



# BUNDESPATEENTGERICHT

28 W (pat) 63/19

---

(AktENZEICHEN)

Verkündet am  
1. Juli 2020

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Markenmeldung 30 2017 213 172.8**

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung am 1. Juli 2020 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Kortbein, des Richters Dr. Söchtig und des Richters Kruppa beschlossen:



1. Auf die Beschwerde der Anmelderin werden die Beschlüsse des Deutschen Patent- und Markenamts, Markenstelle für Klasse 13, vom 29. Juni 2017 und vom 8. April 2019 aufgehoben, soweit die Anmeldung für nachfolgende Dienstleistungen zurückgewiesen worden ist:

Klasse 35:

Beratung im Bereich Kommunikationsstrategien in der Werbung; Computergestützte Werbung; Online-Werbung; Werbung; Werbung und Verkaufsförderung und diesbezügliche Beratung; Werbung, einschließlich Online-Werbung über ein Computernetz; Werbung, Marketing und Verkaufsförderung;

Klasse 41:

Beratung über Unterhaltung; Organisation von Unterhaltungsdienstleistungen; Unterhaltungsdienstleistungen; Unterhaltungsdienstleistungen (live).

2. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

### **Gründe:**

#### **I.**

Das Wortzeichen

### **Pyrorrauch**

ist am 25. April 2017 zur Eintragung als Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Register für die nachfolgenden Waren und Dienstleistungen angemeldet worden:

Klasse 13: Feuerwerksfontänen; Feuerwerkskörper; Knallkörper; Pyrotechnische Artikel; Pyrotechnische Erzeugnisse; Pyrotechnische Flugkörper; Pyrotechnische Gegenstände; Pyrotechnische Ladungen; Pyrotechnische Munition; Römische Lichter [Feuerwerk]; Wunderkerzen [Feuerwerk]; Zündladungen für pyrotechnische Vorrichtungen;

Klasse 28: Knallkapseln für Spielzeugpistolen; Spielzeug-Feuerwerksartikel; Spielzeuggewehre; Spielzeugpistolen mit Zündplättchen; Zündplättchen für Spielzeugpistolen;

Klasse 35: Beratung im Bereich Kommunikationsstrategien in der Werbung; Computergestützte Werbung; Online-Werbung; Werbung; Werbung und Verkaufsförderung und diesbezügliche Beratung; Werbung, einschließlich Online-Werbung über ein Computernetz; Werbung, Marketing und Verkaufsförderung;

Klasse 41: Beratung über Unterhaltung; Organisation von Unterhaltungsdienstleistungen; Unterhaltungsdienstleistungen; Unterhaltungsdienstleistungen [live]; Veranstaltung von Feuerwerken; Veröffentlichung und Herausgabe von Druckwerken.

Das Deutsche Patent- und Markenamt, Markenstelle für Klasse 13, hat die Anmeldung mit Beschlüssen vom 29. Juni 2017 und vom 8. April 2019 – wobei letzterer im Erinnerungsverfahren ergangen ist – vollumfänglich zurückgewiesen, da es dem Anmeldezeichen an der für eine Eintragung erforderlichen Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG fehle.

Das Anmeldezeichen sei sprachüblich aus dem Wort „Pyro“ im Sinne von Feuer, pyrotechnische Effekte und pyrotechnische Gegenstände sowie dem Wort „Rauch“ mit der lexikalischen Bedeutung „Aerosol“ gebildet. Der Begriff „Pyrorauch“ sei

bereits zum Anmeldetag in vielfältiger Weise in dieser Form verwendet worden. Somit liege keine sprachunübliche oder ungewöhnliche Kombination vor, die zumindest eine geringfügige Unterscheidungskraft begründen könnte. Zusammenfassend trete die Bedeutung des Anmeldezeichens bei unbefangener, nicht analysierender Betrachtungsweise unmissverständlich und deutlich hervor. Es sei unmittelbar erkennbar, dass es Rauch beschreibe, der pyrotechnisch erzeugt werde oder für pyrotechnische Zwecke verwendbar sei. Entgegen der Auffassung der Anmelderin führe die Wortzusammensetzung auch unter Berücksichtigung der von ihr so bezeichneten „Doppelung“ nicht von der rein beschreibenden Bedeutung weg.

