



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

I ZB 61/17

vom

21. Juni 2018

in der Rechtsbeschwerdesache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

#darferdas?

Richtlinie 2008/95/EG Art. 3 Abs. 1 Buchst. b

Dem Gerichtshof der Europäischen Union wird zur Auslegung von Art. 3 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Marken (ABl. Nr. L 299 vom 8. November 2008, S. 25) folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Hat ein Zeichen Unterscheidungskraft, wenn es praktisch bedeutsame und naheliegende Möglichkeiten gibt, es für die Waren oder Dienstleistungen als Herkunftshinweis zu verwenden, auch wenn es sich dabei nicht um die wahrscheinlichste Form der Verwendung des Zeichens handelt?

BGH, Beschluss vom 21. Juni 2018 - I ZB 61/17 - Bundespatentgericht

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 21. Juni 2018 durch die Richter Prof. Dr. Koch, Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke, den Richter Feddersen und die Richterin Dr. Schmaltz

beschlossen:

- I. Das Verfahren wird ausgesetzt.
- II. Dem Gerichtshof der Europäischen Union wird zur Auslegung von Art. 3 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Marken (ABl. Nr. L 299 vom 8. November 2008, S. 25) folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Hat ein Zeichen Unterscheidungskraft, wenn es praktisch bedeutsame und naheliegende Möglichkeiten gibt, es für die Waren oder Dienstleistungen als Herkunftshinweis zu verwenden, auch wenn es sich dabei nicht um die wahrscheinlichste Form der Verwendung des Zeichens handelt?

Gründe:

1 I. Die Markenstelle des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung der Wortmarke

#darferdas?

- soweit noch von Bedeutung - für folgende Waren der Klasse 25

Bekleidungsstücke, insbesondere T-Shirts; Schuhwaren; Kopfbedeckungen

wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückgewiesen. Die Beschwerde der Anmelderin ist ohne Erfolg geblieben (BPatG, Beschluss vom 3. Mai 2017 - 27 W(pat) 551/16, juris). Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt sie ihr Eintragungsbegehren weiter.

2 II. Das Bundespatentgericht hat angenommen, der angemeldeten Wortmarke fehle für die genannten Waren jegliche Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Dazu hat es ausgeführt:

3 Bei dem reinen Wortbestandteil des angemeldeten Zeichens handele es sich um eine in deutscher Sprache gehaltene unmittelbar verständliche Frage, die mit dem Fragezeichen entsprechend kenntlich gemacht sei. Die nicht regelgerechte Zusammenschreibung der Wörter und Kleinschreibung des ersten Buchstabes sei ein in der Werbung nicht unübliches stilistisches Mittel, das zudem bei der Formulierung als Hashtag weit verbreitet sei. Bei der Beurteilung des angegriffenen Zeichens in seiner Gesamtheit werde der angesprochene Verkehr das vorangestellte Rautezeichen "#" als Hinweis darauf verstehen, dass es um die schlagwortartige Bezeichnung eines Diskussionsthemas zu der Frage "Darf er das?" gehe. Dem Zeichen könne zwar weder ein beschreibender Gehalt noch ein enger beschreibender Bezug zu den angemeldeten Waren entnommen werden. Es handele sich jedoch um eine aus gebräuchlichen Wör-

tern der deutschen Sprache zusammengesetzte Zeichenfolge, die vom angesprochenen Verkehr stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werde.

