



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 9/18

(Aktenzeichen)

B E S C H L U S S

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2016 016 036.1

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 30. März 2021 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Mittenberger-Huber, die Richterin Akintche und die Richterin Seyfarth

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Anmelderin werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 16 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 13. Februar 2017 und vom 2. Februar 2018 aufgehoben, soweit die Anmeldung bezüglich der Waren

Klasse 20: Knochen, Horn, Elfenbein, Fischbein oder Perlmutter in rohem Zustand; Schildpatt; Meerscham; Bernstein,

Klasse 21: rohes Glas;

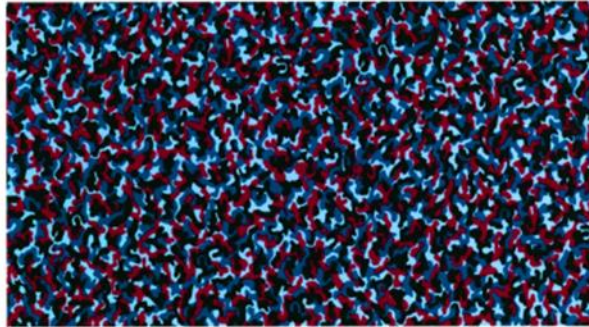
zurückgewiesen worden ist.

2. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe

I.

Das Bildzeichen



ist am 8. Juni 2016 zur Eintragung als Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register für die nachfolgend aufgeführten Waren und Dienstleistungen angemeldet worden:

Klasse 14: Edelmetalle und deren Legierungen; Juwelierwaren; Schmuckwaren; Edelsteine; Uhren; Zeitmessinstrumente.

Klasse 16: Papier, Pappe [Karton]; Druckereierzeugnisse; **Buchbinderartikel**; Fotografien; Schreibwaren; **Klebstoffe für Papier- und Schreibwaren oder für Haushaltszwecke**; Künstlerbedarfsartikel; Pinsel; **Schreibmaschinen**; Büroartikel [ausgenommen Möbel]; Lehr- und Unterrichtsmittel [ausgenommen Apparate]; Verpackungsmaterial aus Kunststoff; **Drucklettern**; **Druckstöcke**;

Klasse 18: Leder und Lederimitationen; Häute und Felle; Reise- und Handkoffer; Regenschirme; Sonnenschirme; Spazierstöcke; Peitschen; Pferdegeschirre; Sattlerwaren.

Klasse 20: Möbel; Spiegel; Bilderrahmen; Knochen, Horn, Elfenbein, Fischbein oder Perlmutter in rohem oder teilweise bearbeitetem Zustand; Schildpatt; Meerscham; Bernstein;

Klasse 21: Geräte und Behälter für Haushalt und Küche; Käämme; Schwämme; Bürsten und Pinsel [ausgenommen für Malzwecke]; **Bürstenmachermaterial**; **Putzzeug**; **Stahlwolle**; rohes oder teilweise bearbeitetes Glas [mit Ausnahme von Bauglas]; Glaswaren, Porzellan und Steingut;

Klasse 22: Seile; **Bindfaden**; Netze; Zelte; Planen; Segel; Säcke; Polyesterfüllstoffe [ausgenommen aus Papier, Pappe [Karton], Kautschuk oder Kunststoffen]; **rohe Gespinnstfasern**;

Klasse 24: Webstoffe und deren Ersatz; Bettdecken; Tischdecken;

Klasse 25: Bekleidungsstücke; Schuhwaren; Kopfbedeckungen;

Klasse 28: Spiele; Spielzeug; Turnartikel; Sportartikel; Christbaumschmuck;

Klasse 35: Werbung; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; **Büroarbeiten**;

Klasse 39: Transportwesen; Verpackung von Waren; Lagerung von Waren; Veranstaltung von Reisen.

Mit Beschluss vom 13. Februar 2017 hat die Markenstelle für Klasse 16 des Deutschen Patent- und Markenamtes die Anmeldung wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückgewiesen. Auf die Erinnerung der Beschwerdeführerin wurde dieser Beschluss mit Erinnerungsbeschluss vom 2. Februar 2018 insoweit aufgehoben, als die Anmeldung für die oben **fett** gedruckten Waren und Dienstleistungen zurückgewiesen worden ist. Im Übrigen wurde die Erinnerung zurückgewiesen.

