



# BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 86/10

---

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt  
zugestellt am  
15. Februar 2012

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### betreffend die Markenmeldung 30 2008 012 118.1

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 1. Dezember 2011 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Hacker, der Richterin Winter und der Richterin Hartlieb

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Anmelder werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 44 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 20. Juli 2009 und vom 18. August 2010 insoweit aufgehoben, als die Anmeldung hinsichtlich der Ware „Anti-Schnarch-Schienen“ zurückgewiesen worden ist. Des Weiteren ist die Marke für die Dienstleistung „Einsetzen von Schnarcherschienen und Protrusionsschienen“ einzutragen.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

## Gründe

### I.

Zur Eintragung als Wort/Bildmarke in das Markenregister angemeldet ist die Darstellung



für die Waren und Dienstleistungen

„Klasse 10: Zahnprothesen; Zahnregulierungen; Zahnstifte; künstliche Kiefer; künstliche Zähne; Knirscherschienen; Anti-Schnarch-Schienen; zahnärztliche Apparate und Instrumente;

Klasse 21: Zahnbürsten; Zahnseide;

Klasse 44: Medizinische Dienstleistungen, insbesondere Dienstleistungen eines Zahnarztes, plastische Zahnchirurgie, zahnmedizinische Schönheitschirurgie; Durchführung von medizinischen Untersuchungen; Gesundheits- und Schönheitspflege für Menschen, namentliche Zahnästhetik, insbesondere zahnmedizinische Behandlung in den Bereichen Implantate, Kronen, Brücken und Veneers, Füllung und Inlays, Bleaching, Zahnreinigung, Prothesen, Zahnregulierung; Erstellung von zahnärztlichen Gutachten; pharmazeutische Beratung; Durchführung von medizinischen Analysen im Zusammenhang mit der Behandlung von einzelnen Menschen“,

sowie gemäß Hilfsantrag im Beschwerdeverfahren für

„Klasse 10: Zahnprothesen; Zahnregulierungen; Zahnstifte; künstliche Kiefer; künstliche Zähne; Knirscherschienen; Anti-Schnarch-Schienen; zahnärztliche Apparate und Instrumente;

Klasse 21: Zahnbürsten; Zahnseide;

Klasse 44: Medizinische Dienstleistungen, insbesondere Dienstleistungen eines Zahnarztes, plastische Zahnchirurgie, zahnmedizinische Schönheitschirurgie; Durchführung von medizinischen Untersuchungen; Gesundheits- und Schönheitspflege für Menschen, namentliche Zahnästhetik, insbesondere zahnmedizinische Behandlung in den Bereichen Implantate, Kronen, Brücken und Veneers, Füllung und Inlays, Bleaching, Zahnreinigung, Prothesen, Zahnregulierungen; Erstellung von zahnärztlichen Gutachten; pharmazeutische Beratungen; Durchführung von medizinischen

Analysen im Zusammenhang mit der Behandlung von einzelnen Menschen;

Prophylaxe (zahnärztliche Dienstleistungen) zur Vermeidung von Zahnerkrankungen, insbesondere mittels Airflow, Ultraschall und Politur; Kinderbehandlung (als zahnärztliche Dienstleistung); zahnärztliche Angstpatientenbehandlung nämlich Behandlung in Narkose oder mit medikamentöser Unterstützung; zahnärztliche Implantologie und Chirurgie nämlich Einbringen von künstlichen Zahnwurzeln zum Ersatz fehlender Zähne; Entfernung von Weisheitszähnen, Zysten, Wurzelspitzen, zerstörten Zähnen, Knochenaufbau (Augmentation); zahnärztliche Dienstleistungen zur Zahnerhaltung, nämlich Füllungstherapie mit Kompositen (Mehrschichttechnik); Einsetzen von Zahnersatzstoffen, nämlich von Inlays, Onlays, Overlays, Teilkronen, Kronen, Brücken; Parodontitisbehandlung, nämlich Reinigung der Wurzeloberflächen, Full-Mouth-Desinfection, regenerative Parodontalchirurgie mit Emdogain; zahnärztliche Wurzelbehandlung mit elektrometrischer Längenbestimmung, maschineller Aufbereitung und thermoplastischem Verschluss; Zahnstellungskorrekturen mittels Schienentherapie; Einsetzen von Schnarcherschienen und Protrusionschienen; Durchführung von zahnärztlicher Funktionstherapie, Funktionsanalyse und Schienentherapie.“

