

BUNDESPATENTGERICHT

Leitsatz

Aktenzeichen:	27 W (pat) 31/11
Entscheidungsdatum:	27. September 2012
Rechtsbeschwerde zugelassen:	nein
Normen:	§ 8 Abs. 2 Nrn. 1, 2, 3, 5, 6, 7, 10 MarkenG; § 71 MarkenG

Gehendes Ampelmännchen

1. Verkehrszeichen sind weder Hoheits- noch Prüfzeichen im Sinn von § 8 Abs. 2 Nr. 6 und 7 MarkenG.
2. Das sog. DDR-Ampelmännchen ist nicht in den allgemein üblichen Zeichenschatz (§ 8 Abs. 2 und 3 MarkenG) eingegangen.
3. Selbst eine umfangreiche nicht markenmäßige Benutzung sondern dekorative Verwendung macht ein Zeichen nicht üblich im Sinn des § 8 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG, wenn auch eine markenmäßige Benutzung erfolgt.
4. Die Verbraucher sind bei Druckerzeugnissen daran gewöhnt, dass Zeichen mit einer Bedeutung so angebracht werden, dass sie als Hinweis auf den Verlag wirken.
5. Inhaltsbeschreibende Angaben sind bei Druckwerken nur Zeichen, die eine konkrete Vorstellung vom Inhalt - ohne ergänzenden Kontext - vermitteln.
6. Die für die Beurteilung der Bösgläubigkeit in Betracht kommenden Kriterien, Besitzstand, Geschäftsinteressen etc., stehen in einer Wechselbeziehung dergestalt, dass der fremde Besitzstand umso höher sein muss, je mehr eigene Interessen der Anmelder zulässigerweise verfolgt. Urheberrechte bzw. daraus abgeleitete Nutzungsrechte können dabei auf beiden Seiten Berücksichtigung finden.
7. Ein nicht belegter Vorwurf der Bösgläubigkeit im Sinn des § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG führt jedenfalls dann nicht zur Kostenaufhebung (§ 71 Abs. 1 MarkenG), wenn daneben andere Schutzhindernisse Streitgegenstand waren.



BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 31/11

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke 304 72 476.9
(hier Lösungsverfahren S 202/09 Lösch)

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) durch den Vorsitzenden Richter Dr. Albrecht, den Richter Kruppa und die Richterin Werner am 27. September 2012

beschlossen:

Der Beschluss der Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 31. Januar 2011 wird insoweit aufgehoben als die Löschung der Marke 304 72 476 angeordnet worden ist.

Der Antrag auf Löschung der Marke 304 72 476 vom 5. August 2009 wird insgesamt zurückgewiesen.

Gründe

I.

Gegen die am 22. Dezember 2004 angemeldete und am 19. Mai 2005 für zahlreiche Waren und Dienstleistungen u.a. in der

Klasse 16:

Druckereierzeugnisse, insbesondere Zeitschriften, Zeitungen, Bücher, Postkarten; Photographien; Lehr- und Unterrichtsmaterial (ausgenommen Apparate)

eingetragene Bildmarke 304 72 476



hat der Antragsteller mit Eingang am 5. August 2009 einen Antrag auf vollständige Löschung wegen bestehender Schutzhindernisse nach § 8 Abs. 2 MarkenG gestellt.

Diesen Antrag hatte er damit begründet, der Marke fehle jede Unterscheidungskraft. Durch die Verwendung an Verkehrsampeln sei es ein bekanntes Symbol und nunmehr auch zu einem Kulturgut der Menschen in den neuen Bundesländern geworden. Es werde dekorativ benutzt und gebe dabei keinen Herkunftshinweis. Die Registrierung als Marke verstoße außerdem gegen das Anstandsgefühl. Schließlich sei die Anmeldung bösgläubig erfolgt. Künstler und Unternehmer hätten sich Mitte der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts im „Komitee rettet die Ampelmännchen“ zusammengetan. Das Motiv sei Anfang des Jahrhunderts vielfältig benutzt worden (Anlagen 8 - 20 in der Akte). Man sei sich im Komitee einig gewesen - ohne dies schriftlich zu fixieren -, dass jeder das Ampelmännchen frei verwenden können sollte. Dies alles habe der Geschäftsführer der Inhaberin der angegriffenen Marke gewusst, da er an Besprechungen des Komitees teilgenommen und Kontakt zu den Nutzern gehabt habe. Er horte zudem über 100 weitere entsprechende Marken und fast 100 Geschmacksmuster für unzählige Waren und Dienstleistungen.

Die Markeninhaberin hat dem ihr am 14. September 2009 zugestellten Löschungsantrag mit Schriftsatz vom 12. November 2009, eingegangen beim Deutschen Patent- und Markenamt am selben Tag per Fax, widersprochen.

