



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 542/10

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2009 032 109.4

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 8. Dezember 2010 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Grabrucker, des Richters Dr. Kortbein und der Richterin Dorn

beschlossen:

Der Beschluss der Markenstelle für Klasse 35 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 2. Juni 2010 wird aufgehoben, soweit die Anmeldung bezüglich der Dienstleistung der

Klasse 35: Werbung

zurückgewiesen worden ist.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe

I.

Beim Deutschen Patent- und Markenamt ist am 28. Mai 2009 die Wortmarke

HEADS

für nachfolgende Dienstleistungen angemeldet worden (nach Beanstandung geändertes Verzeichnis vom 2. September 2009, Bl. 8/9 VA):

Klasse 35: Werbung; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Büroarbeiten; Personalmanagementberatung; Personalmarketing; Vermittlung von Fach- und Führungskräften (Personalvermittlung), Arbeitnehmerüberlassung auf Zeit, nämlich Zurverfügungstellung von Fach- und Führungskräften auf Zeit (Management auf Zeit).

Mit Beschluss vom 2. Juni 2010 hat die Markenstelle für Klasse 35 durch einen Beamten des gehobenen Dienstes die Anmeldung gemäß §§ 37 Abs. 1 und 5, 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG wegen Fehlens jeglicher Unterscheidungskraft teilweise für die Dienstleistungen

„Werbung; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Personalmanagementberatung; Personalmarketing; Vermittlung von Fach- und Führungskräften (Personalvermittlung), Arbeitnehmerüberlassung auf Zeit, nämlich Zurverfügungstellung von Fach- und Führungskräften auf Zeit (Management auf Zeit)“

zurückgewiesen. Sie hat ihre Entscheidung unter Bezugnahme auf den Beanstandungsbescheid vom 2. September 2009 damit begründet, dass „HEADS“ als Plural von „head“ aus dem Englischen komme und „Führer, Leiter, Chef, Vorstand, Direktor“ bedeute. In dieser Bedeutung, auch im Sinne von „Führungskräfte“, werde das angemeldete Zeichen sowohl im deutschen Sprachgebrauch (z. B. „Head Hunter“, die Führungskräfte ansprechen und für andere Unternehmen abwerben) als auch im englischen Sprachraum ausweislich der Online-Recherche umfassend verwendet. Aufgrund ihres für die angesprochenen inländischen Verkehrskreise unmissverständlichen Bedeutungsinhalts stelle die angemeldete

Marke in Bezug auf die beanspruchten Dienstleistungen eine unmittelbar beschreibende Angabe dar, da sie lediglich auf Dienstleistungen hinweise, welche sich an Führungskräfte richten oder von Führungskräften angeboten würden. Die von der Anmelderin angeführten anderen möglichen Bedeutungen des Worts „HEADS“, auch in Wortzusammensetzungen, rechtfertigten keine andere Beurteilung, da Gegenstand der markenrechtlichen Prüfung zum einen lediglich das Einzelwort „HEADS“ sei, zum anderen sei ein Wortzeichen bereits dann von der Eintragung ausgeschlossen, wenn es - wie hier - zumindest in einer seiner möglichen Bedeutungen ein Merkmal der in Frage kommenden Dienstleistungen bezeichne.

Dagegen hat die Anmelderin Beschwerde eingelegt, mit der sie (zuletzt) sinngemäß beantragt,

den versagenden Teil des Beschlusses der Markenstelle vom 2. Juni 2010 aufzuheben und der gegenständlichen Markenmeldung im vollen Umfang Schutz mit der Priorität des Anmelde-tags zu gewähren;

hilfsweise: den versagenden Teil des Beschlusses der Markenstelle vom 2. Juni 2010 aufzuheben und der gegenständlichen Markenmeldung in vollem Umfang Schutz mit der Priorität des 4. November 2010 zu gewähren;

wiederum hilfsweise: den versagenden Teil des Beschlusses der Markenstelle vom 2. Juni 2010 aufzuheben und das Verfahren an das Deutsche Patent- und Markenamt zurückzuverweisen.