- 4 Das gelte auch und gerade im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren "Bekleidungsstücke, insbesondere T-Shirts; Schuhwaren; Kopfbedeckungen". Diese seien oftmals mit "Fun-Sprüchen" oder bekenntnishaften Aussagen versehen. Bei der angemeldeten Bezeichnung handele es sich um eine derartige "Botschaft nach außen". Deshalb sei eine Verwendung der Zeichenfolge als deutlich sichtbarer Schriftzug auf der Vorderseite oder der Rückseite von Bekleidungsstücken wie T-Shirts oder als erkennbarer Schriftzug auf Kopfbedeckungen oder Schuhwaren und somit als Motiv die wahrscheinlichste und zugleich eine praktisch bedeutsame Verwendungsform der Zeichenfolge. Auf ebenfalls denkbare, aber weniger wahrscheinliche und auch praktisch nicht so bedeutsame anderweitige Verwendungen des angemeldeten Zeichens, beispielsweise auf dem Etikett eines Kleidungsstücks, komme es nicht an. Bei der im Vordergrund stehenden Verwendungsform als "Botschaft nach außen" verstünden die angesprochenen Verkehrskreise das angemeldete Zeichen dahingehend, dass dieses zu Überlegungen oder Diskussionen zum Thema "Darf er das?" anregen möchte. Dem stehe nicht entgegen, dass Hashtags ursprünglich aus dem Bereich der sozialen Medien stammten. Denn sie würden auch im analogen Bereich und insbesondere in dekorativer Form auf Bekleidungsstücken verwendet und seien so bereits im Zeitpunkt der Anmeldung des Zeichens verwendet worden. Der angesprochene Verkehr sehe in einem gut sichtbaren Aufdruck der Zeichenfolge "#darferdas?" auf Bekleidungsstücken, Kopfbedeckungen oder Schuhen lediglich ein Gestaltungsmittel und keinen Herkunftshinweis.

- 5 III. Der Erfolg der Rechtsbeschwerde hängt davon ab, ob Art. 3 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2008/95/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Marken (MarkenRL) dahin auszulegen ist, dass ein Zeichen Unterscheidungskraft hat, wenn es praktisch bedeutsame und naheliegende Möglichkeiten gibt, es für die Waren oder Dienstleistungen als Herkunftshinweis zu verwenden, auch wenn es sich dabei nicht um die wahrscheinlichste Form der Verwendung des Zeichens handelt. Diese Frage lässt sich unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht zweifelsfrei beantworten. Vor der Entscheidung über die Rechtsbeschwerde ist das Verfahren deshalb auszusetzen und diese Frage gemäß Art. 267 Abs. 1 Buchst. b und Abs. 3 AEUV dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Vorabentscheidung vorzulegen.
- 6 1. Nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG sind Marken, denen für die Waren oder Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft fehlt, von der Eintragung ausgeschlossen. Diese Vorschrift setzt Art. 3 Abs. 1 Buchst. b MarkenRL ins nationale Recht um und ist daher richtlinienkonform auszulegen. Nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. b MarkenRL sind Marken, die keine Unterscheidungskraft haben, von der Eintragung ausgeschlossen.
- 7 2. Unterscheidungskraft im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchst. b MarkenRL und § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden, das die in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und die Waren oder Dienstleistungen damit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet. Denn die Hauptfunktion der Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten (zu Art. 7 Abs. 1 Buchst. b GMV vgl. EuGH, Urteil vom 21. Januar 2010 - C-398/08, GRUR 2010, 228 Rn. 33 =

WRP 2010, 364 - Audi [Vorsprung durch Technik]; BGH, Beschluss vom 17. Oktober 2013 - I ZB 11/13, GRUR 2014, 376 Rn. 11 = WRP 2014, 449 - grillmeister; Beschluss vom 10. Juli 2014 - I ZB 81/13, GRUR 2015, 173 Rn. 13 = WRP 2015, 195 - for you; Beschluss vom 21. Juli 2016 - I ZB 52/15, BGHZ 211, 268 Rn. 13 - Sparkassen-Rot).