Zur Begründung ist ausgeführt, bei dem angemeldeten Zeichen handele es sich lediglich um ein an ein Camouflage-Muster angelehntes Dekor, das sich aus mehreren kräftigen Farben, nämlich Rot, Schwarz, Dunkelblau, Hellblau und

Bordeaux zusammensetze, die ohne Konturen in verschiedenen Anordnungen immer wiederkehrend ein sogenanntes Endlosmotiv darstellten. Sämtliche von der Zurückweisung betroffenen Waren seien üblicherweise mit Mustern, Dekoren und Motiven verziert oder bestünden selbst aus Verzierungen. Aufgrund dieser Praxis würden die angesprochenen breiten Verkehrskreise in dem angemeldeten Zeichen keinen Hinweis auf einen ganz bestimmten Anbieter dieser Waren erkennen, zumal bei einem Teil der angemeldeten Waren der Hinweis auf den Hersteller üblicherweise in Form von eingenähten Etiketten, Rückseitenaufdrucken oder Aufdrucken auf der Verpackung zu finden sei. Auch im Zusammenhang mit den angemeldeten Dienstleistungen verstehe der Verkehr das Bildzeichen nicht als Herkunftshinweis, sondern lediglich als Designelement. Die Verschiedenheit der grafischen Ausgestaltung zu anderen Camouflagemustern sei zu graduell, als dass der Verkehr dem Muster einen auf einen Geschäftsbetrieb hinweisenden Aussagegehalt beimesse. Sowohl die farbliche Gestaltung als auch die Anordnung der Farben sei werbeüblich. Dass jeder farbliche Bereich eine symbolische Bedeutung in Bezug auf die Funktion der Anmelderin habe, bedürfe einer analysierenden Betrachtungsweise, die der Verkehr nicht vornehme, zumal dafür dem Verkehr möglicherweise nicht bekannte Hintergrundinformationen notwendig seien. Auch die stilisierten Buchstaben „...“ seien nur schwer zu erkennen. Dass es sich bei den Gegenständen, die die Anmelderin mit diesem Dekor vertreibe, um beliebte Souvenirs für Berlin-Touristen handle, führe nicht zu einer bundesweiten Bekanntheit. Es sei auch zu bedenken, dass der Verkehr verschiedene Muster nicht nebeneinander wahrnehme und sich an Unterschiede daher nicht unbedingt erinnere.

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

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 16 vom 13. Februar 2017 und vom 2. Februar 2018 insoweit aufzuheben, als die Anmeldung zurückgewiesen wurde.

Das angemeldete Zeichen werde nicht lediglich als dekoratives Muster verstanden. Die Unterscheidungskraft ergebe sich aus der Eigentümlichkeit und Eigenart des Designs. Das Muster sei gezielt für die Anmelderin entwickelt worden und versinnbildliche die verschiedenen Fahrangebote der Anmelderin im öffentlichen Personennahverkehr. Darüber hinaus sei das Muster sehr individuell und weiche von den üblichen Mustern für die angemeldeten Waren und Dienstleistungen in erheblicher Weise ab. Zunächst sei zu berücksichtigen, dass Camouflage-Muster generell für die meisten der angemeldeten Waren und Dienstleistungen ungewöhnlich seien. In der Regel würden sie nur für Bekleidungsstücke, Schuhwaren und Kopfbedeckungen genutzt. Dies ergebe sich bereits aus der Recherche des DPMA, aus der sich die Nutzung derartiger Muster lediglich noch für „Uhren und Zeitmessinstrumente“ (Klasse 14), „Möbel“ (Klasse 20), „Netze“ und „Zelte“ (Klasse 22), „Tischdecken“ (Klasse 24) sowie „Sportartikel“ (Klasse 28) feststellen lasse. Für alle anderen beanspruchten Waren und Dienstleistungen könne eine solche Nutzung nicht festgestellt werden. Bereits aus diesem Grunde fasse der Verkehr das Muster als herkunftshinweisend auf. Hinzu komme, dass die Gestaltung des Musters der Anmelderin insbesondere durch die Auswahl und Zusammenstellung der Farben wesentlich von den üblichen Camouflage-Mustern abweiche. Keine der vom DPMA recherchierten Camouflage-Muster würden die Farben der Anmelderin verwenden. Die Besonderheit und Eigenart bestehe insbesondere in der Nutzung und Gegenüberstellung der Farben Rot und Blau, während andere Muster jeweils verschiedene Farbtöne der identischen Grundfarbe (z. B. verschiedene Blautöne oder verschiedene Grüntöne), jeweils kombiniert mit Schwarz, verwendeten. Ein Vergleich mit den vorhandenen Gestaltungsformen lasse einen Schluss darauf zu, dass der Verkehr der hier angemeldeten Marke einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft beimesse. Zu berücksichtigen sei dabei auch, in welcher Form das Zeichen voraussichtlich zur Kennzeichnung der angemeldeten Waren und Dienstleistungen genutzt werden könne, wobei praktisch bedeutsame und naheliegende Möglichkeiten genügten. So sei anerkannt, dass Waren wie „Bekleidungsstücke, Schuhwaren, Kopfbedeckungen“ regelmäßig durch Anbringung des Zeichens auf einem Etikett, welches sich oft auf der Innenseite des

