



# BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 511/11

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
20. September 2012

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Marke 30 2008 065 610**

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 20. September 2012 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Knoll, der Richterin Grote-Bittner und des Richters Metternich

beschlossen:

Die Beschwerde der Markeninhaberin wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Die am 16. Oktober 2008 angemeldete Wortfolge

### **Choco Lofties**

ist am 4. Februar 2009 unter der Nummer 30 2008 065 610 als Wortmarke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Markenregister für die nachfolgend genannten Waren der Klasse 30 eingetragen worden:

Zuckerwaren, Schokolade und Schokoladewaren, feine Backwaren, Speiseeis, Präparate für die Zubereitung der vorgenannten Produkte, soweit in Klasse 30 enthalten.

Dagegen hat die Inhaberin der am 24. Juli 2006 als Wortmarke angemeldeten Gemeinschaftsmarke

### **CHOCO-SOFTIES**

(im Folgenden kurz: Widerspruchsmarke 1), die unter der Nummer 005216197 beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt für die nachfolgend genannten Waren der Klasse 30

Feine Back- und Konditorwaren, insbesondere Schokolade, Schokoladewaren, schokolierte und schokoladenhaltige Erzeugnisse, Mohrenköpfe, Gebäck; Speiseeis

registriert ist, Widerspruch erhoben.

Die Widersprechende hatte auch aus der am 6. Mai 2008 angemeldeten Gemeinschaftsmarke **Choco Softies** (im Folgenden kurz: Widerspruchsmarke 2), die unter der Nummer 006890594 beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt für die Waren „Schaumküsse“ der Klasse 30 registriert ist, Widerspruch erhoben.

Die Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts, besetzt mit einem Beamten des gehobenen Dienstes, hat mit Beschluss vom 11. Oktober 2010 auf die Widersprüche aus der Widerspruchsmarke 1 und der Widerspruchsmarke 2 die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet (so der Tenor des Beschlusses).

Die Waren der Vergleichsmarken seien hinsichtlich der Widerspruchsmarke 1 im Identitätsbereich. Die Vergleichsmarken seien nach ihrem Gesamteindruck sowohl klanglich, als auch schriftbildlich hochgradig ähnlich. Auch wenn die Widerspruchsmarken aufgrund ihrer beschreibenden Anklänge einen lediglich engen Schutzzumfang aufwiesen, reichten die unterschiedlichen Konsonanten „L“ bzw. „S“ in der Zeichenmitte nicht aus, um eine Verwechslungsgefahr ausschließen zu können. Phonetisch seien die Vergleichsmarken kaum zu unterscheiden, schriftbildlich sei zumindest eine mittlere Ähnlichkeit gegeben.

Dagegen richtet sich die Beschwerde der Markeninhaberin.

Sie ist der Auffassung, dass der angefochtene Beschluss auf einem wesentlichen Verfahrensfehler beruhe, weil die Markenstelle die Frage der Warenähnlichkeit nur hinsichtlich der Widerspruchsmarke 1 geprüft habe, sich im Tenor aber auch auf die Widerspruchsmarke 2 gestützt habe. Der angefochtene Beschluss sei - selbst dann, wenn man die Widersprüche für begründet erachten sollte - schon aus diesem Grunde aufzuheben, zumal für die Beteiligten klarzustellen sei, ob sich die Entscheidung über den Widerspruch nur auf die Widerspruchsmarke 1 oder auch auf die Widerspruchsmarke 2 beziehe. In der Begründung des angefochtenen Beschlusses habe die Markenstelle nur die Widerspruchsmarke 1 im Blick gehabt. Nachdem die Markenstelle im Tenor des angefochtenen Beschlusses aber auch die Widerspruchsmarke 2 berücksichtigt habe, leide dieser Beschluss an einem substantiellen inneren Widerspruch, der einen erheblichen, im Beschwerdeverfahren nicht heilbaren Mangel darstelle; insbesondere könne sich der erkennende Senat nicht an die Stelle des Prüfers setzen.

