



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 540/19

(AktENZEICHEN)

Verkündet am 09.06.2021

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2018 108 277.7

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 9. Juni 2021 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Mittenberger-Huber, die Richterin Seyfarth und den Richter kraft Auftrags Posselt

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Das Wort-/Bildzeichen



ist am 24. Juli 2018 zur Eintragung als Wort-/Bildmarke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register für die nachfolgend aufgeführten Dienstleistungen angemeldet worden:

Klasse 35: Werbung, Marketing und Verkaufsförderung; Einzelhandelsdienstleistungen betreffend Nahrungsmittel, alkoholische und nichtalkoholische Getränke, Hygieneartikel, Wasch- und Putzmittel, Mittel für die Körper- und Schönheitspflege, nicht apothekenpflichtige Arzneimittel, Präparate für die Gesundheitspflege; Einzelhandelsdienstleistungen betreffend Kleiseisenwaren, Maschinen und Geräte für die Metall-, Holz-, Kunststoff-, Beton- und Steinbearbeitung, Bau-, Heimwerker- und Gartenbedarfsartikel; Einzelhandelsdienstleistungen betreffend Haushaltsmaschinen und -geräte, elektrische Küchenmaschinen für die Zubereitung von Nahrungsmitteln und Getränken, Geräte und Apparate der Verbraucherelektronik, Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton, Bild und/oder sonstigen Daten, Computer, Telekommunikationsgeräte; Einzelhandelsdienstleistungen betreffend orthopädische Artikel, Beleuchtungs-, Heizungs-, Dampferzeugungs-, Koch-, Kühl-, Trocken-, Lüftungs- und Wasserleitungsgeräte, sanitäre Anlagen, Fahrzeuge, Fahrräder, Boote, Fahrradzubehör, Kraftfahrzeugzubehör, Bootszubehör; Einzelhandelsdienstleistungen betreffend Feuerwerkskörper, Juwelierwaren, Schmuckwaren, Uhren, Zeitmessinstrumente, Musikinstrumente, Papierwaren, Schreibwaren, Dekorationsartikel, Büroartikel, Bastelartikel, Verpackungsartikel, Dichtungs-, Pack- und Isoliermaterial; Einzelhandelsdienstleistungen betreffend Lederwaren, nämlich Ledertaschen, Lederkoffer, Lederhandtaschen, Lederrucksäcke, Aktenmappen aus Leder, Dokumentenmappen aus Leder, Kosmetikkoffer aus Leder, Lederetuis, Lederbeutel, Lederboxen, Brieftaschen aus Leder, Kreditkartenmappchen aus Leder, Portemonnaies aus Leder; Einzelhandelsdienstleistungen betreffend Lederwaren, nämlich Reiseneccessaires aus Leder, Schlüsseletuis aus Leder, angepasste Koffieranhänger aus Leder, Ledergurte, Lederfäden, Ledernieten, Lederleinen, Lederschnüre, Schachteln aus Leder, Dosen aus Leder, Sattlerwaren

aus Leder, Lederzeug, Möbelbezüge aus Leder, Verpackungsbeutel, -hüllen oder -taschen aus Leder; Einzelhandelsdienstleistungen betreffend Reiseartikel, Regenschirme, Baumaterialien, Möbel, Tierbedarfsartikel, Haushaltswaren, nämlich Haushaltsmöbel, Haushaltsgeräte, Haushaltstextilien und Behälter für den Haushalt; Einzelhandelsdienstleistungen betreffend Küchenwaren, Geräte und Behälter für Haushalt und Küche, Geschirr und Besteck, Waren aus Glas, Steingut und Porzellan, Textilwaren, Haushaltstextilien, Bekleidungsstücke, Schuhwaren, Kopfbedeckungen, Kurzwaren, Teppiche, Bodenbeläge, Sport- und Spielwaren, Christbaumschmuck; Einzelhandelsdienstleistungen betreffend Tiernahrung, Pflanzen und Blumen, Tabak, Tabakwaren, Raucherartikel, Feuerzeuge; Vermittlung von Verträgen für Dritte; Vermittlung von Verträgen für Dritte über die Erbringung von Dienstleistungen, insbesondere Vermittlung von Verträgen über Telekommunikationsdienstleistungen, von Mobilfunkverträgen, von Verträgen über die Lieferung von Klingeltönen für Mobiltelefone und Smartphones, von Verträgen über die Erbringung von Reparatur- und Wartungsarbeiten, von Verträgen über die Lieferung von Lebensmitteln, Getränken, Blumen und Pflanzen sowie von Verträgen über die Versorgung mit Strom, Elektrizität oder Gas; Vermittlung von Zeitungsabonnements; Verbraucherberatung; Bereitstellen von Informationen im Internet zu Konsumentenprodukten, Verbraucherschutzthemen, Kundenservice [Verbraucherberatung]; alle vorstehend genannten Dienstleistungen auch im Rahmen des Online-Handels.

