erwerben kann], die Voraussetzung für seine Eintragung ist“ (EuGH GRUR 1999, 723, 727 - Rn. 44 - Chiemsee). Bei der Beurteilung der für die Verkehrsdurchsetzung erforderlichen Grundlagen können dabei - neben einem demoskopischen Verkehrsumfragegutachten - weitere Umstände berücksichtigt werden, die der EuGH exemplarisch - nicht abschließend - aufzählt, nämlich der von der Marke gehaltene Marktanteil, die Intensität, die geographische Verbreitung und die Dauer der Benutzung der Marke, der Werbeaufwand des Unternehmens, der Teil der beteiligten Verkehrskreise, der die Ware aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt (= demoskopische Umfrage), und

die Einholung von Erklärungen der Industrie- und Handelskammern oder anderer Berufsverbände (EuGH, a. a. O., Rn. 51).

3.1. Die Verkehrsdurchsetzung ist dabei einerseits konkret für die beantragte Ware bzw. Dienstleistung festzustellen ist (EuGH GRUR 2004, 804, 808 - Rn. 59 - Philips), andererseits ist die Ermittlung des maßgeblichen Personenkreises entscheidend. Für eine Verkehrsdurchsetzung im Sinn von § 8 Abs. 3 MarkenG kommen insoweit nur die noch in Klasse 16 beanspruchten Druckereierzeugnisse in Betracht, da das Zeichen **GuterRat!** bisher nur als Zeitschriftentitel benutzt wurde. Aus der Einschränkung des Warenverzeichnisses auf „Testzeitschriften, Verbrauchermagazine, ratgeberorientierte Wirtschaftsmagazine, wirtschaftsorientierte Ratgebermagazine, Wirtschaftsmagazine, insbesondere auch als elektronische Publikationen“, ergibt sich damit zum einen, dass die Verkehrsdurchsetzung im Hinblick auf diese - speziellen - Waren erfolgt sein muss. Zum anderen ist aber der maßgebliche Verkehrskreis für die Verkehrsdurchsetzung nach wie vor die Allgemeinheit, da die Verkehrskreise nicht auf einen bestimmten „Fachverkehr von Lesern“ eingeschränkt werden können. Das angemeldete Zeichen muss gem. § 8 Abs. 3 letzter Halbsatz MarkenG „in den beteiligten Verkehrskreisen“ durchgesetzt sein. Eine Marke ist dabei an Personen gerichtet, die sie ansprechen soll (T. Lettl, Die „Verkehrsauffassung“ im Markenrecht, NJW-Sonderheft 100 Jahre Markenverband, S. 44), bzw. an alle Kreise, in denen die Marke Verwendung finden oder Auswirkungen zeitigen kann (BGH GRUR 1986, 894, 895 - OCM; BGH GRUR 1990, 360, 361 - Apropos Film II). An wirtschaftlichen Themen interessiert können alle erwachsenen Personen - also die Allgemeinheit - sein. Eine Beschränkung der maßgeblichen Verkehrskreise auf „an Wirtschaft interessierte Personen“ als Eingrenzung wäre weder wirtschaftlich nachvollziehbar noch rechtlich abgrenzbar, und damit nicht zulässig (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl., § 8 Rn. 491; Ingerl/Rohnke, MarkenG, 2. Aufl., § 8 Rn. 331).

3.2. Eine Gesamtschau der von der Anmelderin vorgelegten und der von Amts wegen recherchierten Unterlagen ergibt, dass diese - ohne zusätzliche Vorlage eines demoskopischen Umfragegutachtens - für die Annahme einer Durchsetzung in den allgemeinen Bevölkerungskreisen, und zwar im gesamten Bundesgebiet, nicht ausreichen.