Im Übrigen sei unzutreffend, dass in vollem Umfang Warenidentität bestehe, da die angegriffene Marke u. a. für Halbfertigwaren, nämlich „Präparate für die Zubereitung der vorgenannten Produkte“ registriert sei, denen auf Seiten der Widerspruchsmarke 1 keine identischen Waren gegenüber stünden. Im Hinblick auf die Widerspruchsmarke 2 sei ohnehin allenfalls von einer teils mittleren, teils entfernten Warenähnlichkeit auszugehen. Beide Widerspruchsmarken seien ferner eklatant kennzeichnungsschwach, da die Markenwörter „Choco“ und „Softies“ unmittelbar und unmissverständlich als Sachangabe verstanden würden. „Choco“ bedeute „Schokolade“ bzw. „schokoladig“ und sei daher eine warenbeschreibende Sachangabe. Der Verkehr würde sich allenfalls an dem Bestandteil „Softies“ orientieren, so dass bei der Beurteilung der Markenähnlichkeit nur die Bestandteile „Lofties“ und „Softies“ zu vergleichen seien. Ungeachtet einzelner Übereinstimmungen im Schriftbild seien diese Markenwörter nicht verwechselbar ähnlich. Jeder „halbwegs aufmerksame“ Verbraucher könne diese Bezeichnungen aufgrund einer eindeutig unterschiedlichen Bedeutung auseinanderhalten, so dass

sowohl nach der Methodik des BGH als auch des EuGH Verwechslungsgefahr zu verneinen sei.

Die Markeninhaberin hat zunächst mit Schriftsatz vom 2. November 2010 beantragt (Bl. 9 d.A.),

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 11. Oktober 2010 aufzuheben und „den Widerspruch der Widersprechenden zurückzuweisen“.

Nachdem der erkennende Senat mit Zusatz zur Terminladung vom 25. Juli 2012 (Bl. 85 ff. d. A.) darauf hingewiesen hat, dass auch dann, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 70 Abs. 3 MarkenG erfüllt sein sollten, eine Zurückverweisung der Sache an das Deutsche Patent- und Markenamt im Ermessen des Senats stehe und er auch in solchen Fällen nicht gehindert sei, in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Sache entscheidungsreif sei, ist die Markeninhaberin dieser Auffassung mit Schriftsatz vom 12. September 2012 (Bl. 111 ff. d. A.) entgegengetreten und hat in diesem Schriftsatz ausdrücklich beantragt,

von einer Sachentscheidung abzusehen und die Sache an das Deutsche Patent- und Markenamt zurückzuverweisen.

Ihren ursprünglich hilfsweise gestellten Terminsantrag hat die Markeninhaberin zurückgenommen. An der mündlichen Verhandlung vom 20. September 2012 nahm sie, wie mit Schriftsatz vom 15. September 2012 angekündigt, nicht teil.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Aus Sicht der Widersprechenden hat die Markenstelle deutlich gemacht, dass sie beim Warenvergleich beide Widerspruchsmarken zugrunde gelegt habe. Zutreffend sei auch die Würdigung der Markenstelle, dass insgesamt Warenidentität gegeben sei, da die Ware „Schaumküsse“ der Widerspruchsmarke 2 unter den Oberbegriff der „Zuckerwaren, Schokolade und Schokoladewaren, feine Backwaren“ der angegriffenen Marke falle. Auch in Bezug auf „Präparate für die Zubereitung von Back-, Zucker- oder Schokoladewaren“ der angegriffenen Marke sei Warenidentität gegeben, da die Verbraucher und die Hersteller insoweit sowohl bei den Vorprodukten als auch bei den Endprodukten identisch seien. Die Markenstelle habe auch den Zeichenvergleich zutreffend vorgenommen. Entgegen der Auffassung der Markeninhaberin könne der Zeichenvergleich nicht auf die Wortbestandteile „Softies“ bzw. „Lofties“ beschränkt werden, da hierbei auch Markenbestandteile mit geringer Kennzeichnungskraft nicht vollständig unberücksichtigt bleiben dürften. Die Marken „Choco Lofties“ und „Choco Softies“ unterschieden sich lediglich in der regelmäßig weniger beachteten Zeichenmitte durch die Buchstaben „L“ bzw. „S“. Die Vergleichsmarken seien klanglich nahezu identisch. In schriftbildlicher Hinsicht seien sie hochgradig ähnlich. Begriffliche Unterschiede könnten hier einer Verwechslungsgefahr nicht entgegenwirken, da die Widerspruchsmarken keinen klaren und ohne jedes Nachdenken unmittelbar erfassbaren begrifflichen Sinngehalt aufwiesen.

