

**Titel:**

**Teillöschung der eingetragenen deutschen Wortmarke**

**Normenkette:**

MarkenG § 26, § 49, § 55

StVG § 1 Abs. 2

**Leitsätze:**

1. Die dem Beklagten einer markenrechtlichen Löschungsklage obliegende sekundäre Darlegungslast hat keine Umkehr der Beweislast zur Folge. Trägt der Beklagte daher hinreichend zu Art und Umfang seiner Benutzung vor, hat der Kläger die Unrichtigkeit des Beklagtenvortrags zu beweisen. (Rn. 12)

2. Die Benutzung einer Marke für Fahrräder ohne und mit elektrischem Unterstützungsmotor wirkt für den Oberbegriff „durch Muskelkraft betriebene Landfahrzeuge (ohne Automobile), die zusätzlich elektrisch angetrieben werden können“ rechtserhaltend. (Rn. 20 ff.)

**Schlagwort:**

Benutzung

**Vorinstanz:**

LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 07.06.2018 – 19 O 6875/16

**Weiterführende Hinweise:**

Die Berufung wurde nach dem Hinweisbeschluss zurückgenommen.

**Fundstellen:**

MD 2019, 620

BeckRS 2019, 5319

GRUR-RR 2019, 221

LSK 2019, 5319

**Tenor**

Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Klagepartei gegen das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 07.06.2018, Az. 19 O 6875/16, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig der Auffassung ist, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

**Entscheidungsgründe**

I.

1

Die Parteien streiten um einen Anspruch auf Teillöschung der eingetragenen deutschen Wortmarke Nr. [...] „T...“ (Klagemarke) auf Grund fehlender ernsthafter Benutzung.

2

Die Klagemarke wurde am 30.01.1925 in das Markenregister beim DMPMA eingetragen und von der Beklagten im Jahr 2006 käuflich erworben. Sie ist derzeit für die Waren „Landfahrzeuge (ausgenommen Automobile), Luft- und Wasserfahrzeuge, Motorräder, Fahrräder, Motorrad- und Fahrradbestandteile“ der Klasse 12 eingetragen.

3

Die Beklagte verkaufte im Zeitraum von 2011 bis 2016 durchschnittlich mehr als 10 unterschiedliche T...-Fahrrad-Modelle pro Jahr und erzielte damit im Zeitraum 2011 bis 2016 einen Gesamtumsatz von ca. 21,6 Mio. €, d.h. durchschnittlich 3,6 Mio. pro Jahr, wobei die Produkte auch umfassend beworben wurden.

**4**

Mit Endurteil vom 07.06.2018 verurteilte das Landgericht die Beklagte, in die Löschung der Waren „Motorräder“, „Motorrad- und Fahrradbestandteile“ aus dem Warenverzeichnis sowie der Einschränkung des Warenbegriffes „Landfahrzeuge (ausgenommen Automobile)“ in „durch Muskelkraft betriebene Landfahrzeuge (ohne Automobile), die zusätzlich elektrisch angetrieben werden können“ im Warenverzeichnis der Klagemarke beim Deutschen Marken- und Patentamt zuzustimmen. Zur Begründung führte das Landgericht u.a. aus, dass die Beklagte die Streitmarke für Fahrräder gemäß § 26 Abs. 3 MarkenG rechtserhaltend benutzt habe, so dass insoweit kein Löschungsanspruch bestehe und die Klage abzuweisen sei. Die Warengruppe der „Landfahrzeuge (ohne Automobile)“ sei in „durch Muskelkraft betriebene Landfahrzeuge (ohne Automobile), die zusätzlich elektrisch angetrieben werden können“ einzuschränken, denn die Nutzungsnachweise der Beklagten würden zeigen, dass die Beklagte Fahrräder ohne und mit Unterstützungsmotor unter der streitgegenständlichen Marke „T...“ veräußere.