Das Anmeldezeichen beschreibe die beanspruchten Waren „Pyrotechnische Artikel; Pyrotechnische Erzeugnisse; Pyrotechnische Gegenstände; Pyrotechnische Ladungen; Pyrotechnische Munition“ unmittelbar. Weiterhin weise es zu den Waren „Feuerwerksfontänen; Feuerwerkskörper; Knallkörper; Pyrotechnische Flugkörper; Römische Lichter [Feuerwerk]; Zündladungen für pyrotechnische Vorrichtungen; Knallkapseln für Spielzeugpistolen; Spielzeug-Feuerwerksartikel; Spielzeuggewehre; Spielzeugpistolen mit Zündplättchen; Zündplättchen für Spielzeugpistolen“ und zu der Dienstleistung „Veranstaltung von Feuerwerken“ einen engen sachlichen Bezug auf. Die Wortkombination „Pyrorauch“ eigne sich daher nicht als Herkunftshinweis, weil sie das Publikum wegen der funktionellen Nähe nur als Sachangabe wahrnehme.

Außerdem sei in Verbindung mit der Dienstleistung „Veröffentlichung und Herausgabe von Druckwerken“ keine Unterscheidungskraft gegeben, da sich das Anmeldezeichen insoweit als Sachtitel eigne, also eine plausible branchenübliche Themen- oder Inhaltsangabe für die Druckwerke sei. Mit den übrigen Dienstleistungen der Klassen 35 und 41 aus den Bereichen „Werbung/Marketing“ und „Unterhaltung“ stehe die Bezeichnung „Pyrorauch“ zumindest in einem ohne weiteres erkennbaren engen sachlichen Zusammenhang, da auch sie pyrotechnische Effekte betreffen könnten. Anhaltspunkte für eine etwaige

Verkehrsdurchsetzung gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG seien nicht einmal ansatzweise erkennbar.

Hiergegen wendet sich die Anmelderin mit ihrer Beschwerde vom 10. Mai 2019, mit der sie beantragt,

die Beschlüsse des Deutschen Patent- und Markenamts, Markenstelle für Klasse 13, vom 29. Juni 2017 und vom 8. April 2019 aufzuheben.

Sie führt hierzu aus, entgegen der Auffassung des Deutschen Patent- und Markenamts verfüge das Anmeldezeichen über die für eine Eintragung erforderliche Unterscheidungskraft. Es sei bereits nicht sprachüblich gebildet. Die Kombination von „Pyro“ (lat. für „Rauch“) und „Rauch“ sei abwegig, denn sie mache in der Alltagssprache allein schon wegen der Doppelung der Bedeutung schlicht keinen Sinn. Tatsächlich finde dieser Begriff, wie eine Google-Recherche zeige, denn auch im Wesentlichen als Bezeichnung der von ihr vertriebenen Produkte Verwendung, ansonsten lasse sich nur eine vereinzelt Benutzung in der Presseberichterstattung vornehmlich über Fußballspiele feststellen.

Schon nach den althergebrachten Grundsätzen verfüge das Anmeldezeichen – bei gebotener Anlegung eines großzügigen Maßstabs – über eine hinreichende, wenn auch vielleicht eher geringe Unterscheidungskraft. Davon unabhängig habe das Deutsche Patent- und Markenamt dem Anmeldezeichen zu Unrecht die Unterscheidungskraft für alle beanspruchten Waren und Dienstleistungen abgesprochen.

Nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei es zudem nicht gerechtfertigt, einer Marke die Eintragung wegen fehlender Unterscheidungskraft zu versagen, wenn es praktisch bedeutsame oder naheliegende Möglichkeiten gebe, die Marke als Herkunftshinweis für die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen zu verwenden. Vorliegend gebe es solche naheliegenden oder

zumindest praktisch bedeutsamen Verwendungsformen. So solle das Anmeldezeichen etwa auch für Knallkörper, Flugkörper, Zündplättchen etc. geschützt werden. All diese Verwendungsformen hätten nichts mit „Rauch“ zu tun, so dass die Bezeichnung „Pyrorrauch“ nur als Herkunftshinweis im Sinne eines Serienkennzeichens verstanden werden könne. Entsprechend verhalte es sich bei den Dienstleistungen der Klasse 41. Insoweit könne auch nicht vom Vorliegen eines engen beschreibenden Bezugs ausgegangen werden. Nur dann, wenn die angesprochenen Verkehrskreise den angemeldeten Begriff überhaupt nicht als Unterscheidungsmittel verstünden, dürfe der Schutz versagt werden. Davon könne vorliegend aber keine Rede sein.