Produktes befinde, gekennzeichnet würden. Eine solche Anbringung werde vom Verkehr ohne weiteres als herkunftshinweisend erkannt. Gleiches gelte für „Webstoffe, Bettdecken und Tischdecken“. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass das angemeldete Zeichen als eindeutiges Erkennungszeichen der Anmelderin verstanden werde. Die Anmelderin mache mit bundesweiten Kampagnen auf sich und das Zeichen aufmerksam, so dass der Verkehr das Zeichen als Hinweis auf Berlin und damit auf die Anmelderin verstehe.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Hinweis des Senats vom 26. Januar 2021 sowie auf den übrigen Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die nach § 66 MarkenG zulässige Beschwerde hat in der Sache nur im tenorierten Umfang Erfolg.

1. Im Laufe des Beschwerdeverfahrens haben sich die Vorschriften des Markengesetzes mit Wirkung vom 14. Januar 2019 geändert. Eine für die Beurteilung des Streitfalls maßgebliche Änderung der Rechtslage folgt daraus nicht (BGH GRUR 2020, 411 Rn. 8 - #darferdas? II). Die Eintragungshindernisse der fehlenden Unterscheidungskraft aus Art. 3 Abs. 1 Buchst. b und des Freihaltebedürfnisses aus Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2008/95/EG (MarkenRL a. F.) finden sich nun in Art. 4 Abs. 1 Buchst. b und c der Richtlinie (EU) 2015/2436 (MarkenRL) und werden unverändert umgesetzt durch § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG.

2. Der Eintragung des angemeldeten Zeichens als Marke steht in Bezug auf die beschwerdegegenständlichen Waren und Dienstleistungen – mit Ausnahme der im

Tenor genannten Waren - das absolute Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen. Die Markenstelle hat dem Anmeldezeichen daher zu Recht insoweit die Eintragung versagt.

Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden, das die in Rede stehenden Waren und Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und diese Waren oder Dienstleistungen somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet (EuGH GRUR 2015, 1198 Rn. 59 – Nestlé/Cadbury [Kit Kat]; MarkenR 2012, 304 Rn. 23 – Smart Technologies/HABM [WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH]; GRUR 2010, 228 Rn. 33 – Audi AG/ HABM [Vorsprung durch Technik]; GRUR 2008, 608 Rn. 66 f. – EUROHYPO; BGH GRUR 2018, 932 Rn. 7 - #darferdas?, GRUR 2018, 301 Rn. 11 – Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR 2016, 934 Rn. 9 – OUI; GRUR 2015, 173 Rn. 15 – for you; GRUR 2013, 731 Rn. 11 – Kaleido; GRUR 2012, 1143 Rn. 7 – Starsat). Denn die Hauptfunktion einer Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten (EuGH GRUR a. a. O. Audi AG/ HABM - [Vorsprung durch Technik]; a. a. O. Rn. 66 - Eurohypo AG/HABM [EUROHYPO]; BGH a. a. O. - #darferdas?; a. a. O. Rn. 9 – OUI; GRUR 2014, 565 Rn. 12 – smartbook).

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 Schutzhindernis zu überwinden (BGH a. a. O. Rn. 11 – Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR a. a. O. Rn. 9 – OUI). 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 (EuGH GRUR 2004, 428 Rn. 53 – Henkel KGaA; BGH a. a. O. Rn. 15 – Pippi-Langstrumpf-Marke; a. a. O. Rn. 10 – OUI; GRUR 2014, 872 Rn. 13 – Gute Laune

Drops).

