



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 509/21

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2020 025 590.2

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 18. März 2024 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Mittenberger-Huber, die Richterin Akintche und die Richterin Lachenmayr-Nikolaou

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Schwarz-Weiß-Fotografie



ist am 23. November 2020 zur Eintragung als Bildmarke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Markenregister für nachfolgende Waren angemeldet worden:

Klasse 16: Druckereierzeugnisse; Fotografien; Schreibwaren; Büroartikel; Buchbinderartikel; Lehr- und Unterrichtsmaterial;

Klasse 18: Reisegepäck; Tragetaschen;

Klasse 21: Glaswaren, Porzellan und Steingut; Geräte und Behälter für Haushalt

und Küche;

Klasse 25: Bekleidungsstücke.

Mit Beschluss vom 18. Februar 2021 hat die Markenstelle für Klasse 16 des DPMA die Anmeldung unter Bezugnahme auf den Beanstandungsbescheid vom 7. Dezember 2020 wegen fehlender Unterscheidungskraft gemäß §§ 8 Abs. 2 Nr. 1, 37 Abs. 1 MarkenG zurückgewiesen.

Zur Begründung ist ausgeführt, Gegenstand der Markenmeldung sei das Foto „Sprung in die Freiheit“, das seit 2011 zum deutschen UNESCO-Weltdokumentenerbe gehöre. Dieses zeige den 19-jährigen Grenzpolizisten Conrad Schumann, der am 15. August 1961 an der Bernauer-/Ecke Ruppiner Straße in Berlin mit einem Sprung über den Stacheldrahtverhau in den Westen flüchtete. Es handele sich um ein sehr häufig und vielfältig eingesetztes, allgemein bekanntes Motiv, durch das die Aufmerksamkeit des Publikums geweckt und letztlich der Kaufanreiz gefördert werden solle. Die angesprochenen breiten Verkehrskreise sähen in dem Anmeldezeichen ausschließlich die Wiedergabe dieses bekannten Fotos und damit nur ein Werbemittel, aber keinen betrieblichen Herkunftshinweis. Soweit die Anmelderin darauf verweise, dass die Nutzungsrechte an der Fotografie von deren Urheber, dem Fotografen Peter Leibing, vor seinem Ableben im Jahre 2008 seiner Ehefrau Ruth Leibing und von dieser wiederum vor ihrem Ableben im Jahr 2019 ihrer Enkeltochter, der Anmelderin der vorliegenden Bildmarke, übertragen worden seien, so sei dies für die Schutzfähigkeit des angemeldeten Zeichens nicht relevant. Die angemeldete Bildmarke beinhalte eine untrennbar mit den geschichtlichen Ereignissen in Deutschland verbundene Aussage und die Abbildung sei so stark im kollektiven Bewusstsein der angesprochenen deutschen Verkehrskreise verankert, dass sie, wenn sie auf Waren angebracht werde, stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werde. Die von der Anmeldung umfassten Waren könnten als Andenken-/Merchandisingartikel, bei denen vorstell-

bar sei, dass sie im Umfeld touristischer Sehenswürdigkeiten wie dem Mauermuseum in Berlin vertrieben würden, das Bild als Motiv aufweisen. In Bezug auf die medialen Waren „Druckereierzeugnisse; Fotografien; Lehr- und Unterrichtsmaterial“ komme für das angesprochene Publikum zudem ein themenbezogener Sachhinweis in Betracht.

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

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 16 des DPMA vom 18. Februar 2021 aufzuheben.

