



BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 50/18

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2017 017 791.7

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 11. September 2019 durch die Vorsitzende Richterin Klante, den Richter Schwarz und die Richterin Werner

beschlossen:

Der Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts, Markenstelle für Klasse 25 vom 4. Juni 2018 wird aufgehoben.

Gründe

I.

Die Beschwerdeführerin hat den Begriff

GAMSIG

als Wortmarke für die Waren

Klasse 18: Gepäck, Taschen, Brieftaschen und andere Tragebehältnisse, insbesondere aus Leder und Lederimitationen; Rucksäcke, insbesondere aus Leder und Lederimitationen; Regen- und Sonnenschirme; Spazierstöcke

Klasse 24: Stoffe; Textilwaren und Textilersatzstoffe; Haushaltswäsche; Bettwäsche und Decken; Bettdecken; Tischdecken; Reisedecken; Badetücher; Handtücher; Taschentücher [Textil]; Tischwäsche [nicht aus Papier]; Möbelstoffe; Kissenbezüge; Vorhänge und Stores aus Textilien oder aus Kunststoff; Wandbekleidungen [Textil]

Klasse 25: Bekleidungsstücke; Gürtel; Schuhwaren;
Kopfbedeckungen

angemeldet.

Das Deutsche Patent- und Markenamt, Markenstelle für Klasse 25, hat mit Beschluss vom 4. Juni 2018 die Anmeldung teilweise, nämlich für die vorgenannten Waren mit Ausnahme von „Spazierstöcke“ in der Klasse 18 und „Möbelstoffe“ in der Klasse 24, nach § 37 Abs. 1, § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückgewiesen.

Zur Begründung ist ausgeführt:

Der angemeldete Begriff stelle ein gebräuchliches Wort dar, das vom Verkehr - etwa auch wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung - stets nur als solches und nicht zugleich auch als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der beanspruchten Waren verstanden werde. Hierunter fielen auch Slogans, Trendwörter, Statement- und Fun-Sprüche, sowie Fun-Wörter, die dann nicht unterscheidungskräftig seien, wenn sie (1) unmittelbare Sachaussagen betreffend die beanspruchten Waren und Dienstleistungen seien oder (2) dazu in engem beschreibenden Bezug stünden oder (3) nur als solche verstanden würden, weil sie aus allgemeinen werblichen Aussagen bzw. Anpreisungen der jeweiligen Branche bestünden oder vergleichbar einer einfachen Musterung oder Farbgestaltung als „Funspruch“ unmittelbar erkennbar als bloßes Mittel der Warengestaltung dienten und daher als eine Art charakteristisches Ausstattungselement integraler Bestandteil dieser Waren seien.

Hier läge die dritte Fallgestaltung vor. Bei dem Wort „GAMSIG“ handle es sich ausweislich den dem Beschluss beigefügten Auszüge aus einschlägigen bayerischen Wörterbüchern um ein nach bayerischer Mundart ausgesprochenes ([gàm-sig]) bayerisches Dialektadjektiv, auch „gamsert“, welches umgangssprachlich für

die Begriffe „flink“, „munter“, „betriebsam“, aber auch „sexuell erregt“, „lüstern“, „scharf“, „spitz“ stehe. Die angemeldete Wortmarke „GAMSIG“ sei damit ein Begriff mit unmittelbar verständlichem Aussagegehalt bzw. einer plausiblen Aussage über die Trägerin bzw. ein Statement der Trägerin der zurückgewiesenen Waren. Denn im Zusammenhang mit diesen werde der angesprochene Verbraucherkreis diesen Begriff stets nur als solchen, als sog. „Botschaft nach außen“ verstehen, vergleichbar einer einfachen Musterung oder Farbgestaltung, als „Funwort“ bzw. Statement, also unmittelbar erkennbar als bloßes Mittel der Warengestaltung und daher als eine Art charakteristisches Ausstattungselement und damit integraler Bestandteil dieser Waren.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin sei der Begriff „GAMSIG“ für den angesprochenen Verbraucherkreis auch im vorliegenden Einzelfall als Statement bzw. Aussage/Botschaft nach außen unmittelbar erkennbar und verständlich. Statements, Funwörter und Funsprüche erforderten nicht zwingend Verben bzw. müssten keine vollständigen Sätze darstellen, sondern bestünden auch in Zeiten von Social Media in der heutigen Zeit oftmals lediglich aus Substantiven, Adjektiven oder Pronomen oder deren Aneinanderreihung (wie beispielsweise „Feminist“, „Young, Wild, Free“, „Fitnesstussi“, „MeToo“ #aufschrei). Das Wort „GAMSIG“ sei eine markante, ggf. ironische/witzige aber griffige Aussage darüber, dass es sich beim Träger um einen flinken, munteren Menschen handle bzw. einen Menschen beschreibe, der zu (sexuellen) Abenteuern oder auch einer neuen, wie auch immer gearteten Beziehung, bereit sei. Dem Wort „GAMSIG“ komme für die zurückgewiesenen Waren zwar keine beschreibende Bedeutung zu. Allerdings handle es sich im vorliegenden Einzelfall bei dem Begriff um ein sogenanntes Fun/Statement-Wort, eine „Botschaft nach außen“, welche vom angesprochenen Verkehr stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werde. Im Zusammenhang mit der stetig zunehmenden Personalisierung in der Konsumgüterindustrie habe sich in den letzten Jahren der Trend der (personifizierten) Slogan-Mode und damit der Mode als alltägliches Kommunikationsmittel etabliert. Da dieser Trend bereits seit den 1980er Jahren existiere und sich immer