Die Markenstelle für Klasse 44 des Deutschen Patent- und Markenamtes hat die Anmeldung in zwei Beschlüssen - einer davon ist im Erinnerungsverfahren ergangen - wegen fehlender Unterscheidungskraft und eines bestehenden Freihaltebedürfnisses zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, bei dem Wortbestandteil „perfect smile“ der angemeldeten Marke handle es sich um einen Begriff des englischen Grundwortschatzes, welcher die Waren und Dienstleistungen beschreibe. In der Kombination werde die Angabe „perfect smile“ ohne weiteres in

der Bedeutung von „perfektes Lächeln“ verstanden. Im Bereich der verfahrensgenständlichen Waren und Dienstleistungen finde die Angabe in ihrem beschreibenden Sinngehalt auch bereits hinlängliche Verwendung im Verkehr; sie bezeichne in branchenüblicher Weise das Ziel und das mögliche Ergebnis von zahnmedizinischen Untersuchungen und Behandlungen bzw. von Hilfsmitteln wie Prothesen oder Putzutensilien, nämlich strahlend weiße und idealtypisch geformte Zähne herzustellen. Der angemeldeten Marke fehle auch die Unterscheidungskraft, mit ihrer Bedeutung „perfektes Lächeln“ und dem Bildelement mit identischem Sinngehalt stehe sie in einem engen sachlichen Bezug zu den Waren und Dienstleistungen der Anmeldung. Von den angesprochenen Verkehrskreisen werde sie daher nur als eine sachbezogene Angabe, nicht jedoch als ein Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Waren und Dienstleistungen verstanden.

Die Anmelder haben Beschwerde eingelegt und im Wesentlichen ausgeführt, die beanspruchten Waren dienten keinem ästhetischen Zweck, sondern der Brauchbarmachung des Kauapparats, der Untersuchung und Behandlung von Patienten oder der Mundhygiene. Ebenso wie die beanspruchten Waren seien auch die Dienstleistungen nicht dazu bestimmt, ästhetische Perfektion herbeizuführen, sondern einen pathologischen Zustand auszugleichen bzw. die Entstehung eines solchen zu vermeiden. Auf ein perfektes Lächeln hätten diese keinen unmittelbaren Einfluss, einzig die Bezeichnung „perfect teeth“ könnte eine entsprechende Bestimmungseignung aufweisen. Die Kombination „perfect smile“ sei äußerst vage und von subjektiver Interpretation abhängig. Der Bedeutung „perfect smile“ könne kein einheitliches Verständnis entnommen werden. Für ein perfektes Lächeln sei in keinem Fall eine gerade, weiße bzw. unnatürlich exakte Frontalästhetik unabdingbare Voraussetzung. Da ein enger Bezug fehle, bestehe kein Freihaltebedürfnis. Die erforderliche Unterscheidungskraft sei gegeben, da die vorliegend gewählte Darstellung eine ganz individuelle Optik zeige und für eine Marke typisch sei.

Auf das vom Senat übersandte Ergebnis einer Internetrecherche zur angemeldeten Wortkombination haben die Anmelder das Waren- und Dienstleistungsverzeichnis teilweise präzisiert und zum Gegenstand eines Hilfsantrages gemacht.