Zur Begründung trägt die Beschwerdeführerin vor, die Zurückweisung der Markenmeldung sei grob rechtswidrig. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundespatentgerichts könnten Portraits grundsätzlich als Marke eingetragen werden, und zwar auch dann, wenn die abgebildete Person eine Person der Zeitgeschichte sei. Das angemeldete Lichtbildwerk sei eine Aufnahme einer solchen Person der Zeitgeschichte, nämlich des Volkspolizisten Conrad Schumann. Das Foto sei weltbekannt und genieße als Lichtbildwerk urheberrechtlichen Schutz bis 70 Jahre nach dem Tod seines Urhebers. Das Bild werde lizenziert für Veröffentlichungen in Zeitschriften und Zeitungen, für Schulbuchverlage auf der ganzen Welt, für die Nutzung auf Postkarten, Briefmarken, Postern, Kunstprints, T-Shirts, Tassen, Taschen, u. v. m. Es werde in diesen Publikationen bzw. auf diesen Handelsprodukten mit einem Copyright-Vermerk auf den Urheber verwendet. Da eine Zunahme unautorisierter Verwendungen festzustellen sei, sollten der Anmelderin durch die Markenmeldung noch besondere Ansprüche auf Schadensersatz und Unterlassung bei Verwendung gleicher oder ähnlicher Marken für gleiche oder ähnliche Waren verschafft werden. Der Sprung über den Stacheldraht bezeichne keine Merkmale der hier relevanten Waren. Diese Waren würden erworben, weil die maßgeblichen Verkehrskreise das Bild schätzen würden, ob auf T-Shirts, Taschen, Tas-

sen, Postern, Postkarten oder Ähnlichem. Dies sei ebenso wie bei Werken berühmter Künstler wie Andy Warhol. Die Waren würden ausschließlich des bekannten Bildes wegen gekauft, nämlich einer Medienikone, die den Soldaten genau im Scheitelpunkt seines Sprunges zeige und eine besondere Qualität aufweise. Demgegenüber erfolge der Kauf nicht aufgrund der Ware, auf der das Bild aufgebracht sei, also beispielsweise wegen der Baumwollqualität eines T-Shirts oder der Porzellanqualität einer Kaffeetasse. Die Waren würden zudem nicht lediglich im Umfeld touristischer Sehenswürdigkeiten verkauft, sondern weltweit, auch online, und zwar aufgrund entsprechender Lizenzen der Anmelderin und ihrer Rechtsvorgänger. Es gehe vorliegend nicht um ein Allgemeininteresse an einem Schutz vor ungerechtfertigten Monopolen, vielmehr müsse die Allgemeinheit das bereits bestehende Monopol der Anmelderin berücksichtigen. Anders als beispielsweise das Bild der Mona Lisa werde das angemeldete Foto nicht allgemein üblich im Verkehr werbend verwendet. Wenn die Anmelderin eine rein werbliche Verwendung gestatte, so nur mit einem Urheberrechtsvermerk. Durch die Verweigerung des Markenschutzes würden die Rechte der Anmelderin grundrechtsrelevant verweigert und verkannt.

Zur Ergänzung des Tatbestands wird auf den am 12. Februar 2024 versandten Hinweis des Senats und den übrigen Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige, insbesondere nach §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 S. 1 MarkenG statthafte und gem. § 66 Abs. 2 MarkenG fristgerecht eingelegte Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg.



Der Eintragung des angemeldeten Bildzeichens als Marke steht im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren das absolute Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen, so dass die Markenstelle die Anmeldung gem. § 37 Abs. 1 MarkenG zu Recht zurückgewiesen hat.

1. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG schließt von der Eintragung als Marke Zeichen aus, denen für die in der Anmeldung beanspruchten Waren und Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft fehlt. Unterscheidungskraft ist die einem Zeichen zukommende Eignung, die von der Anmeldung erfassten Waren bzw. Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und so diese Waren und Dienstleistungen von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (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 AG/HABM [EUROHYPO]; BGH GRUR 2024, 216 Rn. 10 – KÖLNER DOM; GRUR 2020, 411 Rn. 10 – #darferdas? II; GRUR 2018, 301 Rn. 11 – Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR 2016, 934 Rn. 9 – OUI; GRUR 2014, 569 Rn. 10 – HOT). 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. – KÖLNER DOM; a. a. O. – #darferdas? II; 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; 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. 67 – Eurohypo; GRUR 2006, 411 Rn. 24 – Matratzen Concord AG/Hukla Germany SA [MATRATZEN]; BGH a. a. O. – KÖLNER DOM m. w. N.).

