



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 46/08

Verkündet am
18. Juni 2009

(Aktenzeichen)

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 307 31 306.9

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 18. Juni 2009 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Vogel von Falckenstein, des Richters Paetzold und der Richterin Hartlieb

beschlossen:

Die Beschwerde des Anmelders wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Zur Eintragung in das Markenregister angemeldet ist die farbige Wort-/Bildmarke (grün, blau, schwarz)

Kreuz  Apotheke

noch für die Waren und Dienstleistungen

„Beratung in medizinischen, kosmetischen Fragen, insbesondere Ernährungsberatung, Beratung Naturheilmittel, Untersuchung der Blutwerte, Harnuntersuchung, Struma- und Inkontinenzberatung, Arzneimittelberatung, insbesondere personenbezogene Beratung über Arzneimittel und deren Nebenwirkung, Blutdruckmessung; Parfümeriewaren, insbesondere ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, insbesondere Haarwässer; Zahnputzmittel, Seifen; pharmazeutische Erzeugnisse, insbesondere Hygienepräparate für medizinische Zwecke, Pflaster und Verbandmaterial, Desinfektionsmittel; chirurgische und ärztliche Instrumente und Apparate, orthopädische Artikel, insbesondere künstliche

Gliedmaßen, Blutdruckmessgeräte, Blutzucker- und Cholesterinbestimmung“.

Die Markenstelle für Klasse 44 des Deutschen Patent- und Markenamtes hat die Anmeldung wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückgewiesen. Die sprachüblich gebildete Wortverbindung „Kreuz-Apotheke“ werde von den angesprochenen Verkehrskreisen auf Grund der Vielzahl von Apotheken dieses Namens (wie aus einer Internetrecherche ersichtlich sei) lediglich als Hinweis auf (irgend-)eine Apotheke und nicht auf eine bestimmte Apotheke verstanden werden. Dies gelte um so mehr, als der Bestandteil „Kreuz“ die wörtliche Benennung von Kreuzdarstellungen sei, die allgemein einen Hinweis auf Waren und Dienstleistungen im Bereich der Medizin und Pharmazie darstellten. Im Zusammenhang mit den verfahrensgegenständlichen Waren und Dienstleistungen stelle die Angabe „Kreuz-Apotheke“ somit lediglich einen beschreibenden Sachhinweis dar, um Art, Bestimmung, Inhalt und Angebotsstätte zu bezeichnen. Auch die konkrete grafische Gestaltung könne keine Schutzfähigkeit begründen, da die angemeldeten Bildelemente keine charakteristischen Merkmale im Sinne eines Herkunftshinweises aufwiesen, sondern lediglich den beschreibenden Charakter des Wortelementes verstärkten. Das grüne Kreuz werde für Apotheken und allgemein für den Bereich des Heilmittel- und Gesundheitswesens verwendet, entsprechendes gelte für die Darstellung der Schlange in enger Anlehnung an den sog. Äskulapstab. Der Verkehr sei in diesem Bereich an zahlreiche Abwandlungen der Darstellung gewöhnt, die konkrete grafische Ausgestaltung im vorliegenden Fall sei werbeüblich.

Hiergegen hat der Anmelder Beschwerde eingelegt und im Wesentlichen ausgeführt, dass - unabhängig von einer häufigen Verwendung der Bezeichnung „Kreuz-Apotheke“ und eines daraus möglicherweise bestehenden Freihaltebedürfnisses - die angemeldete Marke in ihrer Gesamtheit zu beurteilen sei. An der angemeldeten Wort/Bildmarke in ihrer konkreten grafischen Ausgestaltung bestehe kein Freihaltebedürfnis. Es sei nämlich lediglich der Gebrauch der Einzelbestandteile als Kreuz-Apotheke und Bildelement bekannt, nicht aber die Kombination von Wort-