Die Anmelder haben ergänzend ausgeführt, die angemeldete Wort/Bildmarke verfüge zwar über eine geringe Unterscheidungskraft und einen geringen Schutzzumfang, sei aber in ihrer konkreten Ausgestaltung schutzfähig, da eine Vielzahl von Stilelementen verwendet worden sei. Die konkrete Grafik unterscheide sich auch von den im vorliegenden Dienstleistungsbereich üblichen Gestaltungen. Im Zusammenhang mit zahnärztlichen Leistungen werde zwar oft eine Person oder ein Gesicht mit lächelndem Mund gezeigt, nicht jedoch ein lächelnder Mund allein, der zudem nur teilweise abgebildet sei. Die Wortbestandteile seien durch ihre versetzte Anordnung auffällig grafisch gestaltet. Die beanspruchten Dienstleistungen in der präzisierten Fassung gemäß Hilfsantrag hätten keinen Bezug mehr zu irgendeinem optischen Eindruck, so dass kein Schutzhindernis mehr bestehe.

Die Anmelder beantragen (sinngemäß),

die angefochtenen Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 44 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 20. Juli 2009 und vom 18. August 2010 aufzuheben,

hilfsweise für den Fall, dass die Beschwerde hinsichtlich der ersten Dienstleistungsangabe in Klasse 44 ohne Erfolg bleibt,

auf der Grundlage des geänderten Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses.

Darüber hinaus regen die Anmelder die Zulassung der Rechtsbeschwerde an zu der Frage, ob ein Wortbestandteil - kombiniert mit einem Bildbestandteil, der den Wortbestandteil nicht direkt beschreibt - unterscheidungskräftig sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache teilweise Erfolg.

Sie ist in der Sache gemäß Hauptantrag unbegründet, da die angemeldete Marke hinsichtlich der mit dem Hauptantrag beanspruchten Waren - ausgenommen Anti-Schnarch-Schienen - und der Dienstleistungen wegen fehlender Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG von der Eintragung ausgeschlossen ist. Gemäß Hilfsantrag hat die Beschwerde Erfolg, soweit die Anmelder die Eintragung für die Ware „Anti-Schnarch-Schienen“ und die Dienstleistung „Einsetzen von Schnarcherschienen und Protrusionsschienen“ beanspruchen, da insoweit die absoluten Eintragungshindernisse des § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG nicht entgegenstehen. Im Übrigen ist die Beschwerde auch gemäß Hilfsantrag unbegründet, da die angemeldete Marke auch auf der Grundlage des präzisierten Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses hinsichtlich der übrigen Waren und Dienstleistungen wegen fehlender Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG von der Eintragung ausgeschlossen ist.

1. Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist nach ständiger Rechtsprechung im Hinblick auf die Hauptfunktion einer Marke, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren bzw. Dienstleistungen zu gewährleisten, 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 (vgl. EuGH GRUR 2010, 228 Rn. 33 - Audi (Vorsprung durch Technik); GRUR 2006, 220 Rn. 27 - BioID; BGH GRUR 2010, 935 Rn. 8 - Die Vision; GRUR 2010, 138 Rn. 23 - ROCHER-Kugel; GRUR 2006, 850, 854 Rn. 18 - FUSSBALL WM 2006; MarkenR 2004, 39 - City Service). Die Unterscheidungskraft einer Marke ist dabei zum einen in Bezug auf die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen und zum anderen im Hinblick auf die Anschauung der maßgeblichen Verkehrskreise zu beurteilen, die sich aus den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchern dieser Waren oder Durchschnittsempfängern dieser Dienstleistungen zusammensetzen (vgl. EuGH GRUR 2008, 608 - EUROHYPO; MarkenR 2004, 99 - Postkantoor; BGH GRUR 2009, 411 - STREETBALL).

Bei einer Wort-/Bildmarke - wie sie im vorliegenden Fall gegeben ist - ist wie bei anderen aus mehreren Elementen zusammengesetzten Marken bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft von der Gesamtheit der Marke auszugehen. Dabei hat sich die Prüfung darauf zu erstrecken, ob die Marke als solche, jedenfalls mit einem ihrer Elemente, den Anforderungen an die Unterscheidungskraft genügt (vgl. BGH GRUR 1991, 136, 137 - NEW MAN; GRUR 2001, 162, 163 - RATIONAL SOFTWARE CORPORATION; GRUR 2001, 1153 - antiKALK).