- 8           Keine Unterscheidungskraft haben Zeichen, die einen beschreibenden Begriffsinhalt enthalten, der für die in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen ohne weiteres und ohne Unklarheiten als solcher erfasst wird. Bei derartigen beschreibenden Angaben gibt es keinen tatsächlichen Anhaltspunkt, dass der Verkehr sie als Unterscheidungsmittel versteht. Auch Angaben, die sich auf Umstände beziehen, die die Ware oder die Dienstleistung selbst nicht unmittelbar betreffen, fehlt die Unterscheidungskraft, wenn durch die Angabe ein enger beschreibender Bezug zu den angemeldeten Waren oder Dienstleistungen hergestellt wird und deshalb die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Verkehr den beschreibenden Begriffsinhalt als solchen ohne Weiteres und ohne Unklarheiten erfasst und in der Bezeichnung nicht ein Unterscheidungsmittel für die Herkunft der angemeldeten Waren oder Dienstleistungen sieht (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Mai 2014 - I ZB 29/13, GRUR 2014, 1204 Rn. 12 = WRP 2014, 1462 - DüsseldorfCongress, mwN). Keine Unterscheidungskraft haben ferner Marken, die aus gebräuchlichen Wörtern der deutschen Sprache oder einer bekannten Fremdsprache bestehen und die vom angesprochenen Verkehr stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werden (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Februar 2014 - I ZB 3/13, GRUR 2014, 569 Rn. 26 = WRP 2014, 573 - HOT, mwN).

- 9                    3. Das Bundespatentgericht hat angenommen, nach diesen Grundsätzen habe die angemeldete Marke "#darferdas?" keine Unterscheidungskraft, weil es sich dabei um eine aus gebräuchlichen Wörtern der deutschen Sprache zusammengesetzte Zeichenfolge handele, die vom angesprochenen Verkehr stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werde.
- 10                    a) Die Rechtsbeschwerde wendet sich ohne Erfolg gegen die Annahme des Bundespatentgerichts, bei der angemeldeten Wortmarke "#darferdas?" handele sich um eine aus gebräuchlichen Wörtern der deutschen Sprache zusammengesetzte Zeichenfolge.
- 11                    aa) Das Bundespatentgericht hat angenommen, bei dem reinen Wortbestandteil des angemeldeten Zeichens handele es sich um eine in deutscher Sprache gehaltene unmittelbar verständliche Frage, die mit dem Fragezeichen entsprechend kenntlich gemacht sei. Die nicht regelgerechte Zusammenschreibung der Wörter und Kleinschreibung des ersten Buchstabes sei ein in der Werbung nicht unübliches stilistisches Mittel, das zudem bei der Formulierung als Hashtag weit verbreitet sei. Bei der Beurteilung des angegriffenen Zeichens in seiner Gesamtheit werde der angesprochene Verkehr das vorangestellte Rautezeichen "#" als Hinweis darauf verstehen, dass es um die schlagwortartige Bezeichnung eines Diskussionsthemas zu der Frage "Darf er das?" gehe.
- 12                    bb) Die Rechtsbeschwerde rügt, die zusammenhängende Zeichenfolge ergebe entgegen der Auffassung des Bundespatentgerichts kein gebräuchliches Wort und erst recht keine verständliche Frage. Ein Rautezeichen zu Beginn einer Frage sei völlig unüblich. Es handele sich auch nicht um einen Hashtag, da Satzzeichen nicht Bestandteil eines Hashtags sein könnten. Bei einer Gesamtbetrachtung verfremde das Rautezeichen zusammen mit der Klein- und Zusammenschreibung die Frage "Darf er das?" derart, dass der angesprochene Verkehrskreis die Zeichenfolge nicht als Frage auffasse.

