



BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 52/17

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2015 106 007.4

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 24. Juni 2019 durch die Vorsitzende Richterin Klante, den Richter Paetzold sowie die Richterin Lachenmayr-Nikolaou

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Anmelderin werden die Beschlüsse des Deutschen Patent- und Markenamts, Markenstelle für Klasse 25, vom 28. Dezember 2016 und 21. Juli 2017 insoweit aufgehoben, als die Anmeldung in Bezug auf die angemeldeten Waren der Klasse 16 „Papier, Pappe (Karton)“ und der Klasse 24 „Babydecken; Etiketten aus textilen Materialien; Kinderdecken“ zurückgewiesen worden ist.
2. Im Übrigen wird die Beschwerde der Anmelderin zurückgewiesen.

Gründe

I.

Am 11. September 2015 ist das Zeichen



für die nachfolgend genannten Waren der Klassen 16, 24 und 25 zur Eintragung als dreidimensionale Marke in das vom Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Markenregister angemeldet worden:

Klasse 16: Papier, Pappe (Karton) und Waren aus diesen Materialien, soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind; Druckereierzeugnisse, insbe-

sondere Bücher [kleine], Bücher, Gesangbücher, Handbücher, Magazine, Notizbücher, Registrierbücher, Zeitschriften;

Klasse 24: Babydecken; Bedruckte und beflockte Textilstoffe und -waren; Elastische Gewebe für Bekleidungsstücke; Etiketten aus textilen Materialien; Flanell; Gewebe für die Herstellung von Bekleidung; Jerseystoffe für Bekleidung; Kinderdecken; Leinen; Mischfasergewebe; Mischfaserstoffe; Stoffe; Textilwaren;

Klasse 25: Bodysuits für Babys; Babywäsche; Baby-Oberteile; Babyausstattung, insbesondere Unterbekleidung für Babys; Strampelanzüge mit Druckknöpfen im Schritt für Babys und Kleinkinder.

Das Deutsche Patent- und Markenamt (DPMA), Markenstelle für Klasse 25, besetzt mit einer Beamtin des gehobenen Dienstes, hat die Anmeldung mit Beschluss vom 28. Dezember 2016 wegen fehlender Unterscheidungskraft gem. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG i.V.m. § 37 Abs. 1 MarkenG zurückgewiesen.

Zur Begründung ist ausgeführt, bei der vorliegend angemeldeten dreidimensionalen Marke handele es sich um die Abbildung eines Bodysuits für Kinder, der mit einer Wortfolge („Papa du schaffst das!“) sowie weiteren einzelnen Wörtern und Pfeilen versehen sei, die auf die (ebenfalls bezeichneten) Körperteile wie Arme, Beine und Kopf hinweisen würden. Zusammen mit dem aufmunternden Ausspruch „Papa du schaffst das!“ richte sich die Gestaltung der dreidimensionalen Marke, die auf Kinderbekleidung, vorwiegend Kinderbodysuits, „angebracht“ werde, ganz offensichtlich an Väter, die mit der Anatomie des Kindes bzw. der Handhabung von Kinderbekleidung, insbesondere Kinderbodys, nicht oder nicht ausreichend vertraut seien und daher eine Gebrauchsanleitung benötigen würden. Dass die Gestaltung nach den Ausführungen der Anmelderin „humoristisch“ sei, könne keine Unterscheidungskraft begründen. Gerade im Hinblick auf das unüberschaubare Angebot an Bekleidung mit aufgebrachten „lustigen“ Sprüchen aus allen Themengebieten könne nicht erwartet werden, dass der Verkehr dabei jeweils auch Rückschlüsse bezüglich der Herkunft der entsprechenden Waren ziehen könne. Auch die Tatsache, dass eine Gestaltung wie die der vorliegend angemel-

deten dreidimensionalen Marke bisher nicht existiere, stelle keinen Beleg für die Unterscheidungskraft des angemeldeten Zeichens dar.

