

# BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 162/01

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
5. November 2002

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### betreffend die angemeldete Marke 300 17 274.5

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 5. November 2002 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Dr. Schermer, der Richterin Friehe-Wich und des Richters Dr. van Raden

beschlossen:

Auf die Beschwerde des Anmelders wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 25 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 17. August 2001 aufgehoben.

## **Gründe**

### **I.**

Zur Eintragung als Bildmarke ua für "Druckereierzeugnisse; Waren aus Leder und Lederimitationen (wie Leinen, Hundebänder), soweit in Klasse 18 enthalten; Spielzeug; lebende Tiere; Werbung; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Dienstleistungen auf dem Gebiet der Tiermedizin; wissenschaftliche Forschung" angemeldet wurde

Die Markenstelle für Klasse 25 hat durch Beschluss eines Beamten des höheren Dienstes die Anmeldung teilweise, nämlich für die vorgenannten Waren und Dienstleistungen zurückgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt, insoweit sei die angemeldete Marke nicht unterscheidungskräftig und stelle darüber hinaus eine freihaltebedürftige beschreibende Angabe dar. Druckereierzeugnisse könnten Hunde oder Hunderassen als Inhalt haben, so dass die angemeldete Darstellung zweier Boxerhunde als Inhaltsangabe dienen könne. Die beanspruchten Waren aus Leder und Lederimitationen könnten für Hunde bestimmt sein; insofern stelle die Darstellung von Hundeköpfen lediglich eine Bestimmungsangabe dar. Für Spielzeug sei die angemeldete Marke ein beschreibender Hinweis auf die Art der Ware. Die beanspruchten Dienstleistungen könnten sich auf Hunde beziehen bzw. diese zum Gegenstand haben. Hinsichtlich der "lebenden Hunde" hat die Markenstelle die Zurückweisung zusätzlich auf den Gesichtspunkt der unzulässigen Erweiterung gestützt, weil der Anmelder diese Ware nach bereits erfolgtem Verzicht wieder in das Warenverzeichnis aufgenommen habe.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Anmelders. Er meint, die angemeldete Marke könne nur für Hunde unmittelbar beschreibend sein. Für diese werde die Marke jedoch nicht mehr beansprucht. Für die übrigen Waren und Dienstleistungen sei sie nicht freihaltebedürftig; ihr fehle insoweit auch nicht die erforderliche Unterscheidungskraft. Der Verkehr denke bei der angemeldeten Darstellung zweier Hundeköpfe nur an Hunde, ohne sich weitere Gedanken über einen Zusammenhang mit den so gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu machen.

In der mündlichen Verhandlung hat der Anmelder seinen Standpunkt erläutert. Er meint, in Anbetracht dessen, dass nach der Rechtsprechung auch naturgetreue zeichnerische Darstellungen einem urheberrechtlichen Kunstwerkschutz grundsätzlich zugänglich seien, sofern sie eine gewisse eigenschöpferische Originalität aufwiesen - er zitiert hierzu BGH GRUR 1995, 581 – SILBERDISTEL und OLG München GRUR 1984, 516 – Tierabbildungen - , sei davon auszugehen, dass

Darstellungen, in denen eine "Handschrift des Künstlers" erkennbar sei, jedenfalls minimale markenrechtliche Unterscheidungskraft besäßen. So seien auch im wesentlichen naturgetreue Abbildungen von Tieren mehrfach für Futtermittel und Tierstreu als Marke eingetragen worden.

## II.

Die Beschwerde ist zulässig und begründet. Die angemeldeten Marke entbehrt - nach dem im Beschwerdeverfahren (erneut) erklärten Verzicht auf die Ware "lebende Hunde" - für die übrigen versagten Waren und Dienstleistungen weder jeglicher Unterscheidungskraft (§ 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG) noch steht ihrer Eintragung ein Freihaltungsbedürfnis nach § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG entgegen.

