

# BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 145/01

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Markenmeldung 300 84 765.3**

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 25. September 2002 durch den Richter Dr. Albrecht als Vorsitzenden, Richter Sekretaruk und Richterin k.A. Bayer

beschlossen:

Auf die Beschwerde wird der Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts – Markenstelle für Klasse 30 - vom 19. März 2001 aufgehoben.

## **Gründe**

### **I.**

Angemeldet zur Eintragung in das Markenregister für

Fleisch, Fisch, Geflügel und Wild; Fleischextrakte; konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Gallerten (Gelees), Konfitüren, Fruchtsaucen; Eier, Milch und Milchprodukte; Speiseöle und –fette, Kaffee, Tee, Kakao, Zucker, Reis, Tapioka, Sago, Kaffee-Ersatzmittel; Mehle und Getreidepräparate, Brot, feine Backwaren und Konditorwaren, Speiseeis; Honig, Melassesirup; Hefe, Backpulver; Salz, Senf; Essig, Saucen (Würzmittel); Gewürze; Kühleis; Bewirtung von Gästen

ist die farbige (blau/weiß) Bildmarke

siehe Abb. 1 am Ende



Die Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung wegen fehlender Unterscheidungskraft bzw. Täuschungseignung der Marke zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Anmelderin. Sie macht geltend, dass der Bildbestandteil der Marke seit 18. November 1996 unter der Nr. 396 15 500 in das Markenregister der Bundesrepublik Deutschland eingetragen sei. Die nun beanspruchte Marke unterscheide sich davon lediglich durch den Schriftzug "Milch"; dies könne an der Schutzfähigkeit der Marke nichts ändern.

## II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet; der Eintragung der angemeldeten Marke in das Markenregister stehen weder die Schutzhindernisse der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, noch das eines Freihaltebedürfnisses im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG und auch nicht das Schutzhindernis der Täuschungseignung (§ 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG) entgegen.

a) Unterscheidungskraft ist die einer Marke innewohnende, konkrete Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfassten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden. Hauptfunktion der Marke ist es nämlich, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten. Bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft ist grundsätzlich von einem großzügigen Maßstab auszugehen (ständige Rechtsprechung; BGH, BIPMZ 2002, 85 - INDIVIDUELLE). Bei Marken, die aus Wort- und Bildbestandteilen kombiniert sind, hat sich die Prüfung der Schutzfähigkeit der Marke darauf zu erstrecken, ob die Marke als solche, jedenfalls in einem ihrer Bestandteile, den geringen Anforderungen an die Unterscheidungskraft genügt (BGH BIPMZ 2001, 397 - antiKALK).

Dem Bildbestandteil der angemeldeten Marke fehlt nicht jegliche Unterscheidungskraft. Er besteht aus einem Rechteck, das etwa im oberen Teil blau eingefärbt, in den unteren drei Vierteln diagonal getrennt blau und weiß gefärbt ist und in diesem Bereich mittig den Schriftzug "Milch" trägt, der im farblichen Kontrast zum jeweiligen Hintergrund gestaltet ist.

Abbildungen fehlt jegliche Unterscheidungskraft - neben den Fällen der Warenabbildung oder für die Art der Ware typischen oder zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlichen Merkmalen, die ersichtlich nicht vorliegen - nur dann, wenn es sich um einfache geometrische Formen, oder einfache graphische Elemente handelt, die - wie dem Verkehr aus Erfahrung bekannt ist - in der Werbung oder aber auch auf Warenverpackung oder sogar in Geschäftsbriefen üblicherweise in bloß ornamentaler, schmückender Form verwendet werden (vgl. BGH BIPMZ 2001, 241 - Jeanshosentasche). Bei der vorliegenden Marke handelt es sich nicht ausschließlich um eine solche einfache geometrische Form. Die Marke ist zwar als Rechteck gestaltet. Allerdings beschränkt sie sich darauf nicht, sondern enthält zusätzliche graphische Elemente. Es kann nicht festgestellt werden, dass diese ihrerseits in der Werbung oder auch auf Warenverpackung oder in Geschäftsbriefen üblicherweise in bloß ornamentaler, schmückender Form verwendet werden. Weder die Markenstelle, noch der Senat konnten in dieser Weise gestaltete Verpackungen auf dem Markt feststellen.

b) Nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG sind solche Zeichen von der Eintragung ausgeschlossen, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im Verkehr ua zur Bezeichnung der Art, oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen dienen können. Dem Bildbestandteil der Marke kann keinerlei beschreibender Sinngehalt entnommen werden, so dass auch dieses Schutzhindernis nicht eingreift.

c) Die Marke ist - soweit andere Waren und Dienstleistungen als Milch beansprucht werden - auch nicht wegen Täuschungseignung gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG von der Eintragung ausgeschlossen. Unter dieses Schutzhindernis fallen Marken, die geeignet sind, das Publikum insbesondere über die Art oder die Beschaffenheit der Waren und Dienstleistungen zu täuschen. Voraussetzung der Täuschungseignung ist die Erweckung eines irreführenden Eindrucks. Dabei ist nach dem Verbraucherbild des Europäischen Gerichtshofs auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen. Im Eintragungsverfahren muss die Täuschungseignung ersichtlich sein (§ 37 Abs. 3 MarkenG); schon die Möglichkeit einer rechtmäßigen Benutzung schließt im Registerverfahren die Täuschungseignung aus. Ist demgemäß eine Markenbenutzung ohne Irreführung des Verkehrs möglich, greift deshalb das absolute Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG nicht (vgl. BGH, GRUR 2002, 540 - Omeprazol). Auch für diejenigen Waren, die nicht Milch sind bzw. enthalten können, ist eine nichttäuschende Verwendung ohne weiteres (z.B. in Form eines kleinen Aufklebers oder Warenanhängers vorstellbar, so dass die Verwendung der Marke nicht in jedem Fall irreführend sein muss.

Dr. Albrecht

Sekretärin

Bayer

br/Fa

Abb. 1