Offensichtlich fehl gehe auch die Annahme des Deutschen Patent- und Markenamts, das Anmeldezeichen sei in Verbindung mit der Dienstleistung „Veröffentlichung und Herausgabe von Druckwerken“ nicht schutzfähig. In der Begründung des Amtes bleibe völlig offen, welche konkrete branchenübliche Themen- oder Inhaltsangabe mit dem Begriff „Pyrorrauch“ in welchem Druckwerk assoziiert werden solle.

Schließlich habe das Anmeldezeichen eine vermeintlich fehlende Unterscheidungskraft durch Verkehrsdurchsetzung überwunden. Die Beschwerdeführerin habe die mit der Bezeichnung „Pyrorrauch“ versehene Produktgruppe neu geschaffen. Die mit dem Anmeldezeichen gekennzeichneten Produkte (wie z. B. Rauchfackeln) vertreibe sie bereits seit dem Jahr 2013. Bis zu diesem Zeitpunkt sei die Bezeichnung „Pyrorrauch“ für die beanspruchten Waren nicht verwendet worden. Das Anmeldezeichen sei als Kennzeichen der Anmelderin bekannt und werde auch als solches akzeptiert. Dies werde bereits durch die Ergebnisse einer Google-Recherche unter dem Stichwort „Pyrorrauch“ deutlich, da sich sämtliche Treffer auf die Anmelderin bezögen. Ihr Internetshop „...“ sei einer der ersten in Deutschland gewesen, über den – auch unterjährig – seit Beginn der 2000er Jahre Feuerwerksartikel hätten gekauft werden können. Seitdem seien über diesen Shop einschlägige Produkte mit der

Kennzeichnung „Pyrorauch“ in beachtlichen Größenordnungen vertrieben worden. Der damit erzielte Jahresumsatz habe sich zuletzt auf ca. € ... belaufen. Seit 2016 habe sie ferner für Social-Media-Marketing ca. € ... aufgewendet. Schätzungsweise betrage ihr Marktanteil bei Rauchpatronen inzwischen deutlich mehr als 90 %. Zur Untermauerung ihres Vorbringens legt die Anmelderin eine eidesstattliche Versicherung ihres Geschäftsführers, Herr B..., vor (vgl. Anlage BF 1 zum Schriftsatz vom 29. Mai 2019).

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird ergänzend auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Beschwerde ist teilweise unbegründet.

1. Der Eintragung des Anmeldezeichens für die beanspruchten nicht im Tenor genannten Waren und Dienstleistungen steht das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen.

a) Unterscheidungskraft ist die dem Zeichen innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden, das die von der Anmeldung erfassten Waren und Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und diese somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet (vgl. EuGH GRUR 2012, 610, Rdnr. 42 – Freixenet; GRUR 2008, 608, Rdnr. 66 f. – EUROHYPO; BGH GRUR 2014, 569, Rdnr. 10 – HOT; GRUR 2013, 731, Rdnr. 11 – Kaleido; GRUR 2012, 1143, Rdnr. 7 – Starsat; GRUR 2012, 1044, Rdnr. 9 – Neuschwanstein; GRUR 2010, 825, Rdnr. 13 – Marlene-Dietrich-Bildnis II; GRUR 2010, 935, Rdnr. 8 – Die Vision; GRUR 2006, 850, Rdnr. 18 – FUSSBALL WM 2006). Denn die Hauptfunktion einer Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren und

Dienstleistungen zu gewährleisten (vgl. EuGH GRUR 2006, 233, Rdnr. 45 – Standbeutel; GRUR 2006, 229, Rdnr. 27 – BioID; GRUR 2008, 608, Rdnr. 66 – EUROHYPO; BGH GRUR 2008, 710, Rdnr. 12 – VISAGE; GRUR 2009, 949, Rdnr. 10 – My World). Da allein das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft ein Eintragungshindernis begründet, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ein großzügiger Maßstab anzulegen, so dass jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft genügt, um das Schutzhindernis zu überwinden (vgl. BGH GRUR 2012, 1143, Rdnr. 7 – Starsat; GRUR 2012, 1044, Rdnr. 9 – Neuschwanstein; GRUR 2012, 270, Rdnr. 8 – Link economy).

Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft sind einerseits die beanspruchten Waren und Dienstleistungen und andererseits die Auffassung der beteiligten inländischen Verkehrskreise, wobei auf die Wahrnehmung des Handels und/oder des normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers bzw. -abnehmers der fraglichen Produkte abzustellen ist (vgl. EuGH GRUR 2006, 411, Rdnr. 24 – Matratzen Concord/Hukla; GRUR 2004, 943, Rdnr. 24 – SAT.2; BGH GRUR 2010, 935, Rdnr. 8 – Die Vision; GRUR 2010, 825, Rdnr. 13 – Marlene-Dietrich-Bildnis II; GRUR 2006, 850, Rdnr. 18 – FUSSBALL WM 2006).

Hiervon ausgehend besitzen Wortmarken dann keine Unterscheidungskraft, wenn ihnen die maßgeblichen Verkehrskreise im Zeitpunkt der Anmeldung des Zeichens (vgl. BGH GRUR 2013, 1143, Rdnr. 15 – Aus Akten werden Fakten) lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnen (vgl. EuGH GRUR 2004, 674, Rdnr. 86 – Postkantoor; BGH GRUR 2012, 270, Rdnr. 11 – Link economy; GRUR 2009, 952, Rdnr. 10 – DeutschlandCard; GRUR 2006, 850, Rdnr. 19 – FUSSBALL WM 2006; GRUR 2005, 417 – BerlinCard; GRUR 2001, 1151 – marktfrisch; GRUR 2001, 1153 – antiKALK) oder wenn diese aus gebräuchlichen Wörtern oder Wendungen der deutschen Sprache oder einer geläufigen Fremdsprache bestehen, die – etwa wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung oder in den Medien – stets nur als solche und nicht als

Unterscheidungsmittel verstanden werden (vgl. u. a. BGH GRUR 2006, 850, Rdnr. 19 – FUSSBALL WM 2006; GRUR 2003, 1050 – Cityservice; GRUR 2001, 1143 – Gute Zeiten – Schlechte Zeiten). Darüber hinaus besitzen keine Unterscheidungskraft auch solche Zeichen, die sich auf Umstände beziehen, welche die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen zwar nicht unmittelbar betreffen, durch die aber ein enger beschreibender Bezug zu diesen hergestellt wird (vgl. BGH GRUR 2010, 1100, Rdnr. 23 – TOOOR!; GRUR 2006, 850, Rdnr. 28 – FUSSBALL WM 2006).

b) Das Anmeldezeichen setzt sich aus den beiden Bestandteilen „Pyro“ und „rauch“ zusammen. Bei „Pyro“ handelt es sich um ein Bestimmungswort in Zusammensetzungen (z. B. pyrophor, Pyromanie) mit den Bedeutungen „Feuer“, „Hitze“ und „Fieber“ (vgl. unter „www.duden.de“, Stichwort: „pyro“). Speziell im Bereich des Fußballsports wird der Begriff „Pyro“ auch als Abkürzung für den Begriff „Pyrotechnik“ verwendet, mit dem der Gebrauch von Feuerwerkskörpern oder die Feuerwerkerei gemeint ist (vgl. unter „www.duden.de“, Stichwort: „Pyrotechnik“). Das zweite Zeichenelement „rauch“ hat die Bedeutung „von brennenden Stoffen [in Schwaden] aufsteigendes Gewölk aus Gasen“ (vgl. unter „www.duden.de“, Stichwort: „Rauch“). In seiner Gesamtheit werden die angesprochenen breiten Verkehrskreise der pyrotechnikaffinen Durchschnittsverbraucher wie auch die Fachkreise das Anmeldezeichen unschwer und ohne analysierende Betrachtungsweise im Sinne von „pyrotechnische Rauchentwicklung“ verstehen.

c) Ausgehend von vorgenannten Grundsätzen kann dem Anmeldezeichen für folgende Waren und Dienstleistungen nicht die für eine Eintragung erforderliche Unterscheidungskraft beigemessen werden:

Klasse 13: Feuerwerksfontänen; Feuerwerkskörper; Knallkörper; Pyrotechnische Artikel; Pyrotechnische Erzeugnisse; Pyrotechnische Flugkörper; Pyrotechnische Gegenstände; Pyrotechnische Ladungen; Pyrotechnische Munition; Römische Lichter [Feuerwerk];

Wunderkerzen [Feuerwerk]; Zündladungen für pyrotechnische Vorrichtungen;

Klasse 28: Knallkapseln für Spielzeugpistolen; Spielzeug-Feuerwerksartikel; Spielzeuggewehre; Spielzeugpistolen mit Zündplättchen; Zündplättchen für Spielzeugpistolen;

Klasse 41: Veranstaltung von Feuerwerken; Veröffentlichung und Herausgabe von Druckwerken.