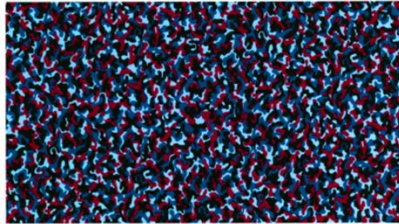
Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft zum relevanten Anmeldezeitpunkt (BGH GRUR 2013, 1143 Rn. 15 – Aus Akten werden Fakten) sind einerseits die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen und andererseits die Auffassung der beteiligten inländischen Verkehrskreise, wobei auf die Wahrnehmung des Handels und/oder des normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der fraglichen Waren oder Dienstleistungen abzustellen ist (EuGH GRUR 2019, 1194 Rn. 20 – AS/DPMA [#darferdas?]; a. a. O. Rn. 67 – Eurohypo AG/HABM [EUROHYPO]; GRUR 2006, 411 Rn. 24 – Matratzen Concord AG/Hukla Germany SA [MATRATZEN]; BGH GRUR 2014, 376 Rn. 11 – grill meister).

Nach diesen Grundsätzen bemisst sich auch die Unterscheidungskraft von Bildzeichen. Denn die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft sind für alle Markenkategorien dieselben (EuGH GRUR-RR 2018, 507 Rn. 32 + 34 – Birkenstock Sales/EUIPO [Birkenstocksohle – Oberflächenmuster]; MarkenR 2004, 449, 450 – Glaverbel; Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, 13. Auflage § 8 Rn. 330). Dabei ist zu berücksichtigen, dass von den maßgeblichen Verkehrskreisen nicht notwendig jede der Markenkategorien in gleicher Weise wahrgenommen wird und grafische Gestaltungen, die üblicherweise nur in dekorativer Form verwendet werden, regelmäßig nicht als Herkunftshinweis angesehen werden (EuGH a. a. O. - Glaverbel; BPatG, Beschluss vom 28.06.2006, 26 W (pat) 40/03 – Oberflächenmuster; Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., Rn. 332).

Stellen die Elemente eines Bildzeichens nur typische Merkmale der in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen dar oder erschöpft sich die bildliche Darstellung in üblichen Gestaltungselementen mit lediglich dekorativer Wirkung, an die der Verkehr etwa durch häufige Verwendung gewöhnt ist, fehlt einem Bildzeichen die erforderliche Unterscheidungskraft (BGH GRUR 2011, 158 Rn. 8; GRUR 2005, 257, 258 – Bürogebäude; GRUR 2001, 734, 735 –

Jeanshosentasche).

Gemessen an den vorgenannten Grundsätzen verfügt das angemeldete Bildzeichen



in Bezug auf die – mit Ausnahme der im Tenor genannten - beanspruchten Waren und Dienstleistungen nicht über die erforderliche Unterscheidungskraft. Denn es beschränkt sich insoweit auf die Darstellung eines üblichen dekorativen, ornamentalen Musters, das von den angesprochenen Verkehrskreisen nicht als betrieblicher Herkunftshinweis verstanden wird.

a) Bei der Beurteilung des Verständnisses des angemeldeten Zeichens ist hinsichtlich der beanspruchten Waren und Dienstleistungen auf breite Verkehrskreise, nämlich sowohl auf den Durchschnittsverbraucher als auch – bezüglich der in Klasse 35 beanspruchten Dienstleistungen - auf das unternehmerische Publikum abzustellen.

b) Das angemeldete Bildzeichen stellt ein Muster dar, das aus verschiedenfarbigen, in rot, schwarz, dunkelblau, hellblau und bordeaux ausgestalteten unregelmäßigen Flecken besteht, die wahllos in einer immer wiederkehrenden Form angeordnet sind, so dass die Konturen verwischen und sich allenfalls aus nächster Nähe erkennen lassen. Aus dem Wesen eines derartigen Zeichens, das aus einer sich wiederholenden Sequenz von Bestandteilen zusammengesetzt ist, folgt eine Wahrscheinlichkeit, als Oberflächenmuster verwendet zu werden und damit mit dem Erscheinungsbild der betreffenden Waren zu verschmelzen (EuGH GRUR-RR 2018, 507 Rn. 41 – Birkenstock Sales/EUIPO

