



# BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 248/03

---

(AktENZEICHEN)

Verkündet am  
23. Februar 2005

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Marke 300 13 656**

**hier: Lösungsverfahren**

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 23. Februar 2005 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Stoppel, des Richters Paetzold und der Richterin Schwarz-Angele

beschlossen:

Die Beschwerde der Markeninhaberin wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Die Marke 300 13 656

### **LOXMED**

ist seit dem 24. Mai 2000 für die Waren „chemische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, insbesondere Gase wie Sauerstoff sowie Flüssigsauerstoff, medizinische Apparate, insbesondere Apparate zur Sauerstoffversorgung von Patienten“ eingetragen und befindet sich derzeit noch im Widerspruchsverfahren.

Mit Schriftsatz vom 28. Januar 2002 ist von der Beschwerdegegnerin die Löschung der Marke beantragt worden, da es sich hierbei um einen geläufigen Fachbegriff für medizinischen flüssigen Sauerstoff handele, den die Markeninhaberin wider besseres Wissen und damit letztlich bösgläubig für sich beanspruche. Eine Eintragung als Marke hätte nie erfolgen dürfen.

Der Markeninhaber hat dem Löschungsantrag rechtzeitig mit dem Hinweis widersprochen, dass es sich bei dem Markenwort um eine interne Arbeitsbezeichnung im Rahmen des Industriegaseverbandes gehandelt habe, die vertraulich zu be-

handeln und nicht für die Öffentlichkeit bestimmt gewesen sei und sich damit noch nicht zum Fachbegriff habe entwickeln können.

Die Markenabteilung des Deutschen Patent- und Markenamts hat dem Löschungsantrag wegen eines Freihaltebedürfnisses der Mitbewerber stattgegeben und zur Begründung ausgeführt: Nach den von der Antragstellerin eingereichten Unterlagen und Belegen müsse davon ausgegangen werden, dass das Markennwort bereits im Zeitpunkt der Eintragung umfangreich als beschreibender Sachhinweis für die beanspruchten Waren der Klasse 1 verwendet und vom Verkehr auch ohne weiteres in der Bedeutung für medizinischen flüssigen Sauerstoff verstanden worden sei. Damit habe ein Freihaltebedürfnis für die Mitbewerber bestanden, das auch auf die Waren der Klasse 10 ausstrahle, da die Marke insoweit nur einen Verwendungshinweis gebe. Von Bösgläubigkeit der Markeninhaberin könne allerdings noch nicht ausgegangen werden, da keine Benutzung des Markennwortes als Marke tangiert sei.

Die Markeninhaberin hat gegen den Beschluss der Markenabteilung Beschwerde eingelegt. Sie trägt vor, eine beschreibende Verwendung der Marke bereits zum Eintragungszeitpunkt sei nicht nachgewiesen, da das Markennwort lediglich einem geschlossenen Fachkreis bekannt gewesen und vom Verkehr nicht verstanden worden sei. Zumindest hinsichtlich der Waren der Klasse 10 könne noch nicht einmal von einer beschreibenden Angabe ausgegangen werden.

Die Markeninhaberin beantragt,

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts aufzuheben und den Löschungsantrag zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verweist unter Bezugnahme auf die von ihr zu den Akten eingereichten Belege darauf, dass das angegriffene Markenwort im Zeitpunkt der Eintragung nicht nur bereits als Fachwort weiten Verkehrskreisen bekannt gewesen sei, sondern sich ohnehin nur in sprachüblicher Weise aus dem für „liquid oxygen“ geläufigen Kürzel „lox“ sowie dem glatten Hinweis auf „medizinisch“ (med) zusammensetze und damit auch schon nach den Grundsätzen der Biomild-Entscheidung des EuGH nicht eintragungsfähig sei. Bei den Waren der Klasse 10 müsse davon ausgegangen werden, dass diese zur Verwendung und Verabreichung von flüssigem Sauerstoff geeignet seien, worauf im Warenverzeichnis sogar ausdrücklich hingewiesen werde.

## II.

Die Beschwerde der Markeninhaberin ist zulässig (§ 66 Abs 1 MarkenG), in der Sache jedoch nicht begründet. Die Marke „LOXMED“ ist zu Recht gelöscht worden, denn sowohl zum Eintragungszeitpunkt als auch jetzt steht einer Eintragung in die Markenrolle das Schutzhindernis des § 8 Absatz 2 Nr 2 MarkenG (Freihaltebedürfnis) entgegen (§ 50 Abs 1 Nr 3, Abs 2 MarkenG).