Sie begründet ihr Rechtsmittel damit, dass das Wort „HEADS“ als solches im Zusammenhang mit den angemeldeten Dienstleistungen über keinerlei konkrete Aussagekraft oder beschreibenden Charakter verfüge. Die Markenstelle habe un-

zutreffenderweise die Bedeutung der Markenmeldung in der englischen Singularform auf „Führer, Leiter, Chef, Vorstand, Direktor“ beschränkt. Das englische Wort „HEADS“ gebe es jedoch auch im Singular mit der Bedeutung „reines Zinnerz“. Auch weise das englische Substantiv im Plural - in Alleinstellung sowie mit unterschiedlichen Zusätzen - sowie als englisches Verb eine Reihe weiterer möglicher Bedeutungen auf. Das Wort „HEADS“ komme zwar in Kombination mit anderen Begriffen auch im deutschen Sprachgebrauch vor, jedoch in völlig unterschiedlichen Bedeutungszusammenhängen, was darauf schließen lasse, dass das Wort vom Verkehr auch nicht regelmäßig in Zusammenhang mit „Head Hunter“ gesetzt werde. Auch die von der Markenstelle vorgelegten Internetseiten würden nicht belegen, dass das Wort „Heads“ in der Bedeutung von „Führungskräfte“ im englischen oder deutschen Sprachgebrauch Verwendung finde. Die von der Beschwerdeführerin durchgeführte Internetrecherche habe ergeben, dass zwar einige der angegebenen Links den Begriff „heads“ als (kennzeichenmäßigen) Hinweis auf Firmen mit Bezug zu den hier in Rede stehenden Dienstleistungen enthalten würden, der Begriff (im Singular oder Plural) jedoch ausschließlich in Kombination mit anderen Begriffen benutzt werde, die entweder in der Gesamtheit den Namen des Unternehmens, das sich mit den jeweiligen Dienstleistungen beschäftige, bildeten (z. B. „Hunting Heads“), oder als Titel für Personen bzw. Positionen in diesem Bereich (z. B. „Head of Media“) Verwendung fänden. Die angemeldete Marke als solche stelle daher keine beschreibende Angabe dar.

Auf die rechtlichen Hinweise des Senats mit Schreiben vom 30. September 2010 tragen die Beschwerdeführervertreter mit Schriftsatz vom 4. November 2010 ergänzend vor, dass lediglich ein einziger Fall einer nachgewiesenen beschreibenden Verwendung des Begriffs „HEADS“ im Sinne von „Führungskräfte“ durch den von der Markenstelle recherchierten FOCUS-Artikel vom 28. Juni 2008 (Anlage 1 zum Beanstandungsbescheid der Markenstelle vom 2. September 2008) nicht geeignet sei, ein entsprechendes Verständnis der beteiligten Verkehrskreise im Sinne einer beschreibenden Angabe zu begründen, zumal eine weitaus größere Anzahl von Nachweisen für einen Gebrauch des Zeichens als Hinweis auf die Anmelderin vorliege. Im Übrigen sei der fragliche FOCUS-Artikel inzwischen mehr