**5**

Gegen dieses Urteil wendet sich teilweise die Klägerin in ihrer Berufung. Sie beantragt, unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Nürnberg-Fürth, die Beklagte zu verurteilen, in die Löschung der Waren „Motorräder“, „Motorrad- und Fahrradbestandteile“ sowie „Landfahrzeuge (ausgenommen Automobile)“ aus dem Warenverzeichnis der Klagemarke einzuwilligen. Die Klägerin akzeptiert somit die Teilklageabweisung in Bezug auf „Fahrräder“. Sie greift das Urteil nur insoweit an, als in dem Urteil die Beklagte nicht in die vollständige Löschung der Waren „Landfahrzeuge (ausgenommen Automobile)“, sondern nur dazu verurteilt wurde, in die Einschränkung in „durch Muskelkraft betriebene Landfahrzeuge (ohne Automobile), die zusätzlich elektrisch angetrieben werden können“ im Warenverzeichnis einzuwilligen. Zur Begründung führt die Klägerin u.a. aus, dass die von der Beklagten vorgelegten Benutzungsnachweise keine Benutzung der Klagemarke für Elektrofahrräder belegen würde. Darüber hinaus wäre die Benutzung von „Pedelecs“ durch die Warengruppe „Fahrräder“ erfasst.

**6**

Die Beklagte beantragt, die Berufung der Klägerin zurückzuweisen. Gleichzeitig beantragt sie im Rahmen der Anschlussberufung, das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth aufzuheben, soweit die Beklagte verurteilt wurde, in die Löschung der Waren „Motorräder“ einzuwilligen sowie der Einschränkung des Warenbegriffes „Landfahrzeuge (ausgenommen Automobile)“ in „durch Muskelkraft betriebene Landfahrzeuge (ohne Automobile), die zusätzlich elektrisch angetrieben werden können“ zuzustimmen, und die Klage insoweit abzuweisen. Sie akzeptiert somit eine Teilverurteilung in die Einwilligung zur Löschung der Warengruppe „Motorrad- und Fahrradbestandteile“.

**7**

Wegen des weiteren Vorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlage Bezug genommen.

II.

**8**

Die klägerische Berufung ist offensichtlich unbegründet. Das Landgericht Nürnberg-Fürth hat zu Recht einen Löschungsanspruch der Klägerin wegen Verfalls gemäß § 55 Abs. 1 i.V.m. § 49 MarkenG für die (eingeschränkte) Warengruppe „durch Muskelkraft betriebene Landfahrzeuge (ohne Automobile), die zusätzlich elektrisch angetrieben werden können“ verneint.

**9**

1. Die Klägerin hat nicht nachgewiesen, dass die Beklagte die Klagemarke nicht für Fahrräder ohne und mit elektrischem Unterstützungsmotor benutzt.

**10**

a) Es ergibt sich aus dem - für das Berufungsgericht bindenden - unstreitigen Tatbestand des erstgerichtlichen Urteils, dass die Beklagte die Klagemarke für die Warengruppe „Fahrräder ohne elektrischem Unterstützungsmotor“ (ernsthaft) benutzt. Die Klagepartei greift das insoweit klageabweisende Urteil auch nicht an.

**11**

b) Die Klägerin bleibt beweisfällig dafür, dass die Beklagte die Klagemarke nicht für die Warengruppe „Fahrräder mit elektrischem Unterstützungsmotor“ (ernsthaft) benutzt.

## 12

aa) Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen der Löschungsklage trifft die Klagepartei. Den Beklagten einer Löschungsklage trifft lediglich nach dem auch im Prozessrecht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB eine prozessuale Erklärungspflicht, wenn der Löschungskläger keine genaue Kenntnis von den Umständen der Benutzung der Marke hat und auch nicht über die Möglichkeit verfügt, den Sachverhalt von sich aus aufzuklären (BGH, GRUR 2015, 685, Rn. 10 - STAYER). Diese sogenannte sekundäre Darlegungslast hat jedoch keine Umkehr der Beweislast zur Folge. Sie bewirkt lediglich, dass der Beklagte die Behauptung der Nichtbenutzung des Klägers nicht einfach, sondern nur substantiiert bestreiten kann, d.h. im Einzelnen zu Art und Umfang seiner Benutzung vortragen muss. Entspricht er dieser sekundären Darlegungslast, ist es wieder Sache des Klägers, die Nichtbenutzung zu beweisen. Der Kläger kann sich somit nicht darauf beschränken, den im Rahmen der sekundären Darlegungslast unterbreiteten Vortrag des Beklagten zu bestreiten. Vielmehr bleibt es an ihm, dessen Unrichtigkeit erforderlichenfalls zu beweisen (Thiering, in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl. 2018, § 55 Rn. 44).