3.2.1. Auszugehen ist zwar von einer erheblichen Dauer der Nutzung des Zeichens. Allerdings wurde das Zeichen von 1945 bis 1989 lediglich in der ehemaligen DDR als Zeitschriftentitel verwendet. In der Bundesrepublik Deutschland wird der Titel erst seit der Wiedervereinigung landesweit benutzt. Die Süddeutsche Zeitung (Regine Sylvester: Nur eine kam durch; Nr. 277 vom 2. Dezember 1995 SZ am Wochenende) führt insoweit aus: „Eine kam durch. Nur eine Zeitschrift im Osten hat sowjetische Besatzungszeit, Mangelgesellschaft DDR und die Härteprüfung Wende überstanden. Das erste und bisher einzige deutsche Verbraucher-Nachrichtenmagazin Guter Rat! feiert seinen 50. Geburtstag mit 133.000 verkauften Heften pro Monat und dem dritten Platz unter den Praxismagazinen nach Capital und DM. ...“.

3.2.2. Die von „Guter Rat!“ verkaufte Auflagenzahl ist hoch. Dabei divergieren die Angaben in der Literatur allerdings. Nach dem Presse- und Medienhandbuch von STAMM (58. Ausgabe 2005) liegt „Guter Rat!“ lediglich im Durchschnitt. Im Segment mit dem Oberbegriff „35200 Verbraucherzeitschriften, Wirtschaftsmagazine, Geldanlage“ wird die Zeitschrift unter Nr. 35210 als „Verbraucherzeitschrift“ systematisiert. Sie erscheint danach monatlich in einer Auflage von 359.400 Stück. Ähnlich hohe bzw. höhere Auflagen erreichen in der Rubrik der „Verbraucherzeitschriften“ danach die Zeitschriften test (630.000), FINANZtest (400.000), direkt [Nachbarn] (800.000 bei zweimonatigem Erscheinen). In der Rubrik 35220 „Wirtschaftsmagazine“ - der von der Anmelderin bevorzugten Vergleichsgruppe - erreichen ähnlich gute bzw. auf das Jahr hochgerechnet bessere Werte Capital (276.600 bei zweiwöchigem Erscheinen), Wirtschaftswoche (227.300 bei wöchentlichem Erscheinen), Focus Money (177.500 bei wö-

chentlichem Erscheinen), Euro am Sonntag (151.200 bei wöchentlichem Erscheinen), Financial Times Deutschland (125.800 260 x pro Jahr). Die Bewertung der Jahresdurchschnittsauflagen für das erste und zweite Quartal 2005 ist durch die Informationsgemeinschaft zur Feststellung der Verbreitung von Werbeträgern e. V. (IVW) für die Anmelderin günstiger, da in der Kategorie „Wirtschaftspresse“ „Guter Rat!“ an dritter Stelle vor „Capital“ (4. Rang), „Wirtschaftswoche“ (5. Rang), €uro (6. Rang), GELDidee (8. Rang) und Focus Money (11. Rang) platziert ist.

3.2.3. Selbst wenn man zugunsten der Anmelderin von der Eingruppierung der Zeitschrift in das Segment der Wirtschaftspresse ausgeht, gibt es nach den Angaben des IVW weitere 47 Zeitschriften (die auch 2005 noch erschienen sind), die in diesem Bereich mit der Zeitschrift der Anmelderin konkurrieren. Unterstellt man den von der Anmelderin angegebenen Marktanteil von 17,2 % - nicht von allen 47 konkurrierenden Zeitschriften, sondern nur von den zehn meistverkauften (Anlage 9 zu Bl. 191) - reicht auch dieser Beleg allein angesichts der Breite der zu berücksichtigenden Verkehrskreise nicht für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung aus. Ohne Festlegung auf bestimmte Prozentsätze geht der Bundesgerichtshof (GRUR 2001, 1042, 1043 - REICH UND SCHOEN) auch nach der Entscheidung des EuGH (a. a. O. - Chiemsee) für den Regelfall von einem Durchsetzungsgrad von 50 % aus, der - bezogen auf die hier angesprochenen allgemeinen Verkehrskreise - auch bei dem vorgenannten Marktanteil im entsprechenden Zeitschriftensegment deutlich unterschritten wird.