als zwei Jahre alt und lasse verlässliche Rückschlüsse auf das heutige Verkehrsverständnis nicht zu. Da eine spätere bzw. aktuelle Verwendung des Begriffs „HEADS“ als Bezeichnung für Führungskräfte nicht nachgewiesen sei, eigne sich das Anmeldezeichen jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt als betrieblicher Herkunftshinweis. Im Hinblick hierauf erklärt sich die Anmelderin hilfsweise damit einverstanden, dass ungeachtet des ursprünglichen Anmeldetags der 4. November 2010 als Anmeldetag gilt und für die Bestimmung des Zeitrangs i. S. d. § 6 Abs. 2 MarkenG maßgeblich ist. Die Anmelderin legte zudem Presseberichte aus den Jahren 2006 bis 2010 vor (Anlagenkonvolut 18 zum Schriftsatz vom 4. November 2010), die eine Verwendung des Begriffs „Heads“ als Hinweis auf die Anmelderin belegen würden. Ferner gehe daraus hervor, dass es sich bei der Anmelderin um das nach Jahresumsatz bemessen viertgrößte Personalberatungsunternehmen Deutschlands handle, so dass allein aufgrund der Marktposition und Marktbekanntheit der Anmelderin darauf zu schließen sei, dass das Anmeldezeichen als betrieblicher Herkunftshinweis wahrgenommen werde. Sofern dem Haupt- und Hilfsantrag nicht stattgegeben werden sollte, sei das Verfahren jedenfalls unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses an die Markenstelle zurückzuverweisen, da die von dieser vorgelegten Internetfundstellen, auf die sich die Zurückweisung der Anmeldung stütze, völlig unzureichend seien, was einem Unterlassen jeglicher Tatsachenermittlung zu dem Eintragungshindernis gleichkomme und damit einen wesentlichen Verfahrensmangel darstelle. Im Übrigen habe die Anmelderin nunmehr neue, für die Beurteilung der Unterscheidungskraft erhebliche Tatsachen vorgetragen, die für die Entscheidung wesentlich seien.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die nach §§ 64 Abs. 6, 66 Abs. 1, Abs. 2 MarkenG zulässige Beschwerde der Anmelderin hat im tenorierten Umfang Erfolg und ist im Übrigen unbegründet.

1. Der Eintragung des angemeldeten Wortzeichens „HEADS“ als Marke gemäß §§ 33 Abs. 2, 41 MarkenG steht in Bezug auf die beanspruchte Dienstleistung der Klasse 35 „Werbung“ kein absolutes Schutzhindernis, insbesondere auch nicht das der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG oder des Freihaltebedürfnisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegen.

a) Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden, das die in Rede stehenden Waren und Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und diese Waren oder Dienstleistungen somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet (BGH GRUR 2006, 850, 854 Rdnr. 18 - FUSSBALL WM 2006; 2008, 1093, 1094 Rdnr. 13 - Marlene-Dietrich-Bildnis). Denn die Hauptfunktion der Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu gewährleisten (vgl. u. a. EuGH GRUR 2006, 233, 235 Rdnr. 45 - Standbeutel; 229, 230 Rdnr. 27 - BioID; GRUR 2008, 608, 611 Rdnr. 66 - EUROHYPO; BGH a. a. O. - FUSSBALL WM 2006; GRUR 2005, 417, 418 - BerlinCard; GRUR 2008, 710 Rdnr. 12 - VISAGE; GRUR 2009, 949 Rdnr. 10 - My World). Da allein das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft ein Eintragungshindernis begründet, ist ein großzügiger Maßstab anzulegen, so dass jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft genügt, um das Schutzhindernis zu überwinden (BGH a. a. O. - FUSSBALL WM 2006; a. a. O. - Marlene-Dietrich-Bildnis; GRUR 2009, 411 Rdnr. 8 - STREETBALL; 778, 779 Rdnr. 11 - Willkommen im Leben; 949 f. Rdnr. 10 - My World). Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft ist die Auffassung der beteiligten inländischen Verkehrskreise, wobei auf die Wahrnehmung des Handels und/oder des normal informierten, angemessen aufmerk-