Gegen den ihr am 15. Januar 2017 zugestellten Beschluss hat die Anmelderin am 15. Februar 2017 Erinnerung eingelegt, die mit Beschluss des DPMA, Markenstelle für Klasse 25, vom 21. Juli 2017 unter Bezugnahme auf die Begründung des Erstbeschlusses zurückgewiesen worden ist.

Gegen diesen ihr am 28. Juli 2017 zugestellten Beschluss wendet sich die Anmelderin mit ihrer Beschwerde vom 28. August 2017, eingegangen beim DPMA am selben Tage. Zur Begründung der Beschwerde ist ausgeführt, das DPMA habe nicht ausreichend berücksichtigt, dass vorliegend keine Wortmarke, sondern eine dreidimensionale Marke angemeldet worden sei. Die Anmeldung kombiniere eine dreidimensionale Warenform mit auf der Ware angebrachten Wort-/Bildbestandteilen. Dementsprechend sei die Schutzfähigkeit dieser Kombination zu beurteilen, während das DPMA seine Prüfung zu Unrecht auf die Schutzfähigkeit des Wortbestandteils beschränkt habe. Die zitierten Entscheidungen des BPatG zur Unterscheidungskraft von Wortmarken in Form von Werbe-Slogans oder Fun-Sprüchen wie beispielsweise „Mir reicht´s. Ich geh schaukeln“ (BPatG 27 W (pat) 521/14) seien daher nicht einschlägig. Eine isolierte Beurteilung des Wortelements „Papa du schaffst das“ sei jedoch nicht möglich. Vielmehr seien die Kombination dieser Wortfolge mit der Warenform eines Kinder-Bodys sowie auch die weiteren Wort-/Bildelemente zu den Positionen des Kopfes etc. zu berücksichtigen. Aufgrund der humoristischen Gestaltung sähen die angesprochenen Verkehrskreise in dem angemeldeten Zeichen einen Herkunftshinweis. Dem angesprochenen Verkehr werde in einer bisher so noch nicht existierenden Art auf humoristische Weise nahegebracht, wie Bodys zu verwenden seien.

Einen ausdrücklichen Antrag hat die Beschwerdeführerin nicht gestellt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die angefochtenen Beschlüsse des DPMA, den am 6. Mai 2019 versandten Hinweis des Senats, die Schriftsätze der Beschwerdeführerin und den übrigen Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige, insbesondere gem. § 66 Abs. 1 MarkenG statthafte und gem. § 66 Abs. 2 MarkenG fristgerecht eingelegte Beschwerde hat in der Sache teilweise Erfolg. Sie ist in dem aus dem Beschlusstenor Ziff. 1 ersichtlichen Umfang begründet, da insoweit Eintragungshindernisse nicht bestehen. Die angefochtenen Beschlüsse waren daher in diesem Umfang aufzuheben.

Hinsichtlich der übrigen beschwerdegegenständlichen Waren steht der Eintragung der angemeldeten dreidimensionalen Marke das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gem. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen, so dass die Markenstelle die Anmeldung gem. § 37 Abs. 1 MarkenG zu Recht zurückgewiesen hat.

1. Gegenstand der Anmeldung ist eine dreidimensionale Gestaltung. Die sechs Abbildungen dieser dreidimensionalen Gestaltung zeigen einen beschrifteten und mit Pfeilen bedruckten Baby-Body bzw. Kleinkinder-Body aus verschiedenen Perspektiven (Vorderansicht gerade, leicht nach rechts gedreht, leicht nach links gedreht, jeweils einmal mit und einmal ohne Puppe). Auch wenn drei der im Rahmen der Anmeldung eingereichten Abbildungen nur diesen Baby-Body zeigen und dieser auf drei weiteren Abbildungen von einer Puppe getragen wird, deren Arme, Beine und Kinn (teilweise) auf den Abbildungen zu sehen sind, so ist die Anmeldung doch als noch ausreichend bestimmt und nicht als widersprüchlich anzusehen. Die Beschwerdeführerin begehrt ersichtlich Schutz für eine dreidimensionale Marke in Form eines Baby-Bodys bzw. Kleinkinder-Bodys, und zwar ohne die auf einem Teil der Abbildungen ersichtlichen Körperteile einer Puppe. Hiervon ist nicht