weitreichender durchsetze, handle es sich nicht um eine unbeachtliche, kurzlebige Modeerscheinung. Das Publikum begegne in heutiger Zeit derartigen Fun- und Statement-Wörtern, Slogans und Fun-Sprüchen als Ausdruck persönlicher Gefühle und Empfindungen in Politik und Gesellschaft in vielfältiger Weise, insbesondere als Beschriftung bzw. Schriftzug in Form eines Frontdruck auf verschiedensten Waren, wie Bekleidungsstücken (T-Shirt- bzw. Pullover-Frontdruck, Mützen, Caps, Schuhen, Hosen), Taschen jeglicher Art (Beutel, Koffer, Säcke, Etuis, Sporttaschen, Rucksäcke, Geldbeutel) und anderen Accessoires (Gürtel, Schals, Bändern, Buttons, Tüchern), Schirmen, Schmuckwaren (Kettenanhänger, Ringen, Armbändern etc.) sowie Haustextilien wie Decken, Bettwäsche, Handtücher, Kissenbezüge, Stoffen etc. Politische Statement-Shirts, Mode mit witzigen Sprüchen und Wörtern, mit Wortneukompositionen, aufrüttelnden oder statementartigen Aufdrucken seien in jedem Bekleidungsgeschäft und in zahlreichen, speziell dafür gegründeten Onlineshops omnipräsent und würden immer beliebter. Hierauf wiesen nicht nur die seit geraumer Zeit immer zahlreicheren verfügbaren Angebote hin, Waren, insbesondere Bekleidungsstücke, Accessoires, Taschen etc. nach eigenen Gestaltungsvorstellungen mit Druckmotiven versehen zu lassen, sondern auch die stetig wachsende Anzahl an Herstellern, die diese Waren mit bereits vorgefertigt designten Slogans/Fun- und Statement-Sprüchen/Fun-Wörtern anböten. Dies seien nicht nur kleine und mittelständische Jungunternehmen, sondern auch etablierte Modelabel und Bekleidungsproduzenten. Im Zuge dieses Trends würden auch sog. Dialekt-Sprüche, -Slogans, -Begriffe bzw. -Wörter, insbesondere der bayerischen Mundart immer beliebter. Es existierten bereits unzählige Produkte mit bayerischen Slogans/Fun- und Statement-Sprüchen/Fun-Wörtern und es würden sogar speziell hierauf ausgerichtete Modefirmen gegründet. Der Erwerb entsprechend gestalteter Waren beruhe dann maßgeblich auf deren Eignung als Gesinnungs- und Kommunikationsmittel, also dem jeweiligen Fun-Wort/Statement auf der Ware und seiner Eignung, die Gefühle bzw. das (ironische, witzige) Statement des Trägers zum Ausdruck zu bringen bzw. bei in bayerischer Mundart gehaltenen Begriffen auch eine gewisse Heimatverbundenheit zum Ausdruck zu bringen, und nicht auf einer irgendwie gearteten Vorstellung über die Herkunft der so ge-

kennzeichneten Waren aus einem bestimmten Unternehmen. „GAMSIG“ stelle ein solches Statement bzw. Funwort dar, das allein darauf angelegt sei, beim Betrachter bestimmte Gefühle hervorzurufen, ein (ironisches/witziges) Statement des Trägers, darüber abzugeben, dass er sich selbst als einen Menschen beschreibe, der zu (sexuellen) Abenteuern oder auch einer neuen, wie auch immer gearteten Beziehung, bereit sei. Es sei aufgrund des dargelegten Sinngehalts des Begriffs „GAMSIG“ davon auszugehen, dass das vorliegend angemeldete Zeichen als deutlich sichtbarer Schriftzug auf der Vorder- oder auch der Rückseite der oben genannten Waren und somit als Motiv die wahrscheinlichste und zugleich die praktisch bedeutsamste Verwendungsform der angegriffenen Wortfolge darstelle. Das werde insbesondere durch die dem Beschluss als Anlage beigefügten Nachweise belegt. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin bestehe nach der Rechtsprechung des EuGH auch keine Verpflichtung im Rahmen der Prüfung des Schutzhindernisses der fehlenden Unterscheidungskraft die Prüfung auf andere Verwendungen der angemeldeten Marke zu erstrecken als diejenige, die sie mit Hilfe vorhandener Sachkunde auf diesem Gebiet als die wahrscheinlichste erkenne (EuGH, C-307/11, v. 26.04.2012 – Deichmann/HABM; BPatG, 27 W (pat) 574/16, v. 10.5.2017 – Das Pack). Im Hinblick auf die Art und den oben dargelegten Sinngehalt des angemeldeten Zeichens sei im Zusammenhang mit den oben genannten Waren von einer dekorativen Verwendung bzw. von einer nach außen gerichteten Anbringung der Zeichenfolge an herausgehobener Stelle der Waren in Form eines gut sichtbaren Schriftzugs als wahrscheinlichster Verwendung auszugehen. Vor diesem Hintergrund sei gerade nicht auf ebenfalls denkbare - aber weniger wahrscheinliche und auch praktisch nicht so bedeutsame - anderweitige Verwendungen des angemeldeten Zeichens, beispielsweise in Einnähetiketten oder Hangtags, abzustellen. Diese erschienen vorliegend auch wenig naheliegend, da der Verbraucher bei Begriffen mit plausibler Themenangabe bzw. Aussage über die Träger aufgrund der oben erläuterten ständigen Konfrontation mit Statementbekleidung keinen Herkunftshinweis für gekennzeichnete Waren erwarte. Durch einen gut sichtbaren Aufdruck des angemeldeten Zeichens „GAMSIG“ auf den vorgenannten Waren in der Art eines

