



BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 507/11

(Aktenzeichen)

Verkündet am
18. Juli 2012

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2010 009 319.6

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 18. Juli 2012 durch die Vorsitzende Richterin Klante, die Richterin Dorn und den Richter am Amtsgericht Jacobi

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Das farbige (hellblau, dunkelblau, weiß) Bildzeichen 30 2010 009 319.6



ist am 15. Februar 2010 zur Eintragung als Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register für verschiedene Waren der Klassen 5, 29 und 30 angemeldet worden.

Mit Beschluss vom 16. November 2010 hat die Markenstelle für Klasse 29 die Anmeldung wegen fehlender Unterscheidungskraft teilweise zurückgewiesen, und zwar für die Waren der

Klasse 5: aus tierischen Produkten gewonnene Eiweißpräparate für medizinische Zwecke für die menschliche Ernährung; pharmazeutische Erzeugnisse; diätetische Erzeugnisse für Kinder und Kranke für medizinische Zwecke; Babykost;

Klasse 29: aus tierischen Produkten gewonnene Eiweißpräparate für die menschliche Ernährung; Fisch; Fischextrakte; Fertiggerichte und

Halbfertiggerichte, im Wesentlichen aus Fisch; Suppen; Fisch-Konserven und Präserven; Speiseöle und -fette; alle vorgenannten Waren auch als Tiefkühlkost; alle vorgenannten Waren auch für Diätzwecke und diätetische Zwecke, nicht für medizinische Zwecke; diätetische Lebensmittel und/oder Nahrungsergänzungsmittel für nicht medizinische Zwecke auf der Basis von Eiweißen und/oder Fetten, unter Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 29 enthalten.

Zur Begründung hat sie ausgeführt, bei dem angemeldeten Bildzeichen handle es sich insgesamt um eine einfache, werbeübliche und piktogrammartige zeichnerische Darstellung, bei der sich der Aussagegehalt „Fisch“ ohne weiteres Nachdenken erschließe. Im Zusammenhang mit den zurückgewiesenen Waren enthalte das Anmeldezeichen daher eine im Vordergrund stehende beschreibende Aussage. So würden die angesprochenen Verkehrskreise dem angemeldeten Zeichen in Bezug auf die Waren „Fisch; Fischextrakte; Fertiggerichte und Halbfertiggerichte, im Wesentlichen aus Fisch; Fisch-Konserven und Präserven; alle vorgenannten Waren auch als Tiefkühlkost; alle vorgenannten Waren auch für Diätzwecke und diätetische Zwecke, nicht für medizinische Zwecke“ entnehmen, dass diese Fische oder deren Bestandteile enthielten. Auch die beanspruchten Oberbegriffe „aus tierischen Produkten gewonnene Eiweißpräparate für die menschliche Ernährung; Suppen; Speiseöle und -fette; diätetische Lebensmittel und/oder Nahrungsergänzungsmittel für nicht medizinische Zwecke auf der Basis von Eiweißen und/oder Fetten, unter Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 29 enthalten“ seien von der Eintragung auszuschließen, da einzelne, unter den jeweiligen Oberbegriff fallende Waren Fisch enthalten könnten. Entsprechendes gelte für die zurückgewiesenen Waren der Klasse 5, nämlich „aus tierischen Produkten gewonnene Eiweißpräparate für medizinische Zwecke für die menschliche Ernährung; pharmazeutische Erzeugnisse; diätetische Erzeugnisse



für Kinder und Kranke für medizinische Zwecke; Babykost“, welche ausweislich der Recherchebelege des DPMA aus Fischöl, Fischeiweiß bzw. Fischproteinkonzentrat bestehen bzw. solche Zutaten enthalten könnten (vgl. Anlagen zum o. g. Beschluss, Bl. 47 – 53 VA). Vor dem Hintergrund dieser Feststellungen eigne sich das Bildzeichen nicht als betrieblicher Herkunftshinweis. Auch die Berufung der Anmelderin auf eine Vielzahl ihrer Erachtens vergleichbarer Voreintragungen von (Wort-)Bildmarken mit Fischmotiven rechtfertige keine abweichende Beurteilung, zumal viele dieser Eintragungen bereits aus dem Jahre 2002 oder aus der Zeit davor stammten. Abgesehen davon verfügten viele der vorgehaltenen Marken – anders als das Anmeldezeichen - über eine hochgradige Stilisierung, aufgrund derer diesen zweifellos ein Mindestmaß an Unterscheidungskraft zugebilligt werden könne.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin, mit der sie beantragt,

den versagenden Teil des Beschlusses des Deutschen Patent- und Markenamts, Markenstelle für Klasse 29, vom 16. November 2010 aufzuheben.

