



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 10/16

(Aktenzeichen)

Verkündet am
18. Oktober 2018

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 307 11 599 – S 301/14 Lösch

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 18. Oktober 2018 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Knoll, der Richterin Kriener und des Richters Dr. Nielsen

beschlossen:

Die Beschwerde der Antragsgegnerin wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die am 22. Februar 2007 angemeldete Bezeichnung

Sallaki

ist am 30. Mai 2007 unter der Nr. 307 11 599 als Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register eingetragen worden und genießt Schutz für die nachfolgenden Waren:

Klasse 3: Weihrauch; kosmetische Mittel, Parfümeriewaren, Präparate für die Gesundheitspflege als Mittel zur Körper- und Schönheitspflege;

Klasse 5: Insektenabwehrmittel mit Weihrauch; Arzneimittel; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke; Nahrungsergänzungsmittel für medizinische Zwecke.

Mit Schriftsatz vom 27. November 2014, eingegangen beim DPMA am selben Tag, hat die Löschantragstellerin gestützt auf § 50 Abs. 1 i. V. m. § 8 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 MarkenG und § 50 Abs. 1 MarkenG i. V. m. § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG die teilweise Löschung der beschwerdegegenständlichen Marke beantragt, nämlich für die nachfolgenden Waren:

Klasse 3: Weihrauch;

Klasse 5: Insektenabwehrmittel mit Weihrauch; Arzneimittel; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke; Nahrungsergänzungsmittel für medizinische Zwecke.

Dem am 16. Januar 2015 an die Markeninhaberin per Empfangsbekanntnis zugestellten Teillöschantrag hat diese mit Schriftsatz vom 11. März 2015 (eingegangen beim DPMA am 12. März 2015) widersprochen. Mit Beschluss vom 25. Januar 2016 hat die Markenabteilung 3.4 des DPMA die Teillöschantrag im beantragten Umfang angeordnet.

Zur Begründung ist ausgeführt, dass der Teillöschantrag zulässig und insbesondere gemäß § 50 Abs. 2 Satz 2 MarkenG fristgemäß innerhalb von 10 Jahren nach Eintragung der angegriffenen Marke gestellt worden sei. Der Teillöschantrag habe auch in der Sache Erfolg. Die Marke „Sallaki“ sei im Zusammenhang mit den angegriffenen Waren nicht schutzfähig, da es sich insoweit um eine die stoffliche Beschaffenheit der Waren unmittelbar beschreibende Angabe handle. Das Freihaltebedürfnis habe bereits im Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke bestanden, so dass ein Schutzhindernis gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zu bejahen sei. Als „Sallaki“ werde ein für medizinische Zwecke verwendeter Extrakt des Harzes des indischen Weihrauchbaumes (botanisch: *Boswellia serrata*) bezeichnet. Sämtliche mit dem Löschantrag angegriffenen Waren enthielten diesen Extrakt oder könnten diesen enthalten. Die Verwendung der Bezeichnung „Sallaki“ als stoffliche Beschaffenheitsangabe ergebe sich aus den Internetauszügen www.phytodoc.de, www.heilpflanzenkatalog.net,

www.pflanzenguru.com und www.lederkräm.de. Auf diesen Internetseiten werde das Harz des indischen Weihrauchbaumes bzw. der Weihrauchbaum selbst als „Sallaki“ oder „Shallaki“ bezeichnet. Die Tatsache, dass der Begriff „Sallaki“ bereits im Zeitpunkt der Markenmeldung am 22. Februar 2007 in diesem Sinne als Beschaffenheitsangabe verwendet worden sei, ergebe sich aus den Internetauszügen www.multiple-sklerose-e-v.de vom 1. März 2006; www.krebskompass.org vom 26. April 2005 und www.vedamed.de vom 1. Februar 2002. Die Berücksichtigung der vorgenannten Fundstellen laufe entgegen der Auffassung der Markeninhaberin keineswegs auf die unzulässige Fiktion eines allwissenden Verkehrsteilnehmers hinaus. Zur Bejahung eines Schutzhindernisses gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG sei es auch nicht erforderlich, dass die angesprochenen Verkehrskreise sofort und ohne weiteres Nachdenken einen konkreten und direkten Bezug zwischen dem Zeichen „Sallaki“ und den beanspruchten Waren herstellen könnten. Der vorliegend ausreichend maßgebliche Verkehrskreis seien die Fachkreise, weshalb allein auf das Verständnis von Ärzten, Heilpraktikern und Apothekern abzustellen sei. Hier könne bereits die Kenntnis eines relativ kleinen Teils aller Personen, die den Fachkreisen zuzurechnen seien, dem Markenschutz entgegenstehen, zumal es jedem Mitbewerber möglich sein müsse, beschreibende Angaben frei zu verwenden. Es könne deswegen offenbleiben, ob die gleichfalls angesprochenen Endverbraucher die Bezeichnung „Sallaki“ als warenbeschreibend verstehen könnten. Die verschiedenen, von der Markeninhaberin angeführten Entscheidungen des Landgerichts München I und des Oberlandesgerichts München, die sämtlich die Schutzfähigkeit der angegriffenen Marke für Weihrauchprodukte bestätigt hätten, führten zu keiner anderen Beurteilung. Die Lösungsabteilung sei insoweit nicht an die Bewertung der Zivilgerichte gebunden, sondern beurteile die Schutzfähigkeit einer Bezeichnung dem Amtsermittlungsgrundsatz folgend selbst. Die Frage, ob „Sallaki“ als eine üblich gewordene Bezeichnung im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG anzusehen sei oder ob der Bezeichnung die Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG fehle, könne dahingestellt bleiben. Dagegen sei festzustellen, dass die Anmeldung der Marke „Sallaki“ nicht bösgläubig im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG erfolgt

sei. Die Markenmeldung greife nicht in einen schutzwürdigen Besitzstand eines Vorbenutzers ein. Es lägen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Markenmeldung ausschließlich mit der Absicht erfolgt sei, Dritte mit Unterlassungs- oder Geldforderungen zu überziehen. Die gerichtlichen Streitigkeiten zwischen den Beteiligten um die Marke „Sallaki“ entsprächen dem normalen Streit um Abwehrrechte aus eingetragenen Marken. Schließlich könne auch nicht festgestellt werden, dass die Markeninhaberin die angegriffene Marke angemeldet habe, um die mit der Eintragung der Marke verbundene (an sich unbedenkliche) Sperrwirkung zweckfremd als Mittel des Wettbewerbskampfs einsetzen zu können.

Hiergegen wendet sich die Markeninhaberin mit ihrer Beschwerde. Die Markenabteilung habe zwar zu Recht festgestellt, dass die Tatbestandsvoraussetzungen für eine bösgläubige Markenmeldung im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG nicht vorlägen. Entgegen der Auffassung der Markenabteilung seien aber auch andere Schutzhindernisse nicht gegeben. Die Bezeichnung „Sallaki“ sei insbesondere keine beschreibende Angabe oder Gattungsbezeichnung im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. Die Markenabteilung stütze sich in ihrer Entscheidung insoweit lediglich auf eine willkürlich getroffene Auswahl von vier Internetseiten und drei Kurzzitaten aus einer Google-Trefferliste. Sie berücksichtige dabei aber weder den Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke, noch den Umstand, dass Internetseiten grundsätzlich keine zuverlässigen Feststellungen zulassen würden, da diese leicht manipulierbar seien. Tatsächlich sei die Bezeichnung „Sallaki“ in Deutschland (ebenso wenig wie in Indien) eine beschreibende oder generische Bezeichnung für das Harz des indischen Weihrauchbaumes, sondern schon im Zeitpunkt der Markenmeldung als herkunftshinweisendes Unternehmenskennzeichen benutzt worden. Entgegen der Auffassung der Löschungsantragstellerin sei es vollkommen unerheblich, ob die Bezeichnung „Sallaki“ von der Anmelderin neu geschaffen oder „erfunden“ worden sei. Auch wenn als richtig unterstellt werde, dass „Sallaki“ als Abwandlung des Wortes „Shallaki“ aus dem Sanskrit entnommen sei (bzw. eine fehleranfällige Transkription aus der Devangari-Schrift), rechtfertige dies die Feststellung eines sachbeschreibenden

Bedeutungsgehaltes nicht, da die Bedeutung des Begriffs dem angesprochenen Verkehr nicht bekannt sei. Sanskrit sei nicht nur eine kaum geläufige Fremdsprache, sondern wie Latein eine „tote Sprache“, die selbst in Indien nur von einem verschwindend geringen Anteil der Bevölkerung verstanden werde. Im Übrigen sei die Frage eines sachbeschreibenden Bedeutungsgehaltes für die indische Wortmarke „Sallaki“ von einem dem Bundespatentgericht vergleichbaren Indischen Gericht (dem Intellectual Property Appellate Board Chennai) mit Urteil vom 30. Juli 2010 bereits geprüft und verneint worden. Die dortige Löschungsklage sei abgewiesen worden (vgl. Anlage M 40 im Löschungsverfahren). Unabhängig davon werde das Harz des indischen Weihrauchbaumes in Deutschland – wie auch in Indien – nicht als „Sallaki“ bezeichnet, sondern u. a. als „Sallai Guggal“. So habe Professor Dr. Hermann Ammon, ein ausgewiesener Experte der ayurvedischen Medizin, in einem Bericht im Deutschen Ärzteblatt aus dem Jahr 1998 das Harz des indischen Weihrauchbaumes als „Sallai Guggal“ bezeichnet und darüber berichtet, dass entsprechende Extrakte u. a. unter dem Handelsnamen „Sallaki™“ ein in Indien zugelassenes Arzneimittel seien (Anlage M 17 im Löschungsverfahren). Herr Prof. Dr. Ammon habe dies in einer weiteren Veröffentlichung aus dem Jahr 2006 bestätigt (Anlage M 18 im Löschungsverfahren). Weitere Nachweise für ein Verständnis der Bezeichnung „Sallaki“ als Marke seien die Dissertationen von Zoubida Bouhmidi-Boumatiz aus dem Jahr 2003 (Anlage M 19 im Löschungsverfahren), von Anke Heidemeier aus dem Jahr 2006 (Anlage M 20 im Löschungsverfahren) und von Simla Basar aus dem Jahr 2005 (Anlage M 21 im Löschungsverfahren). Die Veröffentlichung des sachverständigen Zeugen Dr. G... (Anlage M 34 im Löschungsverfahren vor dem DPMA = www.multiple-sklerose-e-v.de vom 1. März 2006 = Anlage 6 zum Ladungszusatz des Senats vom 15. Februar 2018 – Bl. 216/222 d. A.) habe die Markenabteilung lediglich in Form eines Kurzzitates aus der Google-Trefferliste gewürdigt und so unzutreffenderweise als Beleg für ein sachbeschreibendes Verständnis der Bezeichnung „Sallaki“ herangezogen. Tatsächlich ergebe sich aus der Lektüre der genannten Quelle Gegenteiliges. Dort werde die Bezeichnung „Sallaki“ als Name eines bestimmten Präparates benutzt und nicht als Beschreibung für einen Weih-