Die Widersprechende sieht auch keinen Anlass, die Sache an das Deutsche Patent- und Markenamt zurückzuverweisen. Der angefochtene Beschluss stelle eine ordnungsgemäße Entscheidungsgrundlage dar. Aus dem Tenor ergebe sich, dass sich dieser Beschluss auf beide Widerspruchsmarken beziehe. Selbst wenn insoweit Unklarheiten bestehen sollten, sei der angefochtene Beschluss im Ergebnis zutreffend, da die angegriffene Marke zu löschen sei.

In der mündlichen Verhandlung vom 20. September 2012 hat die Widersprechende ferner den Widerspruch aus der Widerspruchsmarke 2 zurückgenommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss der Markenstelle, die Schriftsätze der Beteiligten und auf den übrigen Akteninhalt verwiesen.

## II.

Die Beschwerde der Markeninhaberin ist zulässig, aber nicht begründet. Nachdem die Widersprechende den Widerspruch aus der Widerspruchsmarke 2 zurückgenommen hat, ist nur noch der aus der Widerspruchsmarke 1 (EM 005216197) verfahrensgegenständlich. Insoweit besteht hinsichtlich der angegriffenen Marke Verwechslungsgefahr (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG), so dass die Markenstelle im Ergebnis zutreffend die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet hat (§ 43 Abs. 2 Satz 1 MarkenG). Der Senat konnte trotz Nichteinhaltung der Ladungsfrist zur mündlichen Verhandlung vom 20. September 2012 in der Sache entscheiden.

### 1.

Zwar ist die Ladung zu dieser mündlichen Verhandlung, die der Senat gemäß § 69 Nr. 3 MarkenG für sachdienlich erachtet hat, der Markeninhaberin ausweislich des entsprechenden Empfangsbekennnisses (Bl. 100 d. A.) erst am 13. September 2012 und damit nicht innerhalb der regelmäßigen Ladungsfrist von zwei Wochen gemäß § 75 Abs. 1 Satz 1 MarkenG zugestellt worden, nachdem der erste Versuch der Zustellung der Ladung vom 16. August 2012 aus nicht mehr klärbaren Gründen fehlgeschlagen war. Die Markeninhaberin hat allerdings mit Schriftsatz vom 15. September 2012 erklärt, nicht an der mündlichen Verhandlung zu erscheinen, und auf ihren schriftsätzlich bereits eingereichten Antrag verwiesen, ohne die Frage der Ladungsfrist anzusprechen bzw. einen diesbezüglichen Verstoß zu rügen. Hierin liegt aber ein zumindest konkludenter Verzicht auf die Rüge der Nichteinhaltung der Ladungsfrist (vgl. zum konkludenten Verzicht auf Verfahrensrügen: Thomas/Putzo, ZPO, 32. Aufl., § 295, Rdn. 4).

2.

Eine Zurückverweisung der Sache an das Deutsche Patent- und Markenamt war nicht veranlasst.

Eine Zurückverweisung an das Deutsche Patent- und Markenamt steht im markenrechtlichen Beschwerdeverfahren auch dann, wenn die Voraussetzungen des § 70 Abs. 3 Nr. 1 – 3 MarkenG erfüllt sein sollten, im Ermessen des Senats. Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass die Markenstelle nach der Tenorierung des angefochtenen Beschlusses die Löschung der angegriffenen Marke zwar auf die Widersprüche sowohl aus der Widerspruchsmarke 1, als auch aus der Widerspruchsmarke 2 gestützt hat, in der Beschlussbegründung aber insoweit nur wenig differenziert auf die für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr jeweils maßgebenden Umstände eingegangen ist; insbesondere gilt dies für den Warenvergleich zwischen der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke, der im Beschluss der Markenstelle nicht abgehandelt wird. Gleichwohl war vorliegend die Sache entscheidungsreif. Die Widersprechende hat zudem den Widerspruch aus der Widerspruchsmarke 2 zurückgenommen, so dass nur noch der Widerspruch aus der Widerspruchsmarke 1 verfahrensgegenständlich ist und es auf etwaige Begründungsmängel hinsichtlich der Widerspruchsmarke 2 nicht mehr ankommen kann. Nach alledem war eine Zurückverweisung an das Deutsche Patent- und Markenamt weder nach § 70 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG, noch nach § 70 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG geboten. Angesichts der Entscheidungsreife der Sache wäre eine solche Entscheidung auch nicht sachgerecht.