- 13 cc) Mit dieser Rüge kann die Rechtsbeschwerde nicht durchdringen. Sie ersetzt damit lediglich die tatrichterliche Beurteilung durch ihre eigene Sichtweise, ohne einen Rechtsfehler des Bundespatentgerichts aufzuzeigen.
- 14 (1) Das Bundespatentgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass der angesprochene Verkehr in dem angemeldeten Zeichen eine Wortfolge erkennt. Nach den Feststellungen des Bundespatentgerichts ist die Klein- und Zusammenschreibung von Wortfolgen nach einem Rautezeichen weit verbreitet. Zur Begründung seiner Auffassung hat das Bundespatentgericht auf bereits im Anmeldezeitpunkt bekannte Hashtags wie #aufschrei, #blacklivesmatter oder #jesuischarlie verwiesen. Es hat weiter angenommen die angesprochenen Verkehrskreise könnten die kurze, ihrerseits aus nur drei ebenfalls kurzen Wörtern bestehende Zeichenfolge unschwer auf einen Blick erfassen. Weiter hat es festgestellt, dass Hashtags - was die Rechtsbeschwerde nicht in Zweifel zieht - Begriffe oder Wortfolgen sind, die als Schlagworte oder zur Benennung von Diskussionsthemen insbesondere in sozialen Medien wie Twitter dienen und auf weitere Beiträge zu diesem Schlagwort verweisen oder verlinken. Durch die häufige Verwendung von Hashtags in der Werbung und in sozialen Medien sind die angesprochenen Verkehrskreise nach den Feststellungen des Bundespatentgerichts daran gewöhnt, klein- und zusammengeschrriebene Wortfolgen - selbst in Fremdsprachen - zu erfassen und gedanklich zu trennen. Insofern trägt das Rautezeichen zur Verständlichkeit der Wortfolge bei und ist dieser, anders als die Rechtsbeschwerde meint, nicht abträglich. Der Verkehr erwartet nach einem Rautezeichen eine zusammengeschrriebene Phrase und stellt sich deshalb bereits im Vorhinein auf die notwendige gedankliche Trennung ein.
- 15 (2) Das Bundespatentgericht hat ferner ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Wortfolge wegen des Fragezeichens an ihrem Ende auf einen Blick als Frage erfasst wird. Es hat insofern auf das korrekte Satzzeichen, die zutreffen-

de grammatikalische Syntax und die wenigen und kurzen Worte verwiesen. Das ist von Rechts wegen nicht zu beanstanden. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ändert das vorangestellte Rautezeichen daran nichts. Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, dass die angemeldete Wortfolge keinen Hashtag im eigentlichen, technischen Sinne darstellt; ein solcher scheidet bereits deswegen aus, weil bei der Verwendung auf Bekleidungsstücken die einem digitalen Hashtag innewohnende Verlinkung nicht gegeben ist. Dass bei der Verwendung in digitalen Medien ein Fragezeichen nicht Bestandteil eines Hashtags sein kann, ist deshalb nicht von Bedeutung. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass die angesprochenen Verkehrskreise bei einem Rautezeichen, mit dem sie sowohl in sozialen Medien als auch in klassischen Medien ständig konfrontiert sind, ein Schlagwort oder ein aktuelles Diskussionsthema erwarten (vgl. Bingener/Bührer, MarkenR 2018, 185, 188). Ein solches Thema kann auch mit einer Frage angesprochen werden.

16           b) Die Rechtsbeschwerde wendet sich ferner gegen die Annahme des Bundespatentgerichts, die angemeldete Marke werde vom angesprochenen Verkehr stets nur als eine aus gebräuchlichen Wörtern der deutschen Sprache zusammengesetzte Zeichenfolge und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden.

17           aa) Das Bundespatentgericht hat angenommen, im Rahmen der Prüfung des Schutzhindernisses der fehlenden Unterscheidungskraft sei auf die wahrscheinlichste Verwendungsform des Zeichens abzustellen. Auf ebenfalls denkbare - aber weniger wahrscheinliche und auch praktisch nicht so bedeutsame - anderweitige Verwendungen komme es nicht an. In Bezug auf die hier in Rede stehenden Waren sei eine Verwendung der Zeichenfolge als deutlich sichtbarer Schriftzug auf der Vorderseite oder Rückseite von Bekleidungsstücken wie T-Shirts oder als erkennbarer Schriftzug auf Kopfbedeckungen oder Schuhwa-