Dazu hat sie u.a. ausgeführt, sie habe die Marke, die einen Lifestyle vermittele, seit Mitte der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts aufgebaut. Symbolqualität für die ehemalige DDR habe das Zeichen erst dadurch erlangt. Insoweit sei es mit Spreewaldgurken, Rotkäppchen-Sekt, Sandmännchen - als Marken - vergleichbar. Ende 1996 habe der Geschäftsführer der Markeninhaberin - anders als der Antragsteller - Kontakt zum Komitee gehabt. Damals habe er bereits Lampen aus abmontierten Ampeln vertrieben. Eine Vereinbarung, das Ampelmännchen nicht zu vermarkten, sei nie getroffen worden. Mondos Arts sei damals bereits im Besitz der Wort-/Bildmarken DE 300 61 076 und DE 397 05 325 (Rettet die Ampelmännchen) gewesen und sei daraus auch vorgegangen.

Von Aktivitäten des Antragstellers im Zeitpunkt der Anmeldung sei nichts bekannt gewesen. Erst recht habe sie sich daran nicht beteiligt. Die Anmeldung der angegriffenen Marke im Jahr 2001 habe ihren eigenen Interessen gedient, da sie mit den entsprechend gekennzeichneten Waren seit 1996 in zwei Geschäftslokalen Umsätze von ... € getätigt habe. Auch heute „horte“ sie keine Schutzrechte, sondern nutze diese.

Die Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 31. Januar 2011 die teilweise Löschung der angegriffenen Marke, nämlich für die Waren „Druckereierzeugnisse, insbesondere Zeitschriften, Zeitungen, Bücher, Postkarten; Photographien; Lehr- und Unterrichtsmaterial (ausgenommen Apparate)“ wegen Verstoßes gegen § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG angeordnet. Der Eintragung des Bildes des „gehenden Ampelmännchens“ als Marke stehe insoweit das absolute Schutzhindernis fehlender Unterscheidungskraft entgegen. Für die genannten Waren folge bereits aus dem Warenverzeichnis, ohne dass es insoweit der Feststellung weiterer Umstände, die die Art der Anbringung des Zei-

chens betreffen, bedürfte, dass sie durch die angegriffene Marke auch in inhaltlicher Weise beschrieben werden könnten.

Diese Waren wiesen einen gedanklichen Inhalt auf, der in wörtlicher oder bildlicher Form wiedergegeben werden könne. Eine Beschreibung(seignung) könne auf Grund der Gleichwertigkeit aller Marken hinsichtlich der Schutzzfähigkeitsvoraussetzungen nicht nur bei Wortmarken, sondern auch bei einem in bildlicher Form vorliegenden Aussagegehalt festgestellt werden. Bei den genannten Waren aus der Klasse 16 könne eine Inhalts- und damit Eigenschaftsangabe angenommen werden, so dass bereits aus diesem Grunde ohne das Hinzunehmen weiterer Umstände das Fehlen der Unterscheidungskraft festgestellt werden könne.

Im Übrigen fehle der angegriffenen Marke nicht jegliche Unterscheidungskraft. Zwar könnten Ampelmännchen bei zumindest einem Teil der beanspruchten Waren als Motiv aufgedruckt werden. Darauf dürfe bei der Prüfung aber nicht abgestellt werden, vielmehr müsse, soweit möglich, ein kennzeichengemäßer Gebrauch angenommen werden. Jedenfalls dürften keine solche Verwendungen unterstellt werden, bei deren Einsatz die Marke nicht unterscheidungskräftig sei. Dem stehe auch die vom Löschantragsteller zitierte Entscheidung des Landgerichts Berlin vom 10. November 2009 (Az. 16 O 364/09), mit dem Verletzungsansprüche der Inhaberin des angegriffenen Zeichens verneint worden seien, nicht entgegen, da diese eine konkrete Verletzungsform betreffe, bei der die Art und Weise der Aufbringung des Zeichens an der Ware festgestanden habe und daher auch in die verletzunggerichtliche Wertung habe einfließen können.

Die Einordnung als „Kulturgut“ sei für die Entscheidung nicht maßgeblich, da diese nicht von vornherein das Fehlen von Unterscheidungskraft begründen könne. Schließlich seien Verkehrszeichen nach ständiger Rechtsprechung keine Hoheitszeichen im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 6 MarkenG. Damit entfalle auch die Annahme einer Bösgläubigkeit der Inhaberin des angegriffenen Zeichens. Dies gelte umso mehr, als ihr die aus dem Urheberrecht des Künstlers der Ampelmännchen folgenden Nutzungsrechte eingeräumt worden seien und es fraglich sei, ob und inwieweit sich beim Antragsteller überhaupt ein schutzwürdiger Besitzstand habe bilden können. Letztlich fehle es an einem Einsatz des angegriffenen Zeichens als

Spekulations- oder Sperrmarke; von einem Fehlen des (generellen) Benutzungswillens könne nicht ausgegangen werden, da die Inhaberin des angegriffenen Zeichens unbestritten insoweit Lizenzen vergebe. Eine sittenwidrige Behinderungsabsicht der Mitbewerber sei weder ersichtlich noch sei dafür ausreichend vorgebracht.