3.2.4. Die von der Anmelderin lediglich schriftsätzlich vorgetragenen jedoch nicht glaubhaft gemachten Zahlen bzgl. des Werbeaufwands für die Zeitschrift „Guter Rat!“ in anderen Medien sind nicht unbeachtlich. Sie sind allerdings für die Beurteilung einer Verkehrsdurchsetzung nicht ausreichend aussagekräftig. Es fehlen Bezugswerte aus dem Bereich der Wirtschaftsmagazine, zu denen die Anmelderin ihre Zeitschrift ansonsten regelmäßig in Bezug setzt. Angegeben wird nur der Werbeaufwand im Vergleich zu den Testzeitschriften. Die Werbeaufwendungen für **Guter Rat!** haben sich nach Angaben der Anmelderin im Jahr 1993 auf

1,812 Mio. €, 2000 auf 2,779 Mio. €, 2001 auf 2,411 Mio. €, 2003 auf 2,95 Mio. €, 2004 auf 2,62 Mio. € belaufen. Aufgrund des gewährten Konzernrabatts sei der tatsächliche Marktwert für diese Werbeausgaben in 2003 allerdings mit 5,18 Mio. € bzw. in 2004 mit 5,24 Mio. € anzusetzen (Anlage 10 zu Bl. 191). Insbesondere im Hinblick auf die Gruppe der Testzeitschriften sei festzustellen, dass der Werbeaufwand für „Guter Rat!“ denjenigen anderer Zeitschriften weit übersteige (Quartale I - III 2005: Guter Rat! 1,911 Mio. €, Öko-Test 0,481 Mio. €, Euro 0,851 Mio. €, test 0,089 Mio. €, FINANZtest 0,190 Mio. €).

3.2.5. Der als Zeichen angemeldete Titel weist nach den vorgelegten und vom Senat recherchierten Unterlagen gute Vergleichswerte zu anderen Zeitschriften auf. Zu berücksichtigen ist allerdings auch, dass er überwiegend regional intensiv auftritt und sich in den neuen Bundesländern großer Beliebtheit erfreute und nach wie vor erfreut. Die Verkehrsdurchsetzung erfordert jedoch nicht nur die bloß allgemeine Bekanntheit in bestimmten Regionen, sondern vielmehr den Nachweis, dass der Verkehr im gesamten Bundesgebiet - im Gegensatz zum regional begrenzten Schutz des § 5 MarkenG - dieses Zeichen in ausreichendem Umfang mit den Waren der Anmelderin in Verbindung bringt. Es ist dabei allerdings unschädlich, wenn die Verkehrsdurchsetzung nicht gleichmäßig in allen Regionen erreicht wird. Ohne eine repräsentative demoskopische Umfrage im gesamten Bundesgebiet lässt sich in dem vorliegenden sehr speziellen Fall daher nicht feststellen, ob die Bekanntheit nach wie vor regional auf die fünf neuen Bundesländer beschränkt ist, oder inzwischen eine Zuordnung bundesweit geschieht. Bei dieser Sachlage reichen die vorgelegten Zahlen nicht für den Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung aus.

3.2.6. Eine Zurückverweisung an das Deutsche Patent- und Markenamt gem. § 70 Abs. 3 Nr. 3 MarkenG kam nicht in Betracht, da die Anmelderin an der Einholung eines demoskopischen Gutachtens nicht interessiert war, und deshalb keine weiter zu ermittelnden Tatsachen bekannt sind. Die Anmelderin hat ausdrücklich schriftsätzlich von der Einholung eines entsprechenden Gutachtens Abstand ge-

nommen (Bl. 137 d. A.). In seiner Verfügung vom 8. Februar 2006 hat der Senat unter Hinweis auf die Möglichkeit der Verkehrsdurchsetzung die Anmelderin erneut um Mitteilung gebeten, ob die Erholung eines demoskopischen Gutachtens beabsichtigt ist. Die Anmelderin hat sich zu dieser Frage jedoch nicht weiter geäußert. Sie hat in der Folge zwar zu - vom Europäischen Gerichtshof enumerativ aufgelisteten - „weiteren Umständen“ (a a. O. - Chiemsee) vorgetragen. Die vorgetragenen Umstände lassen nach Auffassung des Senats ohne Vorlage eines entsprechenden Gutachtens nicht den Schluss zu, dass ein erheblicher Teil der o. g. breiten Verkehrskreise die beanspruchten Druckschriften als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt (EuGH, a. a. O., Rn. 54 - Chiemsee).