rauchextrakt. Auch in dem Google-Treffer www.krebs-kompass.org vom 26. April 2005 werde entgegen der Auffassung der Markenabteilung bei genauem Hinsehen der Begriff „Sallaki“ an keiner Stelle als Synonym für „Weihrauch“ verwendet. Dieser werde vielmehr als „Olibanum“ bezeichnet. Die Verwendung der Bezeichnung „Sallaki“ im Titel der Diskussionsrunde neben der eingetragenen Marke „H 15“ und die Frage der Teilnehmer, ob Ärzte „das Medikament“ verschreiben könnten, belegten, dass „Sallaki“ als Bezeichnung für ein bestimmtes Weihrauchpräparat verstanden werde. Die Internetseite von Herrn Dr. Ernst Schrott sei dagegen zur Feststellung des maßgeblichen Verkehrsverständnisses nicht geeignet. Herr Dr. Schrott sei ein Spezialist für ayurvedische Medizin, der in seinen Publikationen die Übersetzungen des Herrn Professor Dr. Martin Mittwede nutze, eines Spezialisten für altindische Ritualtexte. Derartige Spezialkenntnisse seien für die Bestimmung des Verkehrsverständnisses unmaßgeblich. Dies habe auch das Landgericht München I im Urteil vom 17. Juli 2015 bestätigt (Az. 1 HK O 3452/15, dort Seite 8 – Anlage M 29 im Lösungsverfahren). Auf der Internetseite www.phytodoc.de, auf die sich die Markenabteilung in ihrer Entscheidung stütze, werde Sallaki als ein bestimmtes Produkt bezeichnet („Das Produkt heißt aktuell (2012) Sallaki und enthält 600 mg Extrakt von *Boswellia serrata*“). Soweit auf der Internetseite traditionelle Namen des Harzes aufgelistet würden, u. a. auch „Sallaki/Shallaki“, könne hieraus nicht abgeleitet werden, dass diese Namen von den deutschen Verkehrskreisen ohne Weiteres verstanden würden. Auch die weiteren Fundstellen der Markenabteilung belegten ein sachbeschreibendes Verkehrsverständnis nicht, da dort „Sallaki“ entgegen der Auffassung der Markenabteilung nicht das Harz des indischen Weihrauchbaumes bezeichne, sondern den Weihrauchbaum selbst (www.heilpflanzenkatalog.net) oder den Weihrauch bzw. gemahlene Weihrauch selbst (www.pflanzenguru.com; www.lederkräm.de). Das Landgericht München I habe mehrfach rechtskräftig festgestellt, dass die Bezeichnung „Sallaki“ keinen beschreibenden Sinngehalt habe (Anlagen M 7, M 10 und M 29 im Lösungsverfahren vor dem DPMA). Das Oberlandesgericht München habe dies bestätigt (Anlagen M 9, M 15 und M 16 im Lösungsverfahren). Darüber hinaus habe das Oberlandesgericht München mit

zwei Urteilen vom 7. April 2016 (Az. 29 U 2925/15, Anlage M 42, Bl. 42/50 d. A. und Az. 29 U 2923/15, Anlage M 43, Bl. 51/58 d. A.) festgestellt, dass die Benutzung des Zeichens „Sallaki-Hecht“ durch die Löschantragstellerin das Markenrecht der Antraggegnerin an der beschwerdegegenständlichen Marke verletze. Die Marke „Sallaki“ sei nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts München durchschnittlich kennzeichnungskräftig. Insoweit komme es nicht nur auf das Verständnis der angesprochenen Fachkreise, sondern auch der Verbraucher an. In den Urteilen habe sich das Oberlandesgericht auch mit dem beschwerdegegenständlichen Beschluss der Markenabteilung auseinandergesetzt und dazu festgestellt, dass diese zu Unrecht allein auf das Verständnis der Fachkreise abgestellt habe. Darüber hinaus seien die von der Markenabteilung angeführten Belege mangelhaft. Im Übrigen sei, selbst wenn man entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts München bei der Bestimmung der maßgeblichen Verkehrskreise allein auf die Fachkreise abstellen wolle, auf das Verständnis aller Angehöriger dieses Fachkreises abzustellen und nicht etwa nur auf Ärzte, die sich mit ayurvedischer Medizin befassten. Eine solche Aufspaltung der Verkehrskreise sei generell unzulässig. Die Monografie der WHO, auf die die Löschantragstellerin verweise (Anlage 5 = Anlage 7 des Ladungszusatzes des Senats vom 15. Februar 2018, Bl. 223/237 d. A.), liege nur in Form einer Kopie vor und könne schon deswegen keine Beweiskraft entfalten. Die Löschantragstellerin teile zudem nicht mit, auf welcher Grundlage und in welchem Zeitraum die entsprechenden Daten erhoben worden seien, weshalb eine inhaltliche Bewertung der Quelle nicht möglich sei. Dies habe auch das Oberlandesgericht München in einer der oben genannten Entscheidungen vom 7. April 2016 (Anlage M 42, a. a. O.) bestätigt. Aus der Quelle gehe überdies nicht hervor, wie die angesprochenen Verkehrskreise die genannten Bezeichnungen verstünden, da das Buch lediglich traditionelle bzw. volkssprachliche oder mundartliche Bezeichnungen aufliste, ohne darzulegen auf welche Bevölkerungsgruppe insoweit abzustellen sei. Die Quelle sei daher für das deutsche Verkehrsverständnis ohne jede Aussagekraft. Dies habe auch das Landgericht München I im Urteil vom 17. Juli 2015 bestätigt (Az. 1 HK O 3452/15, dort Seite 8 – Anlage M 29 im Lösungsverfahren vor dem

DPMA). Zuletzt habe das Oberlandesgericht München mit Urteil vom 1. Juni 2017, Az. 29 U 3907/216 (Anlage M 48, Bl. 472/484 d. A.), festgestellt, dass die hier beschwerdegegenständliche Entscheidung der Markenabteilung rechtsfehlerhaft sei. Der Bundesgerichtshof habe dies durch Beschluss vom 20. September 2018 höchstrichterlich bestätigt, Az. I ZR 176/17 (Anlage M 47, Bl. 470/471 d. A.).

Die Markeninhaberin beantragt,

den Beschluss der Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 25. Januar 2016 aufzuheben und den Löschungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Löschantragstellerin beantragt,

die Beschwerde der Markeninhaberin zurückzuweisen.

Die Löschantragstellerin ist der Auffassung, die Markenabteilung habe zutreffend festgestellt, dass der Begriff „Sallaki“ im Zusammenhang mit den angegriffenen Waren nicht schutzfähig sei. Er beschreibe deren Inhaltsstoff, nämlich „indischen Weihrauchextrakt“. Diese Tatsache sei schon deswegen ausreichend belegt, weil die Markeninhaberin noch nicht einmal behauptete, dass es sich bei „Sallaki“ um eine von ihr entwickelte Wortneuschöpfung handle. Sie habe vielmehr unstreitig gestellt, dass „Sallaki“ eine Inhaltsstoffangabe sei. Die Markeninhaberin berufe sich nämlich auf das Indische „Intellectual Property Appellate Board Chennai“, bei dem es sich nach Auffassung der Markeninhaberin um ein Gericht handle, das mit dem Bundespatentgericht vergleichbar sei. Dieses Gericht habe in dem von der Markeninhaberin zitierten Urteil festgestellt, dass die Pflanze „Boswellia serrata“ im Sanskrit unter einer Vielzahl von Namen bekannt sei, wie insbesondere auch „Sallaki“ (Anlage M 40 im Lösungsverfahren). Dabei sei es ohne Belang, ob Sanskrit eine „tote Sprache“ sei oder nicht. Inhaltsstoffangaben seien grundsätzlich und unabhängig vom Verkehrsverständnis nicht als Marke

schutzfähig, so dass es nicht darauf ankomme, ob sie zum allgemeinen Wortschatz zu rechnen seien. Weiterhin sei es für die Bejahung des Schutzhindernisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ausreichend, dass das fragliche Zeichen zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Ware oder Dienstleistung dienen könne. Es genüge daher für die beantragte Teillöschung der angegriffenen Marke festzustellen, dass eine beschreibende Verwendung der Bezeichnung im Anmeldezeitpunkt vernünftigerweise zu erwarten war. Dies sei vorliegend schon deswegen zu bejahen, weil die Bezeichnung „Sallaki“ schon vor dem Anmeldezeitpunkt in Indien als Inhaltsstoffangabe für indischen Weihrauch benutzt worden sei. Dies ergebe sich aus verschiedenen anerkannten indischen Fachpublikationen (Anlagen 25, 28, 29 und 30 – Bl. 412/417 und 421/432 d. A.). Die Löschungsantragstellerin habe darüber hinaus mit den Anlagen 7, 8 und 9, die bereits im Lösungsverfahren vorgelegt worden seien, nachgewiesen, dass „Sallaki“ auch im Inland im Sinne von „indischer Weihrauchextrakt“ verstanden werde. Die von der Löschungsantragstellerin vorgelegte Monografie der WHO (Anlage 5 = Anlage 7 des Ladungszusatzes des Senats vom 15. Februar 2018, Bl. 223/237 d. A.), die „Sallaki“ als einen Gattungsbegriff ausweise, sei ein lexikalischer Nachweis von hoher Qualität. Niemand kenne sich mit Inhaltsstoffangaben besser aus als die WHO. Die Zuverlässigkeit der Quelle könne nicht in Frage gestellt werden, da sie von jedermann überprüft werden könne, weshalb eine Manipulation ausgeschlossen sei. Diese Tatsache, dass „Sallaki“ ein Gattungsbegriff sei, werde entgegen der Auffassung der Markeninhaberin auch durch die von ihr selbst vorgelegten Anlagen M 30, M 40 (Anlagen im Lösungsverfahren) und M 41 (= www.krebs-kompass.org, Bl. 34/37 d. A.) nachgewiesen. Auch hier werde die Bezeichnung „Sallaki“ als Synonym für den Inhaltsstoff „Weihrauch“ benutzt. In der Anlage M 40 (Entscheidung des Intellectual Property Appellate Board Chennai) werde dies sogar gerichtlich festgestellt. Bei den von der Markeninhaberin zitierten Doktorarbeiten (Anlagen M 19/21 im Lösungsverfahren) handle es sich um Einzelmeinungen, die nicht verallgemeinert werden könnten. Aus den Druckschriften des Herrn Prof. Dr. Ammon (Anlage M 18 im Lösungsverfahren) folge lediglich, dass es in Indien ein Produkt