Der Beschluss ist der Markeninhaberin am 21. Februar 2011 zugestellt worden.

Gegen die darin angeordnete teilweise Löschung wendet sie sich mit ihrer Beschwerde vom 11. März 2011, die sie damit begründet, die angegriffene Marke sei erst seit 1974 DDR-Lichtsignal-Standard gewesen. Nach der Wiedervereinigung sei dieser Standard nach und nach gegen die gesamtdeutschen Lichtsignalgeber, respektive das sogenannte Euro-Männchen ausgetauscht worden. Bis auf wenige Ausnahmen einschließlich der westlichen Bezirke Berlins finde es ausschließlich Einsatz in Teilen des Gebietes der ehemaligen DDR. Die Markeninhaberin habe seit ihrer ersten Befassung mit dem Ampelmännchen dessen Nutzung als herkunftshinweisendes Zeichen für eine Variation verschiedener Produkte konsequent und nachhaltig verfolgt. Sie vertreibe derzeit ca. 800 verschiedene Produkte aller Art, auf denen die angegriffene Marke aufgebracht sei, der Umsatz sei in 2009 auf knapp ... Millionen € gestiegen. Der Vertrieb der Produkte erfolge nicht nur in den vier eigenen Geschäftslokalen in Berlin und ihrem Online-Shop, sondern auch über Vertriebspartner. Weiterhin lizenziere sie das angegriffene Zeichen in erheblichem Umfang.

Zu keinem Zeitpunkt hätten die Mitglieder des „Komitees zur Rettung des Ampelmännchens“ eine irgendwie geartete Vereinbarung getroffen, dauerhaft auf eine Verwertung der Ost-Ampelmännchen zu verzichten.

Die Eintragung von Gemeinschaftsmarken und Geschmacksmustern sei eine sinnvolle Ausweitung des Markenschutzes auf das Gebiet der Europäischen Union beziehungsweise eine Ausweitung auf ein anderes Schutzrecht mit anderen Schutzgegenständen.

Die Markeninhaberin beantragt,

den Beschluss der Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 31. Januar 2009 insoweit aufzuheben als die teilweise Löschung der Bildmarke 304 72 476 angeordnet worden ist, und den Löschantrag vom 5. August 2009 insgesamt zurückzuweisen.

Der Antragsteller beantragt sinngemäß,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Auf eine Stellungnahme im Beschwerdeverfahren hat er verzichtet.

II.

Die zulässige Beschwerde der Markeninhaberin hat in der Sache Erfolg.

1.

Die Beschwerde ist zulässig, soweit sie sich gegen die Löschung der Marke in Bezug auf die Klassen 16 richtet, § 66 Abs. 1 MarkenG.

Auch hinsichtlich dieser Waren hatte die Markeninhaberin dem Löschantrag (wirksam) widersprochen, so dass das Lösungsverfahren durchzuführen war (§ 54 Abs. 2 Satz 3 MarkenG), in dem sodann die Markenstelle 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts die Marke insoweit gelöscht hat.

2.

Über die Beschwerde kann im schriftlichen Verfahren entschieden werden, da nur die Markeninhaberin hilfsweise für den Fall, dass ihrer Beschwerde nicht stattge-

geben wird, einen Antrag auf mündliche Verhandlung gestellt hat und der Senat eine solche für entbehrlich erachtet.

Die Hinweise des Antragstellers auf eine angebliche Bösgläubigkeit sind so wenig konkretisiert, dass eine Anhörung in einer mündlichen Verhandlung nicht geboten ist.

Das Bundespatentgericht entscheidet über Beschwerden in Markensachen grundsätzlich im schriftlichen Verfahren (§ 69 MarkenG) und ohne zeitliche Bindung. Das Gebot des rechtlichen Gehörs gebietet es lediglich, den Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit zu geben, Stellungnahmen zum Sachverhalt abzugeben und ihre eigene Auffassung zu den entsprechenden Rechtsfragen darzulegen sowie Anträge zu stellen.

Nachdem die Beschwerde vom 11. März 2011 und die Beschwerdebegründung vom 12. Juli 2011 datieren und der Antragsteller erklärt hat, auf eine schriftliche Äußerung zu verzichten, hatten die Beteiligten ausreichend Gelegenheit, Stellung zu nehmen.

3.

Auf die Beschwerde ist der Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 31. Januar 2009 aufzuheben und der Antrag auf Löschung der angegriffenen Marke insgesamt zurückzuweisen. Ein Lösungsgrund nach §§ 54, 50 Abs. 1 MarkenG i. V. m. § 8 Abs. 2 MarkenG besteht nicht; dem Zeichen standen schon im Anmeldezeitpunkt keine Schutzhindernisse entgegen.

a)

Wie die Markenabteilung unter Bezugnahme auf umfangreiche Rechtsprechung zutreffend festgestellt hat, rechtfertigt der Umstand, dass das in Rede stehende Zeichen früher als Verkehrszeichen genutzt worden ist und auch heute noch bei weiten Teilen der Bevölkerung bekannt sein mag, allein nicht die Annahme eines Schutzhindernisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 6 oder 7 MarkenG.