3.

Aufgrund des Widerspruchs aus der Widerspruchsmarke 1 ist Verwechslungsgefahr i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG zu bejahen.



Das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen (EuGH GRUR 2006, 237, Tz. 18 - PICASSO; GRUR 1998, 387, Tz. 22 - Sabèl/Puma). Ihre Beurteilung bemisst sich insbesondere nach der Identität oder Ähnlichkeit der Waren, der Identität oder Ähnlichkeit der Marken und dem Schutzzumfang der Widerspruchsmarke. Diese Faktoren sind zwar für sich gesehen voneinander unabhängig, bestimmen aber in ihrer Wechselwirkung den Rechtsbegriff der Verwechslungsgefahr (vgl. BGH GRUR 2008, 258 – INTERCONNECT/T-InterConnect; BGH GRUR 2009, 772, Tz. 31 – Augsburger Puppenkiste; vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 10. Aufl., § 9 Rdn. 40).

a)

Die Waren der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke 1 können sich in erheblichem Umfang auf identischen und im Übrigen auf hochgradig ähnlichen Waren begegnen.

Da Benutzungsfragen nicht streitig sind, ist von der Registerlage auszugehen. Hinsichtlich der Waren „Schokolade und Schokoladewaren, feine Backwaren, Speiseeis“ besteht Warenidentität, da die Widerspruchsmarke 1 für identische Waren registriert ist. Auch hinsichtlich der Ware „Zuckerwaren“ der angegriffenen Marke liegt Warenidentität vor, da der Begriff „Zuckerwaren“ einen weiten Oberbegriff im Bereich der Süßwaren darstellt, unter den auch die für die Widerspruchsmarke 1 registrierten „Mohrenköpfe“ fallen. Hinsichtlich der weiteren Waren „Präparate für die Zubereitung der vorgenannten Produkte, soweit in Klasse 30 enthalten“ der angegriffenen Marke liegt zwar keine Warenidentität vor, da es sich insoweit um Vorprodukte handelt. Allerdings sind diese Waren gegenüber den vorgenannten Endprodukten, wie sie im Warenverzeichnis der Widerspruchsmarke 1 enthalten sind, hochgradig ähnlich. Denn sie weisen hinsichtlich ihrer Zusammensetzung und Beschaffenheit und ihrer regelmäßigen Herstellungs- und Vertriebswege erhebliche Überschneidungen auf, zumal auch die Hersteller

von industriell gefertigten Back- und Konditorwaren regelmäßig auch Vorprodukte für die Zubereitung dieser Produkte im privaten Haushalt anbieten.

b)

Die Widerspruchsmarke 1 weist eine lediglich unterdurchschnittliche Kennzeichnungskraft auf.