Motivs solle lediglich die Aufmerksamkeit des Endverbrauchers geweckt und dessen Kaufanreiz gefördert werden, so dass der angesprochene Verkehr in diesem lediglich ein Gestaltungsmittel und keinen Herkunftshinweis erblicke. Vorgesagtes führe dazu, dass der Marke „GAMSIG“ im Ergebnis für die im Tenor genannten Waren die Unterscheidungskraft abzusprechen sei. „GAMSIG“ sei ein botschaftartiges Funwort bzw. ein Statement mit dem Ziel der Kommunikation nach außen, der vom Verkehr stets nur als solches und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werde. Wegen dieser Ausrichtung nach außen sei auch gerade nicht anzunehmen, dass die Anbringung im Innenetikett eines Bekleidungsstückes eine praktisch bedeutsame und naheliegende Verwendungsform darstelle. Die obige Bewertung der Schutzunfähigkeit gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG werde auch nicht durch die Existenz von Voreintragungen identischer bzw. ähnlicher Marken gehindert, denn diese seien bei der Prüfung auf absolute Schutzhindernisse zwar zu berücksichtigen, entfaltetten aber keine rechtlich bindende Wirkung für den zu beurteilenden Fall, der individuell und nach dem speziellen Einzelfall zum jeweiligen Anmeldezeitpunkt zu beurteilen sei. Da Entscheidungen über die Eintragung einer Marke nach dem Markengesetz (an das Gesetz) gebundene Entscheidungen und keine Ermessensentscheidungen seien, sei die geforderte Auseinandersetzung mit Voreintragungen damit auf die Frage beschränkt, ob die Schutzverweigerung ohne sachlichen Grund erfolge, wozu die Schutzfähigkeit einer neu angemeldeten Marke im konkreten Einzelfall ausschließlich anhand der geltenden gesetzlichen Bestimmungen zu prüfen sei, so dass einer vorgängigen Amtspraxis (des Deutschen Patent- und Markenamts oder eines ausländischen Markenamts) daher keine entscheidende Bedeutung zukomme. Die angemeldete Wortmarke „GAMSIG“ erschöpfe sich daher für die oben genannten Waren in dem erläuterten Statement als integralem Bestandteil bzw. Gestaltungsmittel der Waren. In diesem Sinne fehle der angemeldeten Marke die Unterscheidungskraft gem. § 8 Abs.2 Nr. 1 MarkenG. Die Anmeldung der Marke „GAMSIG“ sei demnach betreffend die zurückgewiesenen Waren gemäß §§ 8 Abs. 2 Nr. 1 , 41 Abs. 1, 37 Abs. 1 MarkenG zurückzuweisen.

Gegen diesen ihren Verfahrensbevollmächtigten am 7. Juni 2018 zugestellten Beschluss hat die Beschwerdeführerin am 28. Juni 2018 Beschwerde eingelegt; die Beschwerdegebühr wurde am 2. Juli 2018 dem Konto des Deutschen Patent- und Markenamt gutgeschrieben.

Die Beschwerdeführerin trägt vor:

Der Beschluss beruhe auf einer Fehleinschätzung der Grenzen dessen, was der EuGH in seiner Entscheidung „Deichmann“ (Az. C-307/11 vom 26.04.2012) vorgegeben habe. Würde man die Ausführungen des Deutschen Patent- und Markenamtes für zutreffend erachten, wäre eine Marke wie „ESPRIT“ heute nicht mehr eintragungsfähig. Es könne dahinstehen, ob die Einstufung als Slogan zutreffend sei. Denn das Deutsche Patent- und Markenamt habe keine Umstände des konkreten Einzelfalls aufgezeigt, die es rechtfertigten, eine Benutzung, bei der das Zeichen nicht in einem deutlich sichtbaren Schriftzug als Motiv auf der Vorder- oder Rückseite der genannten Waren erscheine, als unwahrscheinlich und praktisch unbedeutend einzustufen. Die vom Deutschen Patent- und Markenamt im Beanstandungsbescheid genannten Einzelfälle, in denen das Wort „GAMSIG“ als Modellbezeichnung benutzt worden sei, rechtfertigten keinen generellen Ausschluss jeglicher Unterscheidungskraft. Im Bereich der Bekleidung kämen namentlich Benutzungen auf Einnähetiketten, Hang-Tags oder an einer markentypischen Stelle auf der Vorderseite des T-Shirts in Betracht, wo die Verbraucher aufgrund offenkundiger Branchenüblichkeit typischerweise Hinweise auf die betriebliche Herkunft des Erzeugnisses erwarteten. Solche branchenüblichen Benutzungsformen sprächen aber eher für als gegen die Bedeutsamkeit und Wahrscheinlichkeit einer kennzeichenmäßigen Benutzung. Zudem lasse das Deutsche Patent- und Markenamt völlig außer Acht, dass die Beschwerdeführerin bekundet habe, das angemeldete Zeichen auch in markenmäßiger Weise verwenden zu wollen. Wende man die üblichen Entscheidungskriterien an, weise das angemeldete Zeichen „GAMSIG“ zweifelsohne die erforderliche Unterscheidungskraft auf. Werde es auf einer im Bereich der Bekleidung markentypischen Stelle verwendet,

werde das Publikum es als betrieblichen Herkunftshinweis auf beispielsweise eine freche Kollektion von Bekleidung verstehen, die mit Elementen bayerischer Tradition und Heimatverbundenheit spiele. Sollte man das anders sehen, wäre das Verfahren bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zur Vorlage des BGH im Beschluss vom 21.06.2018 (Az. I ZB 61/17 - #darferdas?) auszusetzen, zumindest aber die Rechtsbeschwerde zuzulassen.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

1. den Beschluss des DPMA vom 04.06.2018 aufzuheben und das Zeichen „GAMSIG“ für sämtliche angemeldeten Waren als Marke einzutragen,

hilfsweise

2. das Verfahren bis zu einer Entscheidung über die vom BGH mit Beschluss vom 21.06.2018 (Az I ZB 61/17) dem EuGH vorgelegten Fragen auszusetzen,

hilfsweise

3. die Rechtsbeschwerde zuzulassen.