Verkehrszeichen sind weder Hoheitszeichen noch Prüfzeichen im Sinn der genannten Vorschrift.

Insbesondere ist die mit dem Löschungsantrag angegriffene Bildmarke nicht schon deshalb schutzunfähig, weil sie das früher in der DDR gebräuchliche Verkehrszeichen des sog. Fußgänger-Ampelmännchen wiedergibt. Dieses hat - auch wenn es sich, wie das Landgericht Berlin in der vom Antragsteller zitierten Entscheidung (vom 10. November 2009, Az. 16 O 364/09) ausgeführt hat, noch an einigen Ampeln in Berlin und vor allem den östlichen Bundesländern finden lässt - seine rechtliche Bedeutung als Verkehrszeichen mit der Wiedervereinigung verloren.

b)

Die angegriffene Marke ist auch nicht in den allgemeinen Zeichenschatz eingegangen (§ 8 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG).

Die Differenzierung zwischen „Üblichkeit im allgemeinen Sprachgebrauch“ und „Verkehrsgepflogenheit“ zeigt, dass nicht nur Wortzeichen als Gattungsbezeichnungen und Freizeichen von der Eintragung ausgeschlossen sind (Fezer, MarkenG, § 8 Rn. 609). Es fehlt hier aber jeglicher Anhaltspunkt dafür, dass die Verwendung des Bildes in seiner konkreten Ausgestaltung für die streitgegenständlichen Waren üblich geworden wäre, wie dies § 8 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG voraussetzt (vgl. OLG Naumburg GRUR 1999, 68 - rotes Kreuz, zum notwendigen Warenbezug: EuGH GRUR 2001, 1148 Rn. 28 - Bravo; BGH GRUR 1998, 465 - Bonus).

Das gehende Ampelmännchen gehört nicht zu üblichen Piktogrammen, die allgemein gebräuchlich als Gattungszeichen die beanspruchten Waren bestimmen. Dass das Bild in einem bestimmten Kontext (Straßenverkehr) eine Aussage vermittelt, weil es aus dem Zusammenhang heraus verständlich wird, führt nicht zur Üblichkeit der konkreten Darstellungsweise.

Selbst bei bekannten Kulturgütern ist ohne Berücksichtigung von Urheberrechten, Bekanntheit oder gar des künstlerischen Wertes allein zu fragen, ob die Bezeichnung oder Darstellung üblich ist und einen Waren- bzw. Dienstleistungsbezug aufweist (so schon Althammer/Ströbele/Klaka, 5. Aufl., 1997, § 8 Rn. 200 und teilw. Osenberg GRUR 1996, 101). Eine Parallele zu sprachüblichen Bezeichnungen von Ereignissen (Fußballweltmeisterschaft) ist nicht zu ziehen (BPatG BeckRS 2012, 17027 - Kölner Dom II; Albrecht, BayVBI 2011, 756).

Die Benutzung durch verschiedene von der Inhaberin des angegriffenen Zeichens lizenzierte Anbieter macht das Zeichen allein nicht zu einem üblichen (BGH GRUR 1957, 350 (352) - Raiffeisensymbol). Gleiches gilt für die umfangreiche nicht markenmäßige dekorative Benutzung durch die Inhaberin des angegriffenen Zeichens bzw. ihre Lizenznehmer. Die vorgelegten Unterlagen zeigen auch eine markenmäßige Benutzung.

Eine regionale Üblichkeit würde zwar ausreichen (Fezer, § 8 MarkenG, Rn. 498; Schrader, WRP 2000, 69, 77 f.), auch diese müsste sich aber auf die konkret beanspruchten Waren beziehen, was hier nicht festgestellt werden kann.

Die ursprüngliche Praxis, auch allgemein verwendete Ausdrücke bzw. Zeichen ohne Bezug zu den beanspruchten Waren und Dienstleistungen unter Nr. 3 zu subsumieren (siehe Althammer/Ströbele, Markengesetz, 6. Aufl., 2000, § 8 Fn. 499, 500; vgl. auch Begründung zum Regierungsentwurf BIPMZ 1994, Sonderheft S. 64), hat das Bundespatentgericht (GRUR 2000, 424 - Bravo) dem Europäischen Gerichtshof vorgelegt, der die Erforderlichkeit des Warenbezugs bestätigt hat (GRUR 2001, 1148 Rn. 28).

c)

Nach § 50 Abs. 1 und 2 i. V. m. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG kann eine eingetragene Marke gelöscht werden, wenn ihr im Zeitpunkt der Eintragung die nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG erforderliche Unterscheidungskraft fehlte und dieses Schutzhindernis auch zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag noch fortbesteht.