Ferner regt sie die Zulassung der Rechtsbeschwerde an. Zur Begründung hat sie ausgeführt, für den angesprochenen Durchschnittsverbraucher vermittele die gesamte Bildwirkung des Anmeldezeichens den Eindruck eines individuell gestalteten Logos, das auf ein bestimmtes Unternehmen hinweise. Die Unterscheidungskraft ergebe sich hier aus der konkreten Kombination und Anordnung der gewählten grafischen Gestaltungselemente, die entgegen der Ansicht des DPMA nicht lediglich einfach und werbeüblich, sondern charakteristisch und fantasievoll seien. Insbesondere der stilisierte Fisch, der in der Gestaltung über einen bloßen Symbolfisch hinausgehe, sei eigentümlich und einprägsam. Die zwei konzentrisch angeordneten und in blauer Farbe ausgefüllten Kreise stellten sich zudem nicht als einfache Umrandung dar, sondern erweckten den Eindruck eines blauen Rettungsrings, durch den der darin abgebildete Fisch „gerettet“ werden


solle. Diese Widersprüchlichkeit im Aussagegehalt beinhalte ebenfalls einen erheblichen Grad an Fantasie. Abgesehen davon sei eine Vielzahl von ähnlich gestalteten (Wort-/Bild-)Marken für Fischprodukte im Register eingetragen, die alle als Gestaltungselement einen stilisierten Fisch aufwiesen. Die Anmelderin beruft sich in diesem Zusammenhang ferner auf die Eintragung der identischen

Bildmarke  in Ungarn und des Wort-/Bildzeichens  in Tschechien sowie als Gemeinschaftsmarke (Nr. 1056619). Nach alledem eigne sich das Anmeldezeichen als betrieblicher Herkunftshinweis.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Anmelderin ist unbegründet.

1. Der Eintragung des angemeldeten Bildzeichens  als Marke steht in Bezug auf die beschwerdegegenständlichen Waren das absolute Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen. Die Markenstelle hat der angemeldeten Bezeichnung daher insoweit zu Recht die Eintragung versagt.

Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einem Zeichen innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden, welches die in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und diese Waren oder Dienstleistungen somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet. Da allein das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft ein Eintragungshindernis begründet, ist ein großzügiger Maßstab anzulegen, so dass jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft genügt, um das Schutz-

hindernis zu überwinden (BGH MarkenR 2012, 19, Rdnr. 8 - Link economy; GRUR 2010, 1100, Rdnr. 10 - TOOOR!; GRUR 2010, 825, 826, Rdnr. 13 - Marlene-Dietrich-Bildnis II; GRUR 2006, 850, 854, Rdnr. 18 - FUSSBALL WM 2006). Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft ist die Auffassung der beteiligten inländischen Verkehrskreise, wobei auf die Wahrnehmung des Handels und/oder des normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der fraglichen Waren oder Dienstleistungen abzustellen ist (vgl. EuGH GRUR 2006, 411, 412, Rdnr. 24 - Matratzen Concord/Hukla; GRUR 2004, 943, 944, Rdnr. 24 - SAT 2; BGH a. a. O. - FUSSBALL WM 2006). Ebenso ist zu berücksichtigen, dass der Verkehr ein als Marke verwendetes Zeichen in seiner Gesamtheit mit allen seinen Bestandteilen so aufnimmt, wie es ihm entgegentritt, ohne es einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (vgl. EuGH GRUR 2004, 428, 431 Rdnr. 53 -Henkel; BGH GRUR 2001, 1151, 1152 - marktfrisch; MarkenR 2000, 420, 421 - RATIONAL SOFTWARE CORPORATION).

Die Unterscheidungskraft von Bildmarken bemisst sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Soweit die Elemente eines Bildzeichens nur die typischen Merkmale der in Rede stehenden Waren darstellen bzw. die beanspruchten Waren inhaltlich beschreiben und/oder sich in einfachen dekorativen Gestaltungsmitteln erschöpfen, an die sich der Verkehr etwa durch häufige Verwendung gewöhnt hat, wird einem Zeichen im Allgemeinen wegen seines bloß beschreibenden Inhalts die konkrete Eignung fehlen, die mit ihm gekennzeichneten Waren von denjenigen anderer Herkunft zu unterscheiden. Weist das in Rede stehende Zeichen dagegen nicht nur die Darstellung von Merkmalen, die für die Ware typisch bzw. beschreibend oder lediglich von dekorativer Art sind, sondern darüber hinausgehende charakteristische Merkmale auf, in denen der Verkehr einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft sieht, so kann die Unterscheidungskraft nicht verneint werden (BGH GRUR 2011, 158 Rdnr. 8 – Hefteinband; GRUR 2005, 257, 258 – Bürogebäude; GRUR 2004, 683, 684 - Farbige Arzneimittelkapsel; GRUR 2001, 239, 240 – Zahnpastastrang; GRUR 2001, 1153 - antiKalk).