Mit Beschluss vom 8. April 2019 hat die Markenstelle für Klasse 35 des DPMA die Anmeldung wegen fehlender Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zurückgewiesen.

Zur Begründung ist ausgeführt, der angesprochene Verkehr werde dem Zeichen lediglich eine Werbebotschaft entnehmen, jedoch keinen individuellen betrieblichen Herkunftshinweis. Der Wortbestandteil des angemeldeten Zeichens lasse sich in die Teile „HAMMA ALLES!“ und „HAMMA GÜNSTIG!“ untergliedern, wobei der

wiederholte Begriff „HAMMA“ im doppelten Wortsinn sowohl als Kurzform von „haben wir“ als auch als umgangssprachliche Bezeichnung für „Hammer“ in der Bedeutung „großartige Sache, tolle Angelegenheit“ aufgefasst werden könne. Bekannt seien die Redensarten „das ist ein Hammer!“ bzw. in der Jugendsprache „Is‘ ja hamma!“. Somit ergebe sich der naheliegende Bedeutungsgehalt „HABEN WIR ALLES! HAMMER GÜNSTIG!“. Darin liege eine sloganartige Werbebotschaft, mit der ein breites Produktangebot zu sensationell günstigen Preisen angepriesen werde. Ein darüber hinausreichender Hinweis auf eine betriebliche Dienstleistungsherkunft sei darin nicht enthalten. Ein Verständnis im Sinne von „HABEN WIR ALLES! HABEN WIR GÜNSTIG“ sei zwar nicht auszuschließen, aber auch nicht naheliegend. Jedenfalls sei ein Zeichen bereits dann nicht schutzfähig, wenn mindestens eine der Bedeutungen einen ausschließlich werbewirksamen anpreisenden Charakter habe, erst recht, wenn mehrere einen solchen hätten. Auch die grafische Ausgestaltung führe nicht zur Schutzfähigkeit des angemeldeten Zeichens. Umrahmungen und Sprechblasen seien übliche Werbegestaltungsmittel. Die von der Anmelderin zur Stütze der Verkehrsbekanntheit der Hausfarben angeführten und gehaltenen Marken seien im vorliegenden Zeichen nicht erkennbar. Überdies seien Voreintragungen bzw. vorangehende Benutzungen durch die Anmelderin ausschließlich im Wege einer Verkehrsdurchsetzung im Anmeldeverfahren zu berücksichtigen, wobei es vorliegend bereits an einer Anfangsglaubhaftmachung fehle. Auch andere Voreintragungen, auf die seitens der Anmelderin hingewiesen wurde, seien für das Deutsche Patent- und Markenamt nicht bindend.

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

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 35 des DPMA vom 8. April 2019 aufzuheben.