II.

A. Die nach §§ 66, 64 Abs. 6 MarkenG zulässige Beschwerde, über die im schriftlichen Verfahren entschieden werden kann, da die Anmelderin eine solche nicht beantragt hat und der Senat eine solche nicht für sachdienlich erachtet, hat in der Sache Erfolg. Dem angemeldeten Zeichen kann die Eintragung als Marke nicht nach § 37 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG wegen einer angeblich fehlenden Unterscheidungskraft versagt werden.

1. Nach der alle nationalen Behörden und Gerichte bindenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist für die Beurteilung, ob einer angemeldeten Bezeichnung die erforderliche Unterscheidungskraft fehlt, auf die Hauptfunktion einer Marke abzustellen; danach soll diese den Abnehmern die Ursprungsidentität der durch die Marke gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen garantieren, indem sie es ihnen ermöglicht, diese ohne Verwechslungsgefahr von Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft zu unterscheiden (vgl. zuletzt EuGH GRUR 2018, 917, 919 [Rdnr. 34] - Mitsubishi). Unter Berücksichtigung des Allgemeininteresses an der nicht ungerechtfertigten Einschränkung der Verfügbarkeit der angemeldeten Kennzeichnung für die anderen Wirtschaftsteilnehmer, die entsprechende Waren oder Dienstleistungen anbieten (vgl. EuGH GRUR 2004, 943, 944 [Rz. 26] - SAT.2), ist deshalb die Unterscheidungskraft einer angemeldeten Bezeichnung zu verneinen, wenn diese nicht geeignet ist, die Waren oder Dienstleistungen, für die die Eintragung beantragt wird, in der Anschauung ihrer durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen (vgl. EuGH GRUR 2003, 604, 607 [Rz. 46] – Libertel; GRUR 2004, 943, 944 [Rz. 24] – SAT.2) Abnehmer als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Waren und Dienstleistungen von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. EuGH WRP 2002, 924, 930 [Rz. 35] – Philips/Remington; MarkenR 2003, 187, 190 [Rz. 41] - Gabelstapler; MarkenR 2005, 22, 25 f. [Rz. 33] - Das Prinzip der Bequemlichkeit).

2. Ausgehend hiervon kann der angemeldeten Bezeichnung nicht, wie vom Deutschen Patent- und Markenamt angenommen, die Unterscheidungskraft für die verfahrensgegenständlichen Waren mit der Begründung abgesprochen werden, bei ihr handele es sich um einen Slogan, den das Publikum nur als solches und nicht als Herkunftshinweis wahrnimmt.

Wie das Deutsche Patent- und Markenamt im Ansatz zutreffend ausgeführt hat, liegt eine solche, zur Annahme der fehlenden Unterscheidungskraft führende Sachlage allerdings vor, wenn die angemeldete Kennzeichnung ein gebräuchli-

ches Wort oder eine gebräuchliche Wendung oder ein Slogan (wozu auch die vom Deutschen Patent- und Markenamt erwähnten „Funwörter“, „Funsprüche“ und bekennerhaften Statements gehören) ist, die das Publikum - etwa wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung oder in den Medien – jeweils stets nur als solches und nicht als Unterscheidungsmittel versteht (vgl. BGH GRUR 2001, 1042 - REICH UND SCHÖN; GRUR 2001, 1043, 1044 - Gute Zeiten, Schlechte Zeiten; GRUR 2006, 850, 854 - FUSSBALL WM 2006). Hier liegt jedoch entgegen der Auffassung des Deutschen Patent- und Markenamt kein solcher Sachverhalt vor.

a) Beim angemeldeten Wort „GAMSIG“ handelt es sich um ein Adjektiv des bayerischen Dialekts, welchem, wie das Deutsche Patent- und Markenamt zutreffend ausgeführt hat, dieselben Bedeutungen wie dem bayerischen Wort „gamsert“ (vgl. <https://www.bayrisches-woerterbuch.de/gamsig-adj/>), nämlich „flink (wie eine Gämse), munter, betriebsam, rege“, aber auch „geil, lüstern, scharf, spitz“ zukommen (vgl. <https://www.bayrisches-woerterbuch.de/gamsert-adj/>). Heute wird es meist als Adjektiv für Frauen verwendet, die „geil sind oder sich auffallend promisk verhalten“ (so <https://www.mundmische.de/bedeutung/2330-Gamsig>). Im Hochdeutschen existiert das Wort nicht (vgl. <https://www.duden.de/suchen/dudenonline/gasig?ls=gamsig&s=gasig> unter Hinweis auf eine Suche nach „gasig“).