In Verbindung mit den Waren der Klasse 13 „Feuerwerksfontänen; Feuerwerkskörper; Knallkörper; Pyrotechnische Artikel; Pyrotechnische Erzeugnisse; Pyrotechnische Flugkörper; Pyrotechnische Gegenstände; Römische Lichter [Feuerwerk]; Wunderkerzen [Feuerwerk]“ und der Klasse 28 „Knallkapseln für Spielzeugpistolen; Spielzeug-Feuerwerksartikel; Zündplättchen für Spielzeugpistolen“ bringt das Anmeldezeichen nur zum Ausdruck, dass es sich um pyrotechnische Produkte handelt, die entsprechenden Rauch erzeugen. „Pyrotechnische Ladungen; Pyrotechnische Munition; Zündladungen für pyrotechnische Vorrichtungen“ der Klasse 13 dienen wiederum dazu, pyrotechnische Artikel zu zünden, was ebenfalls die bereits angesprochene Raumentwicklung zur Folge hat. Demzufolge kommt der Wortfolge „Pyrorauch“ im Zusammenhang mit den vorgenannten Waren der Klassen 13 und 28 nur die Funktion einer Bestimmungsangabe zu.

Zu den in Klasse 28 beanspruchten Waren „Spielzeuggewehre; Spielzeugpistolen mit Zündplättchen“ weist das Anmeldezeichen einen engen beschreibenden Bezug auf. Ein solcher ist insbesondere bei Waren und Dienstleistungen anzunehmen, die in engem sachlichen Zusammenhang mit Waren und Dienstleistungen stehen, welche die angemeldete Marke unmittelbar beschreibt (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Auflage, 2018, § 8, Rdnr. 103). Dies ist vorliegend der Fall, da in Spielzeuggewehren und Spielzeugpistolen

raucherzeugende Pyrotechnik Verwendung finden kann, was die Anmelderin selbst durch die Formulierung „Spielzeugpistolen mit Zündplättchen“ deutlich gemacht hat. Auch in Spielzeuggewehre lassen sich Zündplättchen oder sonstige pyrotechnische Artikel wie Knallkapseln einbauen. Auf diese Weise werden jüngere Menschen mit der Pyrotechnik vertraut gemacht oder Erwachsenen kindgerechte pyrotechnische Erlebnisse – etwa an Silvester – vermittelt. Demzufolge entnimmt der Verkehr dem Begriff „Pyrorauch“ lediglich die Aussage, dass die Spielzeuggewehre und –pistolen auf Feuer bzw. einer Zündung beruhenden Rauch abgeben. Es handelt sich insoweit um ergänzende Produkte, die der Erzeugung von Pyrorauch dienen (vgl. hierzu auch BeckOK Markenrecht, 20. Edition, Stand: 01.01.2020, § 8, Rdnr. 147).

Ebenso besteht zu der Dienstleistung „Veranstaltung von Feuerwerken“ in Klasse 41 ein enger beschreibender Bezug des Anmeldezeichens, da im Rahmen von Feuerwerken raucherzeugende Pyrotechnik zur Anwendung kommt.

Schließlich fehlt dem Anmeldezeichen auch in Verbindung mit der weiteren Dienstleistung in Klasse 41 „Veröffentlichung und Herausgabe von Druckwerken“ die notwendige Unterscheidungsfunktion. Zwar wird nicht jedes Zeichen, das als Druckwerke beschreibende Angabe aufgefasst wird, auch als Sachhinweis auf Verlagsdienstleistungen verstanden. Der Verkehr geht nämlich nicht generell davon aus, dass die Veröffentlichung und Herausgabe von Zeitschriften, Büchern und Zeitungen auf Druckerzeugnisse mit einem entsprechenden Themenkreis beschränkt sind. Ein Druckwerk beschreibendes Zeichen kann daher in Verbindung mit Verlagsdienstleistungen über die erforderliche Unterscheidungskraft verfügen. Dies kommt etwa in Betracht, wenn das Zeichen sich nur zur Beschreibung eines bestimmten Themas oder eines einzelnen Druckwerkes eignet (vgl. hierzu BGH GRUR 2013, 522 – Deutschlands schönste Seiten). Ein solcher Fall ist vorliegend hingegen nicht gegeben. Der Bereich der raucherzeugenden Pyrotechnik im weitesten Sinne bietet Raum für eine Vielzahl entsprechender Veröffentlichungen, so dass von einer singulären Beschränkung im vorgenannten Sinne nicht ausgegangen werden kann.