und Bildmarke. In der hier vorliegenden konkreten Ausgestaltung trete das Bildmarkenelement mit der Schlange an die Stelle des üblicherweise verwendeten Bindestrichs zwischen „Kreuz“ und „Apotheke“; auch winde sich die Schlange im vorliegenden Bildelement nicht wie üblich um einen Äskulapstab, sondern um ein grünes Kreuz, das durch die Schlangendarstellung aber nicht mehr erkennbar sei. Diese eigenwillige, sich von anderen beschreibenden Bildmarken abhebende Kombination der für sich gesehen möglicherweise schutzunfähigen einzelnen Elemente verfüge über das erforderliche Mindestmaß an Unterscheidungskraft. Der Anmelder verweist zudem auf die eingetragene Marke eines Mitbewerbers, die die Darstellung eines grünen Kreuzes beinhalte.

Der Anmelder beantragt,

den angefochtenen Beschluss der Markenstelle für Klasse 44 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 30. April 2008 aufzuheben

und regt hilfsweise die Zulassung der Rechtsbeschwerde an.

Ergänzend wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist in der Sache ohne Erfolg.

Die angemeldete Marke ist gemäß § 8 Absatz 2 Nr. 1 MarkenG von der Eintragung ausgeschlossen, weil ihr für diese angemeldeten Waren und Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft fehlt.

1. Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist nach ständiger Rechtsprechung im Hinblick auf die Hauptfunktion einer Marke, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren bzw. Dienstleistungen zu gewährleisten, die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfassten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden (vgl. BGH MarkenR 2004, 39 - City Service). Die Unterscheidungskraft einer Marke ist dabei zum einen in Bezug auf die genannten Waren oder Dienstleistungen und zum anderen im Hinblick auf die Anschauung der maßgeblichen Verkehrskreise zu beurteilen, die sich aus den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchern dieser Waren oder Durchschnittsempfängern dieser Dienstleistungen zusammensetzen (vgl. EuGH MarkenR 2004, 99 – Postkantoor; BGH GRUR 2006, 850, 854 - FUSSBALL WM 2006).

Bei einer Wort-/Bildmarke - wie sie im vorliegenden Fall gegeben ist - ist wie bei aus mehreren Elementen zusammengesetzten Marken bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft von der Gesamtheit der Marke auszugehen. Dabei hat sich die Prüfung darauf zu erstrecken, ob die Marke als solche, jedenfalls mit einem ihrer Elemente, den Anforderungen an die Unterscheidungskraft genügt (vgl. BGH GRUR 1991, 136, 137 - NEW MAN; GRUR 2001, 162, 163 - RATIONAL SOFTWARE CORPORATION; GRUR 2001, 1153 - antiKALK).

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH sind, was die Wortbestandteile in kombinierten Wort-/Bildmarken betrifft, diese nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG wegen fehlender Unterscheidungskraft von der Eintragung ausgeschlossen, wenn ihnen entweder ein für die fraglichen Waren und Dienstleistungen im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsgehalt zugeordnet werden kann oder es sich um ein gebräuchliches Wort der deutschen Sprache oder einer bekannten Fremdsprache handelt, das vom Verkehr – etwa auch wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung – stets nur als solches und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird (vgl. BGH a. a. O. – City Service). So kann auch sol-

chen Bezeichnungen, die keine beschreibenden Angaben im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG darstellen und die auch nicht zu den allgemein gebräuchlichen Wörtern der Alltagssprache gehören, jegliche Unterscheidungskraft fehlen. Das ist insbesondere bei allgemein warenanpreisenden Ausdrücken oder Wortfolgen anzunehmen, bei denen - ohne eine warenbeschreibende Sachangabe zu sein - ein auf die Ware bezogener Sinngehalt so stark im Vordergrund steht, dass der Gedanke fern liegt, es könnte sich - über eine Werbeaussage hinaus - um einen Herkunftshinweis handeln (vgl. BGH GRUR 2000, 720, 721 - Unter Uns; GRUR 2000, 323, 324 - Partner with the Best).