b) Es handelt sich somit beim Markenwort „GAMSIG“ weder um einen hochdeutschen Begriff noch um eine dialektbedingte Abwandlung eines hochdeutschen Begriffs. Da sich die verfahrensgegenständlichen Waren aufgrund ihrer Eigenart grundsätzlich an alle inländischen Verbraucher richten, kann nicht davon ausgegangen werden, dass alle angesprochenen Verbraucher den angemeldeten Begriff in der oben ausgeführten Bedeutung unmittelbar, d.h. ohne weiteres Nachdenken und ohne die oben dargelegte analysierende Betrachtung, zu welcher das Publikum nicht neigt (vgl. BGH GRUR 2016, 934 Rn. 18 – OUI; BGH GRUR 2013, 729 Rn. 14 – READY TO FUCK; GRUR 2012, GRUR 1143 Rn. 10 – Starsat;

GRUR 2012, 270 Rn. 12 – Link economy; BPatG BeckRS 2014, 07054 – you smile we care; GRUR 2006, 155 (156) – Salatfix erkennen und verstehen. Vielmehr kann dies nur für einen Teil der insgesamt angesprochenen Verbraucher angenommen werden. Dazu gehören zunächst diejenigen, die den bayerischen Dialekt einschließlich des Wortes „gamsig“ kennen, indem sie ihn entweder selbst sprechen oder zumindest, etwa weil sie in Bayern leben, hinreichend verstehen. Hinzu kommen jene, die zwar der bayrischen Sprache nicht mächtig sind, dem angemeldeten Wort in der angegebenen Bedeutung aber bei anderen Umständen (etwa aufgrund eines Urlaubsaufenthalts in Bayern oder seine Weiterverbreitung etwa durch Medien wie Presse, Fernsehen, Film oder Büchern, vgl. hierzu auch BPatG, Beschluss vom 6. März 2019, Az. 29 W (pat) 509/17, Rn. 27 f. juris – Ischa Freimaak zur bundesweiten Bekanntheit dieses bremer Wortes für „Es ist Freimarkt“) begegnet sind. Hiervon kann aber nur bei Dialektausdrücken indiziell ausgegangen werden, die Begriffe lediglich abweichend vom Hochdeutschen wiedergeben, die also - meist infolge von Lautverschiebungen – abweichend vom Hochdeutschen ausgesprochen werden. Da es sich nur um ein Indiz handelt, kann dies im Einzelfall aber auch anders zu bewerten sein, etwa wenn die dialektbedingte Abweichung so stark ausfällt, dass das hochdeutsche Wort von den übrigen Bevölkerungsteilen nicht mehr wiedererkannt werden kann. Handelt es sich indessen wie vorliegend um ein nur in einem Dialekt vorkommendes und auch nur von der entsprechenden Sprachgruppe verwendetes Wort, kann die Kenntnis seiner Bedeutung in der Gesamtbevölkerung nicht ohne weitere Feststellungen vorausgesetzt werden. Insoweit stehen solche Ausdrücke fremdsprachigen Begriffen gleich, bei denen die Verständlichkeit selbst glatt beschreibender Begriffe im Inland nur gegeben ist, wenn sie von einem nicht nur unerheblichen Teil des angesprochenen Publikums verstanden werden (vgl. hierzu Eichelberger in: Kur/v. Bomhard/Albrecht, BeckOK Markenrecht, 18. Edition, Stand 01.07.2019, § 8 Rn. 271 ff. m.w.N.). Soweit dies nicht der Fall ist, insbesondere der das Markenwort verstehende Verbraucherkreis nicht hinreichend groß ist, kann stattdessen nur auf das Sprachverständnis des überwiegenden Teils der Verbraucher abgestellt werden.

Sofern das Deutsche Patent- und Markenamt seiner Entscheidung die Annahme zugrunde legen möchte, dass ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verbraucher das angemeldete Zeichen im oben dargelegten Sinn verstehen, hat es Feststellungen tatsächlicher Art zur Größe dieses Verbraucherkreises im Verhältnis zu den insgesamt mit den fraglichen Waren angesprochenen inländischen Verbrauchern zu treffen. Sofern hierzu auf Indizien wie Statistiken, welche die Verbreitung des jeweiligen Dialekts in der Gesamtbevölkerung ausweisen, oder auf Belege über seine bundesweite Verbreitung etwa in den Medien nicht zurückgegriffen werden kann, ist diese Frage vom Deutschen Patent- und Markenamt im Wege der Amtsermittlung (nach § 59 Abs. 1 MarkenG) auf eigene Kosten z. B. durch Verkehrsbefragungen zu ermitteln. Dabei wird in solchen Fällen auch zu bewerten sein, ab welcher Größe Bevölkerungsteile, welche über die entsprechenden Dialektkenntnisse verfügen, überhaupt noch einen relevanten Teil des angesprochenen Publikums ausmachen, dessen Sprachverständnis die Annahme einer fehlenden Unterscheidungskraft rechtfertigen kann (vgl. hierzu BPatG BeckRS 2016, 10030 – Mangal, wonach 4,2 Mio. türkische bzw. türkischstämmige Abnehmer einen „kleinen, letztlich nicht mehr relevanten Teil des inländischen deutschen Verkehrs“ bilden sollen, mit der Folge, dass es auf ihr Sprachverständnis nicht ankomme).

Indizien dafür, dass den des Bayerischen nicht mächtigen Bevölkerungsteilen der Begriff „GAMSIG“ bekannt ist, sind nicht ersichtlich. Insofern wird der des Bayerischen nicht mächtige Verbraucherkreis das angemeldete Wort, wenn dieser dem vorgenannten Begriff mit den verfahrensgegenständlichen Waren begegnet, zunächst einmal als Fantasiewort auffassen.

c) Insofern kann von Ermittlungen dazu, wie groß der Kreis der angesprochenen Gesamtbevölkerung ist, welche die bayerische Sprache sprechen oder zumindest verstehen oder das angemeldete Zeichen aus anderen Gründen zumindest kennen, nicht abgesehen werden. Solche Ermittlungen hat das Deutsche Patent- und Markenamt allerdings bislang nicht vorgenommen.

