

BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 28/01

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 399 60 403.0

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 28. Januar 2002 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Buchetmann sowie der Richter Schramm und Voit

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Für die Waren

Türen und Fenster aus Metall;
unedle Metalle und deren Legierungen;
Baumaterialien aus Metall;
Schienenbaumaterial aus Metall;
Kabel und Drähte aus Metall, nicht für elektrische Zwecke;
Schlosserwaren und Kleineisenwaren;
Metallrohre;
Geldschränke;
Waren aus Metall, soweit in Klasse 6 enthalten;
Aluminiumfolien, soweit in Klasse 6 enthalten;
Außenrolläden aus Metall;
Bänder aus Metall;
Bau- und Möbelbeschläge aus Metall;
Befestigungskeile aus Metall;
Befestigungslaschen, soweit in Klasse 6 enthalten;
Bolzen aus Metall;
Chrom;
Drahtnetze aus Metall;
Drainagerohre aus Metall;

Dübel und Stifte aus Metall;
Eckschienen aus Metall;
Fensterbänder aus Metall;
Fensterbeschläge aus Metall;
Fensterfeststeller aus Metall;
Fensterläden aus Metall;
Fensterrahmen und Türrahmen aus Metall;
Fensterriegel;
Fensterrollen;
Randleisten für Gesimse und Gesimse aus Metall;
Metallgitter;
Tür- und Fenstergriffe aus Metall;
Jalousien aus Metall;
Riegel;
Schlösser;
Schlüssel;
Schrauben aus Metall;
Muttern aus Metall;
Spannbügel;
Bandstahl;
Stahl, roh oder teilweise bearbeitet;
Türschließer, nicht elektrisch;
Dichtungen;
Dichtungsmassen;
Dichtungsmittel;
Dichtungsringe;
Dichtungsstreifen;
Kautschuk, Guttapercha; Gummi, Asbest, Glimmer;
Waren aus Kautschuk, Silikon, Guttapercha oder Gummi, in Form von Blöcken, Platten, Stangen, Folien, Schnüren oder Bändern, sämtlich als Halbfabrikate;

Waren aus Kunststoffen, Halbfabrikate;
Dichtungs-, Packungs- und Isoliermaterial;
Schläuche, nicht aus Metall;
Ebonit;
Formen aus Ebonit;
elastische Fäden, nicht für Textilzwecke;
Gummifäden, nicht für Textilzwecke;
Glasfasern für Isolierzwecke;
Gummi, roh oder teilweise bearbeitet;
Gummipuffer, soweit in Klasse 17 enthalten;
Isoliermittel und Isolatoren (Elektrizität, Wärme, Schall);
Kitt, soweit in Klasse 17 enthalten;
Kunststofffolien, außer für Verpackungszwecke;
Latex;
Leitungsarmierungen, nicht aus Metall;
Mineralwolle, soweit in Klasse 17 enthalten;
Schalldämmmittel;
Fenster und Türen, nicht aus Metall;
Baumaterialien, nicht aus Metall;
Rohre (nicht aus Metall) für Bauzwecke;
Asphalt, Pech und Bitumen;
transportable Bauten, nicht aus Metall;
Briefkästen, nicht aus Metall;
Drahtglas;
Drainagerohre, nicht aus Metall;
Fensterläden, nicht aus Metall;
Fensterrahmen, nicht aus Metall;
Fensterscheiben (Bauglas);
feuerfeste Baustoffe;
Baufilz;
Gesimse und Randleisten für Gesimse, nicht aus Metall;

Bauglas;
Holz, soweit in Klasse 19 enthalten;
Holzfurniere.

ist zur Eintragung in das Markenregister angemeldet das nachstehend wiedergegebene Bildzeichen

siehe Abb. 1 am Ende

Die Markenstelle für Klasse 6 des Deutschen Patent- und Markenamtes hat durch Beschluß eines Beamten des höheren Dienstes die Anmeldung zurückgewiesen. Dem Zeichen fehle Unterscheidungskraft, da es lediglich aus ausschmückenden Elementen bestehe. Am werbemäßigen Einsatz einfach gestalteter Sternsymbole bestehe auch ein Freihaltungsbedürfnis.