## 13

bb) Die Beklagte hat im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast hinreichend zu einer (ernsthaften) Nutzung der Klagemarke für Fahrräder mit elektrischem Unterstützungsmotor vorgetragen.

## 14

In der ersten Instanz führte die Beklagte aus, dass sie unter der Klagemarke im Zeitraum von 2011 bis 2016 für „Fahrräder, einschließlich Elektrofahrräder“ einen Gesamtumsatz von ca. 21,6 Mio. €, d.h. durchschnittlich 3,6 Mio. pro Jahr, erzielt habe. Darüber hinaus legte sie Werbeanzeigen und Broschüren vor (Anlagenkonvolute AR 14 und AR 16), in denen auch Fahrräder mit elektromotorischem Hilfsantrieb gezeigt werden.

## 15

In der Berufungserwiderung führte die Beklagte aus, dass sie im Zeitraum von 2013 bis 2018 unter der Marke T... 6.310 Elektrofahrräder zu einem durchschnittlichen Verkaufspreis von ca. 2.000,00 Euro brutto verkauft habe. Die Stückzahlen würden sich wie folgt verteilen:

2013 830 Stück

2014 750 Stück

2015 600 Stück

2016 210 Stück

2017 2.000 Stück

2018 1.920 Stück

## 16

Die Beklagte habe damit seit 2013 fast jedes Jahr einen Umsatz von über einer Million Euro mit Elektrofahrrädern unter der Marke T... erwirtschaftet.

## 17

Die Klägerin beantragt, diese erstmals in der Berufungserwiderung gemachten Angaben zu verkauften Stückzahlen von Elektrofahrrädern zurückzuweisen. Die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO liegen jedoch nicht vor. Denn der Vortrag zu den Umsatzzahlen ist unstrittig geblieben, weshalb er nicht gemäß § 531 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen werden darf, da unstrittige Tatsachen, die erstmals im Berufungsrechtszug vorgetragen werden, stets zu berücksichtigen sind (BGH, r+s 2015, 212 Rn. 5). Darüber hinaus ist ein Vorbringen einer Partei nicht neu i.S.v. § 531 Abs. 2 ZPO, wenn ein bereits schlüssiges Vorbringen aus der ersten Instanz durch weitere Tatsachenbehauptungen zusätzlich konkretisiert, verdeutlicht oder erläutert wird (BGH, NJW-RR 2009, 1236 Rn. 9).

## 18

cc) Die Klägerin hat keinen Nachweis dafür erbracht, dass der (hinreichend substantiierte) Vortrag der Beklagten zur Nutzung der Klagemarke für „Fahrräder mit elektrischem Unterstützungsmotor“ unzutreffend ist.

## 19

2. Vor dem Hintergrund dieser zugrunde zu legenden Benutzung der Klagemarke für Fahrräder ohne und mit elektrischem Unterstützungsmotor ist es nicht zu beanstanden, dass das Erstgericht hinsichtlich der Warengruppe „Landfahrzeuge (ohne Automobile)“ lediglich eine Einschränkung auf den Oberbegriff „durch Muskelkraft betriebene Landfahrzeuge (ohne Automobile), die zusätzlich elektrisch angetrieben werden können“ vorgenommen und im Übrigen diesbezüglich die Löschungsklage abgewiesen hat.

## 20

a) Die rechtserhaltende Benutzung einer Marke erfordert, dass die Marke in üblicher und sinnvoller Weise für die Ware verwendet wird, für die sie eingetragen ist. Allerdings ist die Markeneintragung im Löschungsverfahren wegen Verfalls nicht auf die Waren oder Dienstleistungen zu beschränken, für die die Marke tatsächlich benutzt worden ist. Die gebotene wirtschaftliche Betrachtungsweise und das berechnete Interesse des Zeicheninhabers, in seiner geschäftlichen Bewegungsfreiheit nicht über Gebühr eingeengt zu werden, rechtfertigen es vielmehr, darüber hinaus auch die Waren im Warenverzeichnis zu belassen, die nach der Verkehrsauffassung gemeinhin zum gleichen Warenbereich gehören. Dadurch wird ein sachgerechter Ausgleich erzielt zwischen dem Interesse des Markeninhabers, in seiner geschäftlichen Bewegungsfreiheit nicht über Gebühr eingeengt zu werden, und dem Interesse an der Freihaltung des Registers von Marken, die für einen Teil der Waren und Dienstleistungen nicht benutzt werden. Zum gleichen Warenbereich in diesem Sinne gehören gemeinhin Waren, die in ihren Eigenschaften und ihrer Zweckbestimmung weitgehend übereinstimmen (BGH, GRUR 2014, 662 Rn. 12 - Probiotik).