nur das DPMA ausgegangen, dass die Anmeldung nicht unter dem Gesichtspunkt einer fehlenden Bestimmtheit beanstandet hat; dies lässt sich auch den eingereichten Abbildungen selber ausreichend deutlich entnehmen. Gerade die Tatsache, dass die ersten drei Abbildungen lediglich das Kleidungsstück zeigen, und dass auf den folgenden drei Abbildungen unterschiedliche Ausschnitte der Puppe zu sehen sind – zum Beispiel mal mit mal ohne Füße –, zeigt, dass die weiteren drei Abbildungen lediglich der näheren Illustration dienen und dass eine dreidimensionale Marke in Form eines Baby-Bodys bzw. Kleinkinder-Bodys angemeldet werden sollte.

2. Diese angemeldete dreidimensionale Form ist dem Markenschutz zugänglich gem. § 3 MarkenG. Ihr steht insbesondere ein Schutzausschlussgrund gem. § 3 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG nicht entgegen.

Gem. § 3 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG sind Zeichen, die ausschließlich aus Formen oder anderen charakteristischen Merkmalen bestehen, die durch die Art der Ware selbst bedingt sind, dem Markenschutz nicht zugänglich. Auch wenn die in Klasse 25 angemeldeten Waren die dargestellte Warenform innehaben können, so fällt das angemeldete dreidimensionale Zeichen bereits deswegen nicht unter § 3 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, weil es sich nicht auf die Wiedergabe der Form eines Baby-Bodys beschränkt, sondern darüber hinausgehende Gestaltungselemente in Form einer „Beschriftung“ dieses Bodys und des Aufdrucks von Pfeilen aufweist.

3. Die Beschwerde hat Erfolg hinsichtlich der im Tenor genannten Waren der Klasse 16 „Papier, Pappe (Karton)“ und der Klasse 24 „Babydecken; Etiketten aus textilen Materialien; Kinderdecken“. Hinsichtlich dieser Waren ist das angemeldete Zeichen keinem Eintragungshindernis im Sinne von § 8 Abs. 2 MarkenG ausgesetzt. Insbesondere stehen ihm nicht die Schutzhindernisse der fehlenden Unterscheidungskraft gem. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG oder des Freihaltebedürfnisses gem. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegen. Die im Tenor genannten Waren können nicht die beanspruchte Warenform aufweisen. Bei dem angemeldeten Zeichen

handelt es sich daher insoweit um eine Formmarke im weiteren Sinne. In Bezug auf die Rohwaren „Papier, Pappe (Karton)“ kommt eine figürliche Darstellung in der angemeldeten Form ebenso wenig als Inhalts- oder Bestimmungsangabe in Betracht wie in Bezug auf die in Klasse 24 beanspruchten Etiketten oder Decken.

4. Dem angemeldeten Zeichen steht jedoch hinsichtlich der übrigen angemeldeten Waren das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gem. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen.

a) § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG schließt von der Eintragung als Marke Zeichen aus, denen für die in der Anmeldung beanspruchten Waren und Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft fehlt. Unterscheidungskraft ist die einem Zeichen zukommende Eignung, die von der Anmeldung erfassten Waren bzw. Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und so diese Waren und Dienstleistungen von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. u.a. EuGH, GRUR 2010, 228, Rn. 33 – Audi/HABM [Vorsprung durch Technik]; BGH, GRUR 2018, 301, Rn. 11 – Pippi-Langstrumpf-Marke; BGH, GRUR 2016, 934, Rn. 9 – OUI; BGH, GRUR 2014, 569, Rn. 10 – HOT; BGH, GRUR 2013, 731, Rn. 11 – Kaleido). Denn die Hauptfunktion einer Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten (EuGH, GRUR 2008, 608, Rn. 66 – EUROHYPO; EuGH, GRUR 2006, 229, Rn. 27 – Bio-ID; BGH, GRUR 2016, 934, Rn. 9 – OUI; BGH, GRUR 2014, 565, Rn. 12 – smartbook).