samen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der fraglichen Waren oder Dienstleistungen abzustellen ist (EuGH GRUR 2004, 943, 944 Rdnr. 24 - SAT 2; GRUR 2006, 411, 412 Rdnr. 24 - Matratzen Concord/Hukla; BGH a. a. O. - FUSSBALL WM 2006). Ausgehend hiervon besitzen Wortmarken u. a. dann keine Unterscheidungskraft, wenn ihnen die maßgeblichen Verkehrskreise lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnen (vgl. u. a. EuGH GRUR 2004, 674, 678 Rdnr. 86 - Postkantoor; BGH a. a. O. - marktfrisch; GRUR 2001, 1153 - anti KALK; GRUR 2005, 417, 418 - BerlinCard; GRUR 2006, 850, 854 Rdnr. 19 - FUSSBALL WM 2006; GRUR 2009, 952, 953 Rdnr. 10 - DeutschlandCard). Darüber hinaus besitzen keine Unterscheidungskraft vor allem auch Zeichen, die sich auf Umstände beziehen, welche die beanspruchten Waren und Dienstleistungen zwar nicht unmittelbar betreffen, durch die aber ein enger beschreibender Bezug zu diesen hergestellt wird und die sich damit in einer beschreibenden Angabe erschöpfen (BGH a. a. O. 855 Rdnr. 28 f. - FUSSBALL WM 2006).

b) Die angemeldete Marke weist für die beanspruchte Dienstleistung „Werbung“ weder einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsgehalt auf, noch handelt es sich um eine Angabe, durch die ein enger beschreibender Bezug zu ihnen hergestellt werden kann.

aa) Das angemeldete Wortzeichen „HEADS“ ist zum einen der Plural des aus dem englischen Grundwortschatz stammenden Substantivs „head“, welches im Wesentlichen mit „Kopf, Haupt, Chef, Leiter“ übersetzt wird (Duden-Oxford - Großwörterbuch Englisch, 3. Aufl. 2005 [CD-ROM], Anlage 1a zum Schreiben des Senats vom 30. September 2010 - sämtliche nachfolgend aufgeführten Anlagen beziehen sich auf das vorbezeichnete Schreiben; PONS - Großwörterbuch Englisch-Deutsch, 1. Aufl. 2002, Anlage 1b). In dieser Bedeutung hat das Wort „head“ bzw. „heads“ im Plural auch Eingang in die deutsche (Wirtschafts-)Sprache gefunden, allerdings regelmäßig in Kombination mit anderen Begriffen. Es lassen sich in diesem Zusammenhang beispielsweise folgende Wortverbindungen finden:

- „Headhunter“ (eigentlich: Kopfjäger), eine Person oder Organisation, die Führungskräfte abwirbt (Duden - Deutsches Universalwörterbuch, 6. Aufl. 2006 [CD-ROM], Anlage 2a),
- „Co-Heads“ im Sinne von mitverantwortlichen Leitern bzw. Führungskräften für bestimmte Bereiche eines Unternehmens (vgl. verschiedene Artikel aus www.manager-magazin.de/unternehmen/karriere, Anlage 2b - 2d),
- „Global Heads“ bzw. „Global Business Heads“ als verantwortliche Führungskräfte eines weltweit operierenden Unternehmens (vgl. verschiedene Artikel aus www.manager-magazin.de/unternehmen/karriere, Anlage 2e - 2g) oder Begriffe wie
- „Branchen-Heads“, „Heads of Industries“ oder „Heads of Department“, die wiederum verantwortliche Personen in leitenden Funktionen (Manager, Direktoren) für die jeweils genannten Bereiche bezeichnen (vgl. Artikel aus www.manager-magazin.de/unternehmen, Anlage 2h; Artikel aus der Süddeutschen Zeitung [CD-ROM], Anlage 2i).

Im Bereich der deutschen Wirtschaft bzw. des (Personal-)Managements weist das Anmeldezeichen „HEADS“ folglich je nach Wortkombination vor allem die Bedeutungen „Leiter“, „Chefs“, „Direktoren“ bzw. „Führungskräfte“ auf. Als englisches Verb wird „head“ dementsprechend in erster Linie mit „anführen, leiten“ übersetzt (Duden-Oxford a. a. O., Anlage 1a; PONS a. a. O., Anlage 1b). Die von der Anmelderin angeführten weiteren - in der deutschen Bevölkerung wenig geläufigen - Bedeutungen von „head“ im Englischen (Substantiv im Sinne von u. a. „Ähre“, „Blume“ (Bierschaum), „Druck“ bzw. „Eiterpfropf“, Verb im Sinne von u. a. „anköpfen“, „anstauchen“) treten demgegenüber in den Hintergrund (vgl. Duden-Oxford a. a. O.; PONS a. a. O.; LEO-Online-Lexikon, Deutsch-Englisches Wörterbuch zu „head“, Anlage 1c). Gleiches gilt für das im inländischen Verkehr kaum be-

kannte englische Substantiv „heads“ im Singular mit der Bedeutung „reines Zinnerz“ (vgl. LEO-Online Lexikon, Deutsch-Englisches Wörterbuch zu „heads“, Anlage 1d).