Unterscheidungskraft im Sinn von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einer Marke innewohnende konkrete Eignung, die Waren oder Dienstleistungen, für die die Eintragung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Waren oder Dienstleistungen von denjenigen anderer zu unterscheiden sowie deren Ursprungsidentität zu gewährleisten (vgl. EuGH WRP 2002, 924 - Philips/Remington; GRUR 2004, 943 - SAT.2; GRUR 2006, 229 - Bio-ID).

Die Unterscheidungskraft ist zum einen im Hinblick auf die angemeldeten Waren oder Dienstleistungen und zum anderen im Hinblick auf die beteiligten Kreise zu beurteilen, wobei auf die Wahrnehmung der Marke durch einen durchschnittlich informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der fraglichen Waren oder Dienstleistungen abzustellen ist (vgl. EuGH GRUR 2003, 604 - Libertel; GRUR 2004, 943 - SAT.2).

Davon ausgehend kann dem vorliegend zu beurteilenden Zeichen des „gehenden Ampelmännchens“ weder für den Zeitpunkt seiner Eintragung noch jetzt Unterscheidungskraft abgesprochen werden.

Eine herkunftshinweisende Individualisierung lässt sich in Bezug auf die hier noch in Rede stehenden Waren der Klasse 16, Druckereierzeugnisse, insbesondere Zeitschriften, Zeitungen, Bücher, Postkarten; Photographien; Lehr- und Unterrichtsmaterial (ausgenommen Apparate), nicht ausschließen, selbst wenn die Geschichte und frühere Bedeutung des „gehenden“ und „stehenden“ Ampelmännchens als ausreichend bekannt unterstellt wird.

Für die strittigen Waren hat das Zeichen keinen im Vordergrund des Verständnisses stehenden beschreibenden Begriffsinhalt.

Eine beschreibende Wirkung muss im Einzelfall für das angemeldete Zeichen in Bezug auf die beanspruchten Waren feststellbar sein.

Daran ändert sich nichts, auch wenn das Motiv eines gehenden (Ampel-)Männchens im Zusammenhang mit Verkehrszeichen verwendet wird. Andernfalls müssten alle Motive, die einen Inhalt vermitteln bzw. eine „Geschichte erzählen“ könnten, als beschreibend angesehen werden. Dies ginge zu weit; vom Markenschutz

ausgeschlossen sind daher nur Zeichen, die Elemente benennen, die für die beanspruchten Waren typischerweise eigenschaftsbestimmend sind.

Das „gehende Ampelmännchen“ ist auch nicht als Inhaltsangabe bei den beanspruchten Druckerzeugnissen sowie Lehr- und Unterrichtsmaterialien beschreibend. Unterscheidungskraft ist gegeben, wenn es möglich ist, das Zeichen an den beanspruchten Waren in einer Form anzubringen, bei der das Publikum in ihm einen Herkunftshinweis sieht, und dies auch bei den wahrscheinlichsten Verwendungsformen nicht anders ist (BGH GRUR 2010, 1100 - Tooor!; GRUR 2010, 825 - Marlene-Dietrich-Bildnis II; EuGH BeckRS 2012, 81316 – Winkel).

Die Verbraucher sind gerade bei Druckereierzeugnissen und auch Lehr- und Unterrichtsmaterialien daran gewöhnt, dass Zeichen, wie etwa der „Kopf mit Helm“ des M... oder der „Ritter mit Ross“ des R... oder der sitzende „Greif mit B“ des B... oder der schreitende „Pegasus“ des K... oder die „Eule“ des U... oder die drei übereinander angeordneten „Fische“ des F... oder die „Fliege“ des E... ... u.v.m., so angebracht werden, dass sie als Hinweis auf den Verlag und damit als Herkunftshinweis dienen (BPatG BeckRS 2012, 15057 - Robert Enke).

Auch bei Photographien und Postkarten ist es üblich, eine Herkunftsangabe z. B. vertikal neben dem das rechtsliegende Adress- vom linksliegenden Textfeld abgrenzenden Mittelstrich oder im oberen oder unteren Bereich des Textfeldes anzubringen.

d)

Es ist auch nicht anzunehmen, dass der angegriffenen Marke zum Zeitpunkt der Eintragung oder noch heute das Schutzhindernis eines Freihaltungsbedürfnisses gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegen gestanden hat bzw. entgegensteht.

Diese Vorschrift schließt Zeichen von der Eintragung aus, die ausschließlich aus Angaben bestehen, die zur Beschreibung der Art, der Beschaffenheit oder sonsti-

ger Merkmale der Waren dienen können. Dass dies nicht gegeben ist, wurde bereits dargestellt.