d) Ob der Eintragung des Anmeldezeichens hinsichtlich der vorgenannten Waren und Dienstleistungen darüber hinaus ein Freihaltebedürfnis gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegensteht, kann auf Grund vorstehender Ausführungen im Ergebnis dahinstehen.

e) Soweit die Beschwerdeführerin Verkehrsdurchsetzung geltend macht, vermag ihr Vorbringen dies nicht einmal ansatzweise zu belegen.

Die Frage, ob ein Zeichen sich in den beteiligten Verkehrskreisen infolge seiner Benutzung für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen als Marke gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG durchgesetzt hat, ist auf Grund einer Gesamtschau der Gesichtspunkte zu beurteilen, die zeigen können, dass das Zeichen die Eignung erlangt hat, die in Rede stehende Ware oder Dienstleistung als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Ware oder Dienstleistung damit von den Waren und Dienstleistungen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Zu berücksichtigen sind der von dem Zeichen gehaltene Marktanteil, die Intensität, die geografische Verbreitung, die Dauer der Benutzung, der Werbeaufwand des Unternehmens sowie Erklärungen von Industrie- und Handelskammern und von anderen Berufsverbänden (vgl. BGH GRUR 2016, 1167 – Sparkassen-Rot). Für den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung ist in der Regel auch die Vorlage demoskopischer Gutachten erforderlich (vgl. BeckOK MarkenR, 21. Edition, Stand: 01.05.2020, § 8, Rdnr. 1030).

Die Vorlage eines demoskopischen Gutachtens zum Nachweis der von ihr behaupteten Verkehrsdurchsetzung ist die Anmelderin schuldig geblieben. Erklärungen von Industrie- und Handelskammern und von anderen Berufsverbänden hat sie ebenfalls nicht vorgelegt. Aber auch ihr weiteres Vorbringen vermag nicht einmal ansatzweise auch nur die Vermutung einer Verkehrsdurchsetzung zu begründen. So bleibt völlig unklar, wie der von ihr behauptete Umsatz im Vergleich zum Gesamtmarkt einzuordnen ist. Ferner geht aus der eidesstattlichen Versicherung ihres Geschäftsführers B... (vgl. Anlage

BF 1 zum Schriftsatz vom 29. Mai 2019) hervor, dass sich die darin genannten Umsatzzahlen nicht auf alle vom Anmeldezeichen beanspruchten Waren und Dienstleistungen beziehen, sondern lediglich auf „Rauchpatronen“. Hierbei bleibt zudem offen, welche angemeldeten Waren unter „Rauchpatronen“ fallen. Soweit der Geschäftsführer in seiner eidesstattlichen Versicherung weiter ausgeführt hat, in vorgenanntem Marktsegment über einen geschätzten Marktanteil von deutlich über 90 % zu verfügen, so handelt es sich hierbei um eine bloße Vermutung, die durch keinerlei ergänzende Dokumente gestützt wird. Auch ergibt sich aus der eidesstattlichen Versicherung vom 28. Mai 2019 nicht, welche Maßnahmen im Rahmen des Social-Media-Marketings, für welches ab dem Jahr 2016 jährlich €... aufgewendet worden sein sollen, durchgeführt wurden. Insofern kann bereits nicht beurteilt werden, ob und ggf. in welcher Art und Weise sich das Marketing auf das Verkehrsverständnis der angesprochenen Verkehrskreise ausgewirkt hat. Ferner handelt es sich bei Werbeaufwendungen in Höhe von jährlich € ... um einen überschaubaren Betrag. Wesentlich ist jedoch, dass die vorgetragenen Werbemaßnahmen nach dem eigenen Vortrag der Anmelderin erst im Jahr 2016 begonnen haben sollen. Es erscheint nur schwerlich nachvollziehbar, dass sich diese (eher geringen) Werbemaßnahmen knapp ein Jahr nach ihrer erstmaligen Initiierung im Jahr 2016 bereits zum Anmeldezeitpunkt im Jahr 2017 und dann noch in einem Maß ausgewirkt haben, das die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung des Anmeldezeichens rechtfertigt.