Einer Feststellung von Tatsachen, aus denen wie im angefochtenen Beschluss negative Schlussfolgerungen hinsichtlich der Schutzfähigkeit eines angemeldeten Zeichens gezogen werden, bedarf es aber zwingend und ausnahmslos. Da dem Antrag des Anmelders einer zur Eintragung in das Markenregister angemeldeten Zeichens, wie sich aus dem Wortlaut des § 37 Abs. 1 MarkenG unmittelbar ergibt, nur dann nicht entsprochen werden darf, wenn ein Schutzhindernis besteht, sind das Deutsche Patent- und Markenamt oder im Rahmen der Beschwerde das Bundespatentgericht verpflichtet, die tatsächlichen Grundlagen, aus denen sie die Rechtsfolge der Schutzunfähigkeit des angemeldeten Zeichens schließen wollen, von Amts wegen unabhängig vom Vorbringen der Beteiligten selbst zu ermitteln (§ 59 Abs. 1, § 73 Abs. 1 MarkenG). Das gilt nicht nur für die Schutzhindernisse, deren Vorliegen – wie etwa im Falle des Freihaltungsbedürfnisses (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG) – positiv festzustellen sind, sondern auch für die Schutzhindernisse, die sich aus dem Fehlen eines Umstandes ergeben wie im Falle der fehlenden Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG). Bei letztgenannten bezieht sich, da die Feststellung des Vorliegens einer negativen Tatsache logisch ausgeschlossen ist, die Amtsermittlungspflicht dabei auf die Indizien, die im Umkehrschluss die Annahme der relevanten Negativtatsache rechtfertigen sollen. Zu diesen Indizien gehört vorliegend die Frage der Verbreitung von Kenntnissen der bayerischen Sprache im relevanten Verbraucherkreis. Sofern eine solche Verbreitung weder allgemein bekannt ist noch sich aus leicht zugänglichen Tatsachen (wie Statistiken) ergibt, wäre das Deutsche Patent- und Markenamt im Zweifel verpflichtet, auf eigene Kosten entsprechende Ermittlungen vorzunehmen, etwa durch eine aussagekräftige Umfrage im relevanten Verbraucherkreis. Ist auch nach solchen Ermittlungen die fragliche Tatsache nicht zweifelsfrei feststellbar, darf sie nicht zulasten des Anmelders bei der Prüfung der Schutzfähigkeit der angemeldeten Marke herangezogen werden. Letzteres würde bezogen auf den verfahrensgegenständlichen Fall mithin bedeuten, dass, sofern das Deutsche Patent- und Markenamt nicht positiv feststellen kann, dass der überwiegende Teil der Bevölkerung in Deutschland der bayerischen Sprache mächtig ist oder das angemeldete Zeichen im angenommenen Sinn versteht, darf das einer Schutzfähigkeit

entgegenstehende Verständnis dieses Zeichens der Beurteilung seiner Eintragbarkeit nicht zugrunde gelegt werden.

d) Trotz der fehlenden Feststellungen der Verbreitung bayerischer Sprachkenntnisse oder der sich aus anderen Umständen ergebenden Bekanntheit des angemeldeten Zeichens beim hier maßgeblichen allgemeinen deutschen Publikum sieht der Senat davon ab, das Verfahren an das Deutsche Patent- und Markenamt nach § 70 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG zurückzuverweisen. Denn selbst wenn unterstellt wird, dass das angemeldete Wort von einem relevanten Verbraucherkreis verstanden wird, steht dies der beantragten Eintragung nicht entgegen. Ein Verständnis des Sinngehalts des angemeldeten Zeichens beim überwiegenden Teil der angesprochenen Verbraucher bedeutet nämlich noch nicht, diese würden es nicht als Herkunftshinweis, sondern nur „als solches“ auffassen.

e) Für die Beurteilung, ob eine zur Eintragung als Marke angemeldete Kennzeichnung von den angesprochenen Verbrauchern nicht als Herkunftshinweis angesehen wird, sind die Kennzeichengewohnheiten für jede der Waren und Dienstleistungen, zu deren Kennzeichnung das betreffende Zeichen angemeldet worden ist, zu berücksichtigen (BGH GRUR 2018, 932 Rn. 18 – #darferdas?; GRUR 2012, 1044 Rn. 20 – Neuschwanstein; GRUR 2010, 1100 Rn. 28 – TOOOR!; GRUR 2008, 1093 Rn. 22 – Marlene-Dietrich-Bildnis I). Hierzu ist darauf abzustellen, wie üblicherweise bei den jeweiligen Waren und Dienstleistungen Kennzeichnungen als Hinweis auf die Herkunft dieser Waren oder Dienstleistungen aus einem bestimmten Unternehmen - also markenmäßig - verwendet werden. Sind dabei für die jeweils zu beurteilenden Waren mehrere Verwendungsformen denkbar, reicht es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus, wenn es praktisch bedeutsame und naheliegende Möglichkeiten gibt, das Zeichen für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen so zu verwenden, dass es vom Verkehr ohne Weiteres als Marke verstanden wird, auch wenn es daneben weitere übliche Verwendungsweisen gibt, bei denen dies nicht mehr der Fall ist (BGH GRUR 2018, 932 Rn. 21 – #darferdas?; GRUR 2012, 1044 Rn. 20 – Neuschwanstein; GRUR