Dieses Eintragungshindernis erfasst zwar nicht nur gattungsbeschreibende Angaben, wie „Buch“, sondern auch qualifizierende Eigenschaften, wie das Thema. Obwohl aber nahezu jedes aussagekräftige Motiv etwas bezeichnet, das Thema bzw. Inhalt eines Druckereierzeugnisses oder eines Unterrichtsmaterials oder eines Abbilds auf einer Photographie oder einer Postkarte sein kann, muss Markenschutz auch für solche Medienprodukte möglich sein (Rohnke, FS 50 Jahre BPatG, 2011, S. 707 ff.). Dem steht nicht entgegen, dass das Eintragungshindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG schon dann greift, wenn jedenfalls eine von mehreren möglichen Bedeutungen beschreibend ist (BGH GRUR 2004, 146 Rn. 32 - Wrigley; GRUR 2009, 952 Rn. 15 - DeutschlandCard).

Insoweit folgt der Senat der Auffassung (Rohnke, a. a. O., S. 712), dass bei den wenig fassbaren Waren aus dem Medienbereich offene Bezeichnungen, die ohne Kontext für alles stehen können, den Inhalt nicht in einer den Markenschutz verhindernden Weise beschreiben (BPatG, a. a. O. - Robert Enke), da es bei dem gehenden Ampelmännchen an einer eindeutigen Angabe zum Inhalt, ja sogar der Art fehlt. Das angesprochene Publikum kann nämlich aus der Abbildung eines Männchens nicht auf einen bestimmten Inhalt schließen. Als inhaltsbeschreibende Angaben sind aber nur solche Aussagen von der Eintragung als Marke ausgeschlossen, die dem Konsumenten eine konkrete Vorstellung vom Inhalt vermitteln können. Ohne Kontext ist dies hier kaum möglich.

Dass Druckereierzeugnisse, insbesondere Bücher und Postkarten, aber auch Photographien sowie Lehr- und Unterrichtsmaterial mit rein dekorativ wirkenden Aufschriften oder Bildern versehen sein können, führt nicht bei allen Motiven, die Dekorationselemente, Gegenstände oder Lebewesen zeigen, zum Ausschluss vom Markenschutz für so verzierbare bzw. bedruckbare Waren.

Die Abbildung des „Ampelmännchens“ als Motiv vermittelt weder eine ganz bestimmte Art noch einen ganz bestimmten Stil. Selbst als „ostalgotischer“ Hinweis beschreibt es dies nicht ausreichend konkret.

Unbeachtlich wäre es auch, wenn es sich bei dem Ampelmännchen um ein Kulturgut handeln würde, wie der Antragsteller meint. Liegen die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG nicht vor, kann der Marke nicht wegen eines allgemein davon losgelösten Freihaltungsbedürfnisses oder einer dem Urheberrecht entlehnten Gemeinfreiheit der Schutz nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG versagt werden (BGH, Beschl. v. 8. März 2012 - I ZB 13/11 - Neuschwanstein)

e)

Auch ein Verstoß gegen § 8 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG ist hinsichtlich der angegriffenen Marke nicht zu erkennen.

Ein zur öffentlichen Ordnung gehörender Grundsatz, wonach „Sonderzeichen“ nicht als Marke benutzt werden dürfen, ist nirgends fixiert. Zudem müsste jegliche denkbare Verwendung der Marke gegen die öffentliche Ordnung und / oder die guten Sitten verstoßen.

Das gilt hier umso mehr, als der Künstler der Ampelmännchen, Herrn P..., der Markeninhaberin Benutzungs- und Verwertungsrechte auch für das „gehende Ampelmännchen“ eingeräumt hat.

Dass der Antragsteller darauf abstellen will, Symbole untergegangener Diktaturen verletzten deren Opfer (BPatG GRUR 2009, 68 (70 f.) - DDR-Sicherheitskräfte; vgl. auch EuG GRUR Int 2012, 364, BeckEuRS 2010, 519812 zum Sowjetwappen und seiner Wirkung in Ungarn sowie in Lettland), ist wohl nicht anzunehmen. Das Ampelmännchen ist auch kein Zeichen, das mit den Handlungen, die die DDR zu einem Unrechtssystem gemacht haben, in einer konkreten Beziehung stand.

Ein unerträglicher Verstoß gegen das sittliche Empfinden bei der Verwendung im geschäftlichen Wettbewerb ist aber nur anzunehmen, wenn ein Zeichen im Kontext mit den beanspruchten Waren Aussagen enthält, die menschenverachtend sind oder die Opfer in einen ihrem Andenken unwürdigen Kontext stellt und damit diese oder ihre Angehörigen verletzen muss (BPatG Beschl. v. 31. Juli 2012 –

27 W (pat) 511/12 - Massaker; BPatG Mitt 1985, 215; BGH GRUR 1995, 592 (594); BPatG BeckRS 2010, 24870 - gefesselte Frau).

f)

Die Markeninhaberin war bei der Anmeldung auch nicht bösgläubig im Sinn des § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG.

Anhaltspunkte für die Annahme, die angegriffene Marke werde mit dem vorrangigen Ziel der Behinderung im Wettbewerb eingesetzt oder als Sperrmarke benutzt, sind weder ausreichend konkret vorgetragen noch ersichtlich.