Keine Unterscheidungskraft besitzen insbesondere Zeichen, die einen beschreibenden Begriffsinhalt enthalten, der für die in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen ohne Weiteres und ohne Unklarheiten als solcher erfasst wird. Bei derartigen beschreibenden Angaben gibt es keinen tatsächlichen Anhaltspunkt, dass der Verkehr sie als Unterscheidungsmittel versteht. Auch Angaben, die sich auf Umstände beziehen, die die Ware oder die Dienstleistung selbst nicht unmittelbar betreffen, fehlt die Unterscheidungskraft, wenn durch die Angabe ein enger beschreibender Bezug zu den angemeldeten Waren oder Dienstleistungen

hergestellt wird und deshalb die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Verkehr den beschreibenden Begriffsinhalt als solchen ohne Weiteres und ohne Unklarheiten erfasst und in der Bezeichnung nicht ein Unterscheidungsmittel für die Herkunft der angemeldeten Waren oder Dienstleistungen sieht (BGH, GRUR 2017, 186, Rn. 32 – Stadtwerke Bremen; BGH, GRUR 2014, 569, Rn. 10 – HOT; BGH, GRUR 2012, 1143, Rn. 9 – Starsat; BGH, GRUR 2006, 850, Rn. 19 – FUSSBALL WM 2006). Kann dagegen einem Wortzeichen für die fraglichen Waren oder Dienstleistungen kein im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsinhalt zugeordnet werden und handelt es sich auch nicht um Angaben, die aus gebräuchlichen Wörtern oder Wendungen der deutschen oder einer bekannten Fremdsprache bestehen, die vom Verkehr – etwa auch wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung – stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werden, so gibt es keinen tatsächlichen Anhalt dafür, dass ihm die Unterscheidungseignung und damit jegliche Unterscheidungskraft fehlt (BGH, GRUR 2016, 934, Rn. 12 – OUI; BGH, GRUR 2014, 872, Rn. 21 – Gute Laune Drops; BGH, GRUR 2012, 1143, Rn. 9 – Starsat).

Die Bewertung der Verkehrsauffassung in Bezug auf die einschlägigen Waren und Dienstleistungen richtet sich insbesondere nach der Sicht des Handels und/oder des normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers (EuGH, GRUR 2006, 411, Rn. 24 – Matratzen Concord/Hukla; Ströbele in: Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 12. Aufl. 2018, § 8 Rn. 47). Dieser wird die Marke so wahrnehmen, wie sie ihm entgegentritt, ohne sie einer analysierenden Betrachtung zu unterziehen (BGH, GRUR 2018, 301, Rn. 15 – Pippi-Langstrumpf-Marke; BGH, GRUR 2012, 270, Rn. 12 – Link economy).

Bei der Beurteilung des Schutzhindernisses der fehlenden Unterscheidungskraft kommt es auf das Verkehrsverständnis zum Zeitpunkt der Anmeldung des jeweiligen Zeichens an (BGH, GRUR 2013, 1143, Rn. 15 – Aus Akten werden Fakten).

b) Nach diesen Grundsätzen ist die Unterscheidungskraft des angemeldeten Zeichens in Verbindung mit sämtlichen in Klasse 25 beanspruchten Waren sowie hinsichtlich eines Teils der in Klasse 16 beanspruchten Waren (nämlich „Waren aus

Papier, Pappe (Karton), soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind; Druckereierzeugnisse, insbesondere Bücher [kleine], Bücher, Gesangbücher, Handbücher, Magazine, Notizbücher, Registrierbücher, Zeitschriften“) und hinsichtlich eines Teils der in Klasse 24 beanspruchten Waren (nämlich „Bedruckte und beflockte Textilstoffe und -waren; Elastische Gewebe für Bekleidungsstücke; Flanell; Gewebe für die Herstellung von Bekleidung; Jerseystoffe für Bekleidung; Leinen; Mischfasergewebe; Mischfaserstoffe; Stoffe; Textilwaren“) zu verneinen.

aa) Dem Zeichen fehlt im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren der Klasse 25 die erforderliche Unterscheidungskraft.