bb) Bei den Dienstleistungen „Werbung“ ist nicht ohne näheres Nachdenken und analysierende Betrachtung ersichtlich, inwieweit „HEADS“ eine Merkmalsbeschreibung für sie darstellen könnte. Die Ausführungen der Markenstelle, dass die angemeldete Marke insoweit auf Dienstleistungen hinweise, welche sich an Führungskräfte richteten, treffen für den Bereich der Werbung nicht zu. Denn ebenso, wie bei Werbedienstleistungen keine Gewohnheiten des Verkehrs zur Verwendung inhaltsbeschreibender Angaben bestehen (vgl. BGH GRUR a. a. O. 951 Rdnr. 24 - My World), entspricht es auch nicht den Branchengewohnheiten, dass solche Dienstleistungen durch ihre Adressaten charakterisiert werden, weil eine solche Festlegung auf einen bestimmten Inhalt oder eine bestimmte Zielgruppe eine nicht gewollte Beschränkung bedeuten würde. Für die Werbung ist vielmehr entscheidend, in welchem Medium sie platziert oder in welcher Branche sie eingesetzt wird (vgl. BGH GRUR a. a. O. - My World). Hinsichtlich der Dienstleistungen „Werbung“ kommt dem Wort „HEADS“ im Verkehr daher nicht die Bedeutung einer beschreibenden Sachangabe, sondern eines betrieblichen Herkunftshinweises zu.

c) Wegen der fehlenden Eignung zur Beschreibung der vorgenannten Dienstleistungen kann bei dem Anmeldezeichen auch ein Freihaltebedürfnis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG nicht bejaht werden.

2. Für die übrigen angemeldeten Dienstleistungen fehlt der angemeldeten Bezeichnung „HEADS“ allerdings die erforderliche geringe Unterscheidungskraft, weil sie nur einen im Vordergrund stehenden, diese Dienstleistungen beschreibenden Begriffsinhalt hat.

a) Durch die angemeldete Bezeichnung mit der in der deutschen (Wirtschafts-)Sprache im Vordergrund stehenden o. g. Bedeutung (s. o. Ziff. 1 b) aa)) werden die in Klasse 35 angemeldeten Dienstleistungen „Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung“ insoweit beschrieben, als sie von „Köpfen“ im Sinne von Führungskräften erbracht werden können. Die beanspruchten Personaldienstleistungen „Personalmanagementberatung; Personalmarketing; Vermittlung von Fach- und Führungskräften (Personalvermittlung), Arbeitnehmerüberlassung auf Zeit, nämlich Zurverfügungstellung von Fach- und Führungskräften auf Zeit (Management auf Zeit)“ können die Beratung, Vermittlung oder Überlassung von Führungskräften zum Gegenstand haben und sich damit an Führungskräfte richten. Das Anmeldezeichen vermittelt daher den angesprochenen inländischen Verkehrskreisen einen Sachhinweis auf den Erbringer oder Adressaten der beanspruchten Dienstleistungen. Angesichts des im Vordergrund stehenden dienstleistungsbezogenen Sinngehalts des angemeldeten Wortzeichens ist davon auszugehen, dass die maßgeblichen Verkehrskreise darin keinen unternehmensbezogenen Herkunftshinweis erkennen werden. Damit verfügt es nicht über die Eignung, für die angesprochenen Verkehrskreise die Ursprungsidentität der fraglichen Dienstleistungen zu garantieren.