Nach diesen Grundsätzen verfügt das angemeldete Bildzeichen nicht über das erforderliche Mindestmaß an Unterscheidungskraft, da es für die beschwerdegegenständlichen Waren lediglich eine bildliche Sachangabe darstellt, von der auch die gewählten grafischen Gestaltungselemente nicht wegführen.

Das verfahrensgegenständliche Zeichen zeigt die piktogrammartige Darstellung eines Fisches mit dunkelblauen Umrisslinien, der in einen weißen Kreis eingebunden wurde. Trotz einer gewissen zeichnerischen Vereinfachung sind die wesentlichen Merkmale eines Fisches, nämlich Schwanzflosse, Kiemenspalte und Auge deutlich zu erkennen. Der Aussagegehalt „Fisch“ ist für das angesprochene Publikum daher ohne Weiteres erkennbar. Den gezeichneten Fisch umgeben zwei konzentrische, dunkelblaue Kreisbögen, wobei die dazwischen liegende Fläche hellblau ausgestaltet wurde, weshalb sie wie eine breite Umrahmung wirkt. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin vermittelt diese nicht den Eindruck eines Rettungsrings, da ein solcher regelmäßig wegen der Signalwirkung in den Farben rot/weiß gehalten ist.

Die vom Senat im Termin zur mündlichen Verhandlung überreichten Recherchebelege zeigen beispielhaft, dass die Verwendung der Farben (Hell-) Blau und Weiß im Zusammenhang mit Fischen bzw. Fischprodukten wegen des Bezugs zum Wasser bzw. Meer durchaus gängig und werbeüblich ist (vgl. Anlagen 2, 6 b, 6 c zum Protokoll vom 18. Juli 2012). Auch eine kreisförmige Umrahmung zählt zu den gebräuchlichen und bekannten Mitteln der Hervorhebung (BPatG 29 W (pat) 135/05 - flyer24; 26 W (pat) 157/05 - München; 26 W (pat) 186/03 - NORWAY CARD; 24 W (pat) 273/03 - The Butcher Shop & Grill; 24 W (pat) 180/02 - Beauty Pads; 25 W (pat) 234/01 - BEST FOOD CATERING). In der gewählten Ausgestaltung der Umrahmung - zwei konzentrische, in hellblauer Farbe ausgefüllte Kreisbögen - ist noch kein prägnantes betriebskennzeichnendes Merkmal zu sehen. Der stilisierte Fisch ist in seiner Gestaltung stark an bereits geläufige Piktogramme angelehnt (vgl. Recherchebelege des Senats, Anlagen 3 - 5 zum o. g. Protokoll). Abgesehen davon ist das Publikum an die vereinfachte und


werbeübliche Darstellung von Fischen in der fraglichen Branche gewöhnt, wie die Mitglieder des Senats als Angehörige der angesprochenen Verkehrskreise und aufgrund ihrer ständigen Befassung mit markenrechtlichen Verfahren wissen (vgl. hierzu auch die Recherchebelege des Senats, Anlagen 6 - 8 zum o. g. Protokoll). Die farbige Ausgestaltung einer derartigen Darstellung begründet für sich gesehen noch nicht die erforderliche Unterscheidungskraft, wenn sie – wie hier – den erkennbaren beschreibenden Aussagegehalt nicht nachhaltig verändert (BPatG GRUR 1997, 530, 531 – Rohrreiniger; Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Aufl., § 8 Rdnr. 219 m. w. N.).



Auch die konkrete Zusammenstellung der oben aufgeführten verschiedenen Gestaltungsmittel, die für sich genommen jeweils einfach und werbeüblich sind, weist keine schutzbegründende Komplexität auf, die von dem beschreibenden Aussagegehalt der Abbildung wegführen würde. Insgesamt handelt es sich daher entsprechend den Feststellungen der Markenstelle um eine einfache, in ihrer beschreibenden Aussage unzweideutig erkennbare, versinnbildlichte zeichnerische Darstellung in werbeüblicher Gestaltung.