Hinsichtlich des Bildbestandteils einer Wort-/Bildmarke gilt sodann, dass der Marke - unbeschadet der fehlenden Unterscheidungskraft der Wortelemente - als Gesamtheit Unterscheidungskraft zugesprochen werden kann, wenn die grafischen Elemente ihrerseits charakteristische Merkmale aufweisen, in denen der Verkehr einen Herkunftshinweis sieht (vgl. BGH a. a. O. - NEW MAN; a. a. O. - antiKALK), wobei an die Ausgestaltung aber um so größere Anforderungen zu stellen sind, je kennzeichnungsschwächer die fragliche Angabe ist (vgl. auch BPatG GRUR 1996, 410, 411 - Color COLLECTION). Erforderlich ist eine den schutzunfähigen Charakter der übrigen Markenteile aufhebende, kennzeichnungs-kräftige Verfremdung im Gesamteindruck der Marke (vgl. auch EuGH GRUR Int. 2005, 1012, 1017 (Nr. 73, 74)). Dabei vermögen einfache geometrische Formen, bloße Verzierungen oder beschreibende Bildzeichen, an die sich der Verkehr etwa durch häufige werbemäßige Verwendung gewöhnt hat, keine Unterscheidungskraft zu begründen (BGH a. a. O. - antiKALK).

Bei der Prüfung ist nach der Rechtsprechung des BGH von einem großzügigen Maßstab auszugehen, d. h. jede noch so geringe Unterscheidungskraft reicht aus, um das Schutzhindernis zu überwinden (vgl. BGH GRUR 2001, 1151 - marktfrisch). Allerdings darf die Prüfung dabei nicht auf ein Mindestmaß beschränkt werden, sondern sie muss vielmehr gründlich und vollständig ausfallen (vgl. EuGH WRP 2003, 735 - Libertel-Orange; a. a. O. - Postkantoor).

2 Nach diesen Grundsätzen erfüllt die angemeldete Wort- Bildmarke selbst diese geringen Anforderungen nicht.

a) Der Markenbestandteil „Apotheke“ bezeichnet einen Ort, an dem Medikamente verkauft, geprüft und auch hergestellt werden, wobei auch die fachliche Beratung im Mittelpunkt steht. Darüber hinaus wird ein breit gefächertes Sortiment von Produkten, die im weitesten Sinn der Gesundheit und dem Wohlbefinden dienen können, angeboten. Der weitere Bestandteil „Kreuz“ ist neben seiner religiösen Bedeutung auch bekannt als Symbol verschiedener Hilfsorganisationen wie z. B. Weißes Kreuz, Rotes Kreuz, Grünes Kreuz, Blaues Kreuz, Schwarzes Kreuz.

Bei der Namensgebung bei Apotheken ist neben der Verwendung geographischer Namen oder der Bildung mit Personennamen auch die Verwendung von symbolischen Namen - wie insbesondere von Erscheinungen aus Religion und Mythologie z. B. Engel, Stern, Kreuz, Fortuna - allgemein gebräuchlich (vgl. auch BPatG 30 W (pat) 170/06 - Johannes - Apotheke in PAVIS PROMA-CD-ROM). Dabei handelt es sich bei Apotheken - ebenso wie etwa bei Hotels - um sog. Platzgeschäfte, bei denen der Verkehr aufgrund allgemeiner Übung annimmt, dass es in dem betreffenden Geschäftszweig innerhalb eines umgrenzten örtlichen Bereichs regelmäßig nur ein Unternehmen mit dieser Bezeichnung gibt (vgl. Ströbele/Hacker a. a. O. § 5 Rdn. 50).

