



# BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 16/09

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Markenmeldung 307 31 827.3**

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 29. Juli 2009 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Albrecht, Richter Dr. van Raden und Richter Kruppa

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Die Wortmarke

Kindertobetag

ist am 15. Mai 2007 für die Waren und Dienstleistungen

"Spielzeug; Dienstleistung bezüglich Freizeitgestaltung; Vermietung von Sportausrüstungen (ausgenommen Fahrzeuge) und Spielzeugen; Vermietung transportabler Bauten und Einrichtungen"

zur Eintragung in das Markenregister angemeldet worden.

Die mit einer Beamtin des höheren Dienstes besetzte Markenstelle für Klasse 41 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung mit Beschluss vom 15. Juli 2008 wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückgewiesen. Bei der Wortzusammensetzung "Kindertobetag" handle es sich um einen beschreibenden Hinweis dahingehend, dass die beanspruchten Waren und Dienstleistungen dazu dienen könnten und benötigt würden, dass Kinder sich an einem bestimmten Tag austoben könnten. Es liege also eine Angabe über die Art und Zweckbestimmung der Waren sowie die Thematik der Dienstleistungen vor. Es komme dabei nicht darauf an, welche Bedeutung die einzelnen Bestandteile hätten und ob die Kombination lexikalisch nachweisbar sei, sondern wie diese ihrem Sinn nach in ihrer Gesamtheit verstanden werde. Dies sei aber in dem oben genannten Sinn der Fall. Die Wortzusammensetzung sei sprachüblich aus allgemein verständlichen Begriffen der deutschen Alltagssprache zusammengesetzt. Alle beanspruchten Waren und Dienstleistungen könnten dazu dienen, einen Kindertobetag

durchzuführen, nämlich einen bestimmten Tag, an dem Kinder ihrem natürlichen Bewegungsdrang nachkommen und sich austoben könnten, während sie z. B. in der Schule in der Regel still sitzen müssten. Toben erfolge meist mittels Spiel und Sport, so dass die beanspruchten Waren und Dienstleistungen dafür benötigt würden. Da Marken stets im Zusammenhang mit den in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen zu sehen seien, ergebe sich hier, um was es sich thematisch handle. Zudem werde der Begriff "Kindertobetag" oder auch ein vergleichbarer Begriff "Kindertobescheune" oder "Kindertobe-Spaß" bereits im genannten Sinn verwendet, wie sich aus dem Beschluss beigefügten Internetausdrucken ergebe.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde des Anmelders. Er hält die Marke für unterscheidungskräftig. Der Begriff "Kindertobetag" werde von den angesprochenen Verkehrskreisen dem Gewerbebetrieb des "Klägers" zugeordnet. Der Anmelder sei seit 1996 mit dem eingeführten und in Verkehrskreisen ausschließlich ihm zugeordneten Begriff "Kindertobetag" tätig. Dass sich hinter diesem Begriff das Unternehmen des Anmelders verberge, ergebe sich auch daraus, dass der Anmelder in der Vergangenheit Dritte wegen der Verwendung des Begriffs "Kindertobetag" erfolgreich abgemahnt habe.

Die von der Markenstelle ermittelten Internetauszüge zur Verwendung von „Kindertobetag“ bezögen sich auf Veranstaltungen, die der Anmelder mit ausgerichtet habe. Zur Begründung seines Eintragungsbegehrens stützt sich der Anmelder auf die Eintragung von seiner Meinung nach vergleichbaren Marken wie "Kinder-Verkehrs-Club", und weitere Marken mit dem Bestandteil "Kinder" wie z. B. "Kinder-Uni" oder "kinder-taxi".

## II.

Die zulässige Beschwerde hat keinen Erfolg. Die Markenstelle hat zu Recht angenommen, dass der angemeldeten Marke das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegensteht.

Unterscheidungskraft im Sinn der genannten Vorschrift ist die einem Zeichen innewohnende (konkrete) Eignung als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfassten Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen. Die Hauptfunktion der Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren zu gewährleisten (st. Rspr.; vgl. EuGH GRUR Int 2005, 1012 - BioID; BGH GRUR 2006, 850 - FUSSBALL WM 2006). Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft ist die Auffassung der beteiligten inländischen Verkehrskreise, wobei auf die Sicht des normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers abzustellen ist (vgl. EuGH GRUR 2004, 943 - SAT 2). Enthält eine Bezeichnung einen beschreibenden Begriffsinhalt, der für die in Frage stehenden Waren und Dienstleistungen ohne weiteres und ohne Unklarheiten als solcher erfasst wird, ist ihr die Eintragung als Marke wegen Fehlens jeglicher Unterscheidungskraft zu versagen. Bei derartigen beschreibenden Angaben gibt es keinen tatsächlichen Anhaltspunkt, dass die Verbraucher sie als Unterscheidungsmittel verstehen (vgl. BGH GRUR 2001, 1151, 1152 - marktfrisch; GRUR 2005, 417 - BerlinCard).