Keine Unterscheidungskraft besitzen insbesondere Zeichen, die einen beschreibenden Begriffsinhalt enthalten, der für die in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen ohne Weiteres und ohne Unklarheiten als solcher erfasst wird (EuGH GRUR 2004, 674 Rn. 86 – Koninklijke KPN Nederland NV/Benelux-Merkenbureau [Postkantoor]; BGH a. a. O. Rn. 14 – HOT). Auch Angaben, die sich auf Umstände beziehen, die die Ware oder die Dienstleistung selbst nicht unmittelbar betreffen, fehlt die Unterscheidungskraft, wenn durch die Angabe ein enger beschreibender Bezug zu den angemeldeten Waren oder Dienstleistungen hergestellt wird und deshalb die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Verkehr den beschreibenden Begriffsinhalt als solchen ohne Weiteres und ohne Unklarheiten erfasst und in der Bezeichnung nicht ein Unterscheidungsmittel für die Herkunft der angemeldeten Waren oder Dienstleistungen sieht (BGH a. a. O. Rn. 15 – Pippi-Langstrumpf-Marke; a. a. O. Rn. 10 – HOT; a. a. O. Rn. 9 – Starsat; GRUR 2009, 952 Rn. 10 – DeutschlandCard).

Die Unterscheidungskraft von Bildmarken bemisst sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Soweit die Elemente eines Bildzeichens nur die typischen Merkmale der beanspruchten Waren oder Dienstleistungen darstellen oder sich in einfachen

dekorativen Gestaltungsmitteln erschöpfen, an die sich der Verkehr etwa durch häufige Verwendung gewöhnt hat, wird einem Zeichen im Allgemeinen wegen seines bloß beschreibenden Inhalts die konkrete Eignung fehlen, die mit ihm gekennzeichneten Produkte von denjenigen anderer Herkunft zu unterscheiden (Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 14. Aufl. 2024, § 8 Rn. 349 ff.). Weist das in Rede stehende Zeichen darüberhinausgehende charakteristische Merkmale auf, in denen der Verkehr einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft sieht, kann die Unterscheidungskraft jedoch nicht verneint werden (vgl. BPatG, Beschluss vom 06.02.2014, 30 W (pat) 14/12 m. w. N.).

Sofern es sich um originalgetreue Abbildungen einer – ohne weiteres identifizierbaren – Person handelt, sind diese grundsätzlich wie Personennamen zu behandeln, deren Unterscheidungskraft regelmäßig zu bejahen ist (vgl. Schuhmacher in Beck-OK MarkenR, 36. Edition, § 8 Rn. 441). Etwas Anderes gilt in Bezug auf Bilder bekannter Persönlichkeiten, denen die erforderliche Unterscheidungskraft fehlt, soweit der Verkehr mit der betreffenden Person lediglich einen thematischen oder sonstigen sachlichen Bezug zu den beanspruchten Waren oder Dienstleistungen herstellt oder die Person als bloßes Werbemittel auftritt (vgl. BGH GRUR 2008, 1093 Rn. 15 – Marlene-Dietrich-Bildnis; Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O. § 8 Rn. 337).

Der bildlichen Wiedergabe von Kunstwerken kann nicht bereits aufgrund ihrer Gemeinfreiheit jegliche Unterscheidungskraft abgesprochen werden; die Unterscheidungskraft ist jedoch zu verneinen, wenn dem Verkehr solche Darstellungen gewöhnlich als bloße Werbemotive begegnen (vgl. BPatG GRUR 1998, 1021, 1022 – Mona Lisa; Beschluss vom 06.02.2014, 30 W (pat) 14/12 – David und Venus: Unterscheidungskraft der Kombination zweier Kunstwerke bejaht; Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O. § 8 Rn. 339 m. w. N.).

2. Nach diesen Grundsätzen ist die Unterscheidungskraft des angemeldeten Bildzeichens im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren zu verneinen, da die

angesprochenen inländischen Verkehrskreise dieses nicht als betrieblichen Herkunftshinweis auffassen werden.

a) Die beanspruchten Waren wenden sich an die allgemeinen Verkehrskreise und insbesondere den Durchschnittsverbraucher.