mit dem Namen „Sallaki“ gebe. Dieses Medikament habe in Deutschland aber keine arzneimittelrechtliche Zulassung. Die Veröffentlichung des sachverständigen Zeugen Dr. G... (www.multiple-sklerose-e-v.de vom 1. März 2006; = Anlage M 34 im Lösungsverfahren; = Anlage 6 im Ladungszusatz des Senats vom 15. Februar 2018) werde von der Markeninhaberin fehlerhaft interpretiert. Der Autor verstehe sowohl die Bezeichnung „H 15“ als auch „Sallaki“ als Bezeichnung für einen „Boswellia-serrata-Extrakt“. In der Anlage M 35 im Lösungsverfahren (Screenshot eines Onlineshops vom 23. Dezember 2015) sei wörtlich zu lesen: „Er [ein Harzextrakt] trug den Namen „Sallaki“, die Sanskrit-Bezeichnung für den Harz der indischen Weihrauchpflanze Boswellia serrata“. In der Anlage M 36 im Lösungsverfahren (Screenshot eines Internetshops vom 23. Dezember 2015) finde sich der Satz: „Indischer Weihrauch oder Sallaki ist ein kleiner Baum mit kräftigem Stamm“. Entgegen der Auffassung der Markeninhaberin handle es sich bei den Bezeichnungen „Sallaki“ und „Shallaki“ um Synonyme. Dabei sei zu berücksichtigen, dass beide Begriffe aus einer fremden Sprache übersetzt worden seien. Bei solchen Übersetzungen werde häufig der Buchstabe „h“ eingefügt, ohne dass es hierfür eine sprachliche Notwendigkeit gebe. Die unterschiedliche Schreibweise habe keinen Einfluss auf die deutsche Aussprache der Begriffe. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass die Bezeichnung „Sallaki“ eine erkennbare Abwandlung des Gattungsbegriffs „Shallaki“ sei, führe dies nicht zur Bejahung der Schutzfähigkeit, da der Verkehr an noch nicht verwendete oder grammatikalisch fehlerhafte Abwandlungen von beschreibenden Angaben gewöhnt sei und diese nicht als betriebliche Herkunftszeichen auffasse. Die Urteile des OLG München im Verfahren wegen einstweiliger Verfügung seien ohne Relevanz, da insoweit die Entscheidung in der Hauptsache noch ausstehe. Das Oberlandesgericht München habe sich in seinen Entscheidungen im Übrigen mit den vorgenannten Anlagen nicht ausreichend auseinandergesetzt und unterliege darüber hinaus im Hinblick auf die Frage der relevanten Verkehrskreise einem Rechtsirrtum. Zutreffend sei es vorliegend, zur Bejahung eines Schutzhindernisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG allein auf die Kenntnisse bzw. das Verständnis der angesprochenen Fachkreise abzustellen. Den Fachkreisen sei die Monografie der WHO ebenso

bekannt wie die Bezeichnung des indischen Weihrauchs als „Sallaki“ in Indien. Unabhängig davon sei auch Verbrauchern die Bedeutung von „Sallaki“ als Inhaltsstoffangabe bekannt, weil sich diese bezüglich alternativer Heilmethoden, zu denen auch die Verwendung von Weihrauch zu rechnen sei, im Internet informieren. Die Markenabteilung habe die von ihr ermittelten Internetquellen, auf die auch Verbraucher zugreifen würden, zutreffend interpretiert.

Unabhängig von der Frage des Freihaltebedürfnisses sei die Markenmeldung auch böswillig erfolgt, weil die Anmelderin mit der angegriffenen Marke nicht den eigenen Wettbewerb fördern wolle. Sie bringe in Deutschland ein als „Sallaki“ bezeichnetes Arzneimittel in den Verkehr, das arzneimittelrechtlich gar nicht zugelassen sei. Die Inhaberin der angegriffenen Marke habe noch nicht einmal einen Antrag auf arzneimittelrechtliche Zulassung gestellt. Der Import und der Vertrieb der als „Sallaki“ bezeichneten Arzneimittel in Deutschland sei nur nach der Ausnahmeregelung gemäß § 73 Abs. 3 AMG möglich. Die Inanspruchnahme dieser Ausnahmeregelung bedinge aber ein Werbeverbot für das betreffende Produkt. Ohne Werbung könne die Markeninhaberin aber keine zusätzlichen Marktanteile gewinnen. Darüber hinaus habe die Anmelderin die Bezeichnung „Sallaki“ trotz des oben genannten indischen Urteils, wonach es sich bei dieser um eine Bezeichnung für das Harz des indischen Weihrauchs und damit um eine Wirkstoffangabe handle, als deutsche Marke angemeldet. Dies verdeutliche die Absicht der Markenmelderin, ihre Wettbewerber vom Gebrauch der freihaltebedürftigen Wirkstoffangabe fernzuhalten.

Der Senat hat die Beteiligten mit Ladungszusatz vom 15. Februar 2018 (Bl. 197 ff. d. A.) auf seine eigenen Rechercheergebnisse hingewiesen, und darauf, dass die dem Ladungszusatz beigefügten Anlagen 1 bis 9 nach seiner Auffassung die Voraussetzungen für die Bejahung eines Schutzhindernisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ausreichend belegten. Die Bezeichnung „Sallaki“ sei bereits im relevanten Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke (22. Februar 2007)

im Inland als Gattungsbegriff für indischen Weihrauch bzw. das Harz des indischen Weihrauchs benutzt worden.

Die Markeninhaberin ist dem entgegengetreten. Die Mehrzahl der Rechercheergebnisse des Senats beträfe lediglich die Bezeichnung „Shallaki“. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass diese Bezeichnung ein Gattungsbegriff für das Harz des indischen Weihrauchs sei, begründe dies kein Schutzhindernis für die Bezeichnung „Sallaki“, da Abwandlungen sachbeschreibender Bezeichnungen grundsätzlich schutzfähig seien. Im Übrigen habe die Löschungsantragstellerin zur Phonetik der Bezeichnungen nichts vorgetragen, was nicht zu Lasten der Markeninhaberin gehen könne. Weiterhin sei gemäß der Senatsentscheidung vom 29. September 2016, Az. 25 W (pat) 1/15 – H 15, ein Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG nicht zu bejahen, wenn neben dem sachbeschreibenden Verständnis einer Bezeichnung auch eine markenmäßige Verwendung in Betracht komme. Die vom erkennenden Senat selbst dargelegte Voraussetzung zur Löschung einer Marke, nämlich dass das in Rede stehende Zeichen einheitlich beschreibend verwendet werde, sei vorliegend nicht erfüllt. So ergebe sich schon aus der vom Senat als Anlage 6 zum Ladungszusatz vorgelegten Quelle (= www.multiple-sklerose-e-v.de vom 1. März 2006) nicht zweifelsfrei, ob dort eine kennzeichenmäßige Verwendung ausgeschlossen sei. Bezüglich der Bezeichnung „H 15“ habe der Senat in seiner oben genannten Entscheidung vom 29. September 2016 dieselbe Quelle ausgewertet und insoweit eine kennzeichenmäßige Verwendung für die Bezeichnung „H 15“ nicht ausgeschlossen. In den übrigen Quellen werde die Bezeichnung „Sallaki“ teils willkürlich als eine von vielen fremdsprachigen Bezeichnungen für „indischen Weihrauch“ aufgeführt, was aber kein geeigneter Nachweis für ein entsprechendes Verständnis der inländischen Verkehrskreise sei. Insoweit seien die vom Senat aufgefundenen Unterlagen allenfalls im Sinne eines „*non liquet*“ zu bewerten, weshalb der Löschungsantrag keinen Erfolg haben könne.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss der Markenabteilung, die Schriftsätze der Beteiligten, den Ladungszusatz des Senats vom 15. Februar 2018 nebst Anlagen, die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 15. März 2018 und vom 18. Oktober 2018 sowie auf den übrigen Akteninhalt verwiesen.

II.

Die nach § 66 Abs. 1 Satz 1 MarkenG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde der Markeninhaberin bleibt in der Sache ohne Erfolg.

1. Die angegriffene Marke ist trotz eines teilweise – d. h. im Zusammenhang mit den mit dem im Löschantrag angegriffenen Waren – vorliegenden Schutzhindernisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG auch insoweit eingetragen worden, so dass die Markenabteilung zu Recht auf den Antrag der Antragstellerin hin die Teillöschung der angegriffenen Marke im beantragten Umfang angeordnet hat, § 50 Abs. 1 und 4 MarkenG i. V. m. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. Die Bezeichnung „Sallaki“ stellt im Zusammenhang mit den Waren „Weihrauch (Klasse 3); Insektenabwehrmittel mit Weihrauch; Arzneimittel; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke; Nahrungsergänzungsmittel für medizinische Zwecke (Klasse 5)“ eine Angabe dar, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art und der Beschaffenheit der genannten Waren dienen kann, so dass insoweit ein Freihaltebedürfnis i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zu bejahen ist.