Die Anmelderin hat Beschwerde eingelegt und diese insbesondere damit begründet, die graphische Darstellung der Sterne werde aufgrund der höheren Anzahl der Zacken vom Verkehr als Hinweis auf höhere Leuchtkraft verstanden und somit eher mit der Sonne assoziiert, so daß keine simple Darstellung vorliege. Die Anmeldemarke sei auch nicht rein ausschmückender Natur und werde auch nicht als Gütemerkmal aufgefaßt. Sterne hätten sich nur im Gaststätten- und Hotelbereich als Klassifizierungssystem eingebürgert, wobei insoweit lediglich fünfzackige Sterne Verwendung fänden. Soweit die Markenstelle der Ansicht sei, der Verkehr verbinde mit der Bildmarke eine warenspezifische Wertangabe, unterstelle sie zu Unrecht, der Verkehr könne dies ohne weiteres und ohne gedankliche Zwischenschritte erkennen. Vielmehr habe das angesprochene Publikum aufgrund der

Klassifizierung etwa im Hotel- oder Gaststättenbereich nur ein vages Bild von den dort maßgeblichen Klassifizierungsmerkmalen, so daß er im Bezug auf die hier angemeldeten Waren die so erarbeiteten Vorstellungen erst durch einen zusätzlichen Schritt übertragen müsse. Eine konkret warenbeschreibende Bedeutung liege dem angemeldeten Zeichen nicht zugrunde und werde von den angesprochenen Abnehmerkreisen auch nicht erkannt. Ein Sinngehalt in Richtung von "Luxusausstattung" etc sei zu ungenau, um eine verständliche, warenbeschreibende Bedeutung vermitteln zu können. Gegen das Freihaltebedürfnis spreche auch, daß es den Mitbewerbern der Anmelderin unbenommen bleibe, sich durch Verwendung andersartig gestalteter Sternsymbole abzugrenzen, wobei insbesondere bei Klassifizierungssystemen seit jeher fünfzackige Sterne üblich seien, so daß der Verkehr nur dann an eine Wertangabe denke, wenn er eben diese Sterne wahrnehme. Die Anmelderin verweist auf eine Reihe ähnlich gebildeter Marken.

Auf die mit gerichtlicher Verfügung vom 29. Oktober 2001 übersandten Internetauszüge hat die Anmelderin ua ausgeführt, Beispiele wie "Fünfsterneherbstangebot" bezögen sich nicht auf konkrete Waren und könnten daher zur Begründung eines Freihaltungsbedürfnisses nicht herangezogen werden. Andere Verwendungsbeispiele beträfen nur fünfzackige Sterne, wobei hinzukomme, daß ein Teil der angeführten Sterndarstellungen eingetragene Marken seien. Soweit etwa für Wein, Zigarren Sterne zur Hervorhebung besonderer Qualität Verwendung fänden, bezögen sich diese Waren mittelbar ebenfalls auf den Hotel- und Gastronomiebereich. Die Verwendung von "sechs Sterne für gute Software" dokumentiere lediglich die schöpferische Kraft des Verfassers, nicht hingegen einen beschreibenden Gebrauch von Sternsymbolen. Ergänzend verweist die Anmelderin auf die Rechtsprechung des EuGH (WRP 2001, 1 276 -Baby-Dry).

II.

Die Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg. Das angemeldete Zeichen ist jedenfalls ohne Unterscheidungskraft (§ 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG) und deshalb von der Eintragung ausgeschlossen.