ren die wahrscheinlichste und zugleich eine praktisch bedeutsame Verwendungsform. Eine anderweitige Verwendung des Zeichens für diese Waren, beispielsweise auf dem Etikett eines Kleidungsstücks, sei zwar ebenfalls denkbar, aber weniger wahrscheinlich und auch praktisch nicht so bedeutsam. Bei der im Vordergrund stehenden Verwendungsform als "Botschaft nach außen" verstünden die angesprochenen Verkehrskreise das Zeichen als Anregung zu Überlegungen oder Diskussionen zum Thema "Darf er das?". In einem gut sichtbaren Aufdruck der Zeichenfolge "#darferdas?" auf Bekleidungsstücken, Kopfbedeckungen oder Schuhen sehe der angesprochene Verkehr lediglich ein Gestaltungsmittel und keinen Herkunftshinweis.

- 18           bb) Das Bundespatentgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass bei der Prüfung, ob das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft besteht, auf die Kennzeichnungsgewohnheiten in dem maßgeblichen Warensektor abzustellen ist (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juli 2004 - I ZR 204/01, GRUR 2004, 865, 866 [juris Rn. 36 f.] = WRP 2004, 1281 - Mustang). Hierzu rechnet die Art und Weise, in der Kennzeichnungsmittel bei den betreffenden Waren üblicherweise verwendet werden, und insbesondere die Stelle, an der sie angebracht werden (BGH, Beschluss vom 24. April 2008 - I ZB 21/06, GRUR 2008, 1093 Rn. 22 = WRP 2008, 1428 - Marlene-Dietrich-Bildnis I). Im Bekleidungssektor findet der Verkehr in unterschiedlicher Größe angebrachte Aufdrucke markenrechtlich geschützter Zeichen auf Bekleidungsstücken vor (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 2016 - I ZR 191/15, GRUR 2017, 730 Rn. 22 = WRP 2017, 811 - Sierpinski-Dreieck, mwN). Die Antwort auf die Frage, ob der Verkehr ein auf einem Bekleidungsstück angebrachtes Zeichen als Hinweis auf die Herkunft des Bekleidungsstücks oder als bloßes dekoratives Element auffasst, kann nach der Art und der Platzierung des Zeichens variieren. Bei Bildern, Motiven, Symbolen und Wörtern, die auf der Vorderseite oder der Rückseite von Bekleidungsstücken angebracht sind, geht der Verkehr nicht generell davon

aus, es handele sich um einen Herkunftshinweis; ob dies der Fall ist, bedarf vielmehr einer Beurteilung im jeweiligen Einzelfall (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 2010 - I ZR 92/08, GRUR 2010, 838 Rn. 20 = WRP 2010, 1043 - DDR-Logo; Urteil vom 14. Januar 2010 - I ZR 82/08, juris Rn. 20 - CCCP; BGH, GRUR 2017, 730 Rn. 22 - Sierpinski-Dreieck). Dagegen wird der Verkehr in Zeichen, die sich auf eingenähten Etiketten auf der Innenseite von Bekleidungsstücken befinden, regelmäßig einen Herkunftshinweis sehen (vgl. BGH, GRUR 2008, 1093 Rn. 22 - Marlene-Dietrich-Bildnis I; GRUR 2017, 730 Rn. 22 - Sierpinski-Dreieck; vgl. auch BGH, Beschluss vom 8. März 2012 - I ZB 13/11, GRUR 2012, 1044 Rn. 20 = WRP 2012, 1398 - Neuschwanstein).