## 21

Bei der zur Integration verkehrsüblicher Produktbereiche erforderlichen Abwägung kommt es darauf an, ob das tatsächlich benutzte Einzelprodukt sowie die ihm verwandten Produkte typischerweise von dem Produktoberbegriff erfasst werden, der diese gleichsam stellvertretend bezeichnet, oder ob sich die tatsächlich benutzten Produkte von den gleichfalls unter den Oberbegriff zu subsumierenden Produkte nach ihrer Art und Verwendung eindeutig abheben. Eine Aufspaltung der Warenverzeichnisse in sämtliche nur denkbaren Spezialprodukte wird den berechtigten Bedürfnissen der Markenpraxis sowie den tatsächlichen Marktverhältnissen nicht gerecht und bedeutet eine Überspannung der mit dem Benutzungszwang verfolgten Zielsetzungen (Fezer, MarkenR, 4. Aufl. 2009, § 26 MarkenG Rn. 131).

## 22

Im Falle eines breiten Oberbegriffs muss innerhalb des Oberbegriffs eine angemessene Untergruppe bestimmt werden, für welche die Zuerkennung der rechtserhaltenden Benutzung gerechtfertigt erscheint (vgl. BGH, GRUR 2002, 59, 63 - ISCO; GRUR, 2008, 616 Rn. 22 - AKZENTA; GRUR 2012, 64 Rn. 10 f. - Maalox/Melox-GRY). Eine Einschränkung auf einen konkreteren Verwendungszweck und engere Nutzerkreise ist allerdings unzulässig, wenn unterschiedliche Warenbereiche nicht festgestellt werden können und sich zu dem Oberbegriff auch keine „Untergruppen“ bilden lassen (vgl. BGH GRUR 2009, 60, Rn. 32 - LOTTOCARD). Ist dagegen eine Marke für eine Gruppe von Waren eingetragen, die so weit ist, dass darin verschiedene Untergruppen ausgemacht werden können, die sich jeweils als selbstständig ansehen lassen, wird der Schutz, der aus dem Nachweis fließt, dass die Marke für einen Teil dieser Waren ernsthaft benutzt worden ist, nur derjenigen Untergruppe zuteil, zu der die Waren gehören, für die die Marke tatsächlich benutzt worden ist (EuG, GRUR Int 2005, 914 Rn. 45 - Reckitt Benckiser).

## 23

So fallen beispielsweise „Schaumbäder und Seifen“ mangels engerer Untergruppe unter den Begriff „Mittel zur Körper- und Schönheitspflege“ (OLG Köln, BeckRS 2010, 03704). Der Oberbegriff „Bekleidungsstücke“ kann bei einer Teilnutzung durch den Vertrieb von „Hosen“ nicht auf andere engere Unterbegriffe zurückgeführt werden, respektive den der „Beinbekleidung“ (OLG Braunschweig, BeckRS 2008, 26051). Konserviertes „Rindfleisch in Gelee“ deckt alle „Fleischkonserven“ ab (BGH, GRUR 1994, 512 - Simmenthal). Die Benutzung einer Marke für „handgefertigte Pralinen“ wirkt auch für den registrierten Oberbegriff „Schokoladenwaren“ rechtserhaltend (EuGH, GRUR Int. 2014, 956 - Walzer Traum).

## 24

b) Fahrräder, Elektroräder und Krafträder sind verkehrsrechtlich wie folgt einzuordnen:

## 25

Ein Fahrrad wird definiert als zweirädriges einspuriges Fahrzeug, das mit Muskelkraft durch Tretkurbeln angetrieben wird (vgl. auch BVerwG, NZV 2001, 493). Dabei muss der Antrieb ausschließlich durch die

Muskelkraft der auf ihm befindlichen Personen, insbesondere mit Hilfe von Pedalen oder Handkurbeln, erfolgen (vgl. Garloff, in Freymann/Wellner, jurisPK-Straßenverkehrsrecht, 1. Aufl. 2016, § 1 StVG Rn. 36). Dem entspricht die Begriffsbestimmung in Art. 1 lit. i des Übereinkommens über den Straßenverkehr vom 08.11.1968 (Straßenverkehrsübereinkommen).