2. Soweit das Deutsche Patent- und Markenamt dem Anmeldezeichen auch in Verbindung mit den aus dem Tenor ersichtlichen Dienstleistungen die Eintragung versagt hat, erweist sich dies als rechtsfehlerhaft.

a) Bei den Dienstleistungen der Klasse 35 „Beratung im Bereich Kommunikationsstrategien in der Werbung; Computergestützte Werbung; Online-Werbung; Werbung; Werbung und Verkaufsförderung und diesbezügliche Beratung; Werbung, einschließlich Online-Werbung über ein Computernetz; Werbung, Marketing und Verkaufsförderung“ handelt es sich im Wesentlichen um

Werbedienstleistungen. Diese sind in der Regel unabhängig von dem konkreten einzelnen Gegenstand oder der bestimmten Person, für den oder die geworben wird. Dahingehende Benennungen sind demnach nicht zwangsläufig als inhaltsbeschreibende Sachangaben aufzufassen, sondern können auch unterscheidungskräftig sein. Die angesprochenen Verkehrskreise sind daran gewöhnt, dass Werbung nach der Art des jeweils verwendeten Mediums (z. B. Printmedien, Internet oder Multimediabereich) unterschieden wird. Eine weitere Abgrenzung kommt nach der jeweiligen Branche (z. B. Arzneimittel, Lebensmittel, Getränke, Mode, Immobilien, Kraftfahrzeuge, Telekommunikation, Transportleistungen, Reisevermittlung, Versicherungen, Banken usw.) in Betracht (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 8, Rdnr. 116 f).

Der Begriff „Pyrorrauch“ benennt demgegenüber weder ein Medium, noch handelt es sich bei ihm um eine Branchenbezeichnung. Er benennt vielmehr einen Effekt, der nach der Zündung von pyrotechnischen Artikeln zu beobachten ist. Es entspricht jedoch nicht den Branchengewohnheiten, Werbedienstleistungen durch das beworbene Produkt(Sortiment) oder durch seine Wirkungsweise zu charakterisieren, weil die Festlegung auf einen bestimmten Inhalt eine nicht gewollte Beschränkung bedeuten würde. Üblich ist etwa eine Bezeichnung nach Art des Mediums oder der Branche, auf die die Werbeleistungen bezogen sind, während eine Festlegung auf ein bestimmtes Themengebiet nicht erfolgt (vgl. etwa BGH GRUR 2009, 949 – My World). Aufgrund der vorliegenden Beschränkung des Themenbereichs auf raucherzeugende Pyrotechnik liegt es fern, den beschreibenden Begriffsinhalt als Hinweis auf die Branche zu verstehen, auf welche sich die Werbedienstleistungen beziehen. Das Anmeldezeichen vermittelt darüber hinaus keinen Hinweis auf die Art des Werbemediums (vgl. in diesem Zusammenhang auch BPatG 30 W (pat) 33/15 – Steinpark).

b) Entsprechend verhält es sich bei den Dienstleistungen der Klasse 41 „Beratung über Unterhaltung; Organisation von Unterhaltungsdienstleistungen; Unterhaltungsdienstleistungen; Unterhaltungsdienstleistungen (live)“. Auch sie haben einen universellen sowie kaum abgrenzbaren Einsatzbereich und werden regelmäßig nicht themen- oder inhaltsbezogen gekennzeichnet. Zwar ist es vorstellbar, dass im Rahmen von beispielsweise Theatervorstellungen oder Shows Pyrotechnik zum Einsatz kommt. Sie kann damit Teil von Unterhaltungsdienstleistungen sein. Allerdings werden letztgenannte regelmäßig nicht durch den Begriff „Pyrorauch“ charakterisiert oder mit ihm beschrieben. Demzufolge kann dem Anmeldezeichen auch insoweit nicht die notwendige Unterscheidungskraft abgesprochen werden.

c) Aus vorstehenden Erwägungen folgt im Ergebnis weiter, dass der Eintragung des Anmeldezeichens im skizzierten Umfang kein Freihaltebedürfnis gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegensteht.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Beschluss steht der am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. 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 Rechtsbeschwerdeschrift muss von einer beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältin oder von einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet und innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe, eingereicht werden. Die Frist ist nur gewahrt, wenn die Rechtsbeschwerde vor Fristablauf beim Bundesgerichtshof eingeht. Die Frist kann nicht verlängert werden.

Kortbein

Söchtig

Kruppa

Fi