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH können Wortbestandteile in kombinierten Wort-/Bildmarken die erforderliche Unterscheidungskraft nicht begründen, wenn ihnen entweder ein für die fraglichen Waren und Dienstleistungen im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsgehalt zugeordnet werden kann (BGH GRUR 2005, 417, 418 - Berlin Card; GRUR 2001, 1151, 1152 - marktfrisch) oder wenn es sich um Angaben handelt, die sich auf Umstände beziehen, welche die beanspruchten Waren und Dienstleistungen zwar nicht unmittelbar betreffen, durch die aber ein enger beschreibender Bezug zu diesen hergestellt wird (vgl. BGH GRUR 2010, 1100 Rn. 23 - TOOOR!; GRUR 2009, 411 Rn. 9 - STREETBALL; GRUR 2006, 850 Rn. 19 - FUSSBALL WM 2006; GRUR 1998, 465, 468 - Bonus). Weiter fehlt solchen Angaben die



erforderliche Unterscheidungskraft, bei denen es sich um ein geläufiges und alltägliches Wort der deutschen Sprache oder einer bekannten Fremdsprache handelt, das vom Verkehr - etwa auch wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung - stets nur als solches und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird (vgl. EuGH GRUR 2004, 1027 Rn. 38 - DAS PRINZIP DER BEQUEMLICHKEIT; BGH GRUR 2001, 735 - Test it; a. a. O. - City Service).

Bei der Prüfung ist nach der Rechtsprechung des BGH von einem großzügigen Maßstab auszugehen, d. h. jede noch so geringe Unterscheidungskraft reicht aus, um das Schutzhindernis zu überwinden (vgl. BGH GRUR 2001, 1151 - marktfrisch). Allerdings darf die Prüfung dabei nicht auf ein Mindestmaß beschränkt werden, sondern sie muss vielmehr gründlich und vollständig ausfallen (vgl. EuGH WRP 2003, 735 - Libertel-Orange; a. a. O. - Postkantoor).

So kann auch solchen Bezeichnungen, die keine beschreibenden Angaben im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG darstellen und die auch nicht zu den allgemein gebräuchlichen Wörtern der Alltagssprache gehören, jegliche Unterscheidungskraft fehlen. Das ist insbesondere bei allgemein warenanpreisenden Ausdrücken oder Wortfolgen anzunehmen, bei denen - ohne dass eine warenbeschreibende Sachangabe im engeren Sinn vorliegt - ein auf die Ware bezogener Sinngehalt so stark im Vordergrund steht, dass der Gedanke fern liegt, es könnte sich - über eine Werbeaussage hinaus - um einen Herkunftshinweis handeln (vgl. BGH GRUR 2010, 935 Rn. 9 - Die Vision; GRUR 2009, 778 Rn. 12 - Willkommen im Leben; GRUR 2001, 1043, 1044 - Gute Zeiten - Schlechte Zeiten; GRUR 2000, 720, 721 - Unter Uns; GRUR 2000, 323, 324 - Partner with the Best).

Hinsichtlich des Bildbestandteils einer Wort-/Bildmarke gilt sodann, dass der Marke - unbeschadet der gegebenenfalls fehlenden Unterscheidungskraft der Wortelemente - als Gesamtheit Unterscheidungskraft zugesprochen werden kann, wenn die grafischen Elemente ihrerseits charakteristische Merkmale aufweisen, in denen der Verkehr einen Herkunftshinweis sieht (vgl. BGH a. a. O. - NEW MAN;

a. a. O. - antiKALK), wobei an die Ausgestaltung aber um so größere Anforderungen zu stellen sind, je kennzeichnungsschwächer die fragliche Angabe ist (vgl. auch BPatG GRUR 1996, 410, 411 - Color COLLECTION). Erforderlich ist eine den schutzunfähigen Charakter der übrigen Markenteile aufhebende, kennzeichnungskräftige Verfremdung im Gesamteindruck der Marke (vgl. auch EuGH GRUR Int. 2005, 1012, 1017 (Nr. 73, 74) - BioID). Dabei vermögen einfache geometrische Formen, bloße Verzierungen oder beschreibende Bildzeichen, an die sich der Verkehr etwa durch häufige werbemäßige Verwendung gewöhnt hat, keine Unterscheidungskraft zu begründen (BGH a. a. O. - antiKALK).