Zur Begründung trägt sie vor, das von der Markenstelle zugrunde gelegte Verständnis des angemeldeten Zeichens im Sinne von „HABEN WIR ALLES! HAMMER GÜNSTIG!“ sei nicht naheliegend. Der Wortbestandteil der Bildmarke werde entweder als „HAMMER ALLES! HAMMER GÜNSTIG!“ oder als „HABEN WIR ALLES! HABEN WIR GÜNSTIG!“ aufgefasst. Das Wort „Hammer“ könne sowohl im Sinne des Werkzeuges verstanden werden als auch als umgangssprachliche Bezeichnung für einen schweren Fehler oder eine tolle Sache. Der Bestandteil „HAMMA“ wiederum könne auch als verkürzte Ausdrucksweise für „wir haben“ verstanden werden. Die sich dann ergebende Aussage „HABEN WIR ALLES! HABEN WIR GÜNSTIG!“ sei sprachunregelmäßig, inhaltlich unbestimmt und holprig. Dies müsse zur Bejahung der Unterscheidungskraft führen. Keine der vorstehenden Interpretationsmöglichkeiten sei für das Publikum ohne analysierende Denkprozesse verständlich. Zudem erfülle die grafische, nicht alltägliche Ausgestaltung des Zeichens in Kombination mit den Wortbestandteilen die Anforderungen an die Eintragungsfähigkeit. In Anbetracht der unerschöpflichen Optionen bei der grafischen Ausgestaltung einer Marke erreiche die vorliegende Gestaltung das für die Eintragung erforderliche Mindestmaß an Unterscheidungskraft. Insbesondere die Kombination von Umrahmungen, Schattierungen und die Ähnlichkeit zu einer Sprechblase würden in Kombination mit den Wortbestandteilen als diffuser Hinweis auf moderne Kommunikation verstanden. Das Bundespatentgericht habe sogar ein nur aus einem Rahmen bestehendes Zeichen für schutzfähig gehalten. Zudem werde die verwendete Farbkombination als Herkunftshinweis verstanden. Bei den Farben Gelb, Blau und Rot handele es sich um die Hausfarben der Anmelderin. Die Farbkombination werde seit langer Zeit umfangreich benutzt. Der Verkehr werde bei einer Marke, die überwiegend blaue Schrift auf einem gelben Untergrund mit roter und blauer Umrahmung enthalte, automatisch an die Anmelderin denken. Diese verfüge im Lebensmitteleinzelhandel über einen Marktanteil von 14%, im Unterbereich der Discounter sogar von über 26%. Die Farbkombination sei europaweit durch Werbung zu einer überragenden Bekanntheit geführt worden. Schließlich gebe es diverse Voreintragungen ähnlicher Marken, die im Sinne einer einheitlichen

Amtspraxis zu berücksichtigen seien.

Auf den zusammen mit der Ladung und zusätzlichen Recherchebelegen übermittelten Verfahrenshinweis vom 19. Mai 2021, mit dem der Senat seine vorläufige Rechtsauffassung mitgeteilt hat (Bl. 127 bis 132 d. A.), hat sich die Beschwerdeführerin in der Sache nicht geäußert und mit Schriftsatz vom 28. Mai 2021 lediglich mitgeteilt, dass sie an der mündlichen Verhandlung nicht teilnehmen werde.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die nach §§ 66, 64 Abs. 6 MarkenG zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen 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 Wort-/Bildzeichens



als Marke steht das absolute Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen. Die Markenstelle hat die Anmeldung zu Recht und mit zutreffender Begründung zurückgewiesen (§ 37 Abs. 1 MarkenG).

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 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 der Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu gewährleisten (EuGH a. a. O. – Audi AG/ HABM [Vorsprung durch Technik]; BGH a. a. O. - #darferdas?; a. a. O. – OUI). 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. – Pippi-Langstrumpf-Marke; a. a. O. – 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; BGH a. a. O. Rn. 15 – Pippi-Langstrumpf-Marke; a. a. O. Rn. 10 – OUI; a. a. O. Rn. 16 – for you; 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 2006, 411 Rn. 24 – Matratzen Concord/Hukla; GRUR 2004, 943 Rn. 24 – SAT 2; BGH WRP 2014, 449 Rn. 11 – grill meister).

Ausgehend hiervon besitzen Wortzeichen dann keine Unterscheidungskraft, wenn ihnen die angesprochenen Verkehrskreise lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnen (EuGH GRUR 2004, 674, Rn. 86 – Postkantoor; BGH GRUR 2012, 1143 Rn. 9 – Starsat; GRUR 2012, 270 Rn. 11 – Link economy) oder wenn diese 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 (BGH GRUR 2016, 934 Rn. 12 – OUI; GRUR 2014, 872 Rn. 21 - Gute Laune Drops; GRUR 2014, 569 Rn. 26 - HOT; GRUR 2012, 1143 Rn. 9 - Starsat; GRUR 2012, 270 Rn. 11 - Link economy; GRUR 2010, 640 Rn. 13 - hey!; GRUR 2009, 952 Rn. 10 - DeutschlandCard). Darüber hinaus besitzen keine Unterscheidungskraft vor allem auch Zeichen, die sich auf Umstände beziehen, welche die beanspruchten