## 26

Dagegen ist ein Kraftfahrzeug jedes auf der Straße mit eigener Kraft verkehrende Fahrzeug mit Antriebsmotor (vgl. Art. 1 lit. o Straßenverkehrsübereinkommen). Für das Zulassungsrecht gilt die Legaldefinition des § 1 Abs. 2 StVG, wonach als Kraftfahrzeuge Landfahrzeuge gelten, die durch Maschinenkraft bewegt werden, ohne an Bahngleise gebunden zu sein. § 1 Abs. 2 StVG enthält keine Einschränkung im Hinblick auf eine zu erreichende Mindestgeschwindigkeit. Eine Bauart bestimmte geringe Höchstgeschwindigkeit nimmt einem Fortbewegungsmittel nicht die Eigenschaft eines Kraftfahrzeugs. Danach sind auch motorisierte Kinderdreiräder, -autos und -fahräder mit Elektroantrieb, Elektroroller, Skateboards oder Bobbycars mit Motorantrieb Kraftfahrzeuge (Huppertz, in MüKoStVR, 1. Aufl. 2016, § 1 StVG Rn. 11).

## 27

Nach § 1 Abs. 3 StVG sind Landfahrzeuge, die durch Muskelkraft fortbewegt werden und mit einem bestimmten elektromotorischen Hilfsantrieb ausgestattet sind, keine Kraftfahrzeuge im Sinne des StVG. Die von dieser Vorschrift erfassten Fahrräder mit elektromotorischer Tretunterstützung bis 25 km/h sind weder Kraftfahrzeuge (aufgrund der Definition in § 1 Abs. 3 StVG) noch Fahrräder (da nicht allein durch Muskelkraft betrieben), sondern motorgetriebene Fahrzeuge eigener Art, auf die die Vorschriften für Fahrräder Anwendung finden (vgl. Dauer in: Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 45. Auflage 2019, § 1 StVG Rn. 24). Ob es sich bei diesen Elektrofahrrädern - d.h. Fahrrädern mit zusätzlichem Elektromotor (Pedelec oder auch E-Bike, LEV [Light Electric Vehicle] genannt) - um Kraftfahrzeuge handelt, hängt von der Höchstgeschwindigkeit, der Leistung und der Art der Motorunterstützung ab. Pedelecs mit elektrischem Hilfsantrieb mit einer Nennleistung von höchstens 0,25 kW, dessen Unterstützung sich mit zunehmender Geschwindigkeit progressiv verringert und beim Erreichen von 25 km/h oder früher, wenn der Fahrer nicht mehr tritt, unterbrochen wird, sind gemäß § 1 Abs. 3 S. 1 StVG Fahrräder und keine Kraftfahrzeuge. Dies gilt gemäß § 1 Abs. 3 S. 2 StVG auch für Pedelecs mit Anfahr- oder Schiebehilfe, die eine Beschleunigung auf maximal 6 km/h, auch ohne gleichzeitiges Treten, ermöglichen. Für diese Pedelecs, die Fahrrädern gleichgestellt sind, sind die Vorschriften über Fahrräder anzuwenden (§ 1 Abs. 3 S. 3 StVG), wie z.B. die Benutzungspflicht bei bestimmten Radwegen. Andere als die in § 1 Abs. 3 StVG definierten Elektrofahrräder, insbesondere solche mit einer höheren Geschwindigkeit als 25 km/h, sind Kraftfahrzeuge und dann zumeist als Kleinkraftrad einzuordnen (Hühnermann, in BHHJ, 25. Aufl. 2018, § 1 StVG Rn. 8).

## 28

c) Unter Berücksichtigung dieses rechtlichen Maßstabs ist der vom Landgericht gewählte Oberbegriff nicht zu beanstanden.