2. Die angemeldete Wort-Bildmarke erfüllt nach den obengenannten Grundsätzen selbst diese geringen Anforderungen nicht, da sie sich in werbemäßig anpreisender Form auf eine rein sachbezogene Angabe - mit Ausnahme hinsichtlich der im Beschlusstenor genannten Waren und Dienstleistungen - ohne erkennbaren herkunftshinweisenden Gehalt beschränkt (vgl. BGH a. a. O. - marktfrisch).

a) Die angemeldete Marke setzt sich in ihrem Wortbestandteil aus den zum englischen Grundwortschatz gehörenden Wörtern „perfect“ und „smile“ zusammen, die im inländischen Verkehr ohne weiteres in ihrer Bedeutung „makellos, perfekt, vollkommen“ sowie „Lächeln, lächeln“ verstanden werden. Beide Bestandteile sind sprachüblich aneinandergereiht, werden dabei in Übereinstimmung mit ihrem Sinngehalt verwendet und bilden auch in der Gesamtheit keinen neuen, über die bloße Kombination hinausgehenden Begriff.

Wie von der Markenstelle zutreffend festgestellt und auch aus der den Anmeldern übersandten Internetrecherche ersichtlich, wird der Gesamtbegriff „perfect smile“ bzw. „perfektes Lächeln“ im Zusammenhang mit zahnärztlichen Leistungen vielfach verwendet, um auf den mit den entsprechenden zahnärztlichen Behandlungsmaßnahmen und entsprechenden Hilfsmitteln zu erreichenden Idealzustand makelloser Zähne hinzuweisen, der ein Lächeln mit perfekten Zähnen und damit

ein perfektes Lächeln ermöglicht. In diesem Sinne von „perfektes Lächeln“ mit „perfekten“ Zähnen werden sowohl die allgemeinen Verkehrskreise wie auch der fachlich informierte Verkehr die Wortfolge „perfect smile“ ohne weiteres verstehen.

Im Zusammenhang mit den von den Anmelderin beanspruchten Waren und Dienstleistungen, die sämtlich dem Tätigkeitsfeld einer zahnärztlichen Praxis zuzuordnen sind und deren entsprechender Ausstattung dienen bzw. darauf bezogen sein können, entnimmt der Verkehr einer entsprechenden Kennzeichnung dieser Waren und Dienstleistungen keinerlei betrieblichen Hinweis, sondern bezieht sie ausschließlich auf deren Art oder Gegenstand bzw. Verwendung oder Bestimmung. Wie die Markenstelle zutreffend festgestellt hat, gibt „perfect smile“ einen beschreibenden Hinweis darauf, dass die beanspruchten Waren und Dienstleistungen dazu dienen oder bestimmt sind, strahlend weiße und idealtypisch geformte Zähne zu erhalten und herzustellen, oder jedenfalls in engem Bezug hierzu stehen. Dieser inhaltsbezogene Sachaussagegehalt der angemeldeten Bezeichnung erschließt sich dem Verkehr auch sofort und ohne analysierende Zwischenschritte.

Entgegen der Ansicht der Anmelder gilt dies für sämtliche der beanspruchten Waren und Dienstleistungen mit Ausnahme der im Tenor genannten.

Die sowohl mit dem Hauptantrag als auch mit dem Hilfsantrag beanspruchten Waren „Zahnprothesen; Zahnregulierungen; Zahnstifte; künstliche Kiefer; künstliche Zähne; Knirscherschienen; zahnärztliche Apparate und Instrumente; Zahnbürsten; Zahnseide“ können dazu dienen, die vorhandenen Zähne zu pflegen und in makellosem Zustand zu erhalten bzw. das Gebiss zu regulieren und durch künstliches Material in einen perfekten Zustand zu bringen, um ein perfektes Lächeln mit perfekten Zähnen zu ermöglichen.