Eine Marke ist auf Antrag und nach rechtzeitig erhobenem Widerspruch gegen den Löschantrag gemäß § 54 Abs. 2 Satz 2 MarkenG – im Rahmen der gestellten Anträge – nach § 50 Abs. 1 MarkenG wegen absoluter Schutzhindernisse nach §§ 3, 7, 8 Abs. 2 Nr. 1 bis 9 MarkenG zu löschen, wenn sie sowohl bezogen auf den Anmeldezeitpunkt – dahingehend wird der Wortlaut des § 50

Abs. 1 MarkenG vom BGH im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH seit einigen Jahren ausgelegt (vgl. BGH GRUR 2013, 1143 Rn. 9 ff., Rn. 12 ff., insbesondere Rn. 15 – Aus Akten werden Fakten, mit zahlreichen Nachweisen) – als auch bezogen auf den Zeitpunkt der anstehenden Entscheidung über die Beschwerde gegen die Entscheidung der Markenabteilung vom 25. Januar 2016 (§ 50 Abs. 2 S. 1 MarkenG) schutzunfähig war bzw. ist.

Soweit ein Löschungsantrag unter den rechtlichen Gesichtspunkten nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 bis Nr. 3 MarkenG gestellt wird, kommt eine Löschung gemäß § 50 Abs. 2 Satz 2 MarkenG nur in Betracht, wenn der Antrag innerhalb von zehn Jahren seit dem Tag der Eintragung gestellt wird, was im vorliegenden Verfahren der Fall ist. Denn die Eintragung der angegriffenen Marke erfolgte am 30. Mai 2007 und der Teillöschungsantrag ging am 27. November 2014 ein. Eine Löschung kann im Übrigen nur erfolgen, wenn das Vorliegen von Schutzhindernissen zum maßgeblichen Zeitpunkt der Anmeldung zweifelsfrei feststeht. Die Löschungsantragstellerin trägt damit die Feststellungslast in Bezug auf die Feststellung der Schutzhindernisse. Nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG dürfen Zeichen nicht eingetragen werden bzw. sind auf Antrag zu löschen, welche zu den vorstehend genannten maßgeblichen Zeitpunkten ausschließlich aus Angaben bestanden bzw. bestehen, die im Verkehr u. a. zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der geografischen Herkunft oder sonstiger Merkmale der beanspruchten Waren und Dienstleistungen dienen können. Nach der Rechtsprechung des EuGH verfolgt die mit Art. 3 Abs. 1 Buchst. c Markenrichtlinie übereinstimmende Regelung des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG das im Allgemeininteresse liegende Ziel, dass sämtliche Zeichen oder Angaben, die Merkmale der beanspruchten Waren beschreiben, von allen frei verwendet werden können. Sie erlaubt es daher nicht, dass solche Zeichen oder Angaben aufgrund ihrer Eintragung nur einem Unternehmen bzw. einer Person vorbehalten werden. Entscheidendes Kriterium für den Ausschluss der Eintragung bzw. Löschung ist allein die Eignung einer Bezeichnung zur beschreibenden Verwendung (vgl. EuGH GRUR 1999, 723 Rn. 25, 30 – Chiemsee; GRUR 2004, 146 Rn. 31 f. – DOUBLEMINT). Für die Beurteilung der Verkehrsauffassung

in Bezug auf die Schutzfähigkeit, hier konkret die Eignung der angemeldeten Bezeichnung als beschreibende Angabe zu dienen, ist auf das Verständnis des Handels und/oder des normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der beanspruchten Waren und Dienstleistungen als maßgebliche Verkehrskreise abzustellen (vgl. EuGH GRUR 1999, 723 Rn. 29 – Chiemsee; EuGH GRUR 2006, 411 Rn. 24 – Matratzen Concord/Hukla; BGH GRUR 2008, 900 Rn. 18 – SPA II; GRUR 2014, 565 Rn. 13 – smartbook). Dabei folgt aus dem Wortlaut des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, dass es unerheblich ist, ob die fragliche Bezeichnung im Anmeldezeitpunkt in ihrer beschreibenden Bedeutung im Verkehr bereits bekannt ist oder beschreibend verwendet wird; vielmehr reicht aus, dass sie zu diesem Zweck verwendet werden kann (Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl. § 8 Rn. 377; EuGH GRUR 2004, 146 Rn. 32 – DOUBLEMINT; GRUR 2004, 674 Rn. 97 – Postkantoor; GRUR 2010, 534 Rn. 52 – PRANAHAUS; BGH GRUR 2012, 272 Rn. 12, 17 – Rheinpark-Center Neuss; GRUR 2012, 276 Rn. 8 – Institut der Norddeutschen Wirtschaft e.V.).

Die Markenabteilung 3.4. des DPMA ist nach Auffassung des Senats auch ohne vertiefte Recherche und Prüfung der auffindbaren Unterlagen im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass es sich bei „Sallaki“ um einen Begriff handelt, der die Pflanze „Indischer Weihrauchbaum“ (botanisch: *Boswellia serrata*) bzw. deren Harz (Indischen Weihrauch) bezeichnet bzw. der sich für die Verwendung als entsprechende Fachbezeichnung eignet. Die Bezeichnung „Sallaki“ war darüber hinaus bereits im Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke am 22. Februar 2007 nicht nur abstrakt dazu geeignet, sachbeschreibend verwendet zu werden, sondern zumindest einem relevanten Teil der inländischen Fachkreise im oben genannten Sinne bereits als Bezeichnung für Indischen Weihrauch bekannt. Dem Fachverkehr war dabei auch die Tatsache bekannt, dass es sich bei dem Harz des Indischen Weihrauchbaumes um ein traditionelles ayurvedisches Heilmittel handelt, das in Form eines Weihrauchextraktes im Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke in Deutschland vertrieben wurde (u. a. unter der Bezeich-

nung „H 15“ bzw. „H 15 Gufic“). Unabhängig von einzelnen markenmäßigen Benutzungen für ein bestimmtes Weihrauchprodukt war die Bezeichnung „Sallaki“ schon im relevanten Zeitpunkt im Zusammenhang mit sämtlichen angegriffenen Waren, insbesondere pharmazeutischen Produkten und Nahrungsergänzungsmitteln, die Weihrauch enthalten können, im Verkehr als sachbeschreibende Angabe bekannt.

1.1. Im Zusammenhang mit den beschwerdegegenständlichen Waren werden sowohl Fachkreise als auch Endverbraucher angesprochen. Zu den inländischen Fachkreisen gehören dabei vor allem Ärzte, Apotheker, Drogisten und Heilpraktiker. Das Oberlandesgericht München hat im Urteil vom 1. Juni 2017, Az. 29 U 3907/16 (Anlage M 48, Bl. 472/484 d. A., dort auf Seite 10, Bl. 481 d. A.) betreffend die Beurteilung der Unterscheidungskraft der hier beschwerdegegenständlichen Marke die Auffassung vertreten, dass der mit der Beschwerde angegriffene Beschluss der Markenabteilung 3.4. vom 25. Januar 2016 zu Unrecht davon ausgehe, dass insoweit allein auf das Verständnis der Fachkreise abzustellen sei. Dem ist nicht beizutreten. Nach ständiger Rechtsprechung, mit der sich das Oberlandesgericht München in der oben genannten Entscheidung nicht weiter auseinandergesetzt hat, ist bei der Prüfung von Schutzhindernissen nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 MarkenG auch das Verständnis der Fachkreise für sich genommen bereits ausreichend maßgeblich, selbst wenn im Zusammenhang mit den betreffenden Waren und Dienstleistungen neben den Fachkreisen auch Endverbraucher angesprochen sind (vgl. hierzu Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl. § 8 Rn. 46; EuGH MarkenR 2013, 110 Rn. 36 – 38 – Restore; GRUR 2004, 674 Rn. 58 – Postkantoor; GRUR 2006, 411 Rn. 24 – Matratzen Concord/Hukla; GRUR 2010, 534 Rn. 25 – 31 – PRANAHAUS; BPatG GRUR 2014, 79, 84 – Mark Twain; GRUR 2015, 493, 494 – Kennfäden in Glasfasergeweben). Darüber hinaus ist es entgegen der Auffassung der Inhaberin der angegriffenen Marke zur Bejahung eines Freihaltebedürfnisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG (wie auch eines Schutzhindernisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) nicht angezeigt, die relevanten Verkehrskreise mit (möglichst) weiten Oberbegriffen zu definieren. So

ist es nicht erforderlich, dass ein Fachbegriff aus dem Bereich der Naturheilkunde allen Medizinern bekannt ist, auch solchen, die mit Naturheilkunde im Wesentlichen nicht befasst sind wie z. B. Radiologen, Chirurgen oder Notärzten, um als sachbeschreibende Bezeichnung verstanden zu werden. Vielmehr ist es ausreichend, wenn der betreffende Begriff einem spezialisierten Fachpublikum aus dem Bereich der Naturheilkunde (bzw. auch nur der ayurvedischen Medizin) als Fachbegriff bekannt ist. Eine solche Differenzierung zwischen einzelnen, spezialisierten Fachgebieten ist nicht mit der (grundsätzlich unzulässigen) Annahme gespaltener Verkehrskreise gleichzusetzen.