## 29

Die Nutzung der Klagemarke für Fahrräder mit Unterstützungsmotor durch die Beklagte wird nicht hinreichend durch die eingetragene Warengruppe der Fahrräder geschützt. Denn die verkehrsrechtliche Definition, wonach bei einem Fahrrad der Antrieb ausschließlich durch die Muskelkraft erfolgt, beeinflusst auch die nach § 26 MarkenG maßgebliche Verkehrsauffassung. Eine andere Beurteilung ist auch nicht aufgrund von § 1 Abs. 3 S. 3 StVG veranlasst. Denn nach dieser Vorschrift sind auf bestimmte Fahrräder mit einem elektromotorischen Hilfsantrieb lediglich die verkehrsrechtlichen Vorschriften über Fahrräder (analog) anzuwenden, weshalb dadurch der Umfang des Schutzes eines Begriffs aus einer markenrechtlichen Warenklasse - auch nach der Verkehrsauffassung - nicht beeinflusst wird. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass Überschneidungen bei den Begriffen eines Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses gerichtsbekannt häufig vorkommen, weshalb es unschädlich wäre, wenn Fahrräder mit elektrischem Unterstützungsmotor unter mehrere Warengruppen fallen.

## 30

Der vom Landgericht gewählte Oberbegriff orientiert sich an § 1 Abs. 3 StVG, geht jedoch über die darin enthaltene Legaldefinition hinaus, was nicht zu beanstanden ist. Nach § 1 Abs. 3 StVG sind Landfahrzeuge, die durch Muskelkraft fortbewegt werden und mit einem bestimmten elektromotorischen Hilfsantrieb

ausgestattet sind, als Elektrofahrräder keine Kraftfahrzeuge im Sinne des StVG. Eine derartige gesetzliche Definition kann die Verkehrsauffassung, welche Produkte als gemeinhin zum gleichen Warenbereich angesehen werden, grundsätzlich beeinflussen. Allerdings kann die sehr differenzierte verkehrsrechtliche Unterscheidung zwischen Fahrrädern mit einem elektrischen Hilfsantrieb mit einer Nennleistung von höchstens 0,25 kW, dessen Unterstützung sich mit zunehmender Geschwindigkeit progressiv verringert und beim Erreichen von 25 km/h oder früher, wenn der Fahrer nicht mehr tritt, unterbrochen wird, oder Fahrrädern mit einer Anfahr- oder Schiebehilfe, die eine Beschleunigung auf maximal 6 km/h, auch ohne gleichzeitiges Treten, ermöglichen, auf die markenrechtliche Klasseneinteilung nicht durchschlagen. Im straßenverkehrsrechtlichen Zulassungsrecht mag diese Unterscheidung von Relevanz sein. Im markenrechtlichen Lösungsverfahren ist lediglich maßgeblich, ob die in Rede stehenden Waren mit einem so weiten Oberbegriff bezeichnet sind, dass sich hierzu Untergruppen bilden ließen. Dies ist vorliegend zu verneinen. Vielmehr hat das Landgericht bereits eine sehr eng begrenzte Gruppe definiert, innerhalb derer es nicht mehr beliebig möglich ist, weitere sinnvolle Unterteilungen vorzunehmen. Denn die für Elektrofahrräder verwendeten unterschiedlichen Bezeichnungen wie Pedelects, S-Pedelects oder E-Bikes sind bislang weder national noch international beschrieben und lassen daher nicht auf deren verkehrsrechtliche Einstufung schließen (vgl. Huppertz, a.a.O., § 1 StVG Rn. 16). Entscheidend ist daher, ob die Waren in ihren Eigenschaften und ihrer Zweckbestimmung weitgehend übereinstimmen, was bei „durch Muskelkraft betriebenen Landfahrzeuge (ohne Automobile), die zusätzlich elektrisch angetrieben werden können“ - also allen Fahrrädern mit elektrischem Unterstützungsmotor - zu bejahen ist. So sind beispielsweise zwar S-Pedelects den normalen Pedelects im Hinblick auf die straßenverkehrsrechtliche Zulassung nicht gleichgestellt; nach der Verkehrsauffassung werden sie jedoch als schnellere Pedelects wahrgenommen, denn sie unterscheiden sich lediglich in der Nennleistung des (das Treten unterstützenden) Elektromotors.