b) Wie bereits im angegriffenen Beschluss ausgeführt, handelt es sich bei der als Bildmarke angemeldeten Schwarz-Weiß-Fotografie um ein Werk des verstorbenen Fotografen Peter Leibing, das den Grenzpolizisten Hans Conrad Schumann am 15. August 1961, zwei Tage nach Beginn des Mauerbaus, bei seiner Flucht über einen Stacheldraht nach Westberlin zeigt (vgl. Anlage 1 zum Hinweis des Senats vom 12. Februar 2024, dort auch zu einer Skulptur an der Bernauer Straße in Berlin). Das Bild ist unter der Bezeichnung „Sprung in die Freiheit“ bekannt geworden (vgl. Anlage 2, Bezeichnung als „weltberühmtes Foto“ auf www.euraktiv.de) und hat seine Aktualität nicht verloren, wie sich beispielsweise aus einem Virtual-Reality-Projekt am Berliner Flughafen im Jahr 2023 ergibt (vgl. Anlage 3). Die Beschwerdeführerin hat ihrerseits umfangreich zur Bekanntheit des Bildes und zu seiner Verwendung vorgetragen. Unter Zugrundelegung des Vortrags der Beschwerdeführerin, der Recherchen der Markenstelle und des Senats sowie der eigenen Kenntnisse des Senats als Teil des angesprochenen Verkehrs ist davon auszugehen, dass das angemeldete Lichtbild und seine Entstehungsgeschichte bzw. sein Motiv dem Durchschnittsverbraucher bekannt sind.

c) Die angesprochenen Verkehrskreise werden, wenn ihnen das angemeldete Bildzeichen im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren begegnet, in diesem das ihnen bekannte Lichtbildwerk erkennen und es lediglich als Motiv bzw. Sachangabe und nicht als betrieblichen Herkunftshinweis auffassen.

aa) Im Zusammenhang mit den in Klasse 16 beanspruchten Waren „*Druckereierzeugnisse; Fotografien; Lehr- und Unterrichtsmaterial*“ werden sie in dem Bildzeichen einen rein beschreibenden Hinweis dahingehend sehen, dass das Lichtbild

selbst sowie die dargestellte Szene, der Sprung des Grenzpolizisten Schumann in die Freiheit, Thema oder Gegenstand dieser Waren sind.

Die vorgenannten Waren können einen gedanklichen Inhalt aufweisen. Wenn das angemeldete Zeichen den angesprochenen Verkehrskreisen im Zusammenhang mit diesen Waren begegnet, so werden diese hierin schlicht den Gegenstand der Fotografie, beispielsweise eines Posters, oder einen Sachhinweis auf Thema bzw. Gegenstand der Druckereierzeugnisse, beispielsweise eines (Schul-)Buchs, sehen.

Fotografien historischer Momente und bekannter Persönlichkeiten werden oftmals als großformatige Fotografie bzw. als Poster angeboten, vgl. z. B. Anlagenkonvolut 4 mit den Motiven

- „Willy Brandts Kniefall in Warschau am 7. Dezember 1970“,
- Boxkampf zwischen Muhammad Ali und Joe Frazier,
- Sprung der Sporttaucherin Betty Slade sowie
- Edwin Aldrin auf dem Mond bei der Mondlandung der Apollo 11.

Ebenso werden Fotos von Geschehnissen der Zeitgeschichte zur Illustration von (geschichtlichen) Büchern verwendet (vgl. beispielhaft Anlage 5, Cover des Buchs „Der Aufstand 17. Juni 1953“ von Guido Knopp). Auch das verfahrensgegenständliche Lichtbild wird bereits nach dem eigenen Vortrag der Beschwerdeführerin vielfach in Schulbüchern sowie in einer Vielzahl von Publikationen wie Zeitungen, Zeitschriften etc. wiedergegeben. Die Recherche des Senats hat insoweit beispielsweise eine illustrierende Verwendung ergeben (vgl. Anlage 6, Auszug aus dem „Zeitreise Schulbuch Band 3“ des Klett-Verlags; Anlage 7 Rezension des Buchs „Der Mauerspringer“ von Peter Schneider).

Im Zusammenhang mit den vorgenannten Waren der Klasse 16 werden die angesprochenen Verkehrskreise in dem angemeldeten Bildzeichen daher lediglich eine Inhalts- bzw. Themenangabe sehen, so dass durch das Zeichen zumindest ein enger beschreibender Bezug zu diesen Waren hergestellt wird (vgl. Ströbele in: Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O. § 8 Rn. 316).

bb) In Bezug auf die übrigen Waren der Klasse 16, die Waren der Klasse 18 „Reisegepäck; Tragetaschen“, der Klasse 21 „Glaswaren, Porzellan und Steingut; Geräte und Behälter für Haushalt und Küche“ und der Klasse 25 „Bekleidungsstücke“ werden die angesprochenen Verkehrskreise in dem angemeldeten Bildzeichen das ihnen bekannte Lichtbild „Sprung in die Freiheit“ erkennen und in diesem lediglich ein dekoratives Element sehen.