1.2. Zur Feststellung des inländischen Verkehrsverständnisses, auf das es entscheidend ankommt (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl. § 8 Rn. 393 – m. w. N.), ist es vorliegend ausreichend, auf inländische bzw. auch für den inländischen Leser bestimmte und diesem zugängliche Quellen abzustellen. Es kann als nicht entscheidungserheblich dahingestellt bleiben, wie die Bezeichnung „Sallaki“ im Anmeldezeitpunkt in Indien verstanden worden ist und ob ein sachbeschreibendes Verständnis in Indien unter Umständen ausreichen würde, um im Wege einer realitätsbezogenen Prognose festzustellen, dass eine beschreibende Verwendung der Bezeichnung im Inland vernünftigerweise zu erwarten ist. Insoweit ist es nicht erforderlich, auf die von der Löschantragstellerin vorgelegten Unterlagen einzugehen, die sich auf die Benutzung und das Verständnis der Bezeichnung „Sallaki“ in Indien beziehen (insbesondere die Anlagen 25, 26, 28, 29 und 30). Es kann auch dahingestellt bleiben, ob „Sallaki“ nach der indischen Rechtsprechung eine Inhaltsstoffangabe im Sinne von „Weihrauch“ ist und/oder für die beschwerdegegenständlichen Waren (ggf. gleichwohl) als Marke schutzfähig ist (vgl. Anlage M 40 – Urteil des Intellectual Property Appellate Board Chennai). Der Senat stützt sich in seinen Feststellungen im Wesentlichen auf die nachfolgenden, im Inland zugänglichen Quellen, die teilweise bereits von der Löschantragstellerin und dem DPMA in das Verfahren eingeführt worden waren:

- 1) Ernst Schrott, „Weihrauch“, erstmals erschienen 2003, (Anlage 1 zum Ladungszusatz vom 15. Februar 2018 (Bl. 201 – 203 d. A.) und Anlage 1a (Bl. 204 – 206 d. A.) = Anlage 4 des Lösungsverfahrens).
- 2) Christof Jänicke, Jörg Grünwald, „Alternativ heilen“, erschienen 2006 (Anlage 2 zum Ladungszusatz vom 15. Februar 2018 (Bl. 208 – 209 d. A.) – ein Original befindet sich in der Bibliothek des Bundespatentgerichts und lag in der mündlichen Verhandlung vor).
- 3) Elmar Stapelfeldt, „Erkältungskrankheiten im Ayurveda“, in „COMED“, Ausgabe 02/06 (Anlage 3 zum Ladungszusatz vom 15. Februar 2018 – Bl. 210 – 213 d. A.).
- 4) Arne Krüger, „Olibanum, Weihrauch – die göttliche Droge. Ein neues und altes Heilmittel“, in „Der Heilpraktiker & Volksheilkunde“ Nr. 5–7/2004 (Anlage 4 zum Ladungszusatz vom 15. Februar 2018 – Bl. 214 d. A.)
- 5) Forumsbeitrag eines anonymen Autors vom 15. Juli 2005 in dem Internetportal www.ayurveda-portal.de (Anlage 5 zum Ladungszusatz vom 15. Februar 2018 – Bl. 215 d. A.).
- 6) Andrea Zoller, Hellmuth Nordwig, Heilpflanzen der Ayurvedischen Medizin, erschienen 1997, (Anlage 27 der Lösungsantragstellerin, Bl. 420 d. A.).
- 7) Veröffentlichung der WHO, „Monographs on Selected Medicinal Plants“ – Volume 4, 2009 (Anlage 7 zum Ladungszusatz vom 15. Februar 2018, Bl. 223 – 237 d. A.; = entspricht Anlage 5 im Lösungsverfahren).
- 8) Ralph Steuernagel: „Heilpflanzen des Ayurveda Ashvagandha“, in „Ayurveda Journal“ Nr. 03/09 (Anlage 8 zum Ladungszusatz vom 15. Februar 2018, Bl. 239 – 242 d. A.).
- 9) Rudolf Likar u. a.: „Schmerztherapie in der Pflege“, erschienen am 5. Dezember 2009 (Anlage 9 zum Ladungszusatz vom 15. Februar 2018, Bl. 243 – 244 d. A.).

In den oben genannten Monografien und Fach- bzw. Zeitschriftenartikeln, die sich teilweise vornehmlich an das Fachpublikum richten und teilweise (auch) an Verbraucher (insbesondere die Anlagen 1, 2 und 8), bezeichnen die Begriffe „Sallaki“ bzw. „Shallaki“ den „Indischen Weihrauchbaum“ (botanisch: *Boswellia serrata*) bzw. dessen Harz und beschreiben den Nutzen der Heilpflanze. Der Autor Ernst Schott (oben Ziffer 1) berichtet unter Berufung auf ayurvedische Quellen aus dem 14. Jahrhundert, dass „Shallaki“ die Sanskritbezeichnung für das Harz des indischen Weihrauchbaumes sei und dass in Indien unter dieser Bezeichnung ein Weihrauchpräparat hergestellt werde. Das Medikament werde in Deutschland unter der Bezeichnung „H 15 Gufic“ vertrieben. In dem Buch „Alternativ heilen“ (oben Ziffer 2), dem Zeitschriftenartikel „Erkältungskrankheiten im Ayurveda“ (oben Ziffer 3) und dem Zeitschriftenartikel „Heilpflanzen des Ayurveda Ashvagandha“ (oben Ziffer 8) werden verschiedene Heilpflanzen lexikalisch erläutert, wobei das Stichwort „Shallaki“ den „indischen Weihrauchbaum (*Boswellia serrata*)“ bezeichnet („dieses Heilkraut [Indischer Weihrauch (Shallaki = *Boswellia serrata*)] hat in Fachwelt bei der Behandlung von Gelenkerkrankungen Aufsehen erregt“ – vgl. Anlage Ziffer 3). In dem Zeitschriftenartikel „Olibanum, Weihrauch – die göttliche Droge. Ein neues und altes Heilmittel“ (oben Ziffer 4) und der Monografie der WHO (oben Ziffer 7) werden verschiedene „Namen“ bzw. umgangssprachliche Bezeichnungen („selected vernacular names“) der Heilpflanze „*Boswellia serrata*“ aufgelistet, u. a. „Sallaki“ bzw. „Shallaki“. In dem Buch „Heilpflanzen der Ayurvedischen Medizin“ (oben Ziffer 6) wird „Sallaki“ als einer von zwei Sanskritbezeichnungen der Heilpflanze *Boswellia serrata* aufgelistet. In dem Buch „Schmerztherapie in der Pflege“ (oben Ziffer 9) wird berichtet, dass die Heilpflanze „Shallaki – *Boswellia serrata* – Indischer Weihrauch“ bei Schmerzgeschehen mit entzündlicher Ursache eingesetzt werden könne. Entsprechende Präparate seien unter den Bezeichnungen „H 15“ und „MA 1673“ im Handel. In dem anonymen Forumsbeitrag vom 15. Juli 2005 in dem Internetportal www.ayurveda-portal.de (oben Ziffer 5) wird beschrieben, dass der Begriff „Shallaki“ ein ayurvedischer Name des Indischen Weihrauchs sei. Die oben genannten Anlagen Ziffer 1 bis 6 sind zeitlich vor der Anmeldung der angegriffe-

nen Marke veröffentlicht worden. Die Veröffentlichung der oben genannten Anlagen Ziffer 7 bis 9 erfolgte zwar nach dem Anmeldetag, jedoch noch in einem ausreichend relevant nahem zeitlichen Zusammenhang. Bei den genannten Quellen (ausgenommen die Anlage Ziffer 5) handelt es sich um solche, deren Zweck es ist, über bestimmte Heilpflanzen zu berichten, was deren Bezeichnung und Wirkung einschließt. Insoweit steht die Benutzung des Begriffs „Sallaki“ in keinem Zusammenhang mit einem bestimmten Produkt bzw. dessen Bewerbung oder Vertrieb im Inland. Die Bezeichnung ist insoweit, insbesondere verglichen mit einer sachbeschreibenden Benutzung einer Bezeichnung durch nur einen Mitbewerber (vgl. BGH GRUR 2014, 565 – smartbook), geeignet im Verkehr als generische Bezeichnung verstanden zu werden.

Die im angegriffenen Beschluss der Markenabteilung 3.4. angeführten Fundstellen www.krebs-kompass.org vom 26. April 2005 bzw. www.vedamed.de vom 1. Februar 2002 sind in der elektronischen Amtsakte lediglich in Form der Google-Trefferliste dokumentiert. Die in der Trefferliste genannten Fundstellen bzw. Internetseiten haben sich bei der Recherche des Senats nicht mehr aufrufen lassen. Insoweit beanstandet die Inhaberin der angegriffenen Marke zu Recht, dass Kurzzitate einer Suchmaschinen-Trefferliste, bei denen nur wenige Wörter vor und nach dem Suchbegriff wiedergegeben werden, in der Regel für sich genommen nicht ausreichend sind, um ein bestimmtes Verkehrsverständnis zu belegen. Ohne die vollständige Quelle können solche Ausschnitte nur ein gewisses Indiz sein. Im Übrigen verweist der Interneteintrag auf der Seite www.vedamed.de lediglich auf die Veröffentlichungen des Autors Dr. Ernst Schrott, dessen Schriften, der Senat im Original herangezogen hat (oben Ziffer 1). Die weiteren im angegriffenen Beschluss der Markenabteilung 3.4. angeführten Internetfundstellen www.phytodoc.de, www.heilpflanzenkatalog.net, www.pflanzenguru.com und www.lederkrum.de sind nicht auf den Anmeldezeitpunkt bezogen. Entgegen der Auffassung der Inhaberin der angegriffenen Marke sind diese Quellen, die vollständig in der Amtsakte dokumentiert sind, gleichwohl in gewissem Maße entscheidungserheblich, da sie zumindest die über den Tag der Anmeldung zeitlich

hinausgehende und noch andauernde sachbeschreibende Benutzung der Bezeichnung „Sallaki“ belegen.

1.3. Der Feststellung, dass die Bezeichnung „Sallaki“ im Anmeldezeitpunkt von den Fachkreisen als Gattungsbegriff für Indischen Weihrauch verstanden worden ist, steht nicht entgegen, dass sie vereinzelt auch markenmäßig zur Bezeichnung eines bestimmten Produkts verwendet wurde und diese Benutzungen teilweise auch mit angefügten Kürzeln erfolgten, die auf ein registriertes Markenrecht hinweisen (wie etwa „TM“ für „registred trademark“). Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat zum Beleg dieser Tatsache verschiedene Unterlagen vorgelegt, insbesondere die Veröffentlichung des Herrn Prof. Dr. Ammon und drei Dissertationen (Anlagen M 18 bis M 21 im Lösungsverfahren). Insgesamt reichen diese Belege aber nicht aus, um ein sachbeschreibendes Verkehrsverständnis zu widerlegen oder so weit in Frage zu stellen, dass von einem Fall des *non liquet* ausgegangen werden muss. Die Frage, wie die angesprochenen Verkehrskreise eine bestimmte Bezeichnung verstehen, ist grundsätzlich tatrichterlich zu beantworten. Dementsprechend geht es insoweit nicht um die empirische Ermittlung einer Tatsache, sondern – auf Grundlage von Tatsachen – um die Anwendung eines speziellen Erfahrungswissens. Soweit bei der Prüfung von Schutzhindernissen auf das Verständnis der Verbraucher abgestellt wird, ist allgemein anerkannt, dass es insoweit auf die Sicht des normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauches ankommt (EuGH GRUR 2006, 411 Rn. 24 – Matratzen Concord/Hukla; GRUR 1999, 723 Rn. 29 – Chiemsee). Dieser „Verbraucher“ ist nicht als eine Gesamtheit tatsächlicher Personen zu verstehen, deren Verständnis möglicherweise empirisch ermittelt werden könnte, sondern eine normative Kunstfigur (vgl. hierzu Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl., § 8 Rn. 47 m. w. N.). Nichts anderes kann für die angesprochenen Fachkreise gelten. Auch insoweit kommt es nicht auf das Verständnis einzelner konkreter Personen an, die diesem Kreis zuzurechnen sind. Vielmehr hat auch in diesem Fall die tatrichterliche Feststellung eines bestimmten Verkehrsverständnisses stets unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls im Wege einer juristi-