Wie die Markenstelle zutreffend festgestellt hat, ist die Bezeichnung „Kreuz Apotheke“ - auch wegen der gebräuchlichen Verwendung des Kreuzsymbols in Medizin und Pharmazie - eine geläufige, weit verbreitete Etablissementbezeichnung für Apotheken. In solchen Bezeichnungen erkennt der Verkehr zwar regelmäßig eine besondere Geschäftsbezeichnung im Sinne von § 5 Abs. 2 MarkenG, da ihm bekannt ist, dass es in dem betreffenden Geschäftszweig innerhalb eines umgrenzten örtlichen Bereichs regelmäßig nur ein Unternehmen mit dieser Bezeichnung gibt (vgl. BGH GRUR 1995, 507, 508 - City-Hotel); er wird darin jedoch ihrer häufigen Verwendung wegen keinen betrieblichen Herkunftshinweis in Bezug auf damit

gekennzeichnete Waren und Dienstleistungen sehen, so dass eine solche weithin gebräuchliche Etablissementbezeichnung nicht ihre für eine konkrete Unterscheidungskraft erforderlich betriebliche Herkunftsfunktion erfüllen kann (vgl. BPatG 25 W (pat) 38/04 - Stanglwirt - in PAVIS PROMA - CD ROM; Ströbele/Hacker a. a. O. § 8 Rdn. 68 m. w. N.).

Vor dem Hintergrund dieser gebräuchlichen Verwendung werden die angesprochenen Verkehrskreise im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen die Bezeichnung „Kreuz Apotheke“ lediglich als werbeüblichen Sachhinweis auf das übliche Produktangebot einer Apotheke und die dort angebotenen Dienstleistungen sehen, nicht hingegen als Marke.

b) Die Schutzfähigkeit ergibt sich auch nicht aus dem Bildbestandteil in Form eines grünen Kreuzes mit einer sich darum windenden Schlange. Wie die Markenstelle zutreffend festgestellt hat, handelt es sich sowohl bei dem grünen Kreuz als auch bei der Äskulapschlange um äußerst beliebte und häufig verwendete werbliche Motive, die nach ihrer sinnbildhaften Aussage auf Art und Verwendungszweck bzw. Angebotsstätte der so gekennzeichneten Produkte und Dienstleistungen hinweisen. Die Darstellung des grünen Kreuzes mit gleich langen Balken illustriert lediglich den ersten Wortbestandteil der angemeldeten Marke und ist dem Verkehr zum einen in ähnlicher Form als internationales Apothekensymbol bekannt (vgl. „Die Apotheke“ unter wikipedia.de) und zudem als Symbol des seit 1950 in Deutschland eingetragenen gemeinnützigen Vereins „Deutsches Grünes Kreuz“ vertraut, dessen erklärte Ziele insbesondere die Entwicklung und Durchführung von Maßnahmen der Gesundheitsvorsorge und Gesundheitsaufklärung sind (vgl. www.dgk.de). Neben dem roten „Apotheken-A“ des deutschen Apotheker Verbandes findet als international weit verbreitetes Symbol für die Apotheke in jüngster Zeit das grüne Kreuz auch in Deutschland zunehmend Verwendung (vgl. „Die heutige Apotheke“ unter www.apoindex.de...).

Die Äskulapschlange oder Äskulapnatter, die sich um einen Stab windet, ist Symbol der Humanmediziner, die Äskulapschlange mit Trinkschale wird als Symbol der Apotheker verwendet (vgl. „Die Äskulapnatter als Symbol“ unter wikipedia.de) und findet sich auch als zusätzliches kleines Symbol auf dem roten „Apotheken-A“, das so auf Apothekenschildern in Deutschland abgebildet ist.