(1) Bei der Prüfung, ob das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft besteht, ist auf die Kennzeichnungsgewohnheiten im maßgeblichen Waren- und Dienstleistungssektor abzustellen (vgl. EuGH GRUR 2019, 1194 Rn. 24 – AS/DPMA (#darferdas?); BGH GRUR 2020, 411 Rn. 13 – #darferdas? II). Die Antwort auf die Frage, ob der Verkehr ein auf einer Ware angebrachtes Zeichen als Hinweis auf deren Herkunft oder als bloßes dekoratives Element auffasst, kann nach der Art und der Platzierung des Zeichens variieren (vgl. BGH a. a. O. – #darferdas? II). Dabei muss die Unterscheidungskraft eines als Marke angemeldeten Zeichens unter Berücksichtigung aller relevanten Tatsachen und Umstände, einschließlich sämtlicher wahrscheinlicher Verwendungsarten der angemeldeten Marke geprüft werden (vgl. EuGH a. a. O. Rn. 33 – AS/DPMA (#darferdas?); BGH a. a. O. Rn. 15 – #darferdas? II). Im Eintragungs- und Löschungsverfahren erfordert es die Annahme der Unterscheidungskraft nicht, dass grundsätzlich jede denkbare Verwendung des Zeichens als betrieblicher Herkunftshinweis verstanden werden muss. Es genügt, wenn es praktisch bedeutsame und naheliegende Möglichkeiten gibt, das Zeichen bei den Waren und Dienstleistungen, für die es Schutz beansprucht, so zu verwenden, dass es vom Verkehr ohne weiteres als Marke verstanden wird (vgl. BGH GRUR 2024, 216 Rn. 32 – Kölner Dom).

(2) In Bezug auf das angemeldete Lichtbild ist – aufgrund seiner ikonischen Bedeutung und Symbolkraft – eine deutlich sichtbare Platzierung auf der Außen-/Vorderseite der vorgenannten Waren als einzig relevante praktisch bedeutsame Verwendungsform zugrunde zu legen. Derartige Lichtbilder werden nach dem eigenen Vortrag der Beschwerdeführerin zum angemeldeten Lichtbild sowie den Recherchen

des Senats branchenüblich nur in dieser Form und nicht an einer nicht unmittelbar ins Auge fallenden Stelle wie beispielsweise dem Etikett eines Kleidungsstücks oder der Unterseite von Porzellanwaren angebracht.

Selbst wenn in Bezug auf das vorliegende Lichtbild nicht festgestellt werden kann, dass sich dieses zu einem allgemein werberelevanten Motiv entwickelt hat, hat es doch einen besonderen Symbolgehalt bzw. historische Wirkungskraft. Allgemein werden Lichtbilder von Personen oder Momenten der Zeitgeschichte vielfach auf den hier relevanten Waren ausschließlich als Motiv verwendet.

Dies gilt in besonderem Maße für die in Klasse 25 beanspruchte Ware „*Bekleidungsstücke*“. Derartige Fotos werden regelmäßig als dekorative Aufdrucke beispielsweise auf T-Shirts, Pullovern oder auch Mützen angebracht, vgl. Anlagenkonvolut 8 mit Fotografien folgender Motive auf Bekleidungsstücken:

- Kuss eines Soldaten und einer Krankenschwester mit dem Titel "V-J Day in Times Square, New York City, 14. August 1945" (Alfred Eisenstaedt)
- Boxkampf zwischen Muhammad Ali und Joe Frazier
- John F. Kennedy Vater und Sohn
- Der Bruderkuss von Erich Honecker und Leonid Breschnew 1979
- Black Power-Protest bei den Olympischen Spielen 1968
- Treffen von Muhammad Ali mit schwarzen Athleten
- John Lennon und Yoko Ono „War is over“
- „Lunch atop a skyscraper“.