§ 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG soll Anmeldungen von Marken erfassen, die von vornherein nicht für lautere Zwecke bestimmt sind. Grundsätzlich werden redliche Absichten des Anmelders vermutet, solange dies keine auf der Hand liegenden Anhaltspunkte widerlegen (BGH GRUR 2001, 242 Rn. 38 - Classe E; GRUR 2009, 780 Rn. 19 - Ivadal). Der Anmelder muss seine lauterer Absichten also nicht belegen (BPatG BeckRS 2011, 11393 – LEV; BPatG GRUR 2012, 840 - soulhelp); die Bösgläubigkeit ist vielmehr positiv festzustellen.

Eine exakte Definition des Begriffs „Bösgläubigkeit“ ist letztlich nicht möglich (vgl. Osterloh FS Ullmann 2006, S. 354; Grabrucker Mitt. 2008, 532 (536); Meessen GRUR 2003, 672). „Bösgläubigkeit“ ist immer einzelfallbezogen festzustellen. Maßgeblich sind dabei die Ziele und Motive des Anmelders im Zeitpunkt der Anmeldung.

Bösgläubigkeit scheidet aus, wenn das Verhalten des Markenanmelders vorrangig dazu dient, eigene Geschäfte zu fördern (BGH GRUR 2008, 621 Rn. 32 - Akademiks; GRUR 2008, 917 Rn. 23 – Eros). Wettbewerb rechtfertigt es nämlich, Konkurrenten vom Markt zu verdrängen oder ihnen den Marktauftritt zu erschweren - solange dies mit zulässigen Mitteln geschieht (BGH GRUR 1984, 210 (211) – Arostar; BPatG BeckRS 2012, 02969 - Limes Logistik; BeckRS 2011, 23133 – BEFA; OLG Karlsruhe GRUR-RR 2004, 73 f. - Flixotide). Dazu gehört es auch, eine eigene Markenreihe zu erweitern (BGH GRUR 2005, 581 (582) - The Colour

of Elégance; OLG Hamburg GRUR-RR 2010, 379, Volltext in BeckRS 2010, 15826 – Metro) oder durch die Anmeldung sogenannter Vorratsmarken einen zukünftigen Markenbedarf zu decken; jedermann muss seinen zukünftigen Markenbedarf absichern können, bevor er kostspielige und aufwändige Marketingaktivitäten entwickelt (Jordan, FS Helm, 2002, S. 187 (192 f.)).

Spekulationsmarken, auch Hinterhaltmarken genannt, sollen hingegen z.B. dazu dienen, anderen Lizenzgebühren für die Nutzung des Zeichens abverlangen zu können. Ein allerdings sehr schwaches Indiz für solche Absichten kann es sein, wenn ein Anmelder eine Vielzahl von Marken bzw. Waren und Dienstleistungen beansprucht. Das reicht allein aber nicht aus, eine Bösgläubigkeit zu belegen (BPatG GRUR 2012, 840 – soulhelp; BeckRS 2011, 11393 - LEV; ebenso HABM v. 28. März 2000 - C 000053447/1, Mitt 2001, 224 = LSK 2001, 480501 - Trillium). Die Einschränkungen durch das Klarstellungsgebot in „IP-Translator“ (EuGH GRUR 2012, 822) haben auf die hier behandelte Frage keinen Einfluss.

Dem Anmelder ist bei der Gestaltung seines Tätigkeitsbereichs unter Lauterkeitsaspekten ein eher weiter Beurteilungsspielraum zuzubilligen, weil es sich dabei um von vielen ungewissen zukünftigen Faktoren abhängige unternehmerische Entscheidungen handelt, die es nahelegen, „auf Nummer sicher“ zu gehen und „auf breiter Front“ zu agieren (OLG Hamburg GRUR-RR 2010, 379, Volltext in BeckRS 2010, 15826 – Metro, insoweit bestätigt in BGH GRUR 2012, 180).

Gegen Bösgläubigkeit spricht hier die Anmeldung von Marken, die für noch unbestimmte Interessenten geeignet sein können. Wer Markentrends erkennt und dementsprechend Marken entwickelt, handelt nicht bösgläubig (BPatG GRUR 2007, 240 - Seid bereit; GRUR-RR 2008, 4 - FC Vorwärts; Ingerl/Rohnke vor §§ 14-19 MarkenG Rn. 350; BGH BeckRS 2009, 13397 - Flixotide; GRUR 2009, 780 Rn. 18, 20 - Ivadal).

Lautere Interessen zeigt nicht nur eine eigene (vorbereitete) Benutzung vor der Anmeldung (BPatG Mitt 2010, 31 (33) - Käse in Blütenform III; GRUR-RR 2008, 49, 50 - lastminut). Auch eine Benutzung erst nach Abschluss der Anmeldung und eventueller Widersprüche bzw. nach dem Ablauf der Widerspruchsfrist (§ 42 MarkenG) aufzunehmen, entspricht vernünftigem Geschäftsgebahren.