Waren und Dienstleistungen zwar nicht unmittelbar betreffen, durch die aber ein enger beschreibender Bezug zu diesen 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 Unterscheidungs mittel für die Herkunft der angemeldeten Waren oder Dienstleistungen sieht (BGH GRUR 2018, 301 Rn. 15 – Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR 2014, 569 Rn. 10 – HOT; GRUR 2012, 1143 Rn. 9 – Starsat; GRUR 2009, 952 Rn. 10 – DeutschlandCard). Dies gilt auch für ein zusammengesetztes Zeichen, das aus mehreren Begriffen besteht, die nach diesen Vorgaben für sich genommen schutzunfähig sind. Der Charakter einer Sachangabe entfällt bei der Zusammenfügung beschreibender Begriffe jedoch dann, wenn die beschreibenden Angaben durch die Kombination eine ungewöhnliche Änderung erfahren, die hinreichend weit von der Sachangabe wegführt (EuGH GRUR 2008, 608 Rn. 41 – EUROHYPO; GRUR 2004, 680 Rn. 37 – BIOMILD; BGH GRUR 2012, 270 R. 16 - Link economy).

Von diesen Grundsätzen ist auch bei der Beurteilung von (sloganartigen) Wortfolgen auszugehen, an deren Unterscheidungskraft grundsätzlich keine strengeren Anforderungen als an andere Wortmarken zu stellen sind (EuGH GRURInt 2012, 914 Rn. 25 – Smart Technologies/HABM [WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH]; EuGH GRUR 2010, 228 Rn. 36 – Audi/HABM [Vorsprung durch Technik]; BGH GRUR 2014, 872 Rn. 14 – Gute Laune Drops; BGH GRUR 2014, 565 Rn. 14 – smartbook; BGH GRUR 2012, 270 Rn. 11 – Link economy). Daher ist allein die Tatsache, dass ein Zeichen von den angesprochenen Verkehrskreisen als Werbeslogan wahrgenommen wird, nicht genügend zur Verneinung der für die Schutzfähigkeit erforderlichen Unterscheidungskraft (vgl. EuGH GRUR 2010, 228 Rn. 44 – Audi/HABM [Vorsprung durch Technik]). Denn der anpreisende Sinn einer Bezeichnung schließt deren Eignung, als Herkunftshinweis zu wirken, nicht von vorneherein aus. Entscheidend ist, ob der Verkehr die Bezeichnung ausschließlich als werbliche Anpreisung versteht, oder ob die Marke zugleich auch als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der beanspruchten Waren

und Dienstleistungen wahrgenommen wird (vgl. EuGH GRUR 2010, 228 Rn. 45 – Audi/HABM [Vorsprung durch Technik]; BGH GRUR 2014, 872 Rn. 23 – Gute Laune Drops). Indizien für die Eignung, die Waren oder Dienstleistungen eines bestimmten Anbieters von denen anderer zu unterscheiden, können Kürze, eine gewisse Originalität sowie die Prägnanz einer Wortfolge sein. Auch die Mehrdeutigkeit und Interpretationsbedürftigkeit einer Wortfolge kann einen Anhaltspunkt für eine hinreichende Unterscheidungskraft bieten. Dabei dürfen die Anforderungen an die Eigenart im Rahmen der Bewertung nicht überspannt werden (vgl. EuGH GRUR 2010, 228 Rn. 57 – Audi/HABM [Vorsprung durch Technik]; BGH GRUR 2014, 565 Rn. 14 – smartbook; GRUR 2013, 522 Rn. 9 – Deutschlands schönste Seiten).

Nach diesen Grundsätzen ist die Unterscheidungskraft des angemeldeten Wort-/Bildzeichens im hier relevanten Dienstleistungszusammenhang zu verneinen, da die angesprochenen Verkehrskreise das Zeichen ohne besonderen gedanklichen Aufwand nur und ausschließlich als allgemein werblich anpreisende Aussage auffassen, so dass sie darin keinen Hinweis auf die Herkunft aus einem bestimmten Betrieb bzw. Unternehmen erkennen werden.

a) Von den beschwerdegegenständlichen Dienstleistungen der Klasse 35 werden sowohl ein unternehmerisch tätiges Publikum als auch der Endverbraucher angesprochen.

b) Das angemeldete Wort-/Bildzeichen



setzt sich aus den in den Farben Blau und Rot auf gelbem Hintergrund gehaltenen Wortbestandteilen „HAMMA ALLES!“ und „HAMMA GÜNSTIG!“ zusammen, jeweils

eingerahmt durch dreidimensionale Sprechblasen in rot und blau.