4. Das angemeldete Zeichen „Guter Rat!“ ist auch nicht deshalb schutzfähig, weil es in der DDR die Voraussetzungen für die Eintragung als durchgesetzte Marke erfüllt hätte und damit in Analogie zu §§ 1, 4 ErstrG (Gesetz über die Erstreckung von gewerblichen Schutzrechten vom 23. April 1992) nach bundesdeutschem Recht ebenfalls verkehrsdurchgesetzt sein müsste. Die Anmelderin geht selbst davon aus, dass es einer Analogie zum bestehenden Erstreckungsgesetz bedürfte, da das angemeldete Zeichen vor dem 3. Oktober 1990 weder angemeldet noch eingetragen war. §§ 1, 4 ErstrG regeln, dass alle vor dem 3. Oktober 1990 angemeldeten oder durch Erteilung bzw. Eintragung erworbenen gewerblichen Schutzrechte, also insbesondere Warenzeichen und Dienstleistungsmarken auf das Gebiet der neuen Bundesländer erstreckt werden. Damit sind die bis dahin jeweils nur in einem der beiden Teilgebiete wirksamen Schutzrechte oder Schutzrechtsanmeldungen automatisch - ohne Antrag, kraft Gesetzes - auf das jeweils andere Teilgebiet erstreckt worden. Verfassungsrechtlichen Bestandsschutz genießen daher nur rechtmäßig eingetragene Marken. Markenmeldungen begründeten lediglich eine Anwartschaft auf Eintragung. Nach § 22 ErstrG fand auf angemeldete Marken - mit einer Ausnahme - nur das bundesdeutsche Warenzeichenrecht Anwendung. Inhaber von Markenmeldungen mussten daher damit rechnen, dass im Zeitpunkt der Erstreckung noch im Anmeldeverfahren befindli-

che Zeichen nicht in gleicher Weise begünstigt würden wie bereits eingetragene Marken. Nach v. Mühlendahl/Mühlens (Gewerblicher Rechtsschutz im vereinigten Deutschland, GRUR 1992, 725, 739) stand nämlich bereits die Anmeldung als bloße Anwartschaft unter dem Vorbehalt einer etwa im Zeitpunkt zwischen Anmeldung und Eintragung eintretenden Änderung der Rechtslage durch Gesetzgebung oder Rechtsprechung. Eine Analogie des Erstreckungsgesetzes auf am 3. Oktober 1990 weder eingetragene noch angemeldete Marken kommt daher nicht in Betracht, da dadurch nach dem damaligen Recht der DDR als verkehrsdurchgesetzt geltende Marken gegenüber den schon angemeldeten Marken privilegiert würden. Die angemeldeten Marken mussten sich nämlich - mit einer Ausnahme - der strengeren Schutzfähigkeitsprüfung nach bundesdeutschem Recht unterziehen, um tatsächlich eingetragen zu werden. Diese entfielen, wenn aufgrund der lediglich wahrscheinlichen Verkehrsdurchsetzung in der DDR ein nicht angemeldetes, nicht eingetragenes Zeichen unter Umgehung der Schutzfähigkeitsprüfung dennoch nunmehr als - damals - verkehrsdurchgesetzt eingetragen würde. Das Erstreckungsgesetz ist darüber hinaus nicht analogiefähig, da die Voraussetzungen einer Analogie nicht vorliegen. Dafür müsste eine Regelungslücke vorliegen. Dies ist allerdings nicht der Fall, da gem. § 1 ErstrG ausdrücklich nur „bestehende gewerbliche Schutzrechte (Patente, ..., Warenzeichen und Dienstleistungsmarken) und Anmeldungen von solchen Schutzrechten ... unter Beibehaltung ihres Zeitrangs“ privilegiert werden sollten. Nicht privilegiert werden sollten Fallgestaltungen, die außerhalb des Registers entstanden und von weiteren Voraussetzungen (Nachweis der Benutzungslage) abhängig sind.

gez.

Unterschriften