Der Ansicht des Anmelders, die Darstellung eines Hundes oder Hundekopfes werde vom Verkehr nur für Hunde selbst als beschreibend erachtet, kann zwar nicht gefolgt werden, denn in der Werbung wird vielfach auch auf den Gebrauchszweck einer Ware, die für Hunde bestimmt ist, oder der Inhalt einer Ware, die sich mit dem Thema Hunde befaßt, mit dem Motiv eines Hundes hingewiesen. Erfolgt die bildliche Sachinformation durch die naturgetreue Darstellung eines Hundes, wie zB bei Tierfutter allgemein üblich, oder eine gängige piktogrammartige Darstellung, wird der Verkehr darin im allgemeinen keinen betrieblichen Herkunftshinweis sehen (vgl dazu auch Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 8 Rdn 45 mwNachw). Dass - wie der Anmelder ausführt - gleichwohl einzelne Marken mit solchen Tierabbildungen für Tierfutter uä eingetragen worden sind, führt nicht zu einem Anspruch auf Registrierung (vgl zB BGH GRUR 1989, 420 – K-SÜD; BPatGE 32, 5, 9 – CREATION GROSS), weil der Entscheidung über die Schutzfähigkeit einer Marke keine Ermessensentscheidung, sondern die Beurteilung einer Rechtsfrage zugrunde liegt.

Die angemeldete Marke, die nach Art einer Radierung gestaltet ist und zwei parallel schräg nach vorne gerichtete Köpfe von Boxerhunden zeigt - einmal mit kupierten und einmal mit nicht kupierten Ohren -, kann entgegen der Ansicht der Markenstelle indessen nicht als einfache werbeübliche Wiedergabe eines Hundes ohne jegliche Unterscheidungskraft gewertet werden.

Bei dieser Beurteilung kommt es nicht darauf an, ob die Darstellung der zwei Hundeköpfe über einen schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad im Sinne des Urheberrechts verfügt (vgl BGH GRUR 1995, 581 – Silberdistel), denn die Anforderungen an eine urheberrechtlich geschützte Darstellung und an eine unterscheidungskräftige Marke stimmen nicht überein. So muß eine Marke, die in das Register eingetragen werden soll, geeignet sein, im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen einen Hinweis auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen zu geben, was für einen urheberrechtlichen Schutz keine Rolle spielt. Dagegen ist die für einen Urheberrechtsschutz erforderliche Originalität für die Anerkennung der markenrechtlichen Unterscheidungskraft nicht erforderlich (vgl BGH GRUR 2001, 56 – Likörflasche; 2001, 239 – Zahnpastastrang). Es genügt, wenn sich die beanspruchte Abbildung nicht in einer naturgetreuen oder üblich stilisierten Wiedergabe des Bestimmungszwecks der angemeldeten Waren oder des Gegenstands bzw Inhalts der Dienstleistungen erschöpft, sondern darüberhinausgehende charakteristische Merkmale aufweist. Dies ist hier der Fall und zwar auch dann, wenn die Signatur, die sich kaum wahrnehmbar am unteren Bildrand befindet, unberücksichtigt bleibt. Der angemeldeten Darstellung, die in einer portraitartigen Zeichnung des Brustbilds zweier Boxer besteht, kann - ungeachtet ihres beschreibenden gedanklichen Inhalts - nicht jegliches Mindestmaß an individueller Eigenart abgesprochen werden, weil solche grafischen Gestaltungen in der Werbung ungewöhnlich sind.

Der Markenstelle kann auch nicht in ihrer - ohne nähere Begründung vertretenen - Auffassung gefolgt werden, die angemeldete Marke falle unter das Eintragungsverbot des § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG. Denn die Darstellung von zwei Boxerköpfen

in der konkreten räumlichen Anordnung und zeichnerischen Gestaltung stellt keine bildliche Sachinformation im Sinne einer beschreibenden Angabe des Inhalts von Druckereierzeugnissen, der Art des angebotenen Spielzeugs oder des Gegenstands der beanspruchten Dienstleistungen (Werbung, Geschäftsführung, Verwaltung oder Dienstleistungen der Tiermedizin und wissenschaftlichen Forschung) dar. Dasselbe gilt für Leinen und Hundebänder, denn diese werden üblicherweise nicht nach Hunderassen, sondern nach Länge, Breite und Material (im Hinblick auf die Größe und Kraft des jeweiligen Hundes) sortiert angeboten; dies steht einer Wertung, dass zB das mit der angemeldeten Marke gekennzeichnete Hundehalsband oder die Leine für Boxer besonders geeignet ist (aber nicht zB für Schäferhunde), ebenso entgegen wie die ungewöhnliche Art der zeichnerischen Darstellung.

Auf die Beschwerde war daher der angegriffene Beschluss aufzuheben.

Dr. Schermer

Richter am Bundespatentgericht Dr. van Raden ist wegen Urlaubs gehindert, zu unterzeichnen.

Friehe-Wich

Dr. Schermer

Pü