Sterne werden speziell zur Weihnachtszeit, aber auch das ganze Jahr über in so vielfältigem und so häufigem Zusammenhang mit Waren aller Art in der Werbung verwendet, daß es sich dabei um das sogenannte klassische Beispiel allgemein üblicher Gestaltungselemente handelt, denen der Verkehr in aller Regel nur ausschmückende, anpreisende Bedeutung beimißt und die er nicht als Kennzeichen eines einzelnen Betriebes ansieht. Dies gilt jedenfalls für solche Sterndarstellungen, die als allgemein gebräuchlich anzusehen sind. Die dem Anmeldezeichen zugrunde liegende Sterndarstellung unterscheidet sich jedoch allenfalls in Nuancen von den beispielsweise im Programm Word als Sonderzeichen enthaltenen ebenfalls regelmäßigen, achtzackigen Sternen. Genau solche Sterne verwendet beispielsweise die Firma Aldi in ihren wöchentlich in nahezu allen Zeitungen erscheinenden Inseraten als Hinweiszeichen auf Fußnoten. Soweit die Anmelderin ausführt, als typische Qualitäts- oder Qualifizierungsangaben hätten sich lediglich fünfzackige Sterne eingebürgert und dies auch nur im Hotel- und Gaststättenbereich, ist dies für die Entscheidung ohne nähere Bedeutung. Selbst wenn der Verkehr in diesem Bereich möglicherweise an die Verwendung von fünfzackigen Sternen gewöhnt sein mag, wird er die Verwendung von sechs- oder achtzackigen Sternen, soweit er die Zahl der Zacken überhaupt als Besonderheit wahrnehmen wird, nicht dahingehend qualifizieren können, daß es sich dann nicht mehr um eine Qualitätsangabe, sondern um ein reines Unterscheidungsmittel handele. Es kann nicht ernsthaft vertreten werden, daß etwa ein Hotelier oder ein Getränkehersteller, der 5 Sterne verwendet, ohne den entsprechenden Qualitätsstandard zu erfüllen, einwenden könnte, seine Sterne seien kein Qualitätshinweis, weil sie mehr als 5 Zacken aufwiesen. Auch kann beispielsweise bei den der Anmelderin mit der Zwischenverfügung übersandten Verwendungsbeispielen nicht nur bei

flüchtiger, sondern selbst bei näherer Betrachtung schon kaum zuverlässig festgestellt werden, ob die dort abgebildeten Sterne fünf oder sechs Zacken haben. Diese Verwendungsbeispiele zeigen entgegen der Ansicht der Anmelderin auch auf, daß Sterne, jedenfalls solche, die selbst in einfachen, millionenfach verbreiteten Schreibprogrammen enthalten sind, ständig als ausschmückende Elemente der Werbegraphik und im allgemeinen Sinn zur Qualitätshervorhebung verwendet werden. Die Verwendung ist dabei keineswegs auf den Hotel- und Gastronomiebereich beschränkt. Im Hotel- und Gastronomiebereich ist die Verwendung der Sterne lediglich besonders leicht nachzuweisen. Soweit die Anmelderin hierzu darlegt, in Bezug auf Zigarren oder Weine seien Sterne ebenfalls dem Hotel- und Gastronomiebereich zuzuordnen, kann dem nicht beigetreten werden. Die Auszeichnung von Weinen mit zwei oder mehr Sternen ist nicht auf solche Weine beschränkt, die lediglich im Gastronomiebereich erhältlich sind. Erst recht gilt dies für den Bereich der Rauchartikel. Auch der Viersterne-Skitest im Hotel Sunny/Sölden bezieht sich jedenfalls wörtlich auf den Skitest und nicht allein auf die Unterbringung in einem 4 Sterne Hotel. Lediglich unterstützend sei verwiesen auf das Ski-Magazin (10/2000), in dem für Ski bis zu 5 Sterne (als Bestnote) verteilt werden. Der Verkehr kann auch bei Begegnung beispielsweise mit den Produkten der Firma Zwilling unter der Klassifizierung Vier Sterne Kochmesser bzw Fivestar Kochmesser nicht ersehen, daß es sich dabei um eingetragene Marken handelt. Ähnlich wie die Senatsmitglieder, die trotz gewisser Schulung für das Erkennen von Marken hierin in erster Linie einen Qualitätshinweis erblickt haben, wird erst recht das angesprochene Publikum keine Marke erkennen. Für die Unterscheidungskraft ist es aber nur von Belang, ob das Zeichen originär Unterscheidungskraft hat. Die Eintragung als Marke bewirkt nicht etwa konstitutiv Unterscheidungskraft, so daß aus diesen Eintragungen keine Rückschlüsse für die rechtliche Beurteilung des vorliegenden Falles getroffen werden können. Wenn demgemäß der Bundesgerichtshof in der Entscheidung Messerkennzeichnung (GRUR 2001 251) von "Bezeichnung der Messerserie mit vier Sternen" (in Wort und Bild) spricht und dieser nur geringe Bedeutung für die wettbewerbliche Eigenart zuerkennt, so legt er dabei nur das optische konkrete Erscheinungsbild dieser