Nach diesen Grundsätzen fehlt der angemeldeten Marke "Kindertobetag" für die beschwerdegegenständlichen Waren und Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft, da sie bezüglich dieser Waren und Dienstleistungen einen ohne weiteres erkennbaren Begriffsinhalt aufweist, der dazu führt, dass das angemeldete Zeichen nicht als Marke verstanden wird. Die angesprochenen allgemeinen Verkehrskreise werden die Bezeichnung in dem von der Markenstelle aufgezeigten Sinn verstehen, nämlich dass die so gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen dazu dienen können bzw. benötigt werden, dass Kinder sich an einem bestimmten Tag austoben können. Sämtliche beanspruchten Waren und Dienstleistungen können bei einem derartigen Ereignis zum Einsatz kommen bzw. angeboten werden.

Dieser Beurteilung steht der Vortrag des Anmelders nicht entgegen. Die Behauptung des Anmelders, bei der Marke handle es sich um eine Wortneuschöpfung, vermag der Beschwerde nicht zum Erfolg zu verhelfen. Ob der Gesamtbegriff "Kindertobetag" lexikalisch nachweisbar ist oder gar bereits im vorgenannten Sinn verwendet wird, ist für die Beurteilung der Unterscheidungskraft vorliegend ohne Bedeutung (vgl. EuGH GRUR 2004, 146 - DOUBLEMINT). Auch ohne lexikalischen Eintrag fehlt es einer Wortmarke an der erforderlichen Unterscheidungskraft, wenn der unmittelbare Produktbezug für die in Rede stehenden Waren und Dienstleistungen für den Verbraucher ohne weiteres ersichtlich ist. Dies ist hier der Fall, weil sich die Wortzusammensetzung für die beschwerdegegenständlichen Waren und Dienstleistungen in einer sachbezogenen Aussage erschöpft.

Entgegen der Auffassung des Anmelders kann für die Beurteilung der Frage, ob ein Zeichen Unterscheidungskraft hat, nicht auf bereits erfolgte Benutzungshandlungen des Anmelders abgestellt werden. Für die Beurteilung der Unterscheidungskraft kommt es darauf an, ob die Bezeichnung eine sich aufdrängende Bedeutung hat und nicht, ob die Bezeichnung bereits Verwendung gefunden hat (vgl. EuGH, a. a. O., - DOUBLEMINT).

Etwaigen Benutzungshandlungen des Anmelders könnte allenfalls im Rahmen der Prüfung einer Verkehrsdurchsetzung gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG Bedeutung zukommen. Dass sich die angemeldete Marke infolge tatsächlicher Benutzung für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen durchgesetzt hat, ist vom Anmelder nicht glaubhaft gemacht worden.

Aus der Schutzgewährung für andere, vermeintlich ähnlich gebildete deutsche Marken vermag die Anmelderin keinen Anspruch auf Registrierung der vorliegend angemeldeten Bezeichnung abzuleiten. Inländische Voreintragungen - selbst identischer Marken - führen weder für sich noch in Verbindung mit dem Gleichheitssatz des Grundgesetzes zu einer anspruchsbegründenden Selbstbindung derjenigen Stellen, welche über die Schutzgewährung zu befinden haben.

Es gibt keinen Anspruch auf Gleichbehandlung in Unrecht. Die Entscheidung über die Schutzfähigkeit einer Marke stellt keine Ermessens-, sondern eine Rechtsfrage dar (vgl. EuGH GRUR 2004, 674 - Postkantoor; GRUR 2004, 428 - Henkel). Die vom Anmelder angesprochenen Beispiele sind auch nicht so ähnlich zur angemeldeten Bezeichnung, dass der Markenstelle erneut Gelegenheit gegeben werden müsste, sich damit auseinanderzusetzen (EuGH GRUR 2009, 201 - Schwabenpost/Volks.Handy).

Nachdem der Marke bereits wegen fehlender Unterscheidungskraft der Schutz zu verweigern war, kann die Frage, ob einer Schutzgewährung auch § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegensteht, dahingestellt bleiben.

Dr. Albrecht

Dr. van Raden

Kruppa

br/Me