Hinsichtlich des im Vordergrund stehenden beschreibenden Aussagegehalts des angemeldeten Bildzeichens im Zusammenhang mit den beschwerdegegenständlichen Waren, die allesamt Fische oder deren Bestandteile enthalten können, wird auf die zutreffenden Ausführungen der Markenstelle im angefochtenen Beschluss samt der dort in Bezug genommenen Anlagen verwiesen. Dabei steht § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG einer Eintragung des Anmeldezeichens auch dann entgegen, wenn zwar für einen Teil der unter die beanspruchten weiten Oberbegriffe fallende Waren die Unterscheidungskraft zu bejahen wäre, unter diese Oberbegriffe aber auch Waren – wie hier solche mit Fischen bzw. Fischbestandteilen – zu subsumieren sind, für welche das angemeldete Zeichen nicht unterscheidungskräftig ist (BGH GRUR 2002, 261, 262 Rdnr. 13 f.- AC; Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Aufl., § 8 Rdnr. 82 m. w. N.).

Da schon das Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG vorliegt, kann aus Sicht des Senats dahinstehen, ob das angemeldete Zeichen darüber hinaus für die fraglichen Waren Freihaltungsbedürftig gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist.

2. Soweit sich die Beschwerdeführerin auf Voreintragungen berufen hat, sind diese nicht vergleichbar, da sie größtenteils entweder schon zu lange zurückliegen oder andere Markenbestandteile enthalten. Auch weist ein Großteil dieser Bildmarken bzw. Wort-/Bildmarken – anders als das hier zu beurteilende Anmeldezeichen - eine charakteristische grafische Ausgestaltung bzw. hohe Komplexität auf, die bereits allein zur Schutzfähigkeit führt. Dies gilt auch für die von der Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung angeführten weiteren Voreintragungen (vgl. Registerauszüge als Anlage zum o. g. Protokoll). Lediglich die am 7. Oktober 2011 für zum Teil identische bzw. ähnliche Waren der Klasse 29

eingetragene deutsche Bildmarke 30 2011 005 599 , deren einfache und werbeübliche grafische Gestaltung sich ebenfalls in der piktogrammartigen Wiedergabe eines Fisches in einer kreisförmigen Umrahmung erschöpft, ist mit dem vorliegenden Anmeldezeichen vergleichbar. Allerdings lässt sich allein aus einer oder wenigen vorangegangenen Entscheidungen noch nicht der Vorwurf einer willkürlichen Ungleichbehandlung ableiten, zumal es sich um rechtswidrig vorgenommene Eintragungen oder Eintragungen vor Eintritt einer Richtlinien- oder Rechtsprechungsänderung handeln kann. Niemand kann sich auf eine fehlerhafte Rechtsanwendung zugunsten eines Anderen berufen, um eine identische Entscheidung zu erlangen (EuGH GRUR 2009, 667, 668 Rdnr. 18 – C-39/08 - Bild digital). Für die erforderliche Bereinigung des Markenregisters sieht das Gesetz das Lösungsverfahren vor, das von jedermann eingeleitet werden kann.

Die Tatsache, dass die identische Bildmarke  in Ungarn sowie die Wort-/Bildmarke  in Tschechien sowie als Gemeinschaftsmarke eingetragen wurden, ist nicht geeignet, das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG auszuräumen. Denn die in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union

auf der Grundlage des harmonisierten Markenrechts oder die vom Harmonisierungsamt aufgrund der Gemeinschaftsmarkenverordnung getroffenen Entscheidungen über absolute Eintragungshindernisse sind für nachfolgende Verfahren in anderen Mitgliedstaaten unverbindlich. Sie vermögen nicht einmal eine Indizwirkung zu entfalten (EuGH GRUR 2004, 428, 432 Rdnr. 63, 64 - Henkel; GRUR 2004, 674 Rdnr. 43 f. - Postkantoor; BGH GRUR 2009, 778, 779 Rdnr. 18 - Willkommen im Leben).

3. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde ist nicht veranlasst. Weder war eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden (§ 82 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG), noch ist die Zulassung der Rechtsbeschwerde zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 82 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG). Der Senat hat, wie ausgeführt, die Schutzfähigkeit des Anmeldezeichens anhand der insoweit von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien beurteilt. Die Beschwerdeführerin hat auch auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung nicht näher ausgeführt, zu welcher konkreten Rechtsfrage die Zulassung der Rechtsbeschwerde angezeigt sein könnte.

Klante

Dorn

Jacobi

Me