



BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 114/08

(AktENZEICHEN)

Verkündet am
17. Dezember 2008

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 306 43 780.5

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 17. Dezember 2008 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Stoppel sowie der Richterin Werner und des Richters Schell

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Anmelderin hat das Zeichen

The logo consists of the words 'MARKT CAFE' in a bold, black, hand-drawn style font. The letters are thick and slightly irregular, giving it a casual, artistic appearance. The 'M' is particularly large and stylized, with a thick vertical stroke and a curved top. The 'A' is also large and has a thick, rounded top. The 'R' is simple and blocky. The 'K' is also blocky with a thick vertical stroke. The 'T' is simple and blocky. The 'C' is large and has a thick, rounded top. The 'A' is also large and has a thick, rounded top. The 'F' is simple and blocky. The 'E' is simple and blocky.

als Bildmarke für Waren und Dienstleistungen der Klassen 29, 30, 31, 32, 33 und 43 zur Eintragung in das Markenregister angemeldet.

Die Markenstelle für Klasse 43 hat die Anmeldung mit zwei Beschlüssen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, teilweise zurückgewiesen, nämlich für die folgenden Waren und Dienstleistungen:

„Konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse;
Konfitüren, Kompotte; Milch und Milchprodukte;

Kaffee, Tee, Kakao, Zucker; Kaffee-Ersatzmittel; Brot, feine
Backwaren und Konditorwaren, Speiseeis; Honig, Melassesirup;

land-, garten- und forstwirtschaftliche Erzeugnisse; frisches Obst
und Gemüse;

Biere; Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken;

alkoholische Getränke (ausgenommen Biere);

Dienstleistungen zur Beherbergung und Verpflegung von Gästen“.

Die Markenstelle hat diese Teilzurückweisung ausschließlich damit begründet, daß dem angemeldeten Zeichen das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft i. S. v. § 8 Abs. Abs. 2 Nr. 1 MarkenG fehle. Die Wortfolge „Marktcafé“ sei sprachüblich gebildet wie z. B. die Begriffe „Marktplatz“, „Marktbesucher“, „Marktaufsicht“, „Marktangebot“ oder „Marktstraße“. Deswegen müsse davon ausgegangen werden, dass die angesprochenen weitesten Verkehrskreise das angemeldete Zeichen im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen, für die die Anmeldung zurückgewiesen wurde, ohne weiteres als Hinweis auf ein Café am Markt als Erbringungsstätte auffassen würden und nicht als Herkunftszeichen, mit dem auf die Herkunft der angebotenen Waren und Dienstleistungen aus einem bestimmten Unternehmen im Unterschied zu anderen Unternehmen hingewiesen wird. Es sei heute üblich, in einer solchen Gaststätte nicht mehr ausschließlich Kaffee, Tee und Kuchen anzubieten, sondern auch kleinere Gerichte und ein umfassendes Getränkeangebot. So könnten auch die Dienstleistungen der Klasse 43 zusammen mit diesen Waren angeboten werden.

Auch die graphische Gestaltung des angemeldeten Zeichens sei nicht dazu geeignet, für das Zeichen selbständig Unterscheidungskraft zu begründen oder zur Unterscheidungskraft mit beizutragen. Eine graphische Gestaltung könne nur dann zur Unterscheidungskraft eines Zeichens beitragen, wenn sie durch eine Verfremdung im Gesamteindruck der Marke den schutzunfähigen Charakter der

übrigen Markenbestandteile aufhebe und der maßgeblichen Durchschnittsverbraucher den überwiegenden Bildcharakter des Zeichens ohne analysierende Betrachtungsweise auf den ersten Blick erkennen könne. Das angemeldete Zeichen würde diese Voraussetzungen nicht erfüllen, weil sich seine graphische Gestaltung auf einfache und übliche graphischen Elemente beschränkte. Angesichts des hohen technischen Standards der modernen Gebrauchstechnik bewege sich die typographische Gestaltung des angemeldeten Zeichens im Rahmen werbeüblicher Gestaltungsformen und lasse keine Besonderheiten erkennen, die zur markenrechtlichen Unterscheidungskraft der Marke beitragen könnten.

Mit ihrer Beschwerde möchte die Anmelderin die Eintragung ihrer Anmeldung auch im Umfang der Zurückweisung durch die Markenstelle erreichen. Die Anmelderin beantragt,

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 43 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 18. April 2007 und vom 2. Juni 2008 aufzuheben.