Der Benutzungswille muss auch nicht (ausschließlich) auf eine originäre Verwendung gerichtet sein. Das Lizenzieren oder Veräußern gehört zum redlichen Geschäft (OLG Hamburg a.a.O. – Metro).

Ein Anmelder handelt nicht einmal unlauter, wenn er weiß, dass ein anderer dasselbe (oder ein verwechselbar ähnliches) Zeichen für dieselben Waren und Dienstleistungen benutzt, ohne hierfür einen formalen Kennzeichenschutz erworben zu haben. Ein dem Markenrecht fremdes Vorbenutzungsrecht kann nicht über den Umweg des § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG eingeführt werden (vgl. auch BGH GRUR 1998, 412 (414) – Analgin; Steinberg/Jaeckel MarkenR 2008, 296 (301)).

Nur wenn eine Vorbenutzung oder ein sonstiges Verhalten einen Besitzstand begründet hat, können Markenmeldungen in diesen bösgläubig eingreifen.

Die Schutzwürdigkeit des Besitzstandes ergibt sich aus dem Umfang und der Dauer der Verwendung, der Marktposition (BGH GRUR 2004, 510 (511) – S. 100), den Vertriebsaktivitäten (BPatG BeckRS 2012, 02969 – Limes Logistik) sowie der Bedeutung im konkreten geschäftlichen Betrieb und dem Aufwand zur Schaffung des Besitzstandes (BPatG GRUR 2006, 1032 ff. - E 2; BeckRS 2009, 24552 – Wellness-Mobil-Domin; Steinbeck FS 50 Jahre BPatG, 2011, S. 781). Hierzu hat der Antragsteller kaum Konkretes vorgetragen, während sich die Inhaberin des angegriffenen Zeichens darauf berufen kann, dass andere Schutzrechte, wie urheberrechtliche Verwendungsmöglichkeiten, einen Besitzstand begründen können (BGH vom 17.8.2011 – I ZB 75/10 – Krystallpalast) und diese hier allenfalls ihr zuständen.

Die für die Beurteilung der Bösgläubigkeit in Betracht kommenden Kriterien stehen in einer Wechselbeziehung zueinander. So sind etwa bei einem besonders schutzwürdigen Besitzstand an die Annahme einer eigenen Nutzungsmöglichkeit höhere Anforderungen zu stellen, wenn die Bösgläubigkeit verneint werden soll (Steinbeck FS 50 Jahre BPatG, 2011, 777 (787 f)).

Der Besitzstand des Antragstellers und anderer Marktteilnehmer war aber, wenn er zeitlich überhaupt vor der Markenmeldung bestand, nach den vom Antragsteller vorgetragene(n) Tatsachen keinesfalls wertvoller als der der Inhaberin des angegriffenen Zeichens.

Dass diese auf nicht korrektem Weg Informationen über fremde Geschäftsideen erworben und diese dann usurpiert hat, ist weder vom Antragsteller nachvollziehbar dargetan noch sonst ersichtlich. Gleiches gilt für ein Vertrauensverhältnis, das die Inhaberin des angegriffenen Zeichens an einer Markenmeldung gehindert haben könnte (HABM Mitt. 2001, 225 - be natural; BPatG BeckRS 2007, 11834 - DO). Vertragsverhandlungen erhöhen die gegen eine lautere Markenmeldung sprechende Treuepflicht (§ 276 BGB) allerdings ohnehin nur, wenn sie über einen erfolglosen Versuch hinausgegangen sind, zu Vertragsverhandlungen zu gelangen (BGH GRUR 1967, 304 – Siroset). Weder Vereinbarungen noch Verhandlungen hat der Antragsteller aber dargetan und auch keine strittigen Auseinandersetzungen, die zeigen könnten, dass eine Anmeldung unlauter war (BGH GRUR 1998, 1034 (1037) - Makalu; GRUR 1967, 304 – Siroset; BPatG GRUR 2000, 812 (814) - tubeXpert; GRUR 2000, 809, 811 – SSZ; OLG München BeckRS 2009, 12818 – Wangzhihe; Steinbeck FS 50 Jahre BPatG, 2011, 777 (786 f)).

4.

Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeit besteht kein Anlass (§ 71 Abs. 1 MarkenG), da neben dem nicht belegten Vorwurf der Bösgläubigkeit auch andere Schutzhindernisse Streitgegenstand waren.

Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen.

Der Senat hat nicht über eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, sondern auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofs über einen Einzelfall entschieden. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde ist auch nicht zur Rechtsfortbildung oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, weil der Senat nicht von Entscheidungen anderer Senate des Bundespatentgerichts oder anderer nationa-

ler Gerichte abgewichen ist, sondern eine Einzelfallentscheidung anhand von tatsächlichen Gegebenheiten hinsichtlich der angegriffenen Marke getroffen hat.

Dr. Albrecht

Kruppa

Werner

Hu