[Birkenstocksohle – Oberflächenmuster]. Die Darstellung lehnt sich an ein sog. Camouflage-Muster – auch Fleckentarn genannt – an. Es bezeichnet ursprünglich ein militärisches Tarnmuster, wird aber auch im nichtmilitärischen Bereich als modisches Dekor für die verschiedensten Waren verwendet. Wie sich aus den der Beschwerdeführerin mit Senatshinweis vom 26. Januar 2021 übersandten Recherchebelegen ergibt, reiht sich das in dem angemeldeten Zeichen abgebildete Muster in eine Vielzahl vergleichbar gebildeter Camouflage-Muster ein, die bereits im Zeitpunkt der Anmeldung üblich und bekannt waren (vgl. Anlage 1 zum Senatshinweis vom 26.01.2021: Camouflage-Muster; Camouflage Wallpaper; Teddy-Mantel; Sports Set mit Camo Muster; Aufkleber Camouflage-Muster etc.; Anlage 3: musikexpress: Trend Army-Print: „Camouflage ist präsent wie lang nicht mehr ... Die Versace-Kollektion für Frühling/Sommer 2016 ist auffällig getarnt. Neben Blazern und weiten Marlene-Hosen sind auch Accessoires wie Taschen und Rucksäcke mit Camouflage-Print versehen.“; Anlage 4: FASHIONHYPE-BLOG: „Es ist DER Trend der kommenden Herbstmode: Das Camouflage Muster oder auch Tarnmuster, ist das Must-Have in unserer Herbstgarderobe.“). Eine erhebliche Abweichung von üblichen Gestaltungen anderer Hersteller vermag der Senat im Gegensatz zum Vortrag der Beschwerdeführerin nicht festzustellen. Ihr Argument, alle übrigen Muster seien, anders als das angemeldete Zeichen, jeweils in verschiedenen Farbtönen der identischen Grundfarbe gehalten, überzeugt nicht. Denn zum einen finden sich durchaus auch Camouflage-Muster, bei denen z. B. die Farben Rot und Weiß, Blau und Grün (vgl. Anlage 1 Bl. 59 d. A.) oder - wie bei der Anmeldemarke - Blau und Rot (vgl. Anlage 1: bildagentur.panthermedia.net Bl. 60 d. A.; de.aliexpress.com, Bl. 62 d. A) verwendet werden. Zum anderen führt die Verwendung der Farben Rot und Blau nicht zu einem von dem klassischen Camouflage-Muster abweichenden Gesamteindruck.

c) Ohne Bedeutung für die Unterscheidungskraft des angemeldeten Bildzeichens ist im Übrigen der Umstand, dass es extra für die Beschwerdeführerin „erfunden“ worden ist, weil die Unterscheidungskraft zum einen nicht von der Kreativität einer Darstellung abhängt (Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 8 Rn. 331).

Zum anderen spielt der Aspekt der „Neuheit“ oder „erfinderischen Tätigkeit“ im Markenrecht – anders als im Patentrecht – keine Rolle, da es zur Beurteilung der Schutzfähigkeit eines Zeichens lediglich auf die Unterscheidungskraft bzw. das Freihaltebedürfnis ankommt (vgl. BGH GRUR 2003, 436, 439 – Feldenkrais; BPatG, Beschluss vom 05.02.2020, 29 W (pat) 516/17 – Keramik komplett; Beschluss vom 14.05.2019, 25 W (pat) 76/17 – Paletas Berlin; Beschluss vom 30.04.2014, 29 W (pat) 113/11 – Schichtenmodell der Integration).

d) Wie bereits die Markenstelle zutreffend dargestellt und mit Beispielen belegt hat, eignet sich das in dem angemeldeten Bildzeichen dargestellte Muster zur Dekoration der beschwerdegegenständlichen Waren.

Soweit die beschwerdegegenständlichen Waren Oberflächenmuster aufweisen können, werden die maßgeblichen Verkehrskreise das Zeichen unmittelbar und ohne besonderes Nachdenken als Darstellung eines dekorativ interessanten oder ansprechenden Details der fraglichen Ware – somit als beschreibende Angabe - und nicht als Hinweis auf deren betriebliche Herkunft wahrnehmen (vgl. EuG, Urteil vom 19. September 2012, T-50/11 - Fraas/HABM [Karmuster in Dunkelgrau, Hellgrau, Schwarz, Beige, Dunkelrot und Hellrot]).