19           cc) Das Bundespatentgericht hat angenommen, im Rahmen der Prüfung des Schutzhindernisses der fehlenden Unterscheidungskraft sei auf die wahrscheinlichste Verwendungsform des Zeichens abzustellen. Auf ebenfalls denkbare - aber weniger wahrscheinliche und auch praktisch nicht so bedeutsame - anderweitige Verwendungen komme es nicht an. Es ist fraglich, ob diese Auffassung zutrifft. Nach Ansicht des Senats ist nur dann allein auf die wahrscheinlichste Verwendungsform des Zeichens abzustellen, wenn andere mögliche Verwendungsformen des Zeichens nicht praktisch bedeutsam oder nicht nahelegend sind.

20           (1) Der Gerichtshof der Europäischen Union hat für eine Bildmarke ausgesprochen, dass Art. 7 Abs. 1 Buchst. b GMV/UMV keine Verpflichtung entnommen werden kann, im Eintragungsverfahren die Prüfung der Unterscheidungskraft auf andere Verwendungen der angemeldeten Marke zu erstrecken als diejenige, die die prüfende Stelle mit Hilfe ihrer Sachkunde auf diesem Gebiet als die wahrscheinlichste erkennt (EuGH, Beschluss vom 26. April 2012 - C-307/11, GRUR 2013, 519 Rn. 55 - Deichmann SE [umsäumter Winkel]). Die Auslegung von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b GMV/UMV durch den Gerichtshof der

Europäischen Union ist auch für die Auslegung von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG maßgeblich. Das in § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG geregelte absolute Schutzhindernis der mangelnden Unterscheidungskraft ist zwingend von Art. 3 Abs. 1 Buchst. b MarkenRL vorgegeben und deshalb richtlinienkonform auszulegen (vgl. Hacker in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl., Einl. Rn. 23). Die Richtlinienvorschrift entspricht Art. 7 Abs. 1 Buchst. b GMV/UMV. Auch wenn es sich beim nationalen Markenrecht und dem Unionsmarkenrecht um voneinander unabhängige Rechtssysteme handelt, kann bei der Anwendung des auf der Markenrichtlinie beruhenden Markengesetzes auf Erkenntnisse zum Unionsmarkenrecht zurückgegriffen werden (vgl. EuGH, Urteil vom 16. September 2015 - C-215/14, GRUR 2015, 1198 Rn. 45 = WRP 2015, 1455 - Nestlé/Cadbury [Kit Kat]; BGH, Urteil vom 27. März 2013 - I ZR 100/11, GRUR 2013, 631 Rn. 23 = WRP 2013, 778 - AMARULA/Marulablu; Hacker in Ströbele/Hacker/Thiering aaO Einl. Rn. 36).

21 (2) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss im Eintragsverfahren für die Annahme der Unterscheidungskraft nicht jede denkbare Verwendung des Zeichens markenmäßig sein. Es genügt, wenn es praktisch bedeutsame und naheliegende Möglichkeiten gibt, das angemeldete Zeichen bei den Waren und Dienstleistungen, für die es Schutz beansprucht, so zu verwenden, dass es vom Verkehr ohne weiteres als Marke verstanden wird (vgl. BGH, Beschluss vom 21. September 2000 - I ZB 35/98, GRUR 2001, 240, 242 - SWISS-ARMY; BGH, GRUR 2008, 193 Rn. 22 - Marlene-Dietrich-Bildnis I; BGH, Beschluss vom 31. März 2010 - I ZB 62/09, BGHZ 185, 152 Rn. 21 - Marlene-Dietrich-Bildnis II; Beschluss vom 24. Juni 2010 - I ZB 115/08, GRUR 2010, 1100 Rn. 28 - TOOOR!; BGH, GRUR 2012, 1044 Rn. 20 - Neuschwanstein). Nach Ansicht des Senats steht diese Rechtsprechung mit den vorgenannten Ausführungen des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Entscheidung "Deichmann SE" in Einklang. Diese Ausführungen sind nach Auffas-

sung des Senats dahin zu verstehen, dass bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft die Prüfung nur dann auf die wahrscheinlichste Verwendungsform zu beschränken ist, wenn die übrigen in Betracht kommenden Verwendungsformen nicht praktisch bedeutsam oder naheliegend sind (vgl. BGH, GRUR 2014, 1204 Rn. 21 - DüsseldorfCongress; vgl. Ströbele, MarkenR 2012, 455, 458). Es ist nicht gerechtfertigt, einer Marke die Eintragung wegen fehlender Unterscheidungskraft zu versagen, wenn es praktisch bedeutsame oder naheliegende Möglichkeiten gibt, die Marke als Herkunftshinweis für die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen zu verwenden.