Darstellung von Sternen in Wort und Bild zugrunde und setzt es in Relation zur Verletzungsform, so daß daraus kein Rückschluß darauf gezogen werden kann, der Bundesgerichtshof habe allgemein vier Sternen als solchen Unterscheidungskraft zuerkannt. Im Gegenteil führt der Bundesgerichtshof in allen neueren Entscheidungen aus, daß einfachste geometrische Formen oder sonstige einfache graphische Gestaltungselemente, die - wie dem Verkehr aus Erfahrung bekannt ist - in der Werbung aber auch auf Warenverpackungen oder sogar Geschäftsbriefen üblicherweise in bloß ornamentaler, schmückender Form verwendet werden, keine Eignung zukomme, die Waren ihrer Herkunft nach zu individualisieren (vgl. BGH MarkenR 2000, 99, 101 St. Pauli Girl; BIPMZ 2001, 241 – Jeanshosenentasche).

Soweit die Anmelderin auf die eingetragenen anderweitigen Zeichen verweist, so kann daraus unabhängig davon, daß Voreintragungen keine Bindungswirkung entfalten können, auch deshalb nichts Entscheidendes abgeleitet werden, weil es sich hierbei zum weitaus überwiegenden Teil entweder um Wort-/Bildmarken, oder aber um Sterndarstellungen handelt, bei denen der oder die Sterne deutlich individualisierende, besondere und eigenständig wirkende Merkmale aufweisen, die sie von einer üblichen Sterndarstellung ausreichend abheben, wie dies der Senat auch in den Entscheidungen 30 W (pat) 192, 196 und 197/99 zu beurteilen hatte, bei denen jeweils Sterndarstellungen in mehrfarbiger Gestaltung mit 22 Zacken und nicht üblicher, insbesondere nicht homogener Form zu beurteilen waren.

Nachdem bereits Unterscheidungskraft nicht festgestellt werden kann, kommt es auf die Frage, inwieweit an dem Zeichen auch ein Freihaltebedürfnis (§ 8 Abs 1 Nr 2 MarkenG) besteht, nicht mehr an. Lediglich ergänzend ist insoweit darauf hinzuweisen, daß gerade für allgemeine Qualitätsanpreisungen das Freihaltebedürfnis eine sehr erhebliche Bedeutung hat, da alle Mitbewerber zu jeder Zeit und in jeder Form die Qualität ihrer Produkte werbend herausstellen. Soweit die Anmelderin in diesem Zusammenhang auf die Bonus-Entscheidung des BGH verweist (GRUR 1998, 465), betrifft diese primär die Frage des Zurückweisungsgrun-

des nach § 8 Absatz 2 Nr 3 MarkenG. Das Freihaltebedürfnis sah der BGH nur insoweit nicht als gegeben an, weil "Bonus" keine konkret warenbeschreibende Sachangabe sei, sondern lediglich Begleitumstände beim Erwerb hervorhebe. Im Gegensatz hierzu sind Sterne jedoch unmittelbar auf die Waren zu beziehen und werden – jedenfalls wenn sie in typischer Weise in einer Linie mit 2 bis 5 aneinandergereiht sind - allgemein auch ohne weiteres als Qualitätshinweis verstanden. Generell läßt sich zwar sagen, daß das Freihaltebedürfnis an Bildzeichen geringer eingestuft werden kann, weil die Möglichkeiten, selbst einfache Aussagen statt in Worten bildlich wiederzugeben, häufig deutlich vielfältiger sind. Andererseits handelt es sich hier offensichtlich um die Wiedergabe eines einfachen Motivs, die auch eindeutig auf die Beschaffenheit der beanspruchten Waren in der Weise hinweist, daß sie vom angesprochenen Publikum ohne weiteres in dem Sinn als beschreibende Mitteilung verstanden wird, daß es sich dabei um eine hervorgehobene Qualität handele (vgl hierzu Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Aufl, § 8 Rdn 154 f). Zu Unrecht beruft sich dabei die Anmelderin auf generelle Ausweichmöglichkeiten der Mitbewerber, da sich das Freihaltebedürfnis nicht nur auf unersetzliche Zeichen und Angaben bezieht, für die keine Alternativen bestehen (Althammer/Ströbele aaO Rdn 93).

Dr. Buchetmann

Voit

Schramm

Hu

Abb. 1