Die gemäß Hauptantrag beanspruchten „medizinischen Dienstleistungen“ umfassen die hierfür erforderlichen zahnärztlichen Leistungen, so dass die angemeldete Marke hierfür Sachangabe zu Verwendungszweck und Bestimmung sein kann. Da die Beschwerde damit hinsichtlich der ersten Dienstleistungsangabe in Klasse 44 ohne Erfolg bleibt, ist nunmehr auf die mit dem Hilfsantrag beanspruchten Waren und Dienstleistungen abzustellen. Mit Ausnahme der Dienstleistungen „Einsetzen von Schnarcherschienen und Protrusionsschienen“ umfassen sämtliche Dienstleistungen solche zahnärztliche Leistungen, die der Erhaltung oder Wiederherstellung einzelner Zähne oder der Regulierung und Vervollständigung des ganzen Gebisses einschließlich des Kiefers dienen oder dazu in engem Bezug stehen, um damit ein perfektes Gebiss zu schaffen, das ein perfektes Lächeln mit perfekten Zähnen ermöglicht.

Wie aus dem der Anmelderin übersandten Ergebnis einer Internetrecherche ersichtlich, umfasst der Bereich der zahnärztlichen Leistungen auch die sog. ästhetische Zahnmedizin, die wiederum in enger Verbindung mit den Leistungen der Kieferorthopädie steht. In diesem Zusammenhang wird sehr häufig ein schönes, gesundes oder perfektes Lächeln als Symbol für Zahngesundheit und schön geformte Zähne genannt. Mitbewerber bieten unter dem Stichwort „Perfect Smile“ ein „Konzept für die perfekte Frontzahnästhetik“ an oder bieten mit Leistungen der modernen Zahnheilkunde den „Weg zum perfekten Lächeln“.

Im Zusammenhang mit Leistungen der ästhetischen Zahnmedizin ist auch der aus dem angloamerikanischen Raum stammende Fachbegriff „Smile Makeover“ bekannt, der mit „gründlicher Veränderung des Lächelns“ bzw. „Zahnumformung“ oder „Zahnumstellung“ übersetzt werden kann (vgl. „Ein schönes Lächeln Smile-Makeover“ unter [www.zahngesundheit-online.com](http://www.zahngesundheit-online.com); Zahnumformung - Smile Makeover“ unter [www.praxis-baxmann.de](http://www.praxis-baxmann.de)...). Hierfür werden Leistungen der ästhetischen Zahnmedizin wie Zahnreinigung, Zahnaufhellung oder Zahnumformung durch sog. Veneers oder Verblendschalen angeboten zusammen mit Therapiemaßnahmen aus dem Bereich der Kieferorthopädie wie der Beseitigung

von Zahnfehlstellungen oder Kieferanomalien. Auch die konservierende Zahnheilkunde kann z. B. durch zahnfarbene Füllungen einen wesentlichen Beitrag zu einem „ästhetischen Lächeln“ leisten, ebenso die Zahnchirurgie durch das Setzen von Implantaten und chirurgischen Maßnahmen der Parodontologie, denn „zur Ästhetik des Lächelns gehört ein gesundes Zahnfleisch unabdingbar dazu“ (vgl. „Ein schönes Lächeln Smile-Makeover“ unter [www.zahngesundheit-online.com](http://www.zahngesundheit-online.com)).

Auch die Anmelder führen auf ihrer Homepage unter dem Stichwort „Schöner Lächeln“ aus, dass das persönliche Wohlbefinden ganz entscheidend durch das ästhetische Erscheinungsbild der Zähne geprägt werde und bieten für perfekte Zähne u. a. Verblendschalen zur kosmetischen Formkorrektur sowie „hochästhetische, zahnfarbene Füllungen“ an. Weiter weisen sie darauf hin, dass nicht nur die Zähne alleine ein perfektes Lächeln ausmachen, sondern ein gesundes Zahnfleisch, das die Zähne in einem harmonischen Verlauf umschließe, genauso wichtig sei; man spreche in Fachkreisen daher von „roter Ästhetik“. Die Anmelder bieten darüber hinaus Zahnstellungskorrekturen mittels transparenter Zahnschienen an sowie Aufbiss-Schienen, um Zahnschäden durch nächtliches Zähneknirschen zu vermeiden.