Sämtliche – nicht im Rohzustand befindlichen - beschwerdegegenständlichen Waren können entweder großflächig mit einem Oberflächenmuster versehen sein oder das Muster an bestimmten Stellen der Ware aufweisen. Die Beschwerdeführerin räumt insoweit ein, dass Camouflage-Muster in der Regel für Bekleidungsstücke, Schuhwaren und Kopfbedeckungen genutzt werden. Dies bestätigt die von ihr mit Schriftsatz vom 25.11.2016 vorgelegte Anlage 4, die von der Beschwerdeführerin vertriebene Bekleidungsstücke mit dem vollflächigen Oberflächendekor zeigt (u. a. Badeshorts, Damenhalstuch, Leggings, Socken, Seiden-Krawatte). Daneben weisen aber auch weitere Waren das von der

Beschwerdeführerin angemeldete Dekor als Oberflächenmuster auf, wie z. B. Sonnenbrille; Taschenschirm; Notizbuch; Sattelschutz; Flip-Flops etc.

Das Muster kann aber z. B. auch bei Stoffen, Tischdecken und Bettdecken der Klasse 24 als Stoffmuster eingesetzt werden; auch Schuhe können ein Oberflächenmuster zu ästhetischen oder dekorativen Zwecken aufweisen (vgl. EuG, MarkenR 2016, 621, Rn. 83 – Birkenstock Sales/EUIPO [Birkenstocksohle – Oberflächenmuster]). Die in Klasse 14 und 18 angemeldeten Waren können ebenfalls eine ästhetische Funktion erfüllen, so dass es nicht unwahrscheinlich ist, dass auch diese Waren mit Oberflächenmustern dekoriert sind (vgl. EuG, a. a. O., Rn. 115 bis 121 - Birkenstock Sales/EUIPO [Birkenstocksohle – Oberflächenmuster]). Gleiches gilt für die übrigen in den Klassen 16, 20, 21 und 22 beanspruchten Waren, sofern sie bearbeitet werden können und sich nicht im Rohzustand befinden.

e) Auch wenn die Verwendung eines Camouflage-Musters nicht bereits für jede einzelne im Waren- und Dienstleistungsverzeichnis enthaltene Ware nachgewiesen ist, zeigt der Umfang der bisher festgestellten Verwendung eine gewisse Gewöhnung des Verkehrs, was dazu führt, dass ein derartiges Muster, das keine über die übliche Gestaltung hinausgehenden Merkmale aufweist, unabhängig von der Art der Ware immer nur als dekoratives Muster wahrgenommen wird und der Verkehr ihm keine herkunftsidifizierende Funktion bemisst. Dies gilt bei allen nach der Rechtsprechung zu berücksichtigenden Verwendungsformen.

Nach dem aufgrund des Vorabentscheidungsersuchens des Bundesgerichtshofs ergangenen Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union muss die Unterscheidungskraft eines als Marke angemeldeten Zeichens unter Berücksichtigung aller relevanten Tatsachen und Umstände, einschließlich sämtlicher wahrscheinlicher Verwendungsarten der angemeldeten Marke, geprüft werden (EuGH, GRUR2019, 1194 Rn. 33–AS/DPMA [#darferdas?]). Sind in der maßgeblichen Branche mehrere Verwendungsarten praktisch bedeutsam, müssen

bei der Prüfung der Unterscheidungskraft alle diese verschiedenen Verwendungsarten berücksichtigt werden, um zu klären, ob der Durchschnittsverbraucher der erfassten Waren oder Dienstleistungen das Zeichen als Hinweis auf ihre betriebliche Herkunft wahrnehmen kann (EuGH, a. a. O., Rn. 25 – AS/DPMA [#darferdas?]). Ein von Haus aus schutzunfähiges Zeichen vermag grundsätzlich nicht wegen einer speziellen Art seiner Verbindung mit den beanspruchten Waren die Eintragungsfähigkeit zu erlangen (BPatG, Beschluss vom 12.03.2020, 25 W (pat) 29/19 – MÄDELSABEND; Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 8 Rn. 160).