schen Bewertung der auffindbaren Nachweise zu erfolgen. Vorliegend zeigt sich bei der Gesamtbetrachtung der Rechercheergebnisse des Senats und der von den Beteiligten vorgelegten Anlagen, dass die Quellen, in denen die Bezeichnung „Sallaki“ bzw. auch „Shallaki“ sachbeschreibend als Bezeichnung für Indischen Weihrauch benutzt wird, zum einen die Quellen quantitativ übertreffen, in denen „Sallaki“ als Marke benutzt wird. Zum anderen, und darauf kommt es entscheidend an, ist auch die Qualität der erstgenannten Quellen weitaus höher zu bewerten. Diese sind im Wesentlichen lexikalischer Natur bzw. zu dem Zweck veröffentlicht, das Wissen um ayurvedische Heilpflanzen in Deutschland (bzw. im Fall der WHO-Monografie weltweit) zu fördern. Schon aus diesem Grund ist in der Gesamtbetrachtung aller Unterlagen deutlich von einem sachbeschreibenden Verkehrsverständnis auszugehen. Es kommt hinzu, dass die Bezeichnung „Sallaki“ im Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke in Indien als Marke für pharmazeutischen Produkte eingetragen war und entsprechend gekennzeichnete Produkte über den Ausnahmetatbestand des § 73 Abs. 3 AMG nach Deutschland eingeführt und dort vertrieben wurden. Genau diese Produkte waren der Gegenstand der medizinischen Forschung, über deren Ergebnisse die oben genannten Veröffentlichungen des Herrn Prof. Dr. Ammon und der drei Doktorandinnen berichten. Damit bezieht sich die kennzeichenmäßige Verwendung der Bezeichnung „Sallaki“ stets auf eine (tatsächlich erfolgte) ausländische Markeneintragung, weshalb es zweifelhaft ist, ob die Autoren der genannten Studien tatsächlich von einem auch für das Inland geltenden kennzeichnenden Verständnis ausgehen. Darüber hinaus bietet es sich im Zusammenhang mit der Erforschung der Wirkung von Heilpflanzen an, ein bestimmtes pharmazeutisches Produkt eines bestimmten Herstellers zu untersuchen und dieses in Veröffentlichungen auch als solches zu benennen. Da die Wirkstoffzusammensetzung und die Wirkstoffkonzentration von Pflanzenextrakten von vielen Faktoren abhängig sein können (Sorten, Anbau, Verarbeitung, etc.), erleichtert die Untersuchung eines bestimmten Präparats eines bestimmten Herstellers die Gewinnung von Ergebnissen, die von Dritten unter gleichen Voraussetzungen nachvollzogen werden können. Bereits deswegen ist die Benennung des Produkts erforderlich, unabhängig davon, ob der Autor die

betreffende Bezeichnung nicht nur als (ausländische) Marke, sondern auch bzw. insbesondere als Wirkstoffangabe versteht. Soweit in der Pharmazie eine Bezeichnung im Ausland als Marke geschützt ist, steht dies einem beschreibenden Verständnis der Bezeichnung im Inland nicht grundsätzlich entgegen. Insoweit ist der Verkehr daran gewöhnt, dass Bezeichnungen, die in einem Land als generische Angabe verstanden werden, in einem anderen Land als Marke eingetragen sein können.

Entgegen der Auffassung der Inhaberin der angegriffenen Marke ist ein Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG nicht grundsätzlich schon dann zu verneinen, wenn neben dem allgemein vorherrschenden sachbeschreibenden Verständnis einer Bezeichnung – wie oben dargelegt – auch eine markenmäßige Verwendung in Einzelfällen tatsächlich erfolgt ist. Gegenteiliges ergibt sich insbesondere auch nicht aus der Senatsentscheidung vom 1. Februar 2017, Az. 25 W (pat) 1/15 – H 15, auf die sich die Inhaberin der angegriffenen Marke insoweit beruft (die Entscheidung ist über die Homepage des Bundespatentgerichts öffentlich zugänglich). Die Inhaberin der angegriffenen Marke nimmt dabei insbesondere auf den Aufsatz des sachverständigen Zeugen Dr. G... Bezug („Alternative Therapien bei der Multiplen Sklerose“ – Anlage M 34 im Lösungsverfahren = Anlage 6 zum Ladungszusatz vom 15. Februar 2018, Bl. 216 ff. d. A.), der auch in den Entscheidungsgründen des genannten Senatsbeschlusses für die Prüfung der Schutzfähigkeit der Bezeichnung „H 15“ von Bedeutung war. Der Aufsatz lässt nach Auffassung des Senats nicht eindeutig erkennen, ob die Bezeichnung „Sallaki“ dort als Gattungsbegriff oder als betrieblicher Herkunftshinweis zu verstehen ist. In dem Aufsatz untersucht der Autor eine „komplementäre H 15-Therapie“ und schreibt wörtlich: „Das überraschte uns weniger, da die Boswellia-serrata-Extrakte H 15 / Sallaki in Indien in erster Linie bei rheumatischen Beschwerden angewendet werden. (...) Unser therapeutischer Einsatz des Präparats H 15 / Sallaki war stets ein komplementärer (...)“. Nachdem das untersuchte Präparat im Weiteren vom Autor aber stets als „H 15“ (ohne den Schrägstrich bzw. den Zusatz „Sallaki“) bezeichnet wird („Das Präparat H 15 kann Ihnen auf ärztli-

ches Rezept verordnet werden...“), liegt ein sachbeschreibendes Verständnis in Bezug auf „Sallaki“ nach Auffassung des Senats deutlich näher als ein Herkunftshinweis. Dagegen war der Senat bezüglich der Marke „H 15“ davon ausgegangen, dass diese von den angesprochenen Verkehrskreisen als Fantasiebezeichnung verstanden werde bzw. dass bei Würdigung aller Umstände des Einzelfalls offen bleiben müsse, ob die Bezeichnung von den Verkehrskreisen vereinzelt möglicherweise auch als Wirkstoffangabe verstanden wurde. Unabhängig von dieser völlig anderen Ausgangslage folgt aus den Beschlussgründen entgegen der Auffassung der Inhaberin der angegriffenen Marke nicht, dass ein Freihaltebedürfnis schon dann zu verneinen sei, wenn eine sachbeschreibende Bezeichnung (in Einzelfällen) auch als Herkunftshinweis benutzt wird bzw. sich im Zusammenhang mit einzelnen Quellen weder das eine noch das andere mit Sicherheit feststellen lässt. Soweit sich in der Senatsentscheidung vom 1. Februar 2017 der Obersatz findet, dass der Löschungsantrag zurückzuweisen sei, weil den vorgelegten Unterlagen nicht zweifelsfrei zu entnehmen sei, dass die angesprochenen Verkehrskreise die Bezeichnung „H 15“ ausschließlich als Wirkstoffangabe verstünden, folgt hieraus nicht Gegenteiliges. Das Wort „ausschließlich“ nimmt lediglich auf die Formulierung in § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG Bezug, wonach „Marken von der Eintragung ausgeschlossen sind, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art oder der Beschaffenheit der betreffenden Waren dienen können“. Dabei bezieht sich das Tatbestandsmerkmal „ausschließlich“ grundsätzlich nur auf mehrteilige Marken (wie z. B. die Buchstaben-Zahlenkombination „H 15“), die neben einem schutzunfähigen Bestandteil auch einen schutzfähigen Bestandteil enthalten können. Es kommt also darauf an, dass die betreffende Bezeichnung in ihrer Gesamtheit sachbeschreibend verstanden wird (Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl., § 8 Rn. 399; EuGH GRUR 2004, 146 Rn. 33, 34 – DOUBLEMINT).

1.4. Soweit die Inhaberin der angegriffenen Marke vorträgt, dass die zutreffende Bezeichnung für den indischen Weihrauchbaum bzw. indischen Weihrauch nicht „Sallaki“, sondern „Sallai Guggal“ sei, gibt auch dies zu keiner anderen Entschei-

dung Anlass. Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat sich insoweit auf eine Veröffentlichung des Pharmakologen Prof. Dr. Ammon aus dem Jahr 1998 berufen (vgl. Anlage M 17 im Lösungsverfahren und die Anlage, die in der mündlichen Verhandlung vom 15. März 2018 übergeben wurde [„Weihrauch – Anwendungen in der westlichen Medizin“, hrsg. von Herrmann Ammon] – Bl. 295 – 310 d. A.). Dabei kann als richtig unterstellt werden, dass „Sallai Guggal“ eine (weitere) generische Bezeichnung für indischen Weihrauch ist. Hierfür sprechen auch die Anlagen 4 und 7 des Ladungszusatzes vom 15. Februar 2018, die neben der Bezeichnung „Sallaki“ auch Bezeichnungen wie „guggul“ oder „salai guggul“ nennen. Denn aus dieser Annahme folgt nicht der Schluss, dass „Sallai Guggal“ die einzig zutreffende bzw. gebräuchliche oder für den angesprochenen Verkehr als Sachangabe verständliche Bezeichnung für Indischen Weihrauch ist. Bestimmte Gegenstände können grundsätzlich unter verschiedenen Fachbezeichnungen bekannt sein. Insbesondere im Zusammenhang mit Pflanzen ist der Verkehr daran gewöhnt, dass diese verschiedene Namen tragen können. Für Pflanzen sind daher in der Regel sowohl die gebräuchlichen Bezeichnungen der deutschen Sprache als auch die botanischen Fachbezeichnungen freihaltebedürftige Angaben im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. Für Waren, die z. B. die Früchte eines bestimmten, einheimischen Strauches enthalten können (botanisch: „Cornus mas“), sind die unterschiedlichen Bezeichnungen dieser Pflanze nicht schutzfähig, soweit sie dem Verkehr in relevantem Umfang geläufig sind (wie z. B. „Kornelkirsche“, „Gelber Hartriegel“ oder „Dirndl“; in der Schweiz: „Tierlibaum“).