Da der Sinngehalt einer Marke ausschließlich in Bezug auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen zu beurteilen ist, ist es entgegen der Ansicht der Anmelderin unerheblich, dass der Begriff „HEADS“ abstrakt-lexikalisch mehrere mögliche Bedeutungen hat. Denn im Zusammenhang mit den hier in Rede stehenden Dienstleistungen kann das Wort nur im obigen Sinne verstanden werden. Für die Verneinung der Unterscheidungskraft ist es ausreichend, dass die angesprochenen Verkehrskreise dem Anmeldezeichen von mehreren in Betracht kommenden Bedeutungen eine Aussage mit beschreibendem Charakter entnehmen können.

Die Beschwerdeführerin hat zwar zutreffend darauf hingewiesen, dass auch bei fremdsprachigen Zeichen das Verständnis der inländischen Verkehrskreise maßgebend ist, so dass die von der Markenstelle recherchierten zum Teil ausländischen Internetseiten insoweit nicht aussagekräftig sind. Der Senat hat sich zur Ermittlung des Bedeutungsgehalts des Begriffs „HEADS“ jedoch ausschließlich auf deutsche Fundstellen gestützt, wie die oben unter Ziff. 1 b) aa) aufgeführten Belege zeigen.

b) Nach dem Ergebnis der Internetrecherche des Senats weist die Bezeichnung „Heads“ in Alleinstellung im inländischen Verkehr zwar vornehmlich lediglich kennzeichenmäßig auf die Beschwerdeführerin hin (vgl. „Google-Trefferlisten“, Anlagen 3a - 3l; Artikel aus www.manager-magazin.de/unternehmen/karriere, Anlagen 4a und 4b; Artikel aus www.focus.de/finanzen/Karriere/management, Anlage 4c). Dies ergibt sich auch aus den von der Beschwerdeführerin vorgelegten Presseberichten aus den Jahren 2006 bis 2010 (vgl. Anlagenkonvolut 18 zum Schriftsatz des Beschwerdeführervertreters vom 4. November 2010). Die Beschwerdeführerin vermag jedoch zur Begründung der Unterscheidungskraft nicht mit dem Argument durchzudringen, der Verkehr habe sich im Hinblick auf die bisherige Verwendung der Bezeichnung „Heads“ als Hinweis auf die Anmelderin daran gewöhnt, in diesem Zeichen einen betrieblichen Herkunftshinweis zu sehen. Solche Entwicklungen bei der Wahrnehmung eines - wie hier - von Haus aus nicht unterscheidungskräftigen Zeichens sind vielmehr ausschließlich unter den Voraussetzungen der Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG zu berücksichtigen (EuGH GRUR Int. 2005, 135, 138 Rdnr. 50 - Maglite; BGH Beschluss vom 3. November 2005 - I ZB 14/05 - Casino Bremen). Eine solche hat die Anmelderin in Bezug auf das gegenständliche Anmeldezeichen allerdings nicht geltend gemacht.

c) Der Umstand, dass eine beschreibende Verwendung des Anmeldezeichens in Alleinstellung im Sinne von Führungskraften nur in einem Fall durch den von der Markenstelle recherchierten deutschen Focus-Artikel vom 28. Juni 2008 (vgl. An-

lage A1 zum Beanstandungsbescheid vom 27. Juli 2009: „*Job-Hunting für „Heads“ - Bei der Jobsuche können schlaue Führungskräfte sich die Methoden der Headhunter zunutze machen.*“) belegt ist, vermag an der Verneinung der Unterscheidungskraft sowohl zum Zeitpunkt der Anmeldung als auch zum aktuellen Zeitpunkt, welche der Senat ausweislich der obigen Feststellungen unter Ziff. 1 b) aa) und 2 a) im Übrigen nicht auf den fraglichen FOCUS-Artikel gestützt hat, nichts zu ändern. Abgesehen davon kommt es für die Annahme eines Schutzhindernisses gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG nicht auf den Nachweis eines (üblichen) beschreibenden Gebrauchs des Anmeldezeichens an (EuGH GRUR 2004, 1027, 1029 f. Rdnr. 37 - 47 - DAS PRINZIP DER BEQUEMLICHKEIT; GRUR 2004, 146, 147 Rdnr. 32 - DOUBLEMINT; GRUR 2004, 680, 681 Rdnr. 38 - BIOMILD).

d) Da schon das Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG vorliegt, kann aus der Sicht des Senats dahinstehen, ob das angemeldete Zeichen darüber hinaus für die fraglichen Dienstleistungen Freihaltungsbedürftig gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist.