Bereits die von der Antragstellerin beigebrachten Fundstellen belegen umfassend und ohne dass ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der Herkunft dieser Nachweise entstehen könnten, dass es sich bei „LOXMED“ um einen Fachbegriff auf dem Gebiet der Industriegase handelt, mit dem in kurzer und prägnanter Form „medizinischer flüssige Sauerstoff“ bezeichnet wird. Dieser Begriff mag zwar ab 1997 zunächst nur als Arbeitshypothese auf Sitzungen des Industriegaseverbandes entwickelt worden sein, findet sich aber in der Folgezeit - und zwar noch deutlich vor der Anmeldung wie Eintragung der Marke – in dieser Bedeutung als glatte Sachangabe in zahlreichen Sitzungsniederschriften anderer Fachgremien, so dass – worauf auch die Markenabteilung überzeugend abgestellt hat – eindrucksvoll die

Wandlung des Wortes zum allgemeinen und damit in markenregisterrechtlicher Sicht freizuhaltenden Fachbegriff dargetan ist.

Bei „LOXMED“ handelt es sich damit um eine die Waren unmittelbar und unzweideutig beschreibende Gattungs-Angabe, was für die Waren der Klasse 1 auf der Hand liegt und gleichermaßen für die Waren der Klasse 10 gilt, die - ausweislich des Warenverzeichnisses – ohne weiteres für die Sauerstoffversorgung von Patienten und damit für „medizinischen flüssigen Sauerstoff“ eingesetzt und verwendet werden können, so dass das Markenwort insoweit lediglich einen Verwendungshinweis zum Gegenstand hat. Derartige Bezeichnungen können aber nicht für nur einen Mitbewerber monopolisiert werden, womit die Markenabteilung zu Recht das Schutzhindernis eines Freihalteinteresses nach § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG angenommen hat.

Demgegenüber sind die Einwände des Markeninhabers, die sich vorwiegend auf eine angebliche Vertraulichkeit in der Benutzung der Bezeichnung bzw. auf das fehlende Verständnis des beteiligten Verkehrs beziehen, rechtlich unbehelflich. Nach der Aktenlage kann kein vernünftiger Zweifel bestehen, dass das Wort „Loxmed“ in breitem Umfang und in für die Öffentlichkeit bestimmter Weise als beschreibende Sachangabe Verwendung gefunden hat und weiterhin findet. Angesichts der Fülle von Nachweisen, die dafür sprechen, dass es sich bei der Marke „LOXMED“ bereits zum Eintragungszeitpunkt um eine Gattungsbezeichnung gehandelt hat, sind die Entgegenhaltungen der Markeninhaberin nicht gewichtig genug, um maßgebende Zweifel an der Schutzunfähigkeit entstehen zu lassen (§ 33 Abs 2 Satz 2 MarkenG). Ohnehin ist das Vorbringen der Markeninhaberin in sich nicht schlüssig, wenn sie einerseits Vertraulichkeit reklamiert, andererseits aber unter offensichtlichem Bruch dieser Vertraulichkeit das Wort zur Marke angemeldet hat, was den Schluss nahe legt, dass sie sich damit einen möglicherweise ungerechtfertigten Vorteil vor den Mitbewerbern verschaffen wollte, und zwar unabhängig von der Frage, ob dadurch bereits der Tatbestand der Bösgläubigkeit nach § 50 Abs 1 Nr. 4 MarkenG erfüllt ist. Letztlich verkennt die Markeninhaberin aber

auch, dass bereits die sprachüblich-fachliche Wortschöpfung einer Eintragung als Marke entgegensteht, da hier lediglich das bekannte Kürzel „lox“ mit dem ebenso bekannten Kürzel „med“ zu einem Begriff zusammengesetzt worden ist, der in seinem Bedeutungsgehalt nicht über die Summe der Einzelmerkmale hinausgeht und auch und gerade in dieser Kombination weiterhin eine glatt beschreibende Sachaussage beinhaltet (vgl. EuGH GRUR 2004, 680 Biomild).

Die Beschwerde ist demnach ohne Erfolg. Für die Auferlegung von Kosten bestand unter Billigkeitsgesichtspunkten allerdings keine Veranlassung.

Stoppel

Paetzold

Schwarz-Angele

Bb