Zwar ist für die Schutzfähigkeit einer mehrteiligen Marke deren Gesamteindruck maßgeblich. Dies schließt es aber nicht aus, zunächst die Bestandteile getrennt zu betrachten, sofern die Beurteilung des Schutzhindernisses auf einer sich anschließenden Prüfung der Gesamtheit dieser Bestandteile beruht (vgl. EuGH GRUR 2004, 943 - SAT.2; GRUR 2006, 229 - BioID).

Der in beiden Wortbestandteilen enthaltene Begriff „HAMMA“ kann einerseits als dialektale Verschmelzungsform von „Haben wir“ verstanden werden. Wie die Markenstelle bereits festgestellt und die Beschwerdeführerin nicht in Abrede gestellt hat, ist die Verschmelzung von „HABEN WIR“ zu „HAMMA“, bzw. „HAMMER“ in der deutschen Sprache sowie in zahlreichen ihrer Dialekte geläufig (vgl. [https://de.wikipedia.org/wiki/Verschmelzung_\(Grammatik\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Verschmelzung_(Grammatik))). Der Ausdruck „Hamma“ reiht sich in die von der Beschwerdeführerin genannten Beispiele ein und wird ohne weiteres im gesamten Bundesgebiet und nicht nur in einzelnen Regionen verstanden (vgl. dazu BGH GRUR 1988, 211, 212 – Wie hammas denn?). Wie sich aus den mit Ladungszusatz vom 19. Mai 2021 übersandten Recherchebelegen ergibt, lässt sich die Wendung „Hamma alles“ im alltäglichen Sprachgebrauch bereits vor dem hier relevanten Anmeldezeitpunkt nachweisen („Sie wollen eine Live-Band, einen DJ oder ein Spitzenduo, hamma alles“ (Anlage 1, Bl. 108 d. A.; „Hamma alles? Beide Skischuhe?“ Anlage 2, Bl. 111 d. A.). Das Wort „Hammer“ bezeichnet andererseits sowohl ein Werkzeug, als auch eine „großartige Sache, tolle Angelegenheit“ bzw. einen „riesigen Erfolg“ (vgl. www.duden.de/rechtschreibung/Hammer). Die Verwendung des Begriffs „HAMMER“ zur Bezeichnung einer großartigen Sache ist, wie bereits die Markenstelle unter Hinweis auf die Redensarten „Das ist ein Hammer“, „Das ist (ja wohl) der (absolute) Hammer“ oder einfach nur „Is‘ ja hamma!“ ausgeführt hat, umgangssprachlich üblich. Darunter fällt auch die Bezeichnung eines besonders günstigen Preises als „Hammerpreis“ oder „hammergünstig“. Nachweise für eine Verwendung von „HAMMA GÜNSTIG“ im alltäglichen Sprachgebrauch, und zwar

bereits vor dem Anmeldetag, finden sich in den ebenfalls mit Ladungszusatz vom 19. Mai 2021 übersandten Belegen, z. B. „Kauf dir einfach einen elektrischen Mulmsauger, gibt's bei ebay schon hamma günstig“ (Anlage 3, Bl. 112 d. A.); „...aber wenn man die ersatzteil liste vergleicht ist der ecx echt hamma günstig im unterhalt“ (Anlage 4, Bl. 114 d. A.); „So kriegt das Ding jetzt eine Trijekt Bee (weil die hamma günstig bekommen) Bosch Komponenten für die Zündung...“. Der Verkehr ist an diese Ausdrücke gewöhnt, so dass es fernliegt, dass er in diesen Wortzusammenhängen an das Werkzeug „Hammer“ denkt. Die unterschiedliche Bedeutung von „HAMMA“ in den Wortkombinationen „HAMMA ALLES!“ und „HAMMA GÜNSTIG!“ erschließt sich den angesprochenen Verkehrskreisen ohne weiteres. Gerade die Verwendung der Jugend- bzw. Umgangssprache als rhetorisches Stilmittel soll die Aufmerksamkeit des Kunden wecken und ihn unter Verwendung „seiner“ Sprache unmittelbar ansprechen. Die Assonanz, d. h. die Häufung bzw. Wiederholung von Vokalen, ist eine Klangfigur, die sich gut im Gedächtnis verankern lässt und deshalb insbesondere in umgangssprachlichen Redewendungen und der Werbung häufig genutzt wird.