Sie besteht aus den Wortbestandteilen „Choco“ und „Softies“. Das erstgenannte Element gibt als ohne weiteres erkennbare Abkürzung für „Schokolade“ einen deutlichen Hinweis auf die Beschaffenheit, nämlich auf Inhaltsstoffe bzw. Geschmacksrichtung der so gekennzeichneten Back- und Süßwaren. Das letztgenannte Markenelement stellt zwar als Bezeichnung für Personen von einem weichen, sanften Wesen zwar keine unmittelbar beschreibende Sachangabe dar. Es ist jedoch deutlich an den Begriff „soft“ angelehnt, der wiederum auf die Beschaffenheit dieser Waren von ihrer Konsistenz her als „weich“ hindeutet; dies erschließt sich dem inländischen Verkehr auch ohne weiteres, da er auch im Bereich der Süß- und Backwaren an die Verwendung englischsprachiger Begriffe gewöhnt ist, das Wort „soft“ zum Grundwortschatz der englischen Sprache gehört und auch häufig im deutschen Sprachgebrauch verwendet wird. Zwar kann aus der Kennzeichnungsschwäche von einzelnen Markenelementen nicht ohne weiteres auf eine Kennzeichnungsschwäche eines aus diesen Elementen zusammengesetzten Gesamtbegriffs geschlossen werden (vgl. BGH GRUR 1998, 815 – Nitrangin). Vorliegend erschöpft sich die Widerspruchsmarke 1 aber im Wesentlichen auf die Aneinanderreihung des beschreibenden Kürzels „choco“ und der zumindest deutlich an eine beschreibende Angabe angelehnten Bezeichnung „softies“, so dass insoweit nicht mehr von durchschnittlicher, sondern nur von einer geschwächten Kennzeichnungskraft auszugehen ist. Jedoch handelt es sich bei dem Markenelement „Softies“ nicht um einen in Alleinstellung auch in Bezug auf die hier einschlägigen Waren völlig schutzunfähigen Markenbestandteil, so dass die Widerspruchsmarke 1 eine zwar in ihrer Kennzeichnungskraft ge-

schwächte, aber in ihrem Schutzbereich nicht auf ein Minimum reduzierte Wortkombination darstellt.

c)

Ausgehend von identischen bzw. hochgradig ähnlichen Vergleichswaren hält die angegriffene Marke den erforderlichen Abstand gegenüber der Widerspruchsmarke 1 nicht ein, auch wenn die unterdurchschnittliche Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke beim Markenvergleich und der gebotenen Gesamtbeurteilung der Fallumstände angemessen berücksichtigt wird.

Bei der Beurteilung der Markenähnlichkeit kann zunächst der Bestandteil „Choco“, den beide Vergleichsmarken enthalten, nicht völlig außer Betracht bleiben. Zwar handelt es sich nach den o. g. Ausführungen insoweit um eine beschreibende Angabe. Jedoch kann der maßgebliche Gesamteindruck einer Marke auch durch schutzunfähige oder kennzeichnungsschwache Zeichenelemente mitbestimmt werden (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 10. Aufl., § 9, Rdn. 180 mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen). Ausgehend davon kann der Zeichenvergleich nicht auf die Bestandteile „Lofties“ und „Sofies“ beschränkt werden. Vielmehr ist auch der übereinstimmende Anfangsbestandteil „Choco“ der Vergleichszeichen bei der Beurteilung des jeweiligen Gesamteindrucks und der Beurteilung der Verwechslungsgefahr miteinzubeziehen.

Dann sind aber die angegriffene Marke und die Widerspruchsmarke 1 sowohl in schriftbildlicher, als auch in klanglicher Hinsicht als hochgradig ähnlich zu erachten. Die Vergleichsmarken unterscheiden sich lediglich durch die Anfangsbuchstaben „S“ bzw. „L“ im jeweils zweiten Wortbestandteil und sind ansonsten, bis auf den Bindestrich zwischen den Wortelementen der Widerspruchsmarke 1, identisch. Sie weisen mithin die gleiche Silbenzahl, den gleichen Sprech- und Betonungsrhythmus, die gleiche Vokalfolge, identische Markenanfänge und identische –endungen auf. Angesichts dieser weitest gehenden Übereinstimmungen fällt der

einzig unterschiedliche Buchstabe „S“ bzw. „L“ in der Mitte der Vergleichsmarken schriftbildlich kaum auf, zumal sich hierdurch auch in der Umrisscharakteristik keine wesentlichen Abweichungen zwischen den Vergleichsmarken ergeben. Auch in klanglicher Hinsicht fällt dieser Unterschied kaum auf und verschwindet bei einer schnellen oder nur etwas undeutlichen Aussprache völlig. Bei derart weitgehenden Übereinstimmungen fällt die o. g. Kennzeichnungsschwäche der Widerspruchsmarke im Bereich identischer und auch hochgradig ähnlicher Waren nicht entscheidend ins Gewicht, so dass bei einer Gesamtabwägung der vorgenannten Umstände Verwechslungsgefahr zwischen den Vergleichsmarken zu bejahen ist (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG).

