



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZB 21/02

vom

20. März 2003

in der Rechtsbeschwerdesache

betreffend die Marke Nr. 2 908 484

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 20. März 2003 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Starck, Prof. Dr. Bornkamm, Dr. Büscher und Dr. Schaffert

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluß des 32. Senats (Marken-Beschwerdesenats) des Bundespatentgerichts vom 23. Januar 2002 wird auf Kosten der Markeninhaberin zurückgewiesen.

Der Gegenstandswert der Rechtsbeschwerde wird auf 50.000 € festgesetzt.

Gründe:

I. Die Markeninhaberin ist Inhaberin der auf die Anmeldung vom 24. März 1994 kraft Verkehrsdurchsetzung am 29. Juni 1995 für die Ware "Sahnebonbons" eingetragenen farbigen dreidimensionalen Marke Nr. 2 908 484 gemäß der nachfolgenden Abbildung



Die Antragstellerin hat dagegen Löschantrag gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 1 und 3 MarkenG gestellt, weil der Marke jegliche Unterscheidungskraft fehle und die Verkehrsdurchsetzung zu Unrecht festgestellt worden sei.

Die Markeninhaberin hat der Löschung widersprochen und Verkehrsdurchsetzung geltend gemacht. Die Markenabteilung hat die Marke antragsgemäß gelöscht.

Die Beschwerde ist erfolglos geblieben.

Mit der (nicht zugelassenen) Rechtsbeschwerde begehrt die Markeninhaberin die Aufhebung des Beschlusses. Die Antragstellerin hat sich nicht geäußert.

II. Das Bundespatentgericht hat die Eintragungshindernisse der fehlenden Unterscheidungskraft und des Bestehens eines Freihaltungsbedürfnisses für gegeben erachtet und weiter ausgeführt:

Eine Verkehrsdurchsetzung der Marke i.S. von § 8 Abs. 3 MarkenG sei nicht gegeben. Keines der beiden vorgelegten EMNID-Gutachten sei geeignet, ein ausreichendes Maß an Verkehrsdurchsetzung glaubhaft zu machen.

Die im Eintragungsverfahren vorgelegte Befragung aus dem Jahre 1993 sei nur in Privathaushalten der alten Bundesländer durchgeführt worden und sei deshalb nicht aussagekräftig. Das Gutachten aus dem Jahre 1998 komme zu einem Durchsetzungsgrad von 50,7%, der angesichts des hohen Grades der Freihaltungsbedürftigkeit der Marke wegen der Üblichkeit der Verpackung nicht ausreiche, um die Eintragungshindernisse zu überwinden.

Es lägen letztlich auch keine Anhaltspunkte dafür vor, daß nunmehr ein ausreichendes Maß an Durchsetzung zu erwarten sei.

III. Die Rechtsbeschwerde, die im übrigen form- und fristgerecht eingelegt worden ist, ist auch statthaft, weil die Markeninhaberin mit ihr den absoluten Rechtsbeschwerdegrund der Versagung des rechtlichen Gehörs (§ 83 Abs. 3 Nr. 3 MarkenG) geltend macht. Sie ist aber in der Sache nicht begründet, weil der gerügte Verfahrensverstoß nicht vorliegt.

Für die Löschung der eingetragenen Marke ist der Nachweis erforderlich, daß der Löschungsgrund (§ 50 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG) auch noch im Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschantrag (§ 50 Abs. 2 Satz 1 MarkenG) vorliegt, also die Eintragungshindernisse des § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG noch bestehen und nicht durch Verkehrsdurchsetzung überwunden sind.

Hierzu hat die Markeninhaberin in der Beschwerdebegründung im einzelnen vorgetragen und in der mündlichen Verhandlung den Antrag gestellt,

eine erneute Verkehrsbefragung vorlegen zu dürfen; sie hat diesen Antrag in einem nachgelassenen Schriftsatz begründet und vorgebracht, daß der Nachweis eines Durchsetzungsgrades von über 66,7% geführt werden könne, sowie einen Befragungsvorschlag vorgelegt.

Dieses Vorbringen hat das Bundespatentgericht dahin beschieden, es lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, daß ein ausreichendes Maß an Verkehrsdurchsetzung zu erwarten sei. Es hat hierzu Bezug genommen auf den Schriftsatz der Markeninhaberin vom 19. Februar 2001, worin sie unter Hinweis darauf, daß die Sache ausgeschrieben sei, auf den Absatz ihrer Ware und ihre Werbeaufwendungen hingewiesen hat. Das Bundespatentgericht hat hieraus verfahrensfehlerfrei entnommen, daß seit 1998 der Warenabsatz und die Werbeaufwendungen sich rückläufig entwickelt haben. Seine Folgerung, es lägen keine Anhaltspunkte vor, daß entgegen der bereits vom Deutschen Patent- und Markenamt getroffenen Feststellung fehlender Verkehrsdurchsetzung eine solche sich nunmehr für die Folgezeit bejahen ließe, beruht auf vertretbarer Würdigung des Sachvortrags der Markeninhaberin. Ein Verstoß gegen das Gebot der Wahrung des rechtlichen Gehörs kann darin nicht gesehen werden.

IV. Danach war die Rechtsbeschwerde auf Kosten der Markeninhaberin (§ 90 Abs. 2 MarkenG) zurückzuweisen.

Ullmann

Starck

Bornkamm

Büscher

Schaffert