Doch selbst wenn der Verkehr „HAMMA GÜNSTIG“ als „Haben wir günstig“ versteht, liegt auch darin nur eine werbliche Anpreisung dahingehend, dass alles was der Dienstleister anbietet, günstig ist. Dazu bedarf es, entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin, keiner analysierenden Betrachtungsweise, weil der Verbraucher entsprechende Werbeslogans kennt: Netto Marken-Discount: „Einer für alles, alles für günstig“; Alltours: „Alles – aber günstig“; Eyese: „Alles inklusive: persönlich, günstig und schnell“ (www.slogans.de). Auch eine gewisse „Holprigkeit“ der Wortfolge, wie es die Beschwerdeführerin nennt, führt nicht von einem entsprechenden Verständnis des Verkehrs weg. Dieser ist bei Werbesprüchen daran gewöhnt, dass sie grammatikalisch nicht immer korrekt und oft verkürzt sind, da sie so sachbezogene Informationen in einprägsamer oder die Aufmerksamkeit steigender Form übermitteln und dem Kunden besser im Gedächtnis bleiben (vgl. BPatG, Beschluss vom 19.06.2017, 25 W (pat) 523/17 – Der Limo; Beschluss vom 24.11.2016, 25 W (pat) 548/14 – Nullkommanix; Beschluss vom 28.09.2011,

26 W (pat 545/10 – regional ist 1. Wahl; Beschluss vom 21.03.2006, 24 W (pat) 53/04 – ES LEBE BILLIG).

Ferner kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei der Kombination der vorbekannten Teile „HAMMA ALLES“ und „HAMMA GÜNSTIG“ um eine sprachliche Neuschöpfung der Beschwerdeführerin handelt. Der Aspekt der „Neuheit“ bzw. „erfinderischen Tätigkeit“ spielt im Markenrecht – anders als im Patentrecht – keine Rolle, da es zur Beurteilung der Schutzzfähigkeit 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). Zudem wird der Verkehr auch bisher nicht verwendete, ihm aber gleichwohl verständliche Sachaussagen durchaus als solche und damit nicht als betrieblichen Herkunftshinweis verstehen (vgl. Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. § 8 Rn. 175, 176).

Die Wortbestandteile erschöpfen sich somit ausschließlich in einer allgemein anpreisenden werblichen Aussage

c) Auch die konkrete grafische Ausgestaltung des angemeldeten Wort-Bild-Zeichens wirkt nicht schutzbegründend. Einfache grafische Gestaltungen oder Verzierungen des Schriftbildes, an die der Verkehr gewöhnt ist, vermögen in der Regel den beschreibenden Charakter einer Angabe nicht zu beseitigen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die grafische Ausgestaltung einer Wortmarke in einer naheliegenden Form umso weniger die erforderliche Unterscheidungskraft begründen kann, je deutlicher ein unmittelbarer Bezug der Bezeichnung zu den beanspruchten Waren und/oder Dienstleistungen erkennbar ist (vgl. BGH GRUR 2001, 1153 – antiKALK). Die Unterscheidungskraft eines solchen Kombinationszeichens kann nur bejaht werden, wenn der Verkehr in der bildlichen Ausgestaltung oder in dem von ihr mitbestimmten Gesamteindruck der Marke einen betrieblichen Herkunftshinweis sieht. Dies ist hier nicht der Fall. Die Grafik ist sowohl in der Form als auch in der Farbwahl gängig und weist keine auffallenden

schutzbegründenden Elemente auf.