Dem Wortbestandteil der angemeldeten Marke fehlt es somit an der erforderlichen Unterscheidungskraft, da der unmittelbare Bezug für die in Rede stehenden Waren und Dienstleistungen für den Verkehr ohne weiteres ersichtlich ist und sich die Wortkombination „perfect smile“ in Bezug auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen in einer im Vordergrund stehenden sachbezogenen Aussage in werbemäßiger Form erschöpft.

b) Die grafische Ausgestaltung von „perfect smile“ bewegt sich im Rahmen des Werbeüblichen und vermag daher das Schutzhindernis nicht auszuräumen. Ein schutzbegründender „Überschuss“ kann zwar insbesondere durch eine besondere bildliche Ausgestaltung schutzunfähiger Wortbestandteile erreicht werden. An diesen erforderlichen „Überschuss“ sind aber umso größere Anforderungen zu stel-

len, je beschreibender die fragliche Angabe ist. In jedem Fall muss eine den schutzunfähigen Charakter der übrigen Markenteile aufhebende, kennzeichnungs-kräftige Verfremdung im Gesamteindruck der Marke eintreten, die von dem maßgeblichen Durchschnittsverbraucher auch ohne analysierende Betrachtungsweise ohne Weiteres festgestellt werden kann. Ob die Hervorhebung durch gebräuchli-che grafische Elemente den Wortcharakter der beschreibenden Angabe unberührt lässt, kann nur im Einzelfall beurteilt werden. Jedenfalls vermögen einfache grafi-sche Gestaltungen oder Verzierungen des Schriftbilds, an die der Verkehr ge-wöhnt ist, den beschreibenden Charakter einer Angabe in der Regel nicht zu be-seitigen (vgl. BGH GRUR 2001, 1153 - antiKalk; Ströbele/Hacker, MarkenG, 9. Aufl., § 8 Rn. 15 ff. m. w. N.).

Entgegen der Ansicht der Anmelder bewegt sich die grafische Gestaltung, nämlich die räumliche Anordnung, die gewählte Schriftart sowie die erzielte unterschiedli-che Kontrastwirkung der beiden Wortbestandteile im Rahmen des Werbeüblichen und dient lediglich der Hervorhebung der Wortelemente, entfaltet daneben aber keine eigene schutzbegründende Wirkung. Da es sich bei der Zusammensetzung „perfect smile“ um einen deutlich beschreibenden Begriff handelt, vermögen die genannten werbeüblichen Grafikelemente - auch in ihrer Kombination - keine Schutzfähigkeit zu begründen, da sie weder einzeln noch in ihrer Summe eine ei-genständige Bedeutung erlangen und damit nicht von der beschreibenden Sach-aussage des Begriffs „perfect smile“ wegführen können.

c) Die Schutzfähigkeit ergibt sich auch nicht aus dem Bildbestandteil der angemeldeten Marke in Form eines lächelnden Mundes, der eine makellose Zahn-reihe zeigt, da er lediglich den Wortbestandteil der angemeldeten Marke illustriert. Die Darstellung eines lächelnden Mundes mit weißen und makellosen Zähnen ist im Zusammenhang mit zahnärztlichen Leistungen bekannt als Werbesymbol für Zahnpflege und Zahngesundheit. Wegen der gebräuchlichen Verwendung dieser Darstellung kann und wird der Verkehr darin keinen betrieblichen Herkunftshin-weis in Bezug auf damit gekennzeichnete Waren und Dienstleistungen sehen.