1.5. Soweit die Inhaberin der angegriffenen Marke in ihrer Beschwerdebegründung vorbringt, dass Internetfunde leicht manipulierbar und deswegen nicht aussagekräftig seien, kann diesem Einwand nicht pauschal beigetreten werden. Zunächst können nicht alle Rechercheergebnisse einer Internetsuche gleich bewertet werden. Auch wenn der Senat beispielsweise die Monografie der WHO nicht als Druckwerk in Augenschein genommen hat, konnte die Schrift in Form einer PDF-Datei heruntergeladen werden. Eine auf der Internetseite einer anerkannten internationalen Organisation öffentlich zugängliche Quelle erscheint auch in elektroni-

scher Form nicht weniger glaubwürdig als eine Druckschrift. Der Gedanke, dass der Inhalt der Monografie der WHO in irgendeiner Art und Weise manipuliert sein könnte, erscheint eher fernliegend, wobei die Inhaberin der angegriffenen Marke in diesem Zusammenhang auch keine konkreten Anhaltspunkte vorgetragen hat, die zu weiteren Recherchen des Senats Anlass geben könnten. Soweit die Inhaberin der angegriffenen Marke die Verwertbarkeit der WHO-Monografie mit der Begründung in Frage stellt, dass von der Löschantragstellerin nicht dargelegt werde, wie die dem Werk zugrunde liegenden Daten erhoben worden seien, kann auch dies zu keiner anderen Entscheidung führen. Unabhängig von der Qualität der Recherche der Autoren belegt das Werk selbst, dass die Bezeichnung „Sallaki“ eine (von vielen) Bezeichnung des Indischen Weihrauchbaumes ist. Jeder zum angesprochenen Fachkreis zu zählende Arzt oder Apotheker kann sich anhand des weltweit zugänglichen Werkes über traditionelle Heilpflanzen informieren bzw. die Bedeutung des Begriffs „Sallaki“ nachschlagen. Dies reicht für sich genommen aus, das inländische Verkehrsverständnis der maßgeblichen Fachkreise mitzuprägen. Eine weitere Recherche im Sinne einer Meta-Analyse, die sich mit der Entstehung und der wissenschaftlichen Qualität der entsprechenden Werke selbst befasst, ist nicht erforderlich. Dies verdeutlicht die Überlegung, dass es – unabhängig vom vorliegenden Fall – Bezeichnungen geben kann, die in ihrer Entstehung zwar eine reine Fantasiebezeichnung sind, sich aber zu einer Sachbezeichnung entwickelt haben, von der der Verkehr zudem glaubt, sie sei schon ursprünglich sachbeschreibend gewesen (so besteht beispielweise über die Existenz der „Piemont-Kirsche“ als Kirschsorte zumindest Verwirrung, auch wenn die Bezeichnung ursprünglich eine werblich verwendete Fantasiebezeichnung ist).

Der Inhaberin der angegriffenen Marke ist lediglich insoweit zuzustimmen, als bestimmte Internetseiten, die grundsätzlich von jedermann überarbeitet oder ergänzt werden können, mit einer gewissen Vorsicht zu bewerten sind. Entsprechende Quellen können mit einem gewissen Aufwand in manipulativer Absicht eingerichtet oder umgeschrieben werden. Zwischen den Beteiligten, die durch zahlreiche Rechtsstreitigkeiten miteinander verbunden sind, waren zuvor entspre-

chende Vorwürfe getätigt worden. Insbesondere in Internetforen können missbräuchliche Inhalte von interessierter Seite verhältnismäßig einfach eingebracht werden, was in anderem rechtlichen Zusammenhang, insbesondere im Bereich der Schleichwerbung, relevant werden kann. Bei Betrachtung der oben genannten Seiten finden sich aber keine Hinweise dahingehend, dass diese von der Löschungsantragstellerin oder in deren Auftrag eingerichtet oder sonst manipuliert worden sein könnten. Dies liegt insbesondere dann nicht nahe, soweit die Seiten zeitlich vor dem Löschungsantrag datieren. Zudem hat die Inhaberin der angegriffenen Marke keine konkreten Tatsachen vorgetragen, die auf gezielte Manipulationen der genannten Fundstellen hinweisen könnten und die zu weiteren Ermittlungen des Senats Anlass geben könnten. Insoweit reicht es nicht aus, die Zuverlässigkeit von Internetquellen abstrakt-generell in Frage zu stellen, um deren Verwertbarkeit grundsätzlich zu verneinen. Die dahingehende Auffassung des Oberlandesgerichts München (Beschluss vom 1. Juni 2017, Az. 29 U 3907/16, dort Seite 10, dritter Absatz, = Anlage M 48, Bl. 481 d. A.) erscheint zu weitgehend. Im Ergebnis kann dies als nicht entscheidungserheblich dahingestellt bleiben, da es sich bei den Rechercheergebnissen des Senats im Wesentlichen um Druckwerke handelt.

1.6. Nach Auffassung des Senats steht auch die Tatsache, dass der Indische Weihrauch in den oben angeführten Quellen teilweise als „Sallaki“, teilweise aber auch als „Shallaki“ bezeichnet wird, der Bejahung eines Schutzhindernisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG nicht entgegen. Unabhängig davon, dass der Verkehr insbesondere bei Pflanzen an unterschiedliche Benennungen gewöhnt ist, sind die Bezeichnungen „Sallaki“ und „Shallaki“ im Sinne eines Synonyms zu verstehen. Zum einen werden die Bezeichnungen in den nur leicht unterschiedlichen Schreibweisen gleich oder jedenfalls sehr ähnlich ausgesprochen werden. Zum anderen handelt es sich bei der Bezeichnung um ein Wort, das aus dem Sanskrit und damit aus einem nicht-lateinischen Alphabet, transkribiert worden ist. Für Transkriptionen gibt es sehr häufig verschiedene vertretbare Lösungsvorschläge, so dass in Bezug auf die Schreibweise transkribierter Begriffe häufig eine gewisse Unsicher-

heit herrscht, worauf die Inhaberin der angegriffenen Marke zutreffend hingewiesen hat. Der angesprochene Verkehr wird daher beide Bezeichnungen als dieselbe Bezeichnung – lediglich in verschiedener Schreibweise – verstehen. Dies hat auch der sachverständige Zeuge Dr. E... nachvollziehbar und einleuchtend bestätigt, nach dessen Kenntnis das entsprechende Wort aus dem Sanskrit in der Form von „Sallaki“ oder auch „Shallaki“ transkribiert wird, wobei auch nach seiner fachlichen Kenntnis beide Bezeichnungen als Synonyme zu verstehen sind. Insofern kommt es auch nicht darauf an, ob und inwieweit Sanskrit im Inland oder in Indien gesprochen bzw. verstanden wird. Unabhängig davon, ob eine Bezeichnung aus einer sogenannten „toten Sprache“ stammt oder als fremdsprachiger Begriff nicht zum inländischen Wortschatz zu zählen ist, und auch unabhängig von seiner tatsächlichen, ursprünglichen Bedeutung (s. o. Ziffer 1.5. am Ende des ersten Absatzes), besteht ein Freihaltebedürfnis, wenn der angesprochene Verkehr diese Bezeichnung als Sachangabe versteht und seine Bedeutung erkennt (vgl. für ungewohnte oder fremdsprachige Zeichen: Ströbele/ Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl., § 8 Rn. 389). So bedeutete beispielsweise der englische Begriff „Beacon“ ursprünglich nur „Leuchtturm“. Ab einem bestimmten Zeitpunkt wurde mit „Beacon“ auch eine bestimmte Funktechnologie bezeichnet. Für die Frage der Schutzfähigkeit der Bezeichnung kommt es aber nicht darauf an, ob der Verkehr die ursprüngliche Wortbedeutung kennt, sondern allein darauf, ob er „Beacon“ als Fachbegriff der Funktechnologie versteht (vgl. die Senatsentscheidung BPatG 25 W (pat) 96/17 – CityBeacon; die Entscheidung ist über die Homepage des Bundespatentgerichts öffentlich zugänglich). Im Übrigen hat die Löschungsantragstellerin zutreffend darauf hingewiesen, dass die Bezeichnung „Shallaki“, selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass sie eine Abwandlung des Gattungsbegriffs „Shallaki“ sei, gleichfalls nicht schutzfähig wäre, weil der Verkehr diese geringfügige Abwandlung nicht bemerken wird (vgl. BGH GRUR 2003, 882, 883 – Lichtenstein („Lichtenstein“); BPatG 28 W (pat) 555/11 – Happiness („happiness“); Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl., § 8 Rn. 540 m. w. N.).

1.7. Die Einvernahme der sachverständigen Zeugen Dr. E... und Dr. G... hat zur Aufklärung der Frage, ob die Bezeichnung „Sallaki“ im maßgeblichen Sachzusammenhang eine beschreibende Angabe oder eine markenrechtlich kennzeichnende Angabe darstellt, nichts Wesentliches beigetragen.

Der Zeuge Dr. E... hat die Behauptung der Löschantragstellerin bestätigt, dass es sich bei „Sallaki“ um eine Gattungsbezeichnung handelt. Der Zeuge gab an, dass er Arzt sei und sich seit der 70er Jahren mit ayurvedischer Medizin beschäftige. Nach seiner Kenntnis sei die Bezeichnung „Sallaki“ ein Begriff, der in dieser Schreibweise oder auch in der Form von „Shallaki“ aus dem Sanskrit transkribiert worden sei und als Fachbegriff „Weihrauch“ bedeute. Er habe im Jahr 1983 die Firma „A...“ gegründet, um die arzneimittelrechtliche Zulassung eines ayurvedischen Arzneimittels auf Basis von Weihrauch zu erwirken. Im Zuge dieser Bestrebung sei für die Firma A... in den 80er Jahren die Bezeichnung „Sallaki“ als Marke eingetragen worden. Er habe dabei allerdings nicht in der Absicht gehandelt, die Marke als solche zu gebrauchen. Er habe vielmehr dem „Missbrauch“ der Bezeichnung „Sallaki“ durch Dritte vorbeugen wollen.