d)

Die Vergleichsmarken unterscheiden sich auch nicht in ihrem begrifflichen Sinngehalt in einer Weise, die eine Verwechslungsgefahr ausschließen könnte. Nach herrschender Rechtsprechung ist die „Neutralisierung“ einer relevanten klanglichen oder schriftbildlichen Markenähnlichkeit durch einen abweichenden Begriffsgehalt der Vergleichsmarken nur in engen Grenzen möglich, nämlich dann, wenn die klangliche oder schriftbildliche Verwechselbarkeit durch einen eindeutigen und sofort erfassbaren Sinngehalt ausgeräumt wird (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 10. Auflage, § 9, Rdn. 226 m.w.N.). Dass ein Begriff deutlich beschreibende Anklänge aufweist, ist dabei nicht ausreichend, der Begriff muss den angesprochenen Verkehrskreisen vielmehr so geläufig sein, dass der Sinngehalt vom Verkehr auch bei flüchtiger Wahrnehmung sofort erfasst wird und dafür kein weitergehender Denkvorgang erforderlich ist.

Letzteres ist hier nicht der Fall. Auch wenn das Wortelement „Softies“ der Widerspruchsmarke 1 auf die Beschaffenheit der damit gekennzeichneten Waren in Anlehnung an den Begriff „soft“ / „weich“ hindeutet (s.o. lit. b), so ergibt sich dieser Sinngehalt bei nur flüchtiger Wahrnehmung nicht ohne weiteres sofort und spontan. Es handelt sich insoweit zwar um ein eher kennzeichnungsschwaches,

jedoch nicht von vorneherein völlig schutzunfähiges Markenelement, bei dem der vorgenannte Sinngelhalt sofort und ohne weiteres auf der Hand liegt. Der Wortkombination „Choco-Softies“ als Ganzes kann im Verhältnis zu der Wortkombination „Choco Lofties“ somit kein Begriffsgehalt zugeschrieben werden, der geeignet wäre, die nach den o.g. Ausführungen festgestellte Verwechslungsgefahr auszuschließen.

4.

Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen. Weder war über eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden (§ 83 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG), noch war die Zulassung der Rechtsbeschwerde zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherstellung einer einheitlichen Rechtsprechung angezeigt (§ 83 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG). Soweit aus Sicht der Markeninhaberin eine Zulassung der Rechtsbeschwerde im Zusammenhang mit der Beurteilung der Frage der Zurückverweisung der Sache an das Deutsche Patent- und Markenamt in Betracht gezogen werden könnte, ist anzumerken, dass sich die Entscheidungsmöglichkeiten und Befugnisse im Beschwerdeverfahren unmittelbar insbesondere aus § 70 MarkenG ergeben, der – wie ausgeführt – von einer fakultativen, im Ermessen des erkennenden Senats liegenden Möglichkeit der Zurückverweisung ausgeht.

Wird dieses Ermessen – wie im vorliegenden Fall – unter Berücksichtigung der konkreten Fallumstände mit dem Ergebnis ausgeübt, dass der Senat ohne Zurückverweisung in der Sache selbst entscheidet (s. o. Ziff. 2), ist entgegen der Auffassung der Markeninhaberin auch eine Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips nicht gegeben. Dies ergibt sich sowohl aus dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 70 Abs. 3 MarkenG, als auch aus der Systematik des markenrechtlichen Registerverfahrens, welches im Instanzenzug mit einem justizförmigen erstinstanzlichen Verfahren vor dem Patentamt, einem nachfolgenden Beschwerdeverfahren vor dem Bundespatentgericht und einem abschließenden Rechtsbeschwerdeverfahren vor dem Bundesgerichtshof ausgestaltet ist. Dann kommt auch

die Zulassung der Rechtsbeschwerde zu dieser Frage nicht in Betracht. Im Übrigen sind verwaltungsverfahrenrechtliche Grundsätze im markenrechtlichen Registerverfahren nur sehr eingeschränkt anwendbar, zumal die Anwendung der Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG für das patentamtliche Verfahren ausdrücklich ausgeschlossen ist.

Knoll

Grote-Bittner

Metternich

Hu