3. Auch aus der vom Senat von Amts wegen ermittelten Voreintragung der deutschen Wortmarke „Heads!“ (30125712) zugunsten der Anmelderin aus dem Jahr 2001 für die Dienstleistungen der Klasse 35 „Marketing, Marktforschung, Marktanalyse“ kann kein Eintragungsanspruch hergeleitet werden.

Zwar kann eine uneinheitliche Entscheidungspraxis des DPMA, die dazu führt, dass in einer nicht unerheblichen Zahl von Fällen wesentlich gleiche Sachverhalte ohne nachvollziehbaren Grund ungleich behandelt worden sind, grundsätzlich eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes nach Art. 3 GG darstellen. Dies setzt aber voraus, dass sich die bisherige Amtspraxis als willkürlich herausstellt und nicht erkennen lässt, welche der vorangegangenen Entscheidungen rechtmäßig und welche rechtswidrig waren (BPatG 29 W (pat) 43/04 - juris Tz. 15 - print24).

Vorliegend fehlt es jedoch schon an einer Vergleichbarkeit, da das Zeichen der Voreintragung zum einen ein zusätzliches Ausrufezeichen enthält und zum anderen für andere Dienstleistungen der Klasse 35 geschützt ist. Abgesehen davon liegt die Voreintragung schon lange zurück, so dass der Vorwurf einer willkürlichen Ungleichbehandlung nicht gegeben ist.

Hinsichtlich der weiter eingetragenen Wortmarken „HEAD“ (937659) aus dem Jahr 1975 und „HEAD“ (2106068) aus dem Jahr 1999 gilt Gleiches. Im Übrigen sind auch sie für völlig andere Waren eingetragen worden.

4. Der Hilfsantrag der Beschwerdeführerin auf Eintragung des Anmeldezeichens unter Verschiebung des Anmeldetags auf den 4. November 2010 gemäß § 37 Abs. 2 MarkenG ist zulässig (Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 3. Aufl., § 37 Rdnr. 6), jedoch ebenfalls unbegründet, da das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG keineswegs nach dem Anmeldetag weggefallen ist, sondern hinsichtlich der hier noch in Rede stehenden Dienstleistungen weiterhin vorliegt. Auf die obigen Ausführungen unter Ziff. 2 wird Bezug genommen.

5. Auch die Voraussetzungen für eine - wiederum hilfsweise beantragte - Zurückverweisung des Verfahrens an das Deutsche Patent- und Markenamt unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung nach § 70 Abs. 3 Nr. 2 oder Nr. 3 MarkenG liegen nicht vor.

Das Verfahren vor der Markenstelle leidet nicht an einem wesentlichen Mangel, da weder jegliche Tatsachenermittlung unterlassen wurde noch eine völlig ungenügende Begründung vorliegt. Allein der Umstand, dass die angefochtene Entscheidung zum Teil auf ungeeignete (ausländische) Belege gestützt wurde, vermag die Zurückverweisung des Verfahrens an das Deutsche Patent- und Markenamt nach § 70 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG nicht zu rechtfertigen.

Die von der Anmelderin im Beschwerdeverfahren vorgelegten Unterlagen enthalten auch keine neuen Tatsachen oder Beweismittel, die für die Entscheidung wesentlich sind im Sinne des § 70 Abs. 3 Nr. 3 MarkenG.

Grabrucker

Dr. Kortbein

Dorn

Cl