2010, 1100 Rn. 28 – TOOOR!; GRUR 2008, GRUR 1093 Rn. 22 – Marlene-Dietrich-Bildnis I; GRUR 2001, 240 (242) – SWISS ARMY). Ob dies aufgrund der „Deichmann“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH, GRUR 2013, 519 Rn. 55) auch gilt, wenn die Verwendungsform, bei der das Zeichen vom Publikum als Marke wahrgenommen wird, zwar eine denkbare, aber nicht die „wahrscheinlichste“ übliche Verwendungsform der Marken für die betreffenden Waren und Dienstleistungen ist, ist derzeit Gegenstand des auch von der Beschwerdeführerin zitierten Vorabentscheidungsersuchens des BGH an den EuGH (BGH GRUR 2018, 932 – #darferdas?). Diese Frage bedarf indessen vorliegend keiner Entscheidung, da selbst dann, wenn für den hier zu betrachtenden Warenssektor mit dem Deutschen Patent- und Markenamt angenommen wird, im Allgemeinen sei die Wiedergabe von Marken auf der Vorder- oder Rückseite der einzelnen Waren die wahrscheinlichste Verwendungsform (kritisch hierzu BGH, a.a.O., Rn. 19 - #darferdas), die Schutzfähigkeit des angemeldeten Wortes nicht verneint werden kann. Daher bedarf es auch nicht im Hinblick auf das Vorabentscheidungsersuchen des Bundesgerichtshofs an den Europäischen Gerichtshof der von der Beschwerdeführerin abgeregten Aussetzung des vorliegenden Verfahrens nach § 82 Abs. 1 MarkenG i.V.m. § 148 ZPO.

f) Die bloße Anbringung des angemeldeten Zeichens auf der Vorder- oder Rückseite besagt nämlich noch nicht, dass das Publikum in ihr keinen Herkunftshinweis mehr sieht.

Zwar trifft die im angefochtenen Beschluss geschilderte Beobachtung des Deutschen Patent- und Markenamt zu, dass sich an diesen Stellen zunehmend Worte, Wortfolgen oder Abbildungen finden, welche das Publikum nicht als Herkunftshinweis ansieht, sondern als „Funwörter“, „Funsprüche“ und bloße Statements über politische, gesellschaftliche oder andere Themen. Davon, dass es sich hierbei um den Regelfall auf den hier in Rede stehenden Warengebieten handeln würde, kann aber keine Rede sein. Vielmehr ist es gleichermaßen üblich, an diesen Stellen die Marke aufzudrucken, unter welcher der jeweilige Hersteller das jeweilige

Produkt anbietet. Eine solche häufig anzutreffende Praxis findet sich sehr stark etwa im Bereich der Sport- und Freizeitbekleidung, wie zahlreiche Beispiele der Hersteller „adidas“, „Puma“ oder „Nike“ zeigen. Da sich mithin auf der Vorder- oder Rückseite der hier zu beurteilenden Waren nicht nur die oben genannten „Funwörter“, „Funsprüche“ oder Statements, sondern gleichermaßen auch Marken befinden können, kann aus einer solchen Verwendung des angemeldeten Wortes noch nicht auf ein bestimmtes Verständnis dieses Zeichens beim angesprochenen Verbraucher gefolgert werden. Vielmehr bedürfte es für die Annahme, die Verbraucher sähen im angemeldeten Wort nur noch ein bestimmtes Statement, aber – und sei es zumindest daneben – keinen Herkunftshinweis mehr, weiterer Anhaltspunkte. Insoweit gilt für diese Slogans nichts anderes als für Werbeslogans (vgl. hierzu EuGH GRUR 2010, 228, 230 [Rz. 45] - Vorsprung durch Technik; MarkenR 2005, 22, 26 [Rz. 35] - Das Prinzip der Bequemlichkeit; BGH MarkenR 2000, 262, 263 – Unter uns; WRP 2000, 298, 299 – Radio von hier; WRP 2000, 300, 301 – Partner with the best; GRUR 2001, 1047, 1048 – LOCAL PRESENCE, GLOBAL POWER; GRUR 2001, 735, 736 – Test it; GRUR 2002, 1070, 1071 – Bar jeder Vernunft).

Solche weiteren Umstände, welche den Verbraucher von seiner prima facie bestehenden Annahme, das an einer auch für Marken typischen Stelle angebrachte Zeichen bezeichne die jeweilige Ware ihrer Herkunft nach, wegführen und für ihn Veranlassung sind, in dem so verwendeten Zeichen entgegen seiner ursprünglichen Erwartung etwas anderes als einen Herkunftshinweis zu sehen, können sich insbesondere aus der Art der Sprachbildung und der außerhalb der Waren üblichen Verwendung der betreffenden Angabe ergeben. Handelt es sich wie vorliegend nur um ein einziges Wort, käme es als Herkunftshinweis nicht in Betracht, wenn es in Alleinstellung auch anderweitig schlagwortartig als eine bestimmte, das Verständnis (zumindest auch) als Herstellerangabe ausschließende Aussage verstanden würde. Dies ist etwa bei Qualitätsangaben wie „gut“, „super“ oder „billig“ der Fall, weil sie üblicherweise sich auf eine Vielzahl unterschiedlicher Waren und Dienstleistungen beziehen können, so dass sich beim Verbraucher, wenn er einen

solchen Angabe in Verbindung mit einer bestimmten Ware begegnet, nicht die Vorstellung einstellt, sie solle individualisierend auf die Herkunft dieser Ware aus einem bestimmten Unternehmen hinweisen. Auch einzelne Angaben, die als bloßes Schlagwort für eine bestimmte, nicht auf die Herkunft der Waren hinweisende Aussage bereits geläufig sind, wird das Publikum nicht auf den Hersteller der so gekennzeichneten Waren beziehen.