Der sachverständige Zeuge Dr. G... (Autor der o. g. Anlage „Alternative Therapien bei der Multiplen Sklerose“ = Anlage M 34 im Lösungsverfahren = Anlage 6 zum Ladungszusatz vom 15. Februar 2018, Bl. 216 ff. d. A.) gab an, Arzt zu sein und noch gelegentlich zu praktizieren. Er habe sich schon früh mit alternativen Heilmethoden beschäftigt und bei der Verschreibung von Weihrauchpräparaten das Produkt „Sallaki“ rezeptiert. Nach seiner Auffassung handelt es sich bei der Bezeichnung um ein bestimmtes Präparat der Firma G... und nicht um eine Fachbezeichnung.

Das Gericht hält beide sachverständigen Zeugen trotz der inhaltlich nicht übereinstimmenden (sachverständigen) Aussagen für glaubwürdig. Beide haben kein erkennbares Eigeninteresse am Ausgang des Verfahrens, selbst wenn der Zeuge

Dr. E... früher mit der Markeninhaberin zusammenarbeitete und nach Beendigung dieser Kooperation gegenwärtig mit der Löschungsantragstellerin zusammenarbeitet. Der Zeuge hat unbefangen ausgesagt und keine Tendenz erkennen lassen, einer Seite schaden oder nutzen zu wollen. Er hat sich zudem auch über die Markeninhaberin und deren Geschäftsführer als seine früheren Geschäftspartner anerkennend geäußert. Die Aussagen der sachverständigen Zeugen waren trotz der inhaltlichen Unterschiede auch glaubhaft. Die von ihnen jeweils geschilderten subjektiven Wahrnehmungen erschienen plausibel und in sich stimmig.

In der Bewertung der Beweisaufnahme kann somit lediglich festgestellt werden, dass die Zeugen, die aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu den angesprochenen Verkehrskreisen auch als sachverständige Zeugen im Sinne von § 414 ZPO qualifiziert sind, die Bezeichnung „Sallaki“ in ihrer beruflichen Praxis unterschiedlich wahrgenommen haben. Ein relevanter Unterschied lässt sich nur insoweit festhalten, als der Zeuge Dr. E... sich wegen seiner intensiven Beschäftigung mit der ayurvedischen Medizin mit der Herkunft und der Bedeutung der Bezeichnung „Sallaki“ vertiefter befasst hatte als der Zeuge Dr. G..., der im Rahmen seiner Tätigkeit lediglich ein bestimmtes Produkt verschrieben hat. Soweit ein Zeuge, mag dieser auch ein sachverständiger Zeuge sein, der als Experte auf dem betreffenden Gebiet gelten darf, lediglich seine eigene Wahrnehmung bzw. sein eigenes Verständnis eines bestimmten Begriffs wiedergeben kann, ist seine Einnahme letztlich nichts anderes als die empirische Feststellung des Verständnisses eines einzelnen Angehörigen des betreffenden Fachkreises. Dabei kommt dieser persönlichen Auffassung weitaus weniger Bedeutung zu als einer schriftlichen Quelle, die von weiteren Angehörigen der Fachkreise wahrgenommen wird und dadurch meinungsbildend sein kann. Anderes kann möglicherweise gelten, wenn der sachverständige Zeuge ganz speziell – über sein persönliches Verständnis hinausgehend – Angaben zum allgemeinen Verständnis des Verkehrs machen kann, wie beispielsweise im Zusammenhang mit der (erstmaligen) Benutzung eines Begriffs auf einem Fachkongress oder im Zuge bestimmter For-

schungsarbeiten. Nachdem entsprechende Ereignisse (Kongresse oder Studien) in aller Regel schriftlich dokumentiert sind, steht die Notwendigkeit einer Beweiserhebung durch sachverständige Zeugen aber auch insoweit in Frage. Vor dem Hintergrund der hier durchgeführten Beweisaufnahme ist aus Sicht des Senat darauf hinzuweisen, dass ein Beweisangebot, bei dem sich das Beweisthema auf die persönliche Wahrnehmung oder Auffassung des sachverständigen Zeugen beschränkt, in der Regel ungeeignet und damit unzulässig ist. Die Benennung einer beliebigen Anzahl von willkürlich ausgewählten (Sachverständigen)Zeugen ermöglicht gegenüber der Bewertung schriftlicher Quellen keine zuverlässige Würdigung aller Umstände des Einzelfalls durch den Tatrichter, auf die es aber entscheidend ankommt (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG 12. Aufl., § 8 Rn. 53; siehe auch oben Ziffer 1.3. erster Absatz). Darüber hinaus wären entsprechende Einvernahmen dem Grunde nach nichts anderes als eine unsachgemäße, nämlich nicht repräsentative und im Hinblick auf die Zahl der Befragten nicht ausreichende Verkehrsbefragung. Nachdem die Inhaberin der angegriffenen Marke in der mündlichen Verhandlung vom 18. Oktober 2018 auf das weitere Beweisangebot, nämlich die Einvernahme des Zeugen Prof. Dr. Ammon, verzichtet hat (Bl. 506 d. A.) und der Senat den übrigen Beweisangeboten nachgekommen ist, kommt es auf diese Frage nicht mehr entscheidungserheblich an.

1.8. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 1. Juni 2017, Az. 29 U 3907/16 (Anlage M 48 Bl. 472 ff. d. A.), und die Zurückweisung der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision durch den Bundesgerichtshof, Beschluss vom 20. September 2018, Az. I ZR 176/17 (Anlage M 47, Bl. 470/471 d. A.), stehen der Teillöschung der angegriffenen Marke nicht entgegen. Unabhängig von der Tatsache, dass die vorliegend angegriffene Marke nicht der Gegenstand des Rechtsstreits vor dem Oberlandesgericht München war (sondern die gleichlautende deutsche Wortmarke „Sallaki“ – Registernummer 39805930), hat das Oberlandesgericht München ausdrücklich offen gelassen, ob die Bezeichnung „Sallaki“ vom angesprochenen Verkehr (auch) beschreibend aufgefasst werde (dort Seite 7, letzter Absatz). Das Oberlandesgericht München hat lediglich Fest-

stellungen zur Unterscheidungskraft der dortigen Klagemarke „Sallaki“ getroffen. Nachdem selbst Feststellungen der ordentlichen Gerichte zu Schutzhindernissen einer abweichende Entscheidung des Bundespatentgerichts im Lösungsverfahren nicht entgegenstehen, gilt dies erst recht für Feststellungen zur Unterscheidungskraft, mögen bei der Prüfung dieser Tatbestände auch dieselben Tatsachen betreffend das Verkehrsverständnis ausschlaggebend sein. Es ist in diesem Zusammenhang von entscheidender Bedeutung, dass im Registerverfahren der Grundsatz der Amtsermittlung gilt, so dass der erkennende Senat – anders als das Oberlandesgericht München – die von einer Partei vorgelegten Unterlagen nicht als unsubstantiiert zurückweisen kann (vgl. dort Seite 10, dritter Absatz), sondern sogar zu eigenen Ermittlungen verpflichtet ist und insofern auf einer völlig anderen Tatsachengrundlage entscheidet. Das Registerverfahren dient vornehmlich Allgemeininteressen, insbesondere einem fairen Wettbewerb und der Verhinderung unberechtigter Monopole, so dass die Entscheidung des Gerichts – anders als im ZPO-Streitverfahren vor den ordentlichen Gerichten – nicht von der Qualität des Vortrags einer bestimmten Partei abhängig sein darf. Im Übrigen hat der Bundesgerichtshof, anders als die Inhaberin der angegriffenen Marke dies glauben machen will, im oben genannten Beschluss keineswegs höchstrichterlich bestätigt, dass der hier angegriffene Beschluss der Markenabteilung 3.4. rechtsfehlerhaft sei, sondern lediglich die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision zurückgewiesen, weil der Rechtsstreit vor dem Oberlandesgericht München keine grundsätzliche Bedeutung hatte.

2. Nachdem ein Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG im Zusammenhang mit allen angegriffenen und beschwerdegegenständlichen Waren zu bejahen ist, können Ausführungen zu möglichen weiteren Schutzhindernissen und insbesondere zu einer möglichen Bösgläubigkeit im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG als nicht entscheidungserheblich dahingestellt bleiben.

3. Die Beteiligten haben in den mündlichen Verhandlungen vom 15. März 2018 und vom 18. Oktober 2018 nur Sachanträge, aber keine Kostenanträge gestellt bzw. ihre schriftsätzlich gestellten Kostenanträge nicht weiterverfolgt. Gründe für eine Kostenauflegung nach § 71 Abs. 1 Satz 1 MarkenG sind auch nicht gegeben, weshalb eventuell gestellte Kostenanträge zurückzuweisen gewesen wären. Der Ausgang des Verfahrens war von aufwändigen, tatsächlichen Feststellungen abhängig, weshalb die Verfahrensführung der Beteiligten bei verständiger Würdigung aller Umstände des Einzelfalls offenkundig in jeder Hinsicht mit der prozessualen Sorgfaltspflicht zu vereinbaren war.

4. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde war nicht veranlasst, da der Ausgang des Verfahrens im Wesentlichen von tatsächlichen Feststellungen abhängig war. Soweit die Entscheidung im Zusammenhang mit der Frage, ob schon das Verständnis der neben den Endverbrauchern auch angesprochenen Fachkreise zur Bejahung eines Schutzhindernisses ausreicht, von der Entscheidung des OLG München vom 1. Juni 2017, Az. 29 U 3907/16, Anlage M 48, Bl. 472 bis 484 d. A. abweicht, ist auch insoweit die Zulassung der Rechtsbeschwerde zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht veranlasst. Die hiesige Entscheidung steht, wie oben dargelegt, im Einklang mit der ständigen und gefestigten Rechtsprechung des EuGH, so dass allenfalls im Verfahren vor dem Oberlandesgericht München, sofern dieses tatsächlich von der ständigen Rechtsprechung abweichen wollte, die Zulassung der Revision durch den Bundesgerichtshof veranlasst gewesen wäre (vgl. hierzu Beschluss des BGH vom 20. September 2018, Az. I ZR 176/17, Anlage M 47, Bl. 470/471 d. A., mit dem die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision zurückgewiesen wurde).

III.

Rechtsmittelbelehrung

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

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

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

Knoll

Kriener

Dr. Nielsen

Fa