22 (3) Die Frage ist entscheidungserheblich.

23 Das Bundespatentgericht hat angenommen, in Bezug auf die hier in Rede stehenden Waren sei eine Verwendung der Zeichenfolge als deutlich sichtbarer Schriftzug auf der Vorderseite oder Rückseite von Bekleidungsstücken wie T-Shirts oder als erkennbarer Schriftzug auf Kopfbedeckungen oder Schuhwaren die wahrscheinlichste und zugleich eine praktisch bedeutsame Verwendungsform. Eine anderweitige Verwendung des Zeichens für diese Waren, beispielsweise auf dem Etikett eines Kleidungsstücks, sei zwar ebenfalls denkbar, aber weniger wahrscheinlich und auch praktisch nicht so bedeutsam. Bei der im Vordergrund stehenden Verwendungsform als "Botschaft nach außen" verstünden die angesprochenen Verkehrskreise das Zeichen als Anregung zu Überlegungen oder Diskussionen zum Thema "Darf er das?". In einem gut sichtbaren Aufdruck der Zeichenfolge "#darferdas?" auf Bekleidungsstücken, Kopfbedeckungen oder Schuhen sehe der angesprochene Verkehr lediglich ein Gestaltungsmittel und keinen Herkunftshinweis.

- 24 Die Rechtsbeschwerde macht zwar ohne Erfolg geltend, eine dekorative Verwendung sei weder die wahrscheinlichste noch eine praktisch bedeutsame oder naheliegende Verwendung des Zeichens. Bei Bekleidungsstücken liege es vielmehr nahe, dass eine eingetragene Marke zumindest auch auf Einnähetiketten verwendet werde. Selbst bei einer Verwendung als Schriftzug auf Kleidungsstücken könne das Zeichen auf die betriebliche Herkunft hinweisen, weil es sich dabei nicht um einen "Fun-Spruch" oder eine andere bekenntnishafte Aussage handele. Damit ersetzt die Rechtsbeschwerde erneut die tatrichterliche Beurteilung durch ihre eigene, ohne einen Rechtsfehler des Bundespatentgerichts aufzuzeigen.
- 25 Für das Rechtsbeschwerdeverfahren ist aber mangels abweichender Feststellungen des Bundespatentgerichts zugunsten der Anmelderin davon auszugehen, dass es neben einer dekorativen Verwendung auch andere praktisch bedeutsame und naheliegende Möglichkeiten einer Verwendung des Zeichens für die hier in Rede stehenden Waren, beispielsweise auf dem Etikett eines Kleidungsstücks, gibt. Dem steht nicht entgegen, dass nach den Feststellungen des Bundespatentgerichts eine solche Verwendung im Verhältnis zu einer Verwendung etwa als Schriftzug auf der Vorderseite eines Kleidungsstücks weniger wahrscheinlich und auch praktisch nicht so bedeutsam und naheliegend ist. Sind der Prüfung der Unterscheidungskraft sämtliche praktisch

bedeutsamen oder naheliegenden Verwendungsformen des Zeichens zugrunde zu legen, kann dem angemeldeten Zeichen nach den bisherigen Feststellungen nicht jegliche Unterscheidungskraft abgesprochen werden.

Koch

Löffler

Schwonke

Feddersen

Schmaltz

Vorinstanz:

Bundespategericht, Entscheidung vom 03.05.2017 - 27 W(pat) 551/16 -