Zur Begründung hat die Anmelderin folgendes angeführt: Grundsätzlich müsse berücksichtigt werden, dass das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft i. S. v. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG bereits durch jede noch so geringe Unterscheidungskraft ausgeräumt werde. Im übrigen werde einer Marke insbesondere dann die Unterscheidungskraft abgesprochen, wenn es sich um eine Beschaffenheitsangabe zu den beanspruchten Waren und Dienstleistungen handelt. Das träfe auf die angemeldete Bildmarke jedoch nicht zu. Für die für diese Marke beanspruchten Waren und Dienstleistungen sei weder das angemeldete Bild noch der Begriff „Marktcafé“ eine unmittelbare Sachangabe. Soweit es für die Schutzfähigkeit der angemeldeten Marke auch im Umfang ihrer Zurückweisung überhaupt darauf ankommen, welcher Begriff mit dem Wort „Marktcafé“ vermittelt

werde, sei das Wort in jedem Fall mehrdeutig, weil mit dem Wort „Markt“ eine Reihe verschiedener Begriffe ausgedrückt werden könnten: „Markt“ im engeren Sinne sei eine Veranstaltung an einem bestimmten Ort, an dem Waren regelmäßig gehandelt oder getauscht werden. Im wirtschaftlichen Sinne sei „Markt“ der reale oder virtuelle Ort des Zusammentreffens von Angebot und Nachfrage und aus unternehmerischer Sicht sei der Markt ein Absatzgebiet. „Markt“ komme auch als offizielle Bezeichnung für eine Gemeinde vor und schließlich könne das Wort auch eine Abkürzung für den Begriff „Supermarkt“ verwandt werden, so dass „Marktcafé“ auch die Bedeutung eines „Cafés im Supermarkt“ annehmen könne.

Auch ihre graphische Gestaltung mache die angemeldete Marke unterscheidungskräftig. Die verwandte Schrifttype sei speziell für diese Marke entwickelt worden. Eine Verwendung dieses Schrifttyps durch Dritte sei der Anmelderin nicht bekannt und sei ihr weder von der Markenstelle noch von dem erkennenden Senat im Laufe des Verfahrens nachgewiesen worden. Anders als bei etablierten Schrifttypen seien die verwandten Buchstaben trotz durchgehender Großschreibung unterschiedlich groß. Zu den Voraussetzungen, unter denen auch einfache graphische Mittel die Unterscheidungskraft einer Bildmarke ausmachen oder zu deren Unterscheidungskraft beitragen können, beruft sich die Anmelderin insbesondere auf den Beschluss des Bundespatentgerichts vom 20. Februar 2002, 32 W (pat) 48/01 - Deutschland heute (Zusammenfassung veröffentlicht bei PAVIS PROMA).

II.

Die zulässige Beschwerde war in der Sache unbegründet und musste deswegen zurückgewiesen werden. Denn die Markenstelle hat in den angegriffenen Beschlüsse zu Recht festgestellt, dass einer Eintragung der angemeldeten Marke im Umfang ihrer Zurückweisung das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft i. S. v. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegensteht.

Unterscheidungskraft im Sinne dieser Vorschrift ist die einer Marke innewohnende, konkrete Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfaßten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens im Unterschied zu solchen anderer Unternehmen wahrgenommen zu werden (std. Rspr., vgl. z. B. BGH GRUR 2003, 1050 - Cityservice) und damit eine eindeutige betriebliche Zuordnung dieser Waren und Dienstleistungen zu ermöglichen. Der Europäische Gerichtshof hat für den Bereich der registrierten Marken mehrfach die Herkunftsfunktion als die entscheidende Hauptfunktion herausgehoben. Die Eintragung einer Marke kommt daher nur in Betracht, wenn sie geeignet ist, den Verbraucher klar und eindeutig den betrieblichen Ursprung der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu offenbaren und damit die Herkunftsfunktion der Marke zu erfüllen. Sonstige Funktionen einer Marke - insbesondere ihre Werbefunktion - dürfen daneben nur von nachrangiger, untergeordneter Bedeutung sein (vgl. EuGH GRUR 2004, 1027, 1029 (Nr. 35) - DAS PRINZIP DER BEQUEMLICHKEIT).