Selbst wenn bei den vorliegend betroffenen Waren neben der Verwendung des Zeichens als nach außen gerichtetes dekoratives Muster auch eine Verwendung zum Beispiel im Etikett eines Bekleidungsstückes bzw. auf der Innenseite einer Kopfbedeckung oder eines Schuhs zu berücksichtigen ist, wird der Verkehr auch bei dieser Verwendungsform den dekorativen Charakter des Zeichens, der diesem immanent ist, im Vordergrund sehen und ihm keine herkunftshinweisende Funktion beimessen.

f) Auch in Bezug auf die beschwerdegegenständlichen Dienstleistungen steht der dekorative Charakter im Vordergrund. Angesichts der Unkörperlichkeit der Dienstleistungen scheidet zwar die Verwendung als Oberflächenmuster aus. Doch auch bei der zur Kennzeichnung von Dienstleistungen üblichen Anbringung von Marken auf Geschäftspapieren, Geschäftsgebäuden, auf der Berufskleidung oder auf Geschäftsfahrzeugen wird der Verkehr die vorliegende Bildgestaltung nur in einem dekorativen Sinn auffassen. Was z. B. die Transportdienstleistungen der Klasse 39 anbelangt, ist der Verkehr an dekorative farbliche Ausgestaltungen der Fahrzeuge gewöhnt; er wird sie daher nicht als Herkunftshinweis wahrnehmen, denn dieser wird üblicherweise in der Benennung als „Verkehrsbetriebe“ oder „Verkehrsverbund“ mit dem Zusatz des Ortsnamens gesehen, wobei in der Regel eine Abkürzung gewählt wird (z. B. MVV – Münchner Verkehrs- und Tarifverbund; VGN – Verkehrsverbund Großraum Nürnberg; KVB - K... AG).

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die verschiedenen Farben würden auf die unterschiedlichen Einzugsgebiete der B... und die unterschiedlichen Transportmittel hinweisen, begründet auch dies nicht die Unterscheidungskraft des Zeichens. Angesprochen sind die Verkehrskreise im gesamten Bundesgebiet, nicht nur in Berlin; es ist bereits unwahrscheinlich, dass diese die Farbzusordnungen überhaupt kennen und innerhalb dieser Anordnung wahrnehmen.

Soweit die Beschwerdeführerin ferner vorträgt, in das Muster sei an vereinzelt Stellen die Buchstabenfolge „...“ eingearbeitet, ist dies auf dem verfahrensgegenständlichen Bildzeichen schon nicht erkennbar. Die von der Beschwerdeführerin im Amtsverfahren vorgelegte vergrößerte Ansicht mit gesonderter Kenntlichmachung der Buchstabenfolge durch kreisförmige Markierungen zeigt offensichtlich ein anderes Bild, da eine der Farben dort Weiß ist, welche sich in der hier in Rede stehenden Bildgestaltung nicht findet. Der Verweis auf den Web-Shop der B... zeigt lediglich, dass das Muster, wie auch außerhalb der B... üblich, für Waren der unterschiedlichsten Art dekorativ verwendet wird. Soweit sich die Beschwerdeführerin auf die Bekanntheit des Musters im Zusammenhang mit den B... bezieht, könnte die fehlende Unterscheidungskraft allenfalls durch eine Verkehrsdurchsetzung überwunden werden. Der Verweis auf diverse Werbekampagnen und die dazu mit der Beschwerdebeurteilung vorgelegten Unterlagen reichen aber bereits für eine Anfangsglaubhaftmachung nicht aus, worauf der Senat in seinem Hinweis vom 26.01.2021 ausdrücklich hingewiesen hat. Weiterer Vortrag hierzu ist nicht erfolgt.

g) Der angesprochene Verkehr wird das angemeldete Zeichen daher nur als dekoratives Muster und nicht als betrieblichen Herkunftshinweis der Waren und Dienstleistungen auffassen.

3. Da schon das Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG vorliegt, kann dahinstehen, ob die angemeldete Bezeichnung darüber hinaus gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG für die fraglichen Waren/Dienstleistungen freihaltungsbedürftig ist.

4. In Bezug auf die Waren der Klasse 20 „Knochen, Horn, Elfenbein, Fischbein oder Perlmutter in rohem Zustand; Schildpatt; Meerscham; Bernstein“ und „rohes Glas“ in Klasse 21 bestehen keine Eintragungshindernisse, da diese nicht bearbeitet und daher nicht mit einem Camouflagemuster im o. g. Sinne versehen sein können.

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.

Dr. Mittenberger-Huber

Akintche

Seyfarth