Bei einer dreidimensionalen Gestaltung ist wie bei jeder anderen Markenform auch allein zu prüfen, ob der Verkehr in dem angemeldeten Zeichen für die in Rede stehenden Waren einen Herkunftshinweis sieht. Eine dreidimensionale Marke, die allein aus der Form der Ware besteht, wird allerdings vom Verkehr nicht notwendig in gleicher Weise wahrgenommen wie eine herkömmliche Wort- oder Bildmarke, die ein gesondertes Zeichen darstellt und vom Erscheinungsbild der gekennzeichneten Ware unabhängig ist. Die dreidimensionale naturgetreue Wiedergabe eines der Gattung nach im Warenverzeichnis genannten Erzeugnisses ist häufig nicht geeignet, die Ware ihrer Herkunft nach zu individualisieren (BGH, GRUR 2010, 138, Rn. 25 – Rocher-Kugel). Sofern sich die angemeldete Form demgegenüber durch besondere Merkmale auszeichnet, ist weiter zu prüfen, ob der Verkehr in diesen nur bloße Gestaltungsmerkmale sieht oder sie als Hinweis auf die Herkunft der Waren versteht. Letzteres ist nur dann anzunehmen, wenn er diese Form keiner konkreten anderen Funktion der Ware oder ganz allgemein dem Bemühen zuschreibt, ein ästhetisch ansprechendes Produkt zu schaffen (BGH, a.a.O.). Dazu muss die angemeldete Warenform von der Norm oder der Branchenüblichkeit erheblich abweichen; die beanspruchte Form muss daher Besonderheiten gegenüber üblichen Gestaltungen aufweisen, die den Verkehr veranlassen, die beanspruchte Form als Herkunftshinweis zu verstehen (vgl.

EuGH, GRUR 2006, 233, Rn. 31 – Standbeutel; BGH a.a.O., Rn. 28; Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 12. Aufl. 2018, § 8 Rn. 307, 308).

Unabhängig davon ist eine dreidimensionale Marke auch dann schutzfähig, wenn die auf ihr angebrachten Wort- und/oder Bildelemente unterscheidungskräftig sind (vgl. Kur, Probleme im Überschneidungsbereich von Marke und Design, Markenrecht 2017, 185, 191; Ströbele a.a.O., § 8 Rn. 327). Denn wenn eine dreidimensionale Gestaltung weitere Zeichenbestandteile wie Wort- oder Bildelemente aufweist, so wird Schutz für die Kombination von Form und Wort bzw. Bild beansprucht, welche der Prüfung auf absolute Schutzhindernisse nach § 8 Abs. 2 MarkenG zu Grunde zu legen ist (vgl. BGH, GRUR 2005, 158 – Stabtaschenlampe „MAGLITE“).

Im vorliegenden Fall ist die Unterscheidungskraft des angemeldeten Zeichens im Zusammenhang mit den in Klasse 25 beanspruchten Waren zu verneinen.

Ihrer Form nach beschränkt sich das angemeldete Zeichen auf die Wiedergabe eines klassischen Baby-Bodys bzw. Kleinkinder-Bodys. Auch wenn ein Schutzausschlussgrund der technischen Bedingtheit der Form gem. § 3 Abs. 2 MarkenG nicht anzunehmen ist, so entspricht doch die angemeldete Form als solche für sich genommen einem gängigen Body und ist daher nicht herkunftshinweisend. Dies gilt für sämtliche in Klasse 25 beanspruchten Waren, die alle die dargestellte Form aufweisen können („Bodysuits für Babys; Babywäsche; Baby-Oberteile; Babyausstattung, insbesondere Unterbekleidung für Babys; Strampelanzüge mit Druckknöpfen im Schritt für Babys und Kleinkinder“).