### 31

Es ist unschädlich, dass die vom Landgericht gewählte Formulierung auch Fahrzeuge erfasst, welche die Beklagte nicht vertreibt (die Klägerin zählt beispielsweise Rollstühle mit elektrischem Hilfsantrieb, elektrisch unterstützte Kinderwägen, Leiterwägen, Schneepflüge mit Hilfsmotor, Straßenreinigungsmaschinen mit Hilfsmotor, Schienenreinigungsfahrzeuge oder Palettentransporter mit Hilfsmotor auf). Denn die Markeneintragung darf im Lösungsverfahren wegen Verfalls nicht auf die Waren beschränkt werden, für die die Marke tatsächlich benutzt worden ist. Vielmehr kommt es darauf an, ob das tatsächlich benutzte Einzelprodukt sowie die ihm verwandten Produkte typischerweise von dem Produktoberbegriff erfasst werden, der diese gleichsam stellvertretend bezeichnet. Maßgeblich ist, ob die Eigenschaften und Zweckbestimmung der nicht benutzten Waren in hohem Maße mit denen der benutzten Waren übereinstimmt. Daher können zum einen eher „exotische“ Produkte wie Schneepflüge oder Straßenreinigungsmaschinen mit Hilfsmotor, die zugleich keine Automobile sind, für die Bestimmung des Oberbegriffs nicht herausgezogen werden. Zum anderen ist es im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung angemessen, es der Beklagten im Rahmen ihrer geschäftlichen Bewegungsfreiheit weiterhin zu erlauben, ihre Benutzung auf beispielsweise dreirädrige Lastenräder, Dreiräder, Einräder, Tretroller, Draisinen oder Kettcars auszuweiten. Sie alle gehören zu einem Warenbereich ähnlich der Fahrräder, werden jedoch von diesem Begriff nicht abgedeckt. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte unwidersprochen vortrug, dass sie - mit Ausnahme von Draisinen und Kettcars - all diese Produkte bereits vertreibt, lediglich nicht unter der Klagemarke.

### III.

### 32

Da die Berufung der Klägerin keine Aussicht auf Erfolg hat, legt das Gericht aus Kostengründen die Rücknahme der Berufung nahe. Im Falle der Berufungsrücknahme ermäßigen sich vorliegend die Gerichtsgebühren von 4,0 auf 2,0 Gebühren (vgl. Nr. 1222 des Kostenverzeichnisses zum GKG).

### 33

Im Fall der Rücknahme der Berufung oder der Zurückweisung durch Beschluss verliert die Anschließung ihre Wirkung (§ 524 Abs. 4 ZPO). Über die Anschlussberufung der Beklagten ist daher derzeit nicht zu entscheiden (vgl. OLG Koblenz, Verfügung vom 18. Dezember 2008 - 2 U 428/08, Rn. 27).

### IV.

### 34

Der Senat weist darauf hin, dass er beabsichtigt, den Teilstreitwert für die klägerische Berufung gemäß § 51 Abs. 1 GKG auf 15.000,00 € festzusetzen.

### **35**

Maßgeblich für den Streitwert der Löschungsklage ist das - das Allgemeininteresse regelmäßig übersteigende - konkrete wirtschaftliche Interesse des Löschungsklägers. Dieses Interesse hat die Klagepartei in der Klage bezüglich der Waren „Landfahrzeuge (ausgenommen Automobile)“, „Motorräder“, „Fahrräder“ sowie „Motorrad- und Fahrradbestandteile“ auf insgesamt 100.000,00 € beziffert. Da den Streitwertangaben der Parteien eine nicht unerhebliche Indiz-Wirkung zukommt (vgl. BGH, GRUR 1986, 93 - Berufungssumme), hat das Erstgericht folgerichtig den Streitwert der Klage auf insgesamt 100.000,00 € festgesetzt.

### **36**

Die Klagepartei greift das erstinstanzliche Urteil nur insoweit an, als die Beklagte darin nicht in die vollständige Löschung der Waren „Landfahrzeuge (ausgenommen Automobile)“, sondern nur dazu verurteilt wurde, in die Einschränkung in „durch Muskelkraft betriebene Landfahrzeuge (ohne Automobile), die zusätzlich elektrisch angetrieben werden können“ im Warenverzeichnis einzuwilligen. Da somit dreiviertel der Waren - nämlich „Motorräder“, „Fahrräder“ sowie „Motorrad- und Fahrradbestandteile“ - gar nicht und die verbleibende Warengruppe nur teilweise zum Gegenstand der klägerischen Berufung gemacht wird, erscheint es sachgerecht, den Streitwert dafür auf 15.000,00 € festzusetzen.

V.

### **37**

Hierzu besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Hinweises.