Die Ausgestaltung von Wortbestandteilen mittels Umrahmungen oder Sprechblasen stellt ein übliches Werbemittel dar, welchem regelmäßig keine Unterscheidungskraft zukommt (vgl. BPatG, Beschluss vom 28.04.2004, 32 W (pat) 75/02 – My favourite music; Beschluss vom 04.06.2014, 26 W (pat) 515/13 – my Stadtwerk; EuG T-0152/20, Urteil vom 02.12.2020 – HOME CONNECT). Dies gilt ebenfalls für die Ausgestaltung des streitgegenständlichen Zeichens mittels zweier Sprechblasen. Diese unterteilen zudem beide Wortfolgen und erleichtern so die Wahrnehmung der Botschaft bzw. des Werbeslogans. Auch die konkrete (dreidimensional wirkende) Ausgestaltung der Sprechblasen hebt sich nicht von der Vielfalt an verwendeten bzw. verwendbaren Gestaltungsmitteln ab und tritt daher vollständig in den Hintergrund (vgl. Anlage 7, Bl. 120 bis 122 d. A.). Die Schriftart unterscheidet sich durch die Abrundung der Buchstaben „A“ und „M“ nur marginal von gängigen Standardschriftarten.

Auch die farbliche Ausgestaltung vermag die Schutzfähigkeit des Zeichens nicht zu begründen. Die schutzbegründende Wirkung einer farbigen Ausgestaltung an sich nicht unterscheidungskräftiger Zeichenelemente setzt voraus, dass die Farbgebung innerhalb des Zeichens als eigenständiger betrieblicher Herkunftshinweis neben den schutzunfähigen Angaben aufgefasst wird (Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 8 Rn. 244). Es muss sich um eine nicht nur ästhetisch ansprechende, sondern um eine vom Üblichen abweichende charakteristische Ausgestaltung handeln. Das ist vorliegend nicht der Fall. Das angemeldete Zeichen verwendet ausschließlich die Farben Gelb, Blau und Rot. Diese Farben stellen sog. Primärfarben dar, die ubiquitär verwendet werden. Eine Grafik (Stand 2014, mithin vor dem maßgeblichen Anmeldetag) der zehn umsatzstärksten Unternehmen im stationären Einzelhandel und deren Kennzeichen (vgl. Anlage 8, Bl. 123 d. A.) zeigt, dass bei allen Bildzeichen die Farben Blau, Gelb und Rot sowie Kombinationen davon dominieren.

Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf die Eintragung der Marke 30 2014 061 618 führt ebenfalls zu keiner anderen Beurteilung. Diese Eintragung betrifft einen

anderen Sachverhalt, da es sich nicht, wie vorliegend, um die Einrahmung eines sloganartigen Wortbestandteils handelt, sondern um einen leeren Rahmen ohne jeglichen Text, so dass kein beschreibender Bezug erkennbar ist.

d) In Bezug auf die in Rede stehenden Dienstleistungen, insbesondere für die aufgeführten Einzelhandelsdienstleistungen mit einer Vielzahl von Lebensmitteln und sog. Non-Food-Artikeln, Vermittlung von Verträgen und Zeitungsabonnements, auch im Rahmen des Online-Handels ist „HAMMA ALLES! HAMMA GÜNSTIG!“ ein schlagwortartiger Hinweis auf die große Breite des Angebots und die niedrigen Preise. Gleiches gilt für die Verbraucherberatung und das Bereitstellen von Informationen im Internet zu Konsumentenprodukten, Verbraucherschutzthemen und Kundenservice. Hier wird das Zeichen auch so verstanden, dass der Verbraucher bezüglich der in Rede stehenden großen Anzahl von Produkten beraten werden oder Informationen erhalten kann. Auch die von den Dienstleistungen Werbung, Marketing und Verkaufsförderung angesprochenen Unternehmerkreise werden das Zeichen dahingehend auffassen, dass sich die Werbung, das Marketing oder die Verkaufsförderung auf das Herausstellen eines großen Angebots zu niedrigen Preisen fokussiert.

e) Die Beschwerdeführerin beruft sich schließlich ohne Erfolg auf verschiedene Voreintragungen vermeintlich vergleichbarer Marken beim Deutschen Patent- und Markenamt. Auch etwaige Voreintragungen der Anmelderin oder Dritter können die Schutzfähigkeit des angemeldeten Wort-Bild-Zeichens nicht begründen.