Auch die auf dem Body angebrachten Wort-/Bildelemente verhelfen dem angemeldeten Zeichen nicht zur Schutzfähigkeit, weil sich diese in dekorativen Elementen erschöpfen und lediglich als Gestaltungsmittel erscheinen (vgl. auch EuG, Urteil vom 16.7.2014 – T-66/13, BeckRS 2014, 81186 – Flasche mit Reliefaufschrift „Echte Kroatzbeere“ als 3D-Marke). Dabei ist nicht von Bedeutung, ob es sich – wie von der Beschwerdeführerin vorgetragen – um eine witzige oder originelle Gestaltung handelt, weil dem „Anwender“ eines Baby-Bodys mittels der auf

dem Body aufgebrachten Worte und Pfeile auf humoristische Art und Weise gezeigt werde, wie dieser einem Baby oder Kleinkind anzuziehen sei. Gerade diese Art der Aufschrift – mag sie auch inhaltlich originell sein – stellt sich den angesprochenen Verkehrskreisen als besondere Gestaltung bzw. „Aufmachung“ dieses Kleidungsstücks dar und nicht als Herkunftshinweis. Die angebrachten Aufschriften in der Art einer „Gebrauchsanleitung“ werden vom angesprochenen allgemeinen Publikum als eben solche, eine witzige Anleitung zum Ankleiden von Babys bzw. Kleinkindern, verstanden. Auch die Positionierung der Aufschrift auf der Vorderseite des Bodys (und nicht beispielsweise im Etikett oder an einer anderen für die Anbringung von Marken üblichen Stelle) lässt diese als dekoratives Element erkennen.

bb) Auch hinsichtlich der in Klasse 16 beanspruchten „Waren aus Papier, Pappe (Karton), soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind; Druckereierzeugnisse, insbesondere Bücher [kleine], Bücher, Gesangbücher, Handbücher, Magazine, Notizbücher, Registrierbücher, Zeitschriften“ ist die Unterscheidungskraft des angemeldeten Zeichens zu verneinen.

Die beanspruchten Druckereierzeugnisse können ihrer Form nach nicht die beanspruchte Form aufweisen bzw. dies wäre zumindest höchst ungewöhnlich. Insofern handelt es sich bei dem angemeldeten Zeichen daher nicht um eine Warenformmarke, sondern um eine Formmarke im weiteren Sinne, die nicht die Form der beanspruchten Waren darstellt (zur Differenzierung vgl. Hacker in: Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 12. Aufl. 2018, § 3 Rn. 92; Fezer, Markenrecht, 4. Auflage 2009, § 3 Rn. 581 – 583). Insofern ist daher maßgeblich, ob die angesprochenen Verkehrskreise eine von der Ware unabhängige figürliche Form in der angemeldeten Gestaltung im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren als Herkunftshinweis auffassen.

Dies ist hinsichtlich der beanspruchten „Druckereierzeugnisse“ zu verneinen. Unter diesen Oberbegriff können beispielsweise Bücher oder Zeitschriften mit

Nähanleitungen für Baby- und Kinderbekleidung fallen. Ist an einem derartigen Druckereierzeugnis eine figürliche Form in der angemeldeten Gestaltung angebracht, werden die angesprochenen allgemeinen Verkehrskreise diese als Sachhinweis dahingehend verstehen, dass das Druckereierzeugnis (u.a.) eine Anleitung dahingehend enthält, wie ein derartiger Body zu nähen und zu bedrucken ist, wobei es für das Bedrucken von Kleidungsstücken die verschiedensten Anbieter gibt. Entsprechendes gilt hinsichtlich der in Klasse 16 weiter beanspruchten „Waren aus Papier, Pappe (Karton), soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind“, da unter diese beispielsweise Schnittmuster für Bodys fallen können. Die angesprochenen Verkehrskreise werden in dem angemeldeten Zeichen somit lediglich einen beschreibenden Hinweis auf den Inhalt bzw. Gegenstand der Druckereierzeugnisse bzw. der Waren aus Papier und Pappe entnehmen und keinen Herkunftshinweis.

Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass hinsichtlich der Ware „Druckereierzeugnisse“ im Verzeichnis nähere Erläuterungen in Form eines „insbesondere-Zusatz“ erfolgen, indem „Druckereierzeugnisse, insbesondere Bücher [kleine], Bücher, Gesangbücher, Handbücher, Magazine, Notizbücher, Registrierbücher, Zeitschriften“ beansprucht werden, und die angesprochenen Verkehrskreise der angemeldeten Form beispielsweise im Zusammenhang mit Gesangbüchern keinen Sachhinweis auf den Inhalt desselben entnehmen werden. Der sogenannte „insbesondere-Zusatz“ stellt lediglich eine beispielhafte Aufzählung der beanspruchten Waren oder Dienstleistungen dar. Dementsprechend ist die Eintragung von Oberbegriffen der beanspruchten Waren oder Dienstleistungen entweder antragsgemäß vorzunehmen oder aber zurückzuweisen (vgl. BPatG, GRUR 2007, 601 – DATE 24; BGH, GRUR 2002, 261 – AC).

cc) Schließlich fehlt dem angemeldeten Zeichen hinsichtlich der in Klasse 24 beanspruchten „Rohwaren“, nämlich „Bedruckte und beflockte Textilstoffe und -waren; Elastische Gewebe für Bekleidungsstücke; Flanell; Gewebe für die Her-

stellung von Bekleidung; Jerseystoffe für Bekleidung; Leinen; Mischfasergewebe; Mischfaserstoffe; Stoffe; Textilwaren“, die erforderliche Unterscheidungskraft.

Auch insoweit handelt es sich bei dem angemeldeten Zeichen um eine Formmarke im weiteren Sinne; denn würden die Textilwaren selber die angemeldete Form aufweisen, würde es sich nicht mehr um die beanspruchten Waren der Klasse 24 handeln, sondern um Bekleidungsstücke, die in Klasse 25 fallen.

Bei den vorgenannten Textilwaren handelt es sich um Stoffe bzw. Gewebe, aus denen Bekleidungsstücke hergestellt werden. Alle diese Waren können daher geeignet und bestimmt dazu sein, dass man aus diesen einen Baby-Body oder Kleinkinder-Body herstellen kann. Im Zusammenhang mit den vorgenannten Textilwaren werden die angesprochenen allgemeinen Verkehrskreise das angemeldeten Zeichen – also eine von der Ware unabhängige figürliche Form in der angemeldeten Gestaltung – daher ebenfalls nicht als Herkunftshinweis auffassen, sondern als reine Bestimmungsangabe dahingehend, dass man aus diesen Waren einen derartigen Body anfertigen könne (vgl. auch BPatG 28 W (pat) 504/09 zur Abbildung einer Schusswaffe als Inhaltsangabe von Videospiele).

5. Offen bleiben kann, ob die Eintragung hinsichtlich der unter Ziff. 3 genannten Waren zugleich wegen eines Freihaltebedürfnisses gem. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zu versagen ist. Für die Ablehnung der Eintragung des angemeldeten Zeichens als Marke ist das Vorliegen eines der voneinander rechtlich unabhängig anwendbaren Schutzhindernisse des § 8 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 MarkenG ausreichend (EuGH, GRUR 2008, 608, Rn. 54 – EUROHYPO; BGH, GRUR 2012, 272, Rn. 22 – Rheinpark-Center Neuss).

6. Der Senat konnte ohne mündliche Verhandlung entscheiden, da die Beschwerdeführerin einen Antrag auf Durchführung einer solchen nicht gestellt hat (§ 69 Nr. 1 MarkenG) und der Senat eine mündliche Verhandlung auch nicht für geboten erachtet hat (§ 69 Nr. 3 MarkenG).

III.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss steht den am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form einzulegen.

Klante

Paetzold

Lachenmayr-Nikolaou

Ko