Entgegen der Ansicht der Anmelder kann auch die konkrete grafische Gestaltung keine Schutzfähigkeit begründen; der Umstand, dass ein Teil der Darstellung des lächelnden Mundes auf der rechten Seite „abgeschnitten“ ist, vermag keine schutzfähige Eigenart zu begründen, da es sich nur um einen unwesentlichen Teil handelt, und sich am Sinngehalt der Darstellung, die auf der rechten Seite lediglich wie eingerahmt wirkt, dadurch nichts ändert.

Der Verkehr nimmt die angemeldete Marke als Gesamtheit wahr, in der die beschreibende Angabe „Perfect Smile“ so im Vordergrund steht, dass der bildlichen Gestaltung daneben keine über das Werbeübliche hinausgehende Besonderheit beigemessen wird (vgl. BGH a. a. O. - antiKALK).

d) Auch die Verbindung der für sich genommen schutzunfähigen Wort- und Bildbestandteile in ihrer ganz konkreten Konstellation kann nicht die Schutzfähigkeit der angemeldeten Marke begründen. Die Verbindung der einzelnen Gestaltungsmittel in der vorliegenden Form ist gebräuchlich und der Gesamteindruck der angemeldeten Marke geht nicht über die Zusammenfügung beschreibender Elemente hinaus, sondern erschöpft sich in deren bloßer Summenwirkung. Die Anordnung der Elemente weist keine eigentümliche Gestaltung auf, vielmehr bleiben beide Bestandteile deutlich erkennbar und bilden keine neue phantasievolle Einheit, so dass der Verkehr dieser konkreten Verbindungsweise keinen Herkunftshinweis entnehmen kann.

Die Marke kann damit ihre Hauptfunktion, nämlich den Verkehrskreisen die Ursprungsidentität der mit der Marke gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu garantieren, nicht erfüllen. Die angemeldete Marke ist mit Ausnahme der im Beschlusstenor genannten Waren und Dienstleistungen nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG von der Eintragung ausgeschlossen.

Die Beschwerde ist daher insoweit zurückzuweisen.

3. Dagegen kann der angemeldeten Marke für die im Tenor genannte Ware „Anti-Schnarch-Schienen“ und der mit Hilfsantrag beanspruchten Dienstleistung „Einsetzen von Schnarcherschienen und Protrusionsschienen“ kein im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsinhalt zugeordnet werden. Im Gegensatz zu den zuvor genannten Waren handelt es sich bei „Anti-Schnarch-Schienen“ um Erzeugnisse, die keinen erkennbaren Bezug zur ästhetischen Zahnmedizin haben. Es lässt sich derzeit nicht feststellen, dass Anti-Schnarch-Schienen dazu eingesetzt werden, einzelne Zähne, das Gebiss oder den Kiefer zu regulieren oder in irgendeiner Art und Weise Einfluss zu nehmen, um ein „perfektes Lächeln“ zu erreichen. So ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Wortbestandteil „perfect smile“ insoweit als konkrete Angabe über Eigenschaften oder die Bestimmung dieser Waren oder Dienstleistungen dienen könnte und deswegen für die Mitbewerber der Anmelderin freigehalten werden müsste. An der angemeldeten Marke besteht in Bezug auf diese Waren daher kein Freihaltebedürfnis i. S. v. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG.

Es ist aus obengenannten Gründen insoweit auch nicht ersichtlich, dass dem Zeichen die Eignung fehlt, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden; der angemeldeten Marke „perfect smile“ fehlt insoweit nicht die erforderliche Unterscheidungskraft i. S. v. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

Der Beschwerde war daher insoweit stattzugeben.

4. Es bestand keine Veranlassung, die Rechtsbeschwerde gemäß § 83 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zuzulassen. Es waren keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden, da im Wesentlichen nur tatsächliche Umstände entscheidungserheblich waren. Auch unter dem Gesichtspunkt der Fortbildung des Rechts



oder einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 83 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG) bestand kein Erfordernis, die Rechtsbeschwerde zuzulassen.

Hacker

Winter

Hartlieb

Cl