Zum einen können aus nicht begründeten Eintragungen anderer Marken keine weitergehenden Informationen im Hinblick auf die Beurteilung der konkreten Anmeldung entnommen werden. Diesen Eintragungen liegt zum Teil bereits ein anderer Sachverhalt zu Grunde. So enthalten die von der Anmelderin angeführten, für sie eingetragenen Wort-Bild-Marken alle den kennzeichnenden Bestandteil „...“, der nicht in dem angemeldeten Zeichen wiedergegeben ist. Die eingetragene

Farbmarke UM 005853742 ist nicht nur durch die verwendeten Farben an sich gekennzeichnet, sondern durch ihre relative Anordnung und ihr Mengenverhältnis zueinander. Die Marke 30 2018 003 797 zeichnet sich durch eine ungewöhnliche grafische Ausgestaltung ineinander verschachtelter geometrischer Formen aus, die ggf. die Schutzfähigkeit begründet haben könnten. Zudem befindet sich der Wortbestandteil „Hamma“ mit den beiden zusammenschriebenen „m“ in Alleinstellung. Die Bedeutung des Begriffs liegt daher nicht unmittelbar auf der Hand. Gleiches trifft auf die Marke 30 2011 047 142 zu, die den Begriff „HAMMA“ ebenfalls in Alleinstellung verwendet und sich darüber hinaus durch eine unregelmäßige sternartige Umrahmung auszeichnet, aus der der Wortbestandteil dynamisch hervortreten scheint. Die Eintragung der Marken 30 2013 041 072 und 30 773 474 liegt bereits einige Jahre zurück; aus heutiger Sicht scheint eine Eintragung nicht mehr hinreichend sicher.

Zum anderen sind Voreintragungen ohnehin nicht bindend. Denn auch unter Berufung auf den Gleichbehandlungsgrundsatz darf nicht von einer den rechtlichen Vorgaben entsprechenden Entscheidung abgesehen werden (vgl. EuGH GRUR 2009, 667 Rn. 18 - Bild-digital und ZVS Zeitungsvertrieb Stuttgart; BGH GRUR 2014, 569 Rn. 30 – HOT; GRUR 2012, 276 Rn. 18 – Institut der Norddeutschen Wirtschaft e. V. m. w. N.). Diese nach den rechtlichen Vorgaben vorgenommene Prüfung hat im vorliegenden Fall aber ergeben, dass das Zeichen im verfahrensgegenständlichen Umfang nicht unterscheidungskräftig ist.

f) Der Beschwerde verhilft ebenfalls nicht zum Erfolg, dass sich die Beschwerdeführerin auf die überragende Bekanntheit ihrer „Hausfarben“ und die intensive Benutzung zahlreicher Marken mit eben dieser Farbkombination beruft. Soweit die Beschwerdeführerin damit eine Verkehrsdurchsetzung im Sinne des § 8 Abs. 3 MarkenG geltend machen möchte, genügen ihre Ausführungen den Voraussetzungen an eine Anfangsglaubhaftmachung in keiner Weise, worauf die Markenstelle sie bereits hingewiesen hat. Die zunächst erforderliche Glaubhaftmachung der Verkehrsdurchsetzung verlangt einen schlüssigen

Sachvortrag des Anmelders, aus dem sich ergibt, in welcher Form, für welche Waren und Dienstleistungen, von wem, in welchem Gebiet und Umfang sowie seit wann die angemeldete Angabe im Verkehr als Marke benutzt worden ist. Pauschale Behauptungen und Beweisangebote reichen nicht aus (Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 8 Rn. 806, 809; vgl. BPatG, Beschluss vom 13.02.2.2020, 29 W (pat) 523/18 – Lichtmiete)

Die angesprochenen inländischen Verkehrskreise werden das angemeldete Zeichen somit im Zusammenhang mit sämtlichen beschwerdegegenständlichen Dienstleistungen ohne besonderen gedanklichen Aufwand nur und ausschließlich als beschreibende Sachaussage in Form eines gängigen Werbeslogans verstehen, so dass es sich nicht als Hinweis auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen eignet.

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 und Dienstleistungen freihaltebedürftig ist.

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 eine beim Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwältin oder durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt schriftlich einzulegen.

Dr. Mittenberger-Huber

Seyfarth

Posselt