Ebenso sind beispielsweise das Bild „Der Bruderkuss“ oder andere Fotografien in dekorativer Form auf Waren der Klasse 16 wie Schreibwaren oder Büroartikel nachweisbar (vgl. Anlage 9: Notizbuch, Radiergummi) und es werden sowohl bekannte Gemälde als auch Fotografien von historischer Bedeutung regelmäßig als großflächiges Motiv auf den Waren der Klasse 18 „*Reisegepäck; Tragetaschen*“ angebracht. Dementsprechend finden sich beispielsweise impressionistische Gemälde, ein bekanntes Marilyn Monroe-Portrait von Andy Warhol, auf dessen Werke die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdebegründung Bezug genommen hat, oder

auch ein zeitgeschichtlich relevantes Foto von den Prohibitionsprotesten im Jahr 1931 auf Taschen abgebildet (vgl. Anlagenkonvolut 10). Schließlich werden Lichtbilder von Personen oder Momenten der Zeitgeschichte regelmäßig als Motiv auf Waren der Klasse 21 „*Glaswaren, Porzellan und Steingut; Geräte und Behälter für Haushalt und Küche*“ verwendet (vgl. Anlagenkonvolut 11: Tassen mit den Fotografien „Der Bruderkuss“, „Lunch atop a skyscraper“, Fotos von der Mondlandung der Apollo 11 bzw. einem Portrait von Willy Brandt sowie Gläser mit Bildern der Prohibitionsproteste).

Bei einer derartigen Verwendung des angemeldeten Lichtbilds als Motiv werden die angesprochenen allgemeinen Verkehrskreise diesem jedoch keinen Herkunftshinweis entnehmen, so dass die Unterscheidungskraft nicht bejaht werden kann.

d) An dieser Bewertung ändert weder die Tatsache, dass es sich um ein Lichtbild einer Person handelt, noch der Vortrag der Beschwerdeführerin zur Werkqualität des Lichtbildes und zum bestehenden Urheberrechtsschutz etwas.

aa) Auch, wenn Abbildungen von Personen, beispielsweise Portraits, regelmäßig wie Namen zu behandeln und damit unterscheidungskräftig sein können, so führt dies nicht zu einer abweichenden Bewertung im vorliegenden Fall. Wie im Einzelnen in Bezug auf die beanspruchten Waren ausgeführt, werden die angesprochenen Verkehrskreise in dem angemeldeten Bild lediglich eine Inhalts- oder Themenangabe bzw. ein Motiv sehen.

bb) Des Weiteren lassen etwaige Urheber-, Patent- oder Namensrechte an einem Zeichen grundsätzlich nicht zwangsläufig den Schluss auf dessen markenrechtliche Unterscheidungskraft zu; mit einem beantragten Markenrecht würde vielmehr ein zusätzliches Recht entstehen, das von Inhalt und Fortbestand dieser sonstigen Rechtspositionen unabhängig wäre (vgl. Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering a. a. O. § 8 Rn. 167). Selbst wenn sich die angesprochenen Verkehrskreise tatsäch-

lich Gedanken über den urheberrechtlichen Schutz des auf den Waren angebrachten Lichtbildes machen sollten, so kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie aufgrund der Annahme eines solchen Schutzes dem Bild zugleich einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft der vorgenannten Waren entnähmen. Die Beschwerdeführerin hat vielmehr selbst ausgeführt, dass die angesprochenen Verkehrskreise die Waren aufgrund des gewählten Motivs und nicht aufgrund der Qualität der Waren erwerben würden. Aus dem Motiv schließen die angesprochenen Verbraucher jedoch wiederum nicht auf die betriebliche Herkunft beispielsweise des T-Shirts oder der Tasse.

3. Da schon das Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG vorliegt, kann dahinstehen, ob das Anmeldezeichen darüber hinaus gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG für die fraglichen Waren freihaltebedürftig ist.

4. Der Senat konnte ohne mündliche Verhandlung entscheiden, da die Beschwerdeführerin die Durchführung einer solchen nicht beantragt (§ 69 Nr. 1 MarkenG) und der Senat sie auch nicht für geboten erachtet hat (§ 69 Nr. 3 MarkenG).

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 einzulegen.

Mittenberger-Huber

Akintche

Lachenmayr-Nikolaou