Ein solches, jeglichen Herkunftshinweis ausschließendes Verständnis als bloßer Slogan kann bei dem hier in Rede stehenden Wort „GAMSIG“ indessen nicht angenommen werden. Soweit das Deutsche Patent- und Markenamt hierzu ausgeführt hat, „GAMSIG“ stelle ein solches Statement bzw. Funwort dar, das allein darauf angelegt sei, beim Betrachter bestimmte Gefühle hervorzurufen, und ein (ironisches/witziges) Statement des Trägers darüber abgebe, dass er sich selbst als einen Menschen beschreibe, der zu (sexuellen) Abenteuern oder auch einer neuen, wie auch immer gearteten Beziehung, bereit sei, hat es keine tatsächlichen Anhaltspunkte aufgezeigt, die ein solches Verständnis als das angeblich einzig mögliche belegen könnten. Dass das hier zu beurteilende Wort „GAMSIG“ in Alleinstellung, also ohne sprachliche Ergänzung oder einen weiteren Zusammenhang, in dem es verwendet wird, allgemein als eine solche schlagwortartige Aussage über Menschen verstanden wird, so dass das Publikum, wenn es dieses Wort zusammen mit den zurückgewiesenen Waren in Alleinstellung wahrnimmt, nur in dieser bekannten Bedeutung, also als bloße Aussage über den jeweiligen Träger oder Benutzer der zurückgewiesenen Waren, nicht aber als Hinweis auf die Herkunft dieser Waren aus einem bestimmten Unternehmen versteht, sind weder vom Deutsche Patent- und Markenamt im angefochtenen Beschluss dargetan worden noch für den Senat ersichtlich. Die Belege, welche das Deutsche Patent- und Markenamt als Nachweis für seine Auffassung ermittelt hatte, zeigen vielmehr, dass sich ein Verständnis des Wortes „GAMSIG“ als bloßer Slogan erst aus dem sprachlichen Gesamtzusammenhang ergibt, in dem es verwendet wird. So war dem Beanstandungsbescheid u.a. das Angebot eines T-Shirts im Internet beigefügt, auf dessen Vorderseite die Worte „Bin GAMSIG“ abgedruckt sind. Die

Verbindung dieser Aussage zum Träger des Kleidungsstücks ergibt sich in diesem Fall aber erst aus der Sprachbildung als Gesamtaussage, nicht aber schon aus der Verwendung des Wortes „GAMSIG“ selbst. Demgegenüber bleibt bei den weiteren Beispielen von T-Shirts, welche das Deutsche Patent- und Markenamt seinem Beanstandungsbescheid ebenfalls beigefügt hatte und auf denen – häufig sogar mit einem zusätzlichen Bild (in zwei Fällen einer stilisierten Hirschabbildung, in einem Fall zusätzlich mit einem Herz) – das Wort „GAMSIG“ wiedergegeben war, für den Durchschnittsverbraucher, selbst wenn er die Bedeutung dieses Wortes kennt, auf den ersten Blick unklar, was dieses Wort bedeuten soll. Um dem Wort eine „Botschaft“ über den jeweiligen T-Shirt-Träger entnehmen zu können, müsste er ihm z.B. die Worte „Ich bin ..“ vielmehr erst gedanklich hinzufügen. Hinweise dazu, dass er das Wort selbst bei Kenntnis seiner Bedeutung ohne weiteres Nachdenken nur als eine solche „Botschaft“ auffasst, sind demgegenüber nicht erkennbar. Insbesondere fehlt es an Belegen dazu, dass es bei einer isolierten Verwendung (z.B. als witziger Ausruf) bereits jetzt nur in diesem Sinne gebraucht würde. Erschließt sich ein Verständnis des angemeldeten Wortes in Alleinstellung als bloßes Statement bei den angesprochenen Verbrauchern aber erst nach einer solchen analysierenden Betrachtung, kann dies, weil das Publikum nach der oben bereits zitierten Rechtsprechung hierzu nicht neigt, der Beurteilung der Unterscheidungskraft nicht zugrunde gelegt werden. Ist aber ein bestimmtes, die Eignung als Herkunftshinweis ganz ausschließendes Verständnis eines angemeldeten Zeichens nicht feststellbar, ist davon auszugehen, dass zumindest ein Großteil der angesprochenen Verbraucher es (zumindest auch) als Herkunftshinweis auffassen wird, wenn es dieses bei den in Rede stehenden Waren an Stellen sieht, an denen (jedenfalls auch) Marken üblicherweise angebracht werden. Dann gibt es aber keinen Grund, dem Zeichen die Eintragung als Marke wegen einer angeblich fehlenden Unterscheidungskraft zu versagen.

3. Anhaltspunkte dafür, dass dem angemeldeten Begriff die Schutzfähigkeit aus anderen Gründen fehlen könnte, sind weder vom Deutschen Patent- und Markenamt aufgezeigt worden noch für den Senat ersichtlich.

4. Da das Deutsche Patent- und Markenamt somit im Ergebnis der Anmeldemarke unzutreffend die Eintragung wegen eines angeblichen Schutzhindernisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG versagt hat, war sein anderslautende Beschluss auf die Beschwerde aufzuheben.

C. Für eine Rückzahlung der Beschwerdegebühr nach § 71 Abs. 3 MarkenG besteht ebenso wenig Veranlassung wie für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 83 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.

VRinBPatG Kunde ist
wegen Urlaubs an der
Beifügung ihrer
Unterschrift gehindert.

(Werner)

Schwarz

Werner

prä