Die Verbindung dieser beiden in der Apothekenwerbung gebräuchlichen Symbole im Bildbestandteil der angemeldeten Marke bewegt sich im Rahmen der üblichen Äskulapschlangendarstellungen, da sie keine darüber hinausgehenden charakteristischen Gestaltungselemente enthält, in denen der Verkehr einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft sehen würde (vgl. BGH GRUR 257, 258 - Bürogebäude). Der Verkehr wird auch dieses Äskulapkreuz lediglich als Variante der bereits bekannten Darstellungen ansehen. Wie in der mündlichen Verhandlung erörtert, findet diese Kombination der beiden Symbole und deren Bezeichnung mit „Äskulapkreuz“ bereits Verwendung.

c) Entgegen der Ansicht des Anmelders vermag auch die Verbindung der für sich genommen schutzunfähigen Wort- und Bildbestandteile in ihrer ganz konkreten Konstellation nicht die Schutzfähigkeit der angemeldeten Marke zu begründen. Die Verbindung der einzelnen Gestaltungsmittel in der vorliegenden Form ist gebräuchlich und der Gesamteindruck der angemeldeten Marke geht über die Zusammenfügung beschreibender Elemente nicht hinaus, sondern erschöpft sich in deren bloßer Summenwirkung (vgl. EuGH a. a. O. - Postkantoor). Die mittige Anordnung des Bildelements ist keine eigentümliche Gestaltung, vielmehr bleiben die Wortbestandteile deutlich erkennbar, das Bildelement erscheint lediglich als deren bildhafte Wiedergabe und damit eine der Aufmerksamkeitssteigerung dienende Ausgestaltung des schutzunfähigen Wortbestandteils. Weder durch die Anordnung noch durch die Ausgestaltung der einzelnen Teile ergibt sich eine neue phantasievolle Einheit, so dass der Verkehr dieser konkreten Verbindungsweise keinen Herkunftshinweis entnehmen wird.

3. Der Anmelder kann sich zur Ausräumung der Schutzhindernisse auch nicht auf eine seiner Meinung nach abweichende Eintragungspraxis berufen. Zum einen handelt es sich bei der vom Anmelder genannten eingetragenen Marke um eine Bildmarke, zum anderen erwächst selbst aus Voreintragungen ähnlicher oder übereinstimmender Marken unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgebots (Art. 3 GG) grundsätzlich kein Eintragungsanspruch für spätere Markenmeldungen, da es sich bei der Entscheidung über die Eintragbarkeit einer Marke nicht um eine Ermessens-, sondern um eine gebundene Entscheidung handelt, die jeweils einer auf den Einzelfall bezogenen Prüfung unterliegt (vgl. BGH GRUR 1997, 527, 528 - Autofelge; BGH BIPMZ 1998, 248, 249 - Today; GRUR 2005, 578 - LOKMAUS; EuGH a. a. O. - BioID; BPatG PMZ 2007, 160 - Papaya; vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 8 Rdnr. 25, 26 m. w. Nachw.).

Die Entscheidung BPatG 29 W (pat) 143/06 - auf die der Anmelder mit nachgereichtem Schriftsatz vom 15. Juli 2009 verweist - liegt ein anderer Sachverhalt zugrunde, da die beanspruchten Waren und Dienstleistungen gerade keinen Bezug zu Heilberufen oder dem Gesundheitswesen haben.

Die Beschwerde ist daher zurückzuweisen.

Für die hilfsweise angeregte Zulassung der Rechtsbeschwerde fehlt es an den gesetzlichen Voraussetzungen des § 83 Abs. 2 MarkenG. Angesichts der vorliegenden konkreten, auf tatsächlichen Grundlagen beruhenden Einzelfallgestaltung sieht der Senat weder den Zulassungsgrund der grundsätzlichen Rechtsfrage noch den der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung als gegeben. Das gilt auch in Anbetracht der vom Anmelder in dem nachgereichten Schriftsatz vom 15. Juli 2009 zitierten Entscheidung des BPatG i. S. 27 W (pat) 81/08, in der der dort erkennende Senat deutlich die individualisierende Gestaltung und Funktion des zusätzlichen Bildbestandteils hervor-

gehoben hat; an dieser individualisierenden Funktion des Bildbestandteils fehlt es jedoch vorliegend gerade, wie oben ausgeführt.

Dr. Vogel von Falckenstein

Paetzold

Hartlieb

Cl