Es trifft zu, dass - wie die Anmelderin hervorgehoben hat - einer Marke regelmäßig dann die Unterscheidungskraft abgesprochen wird, wenn sie sich in einer unmittelbaren Sachangabe zu den für sie beanspruchten Waren und Dienstleistungen erschöpft. Das ist jedoch nicht der einzige Grund, der der Unterscheidungskraft eines Zeichens entgegenstehen kann. Schon deswegen nicht, weil diese restriktive Auslegung dem § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG im Vergleich zu § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG den notwendigen eigenständigen Anwendungsbereich absprechen würde und das wäre unvereinbar mit Art. 3 Abs. 1 Buchst. b) und c) Markenrichtlinie, deren Umsetzung die vorgenannten deutschen Vorschriften dienen. Sowohl der Europäische Gerichtshof als auch der Bundesgerichtshof haben folgerichtig ausdrücklich festgestellt, dass auch nicht beschreibenden Angaben oder Zeichen die Unterscheidungskraft fehlen kann (vgl. EuGH GRUR 2004, 674, 677 (Nr. 70, 86) - Postkantoor; GRUR 2004, 680, 681 (Nr. 19) - BIOMILD; BGH GRUR 2005, 417, 419 - BerlinCard - und GRUR 2001, 1151, 1152 - marktfrisch).

Die Anmelderin geht weiter fehl in der Annahme, dass es sich bei dem Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft um eine Art nachrangigem Ausnahmetatbestand handele, der bereits ausgeräumt wäre, sobald das in Frage stehende Zeichen die geringstmögliche Unterscheidungskraft entfaltet. Dem steht die ausdrückliche Forderung des Europäischen Gerichtshof entgegen, wonach bei einer Registermarke die Herkunftsfunktion klar und unmißverständlich im Vordergrund stehen muss. Sonstige Funktionen einer Marke - insbesondere ihre Werbefunktion - dürfen wie ausgeführt daneben nur von nachrangiger, untergeordneter Bedeutung sein (vgl. noch einmal EuGH GRUR 2004, 1027, 1029 (Nr. 35) - DAS PRINZIP DER BEQUEMLICHKEIT). Der EuGH hat weiter klargestellt, dass nur merkliche oder erhebliche Unterschiede gegenüber schutzunfähigen Angaben zur Begründung der markenrechtlichen Unterscheidungskraft ausreichend sind. Eine Reduzierung des Prüfungsmaßstabs über die Abgrenzung von Begriffen wie „fehlende Unterscheidungskraft“ und „minimale Unterscheidungskraft“ wurde dagegen abgelehnt (vgl. Ströbele in Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 8 Rdn. 75 f. m. w. N.). Vielmehr kann nur dasjenige Zeichen eingetragen werden, dessen Unterscheidungskraft sich eindeutig und unzweifelhaft feststellen läßt.

Vor dem Hintergrund der geltenden Rechtslage und dieser Rechtsprechung können die angegriffenen Beschlüsse der Markenstelle nur bestätigt werden mit der Feststellung, dass dem angemeldeten Zeichen das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft i. S. v. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegensteht.

Das angemeldete Zeichen besteht aus dem Wort „Marktcafé“, das durchgehend in Versalien geschrieben ist und zwar in einer Schrifttype, für die der Senat zugunsten der Anmelderin davon ausgeht, dass es sich dabei um eine erstmalige, individuelle Entwicklung speziell für das angemeldete Zeichen handelt.

Das Wort „Marktcafé“ kann für die angesprochenen weitesten Verkehrskreise schon deswegen nicht als markenrechtliches Herkunftszeichen in Erscheinung treten, weil es als sprachübliche Wortkombination gebildet ist und sich auf den ersten Blick als Hinweis auf den Erbringungsort für die beschwerdegegenständlichen Waren und Dienstleistungen darstellt, nicht dagegen als ein Hinweis auf das Herkunftsunternehmen dieser Waren und Dienstleistungen im Unterschied zu anderen Unternehmen. Dass das Wort „Marktcafé“ sprachüblich gebildet ist und es in Deutschland außerdem zahlreiche Gaststätten gibt, die eben diesen Begriff in ihrem Namen führen, weil sie an oder in einem Markt liegen oder diese Lage zumindest ursprünglich hatten, hat die Anmelderin auch in der mündlichen Verhandlung nicht bestritten. Vielmehr hat die Anmelderin eingeräumt, daß der Begriff ohne weiteres auch auf ein Café in einem Supermarkt hinweisen könne. Eine solche Deutung liegt auch deswegen nahe, weil inzwischen - und auch das hat die Anmelderin nicht bestritten - große Kaufhäuser, sowohl allgemeine als auch spezialisierte, dazu übergegangen sind, in ihren Geschäftsräumen auch Gaststätten aufzunehmen, die unter eigener oder fremder Regie stehen können. Ein Beispiel dafür ist die Geschäftsidee, die die Anmelderin - wiederum unstreitig - unter dem Zeichen „Marktcafé“ umsetzt: Die Anmelderin betreibt u. a. im Vorkassenbereich einer bekannten Möbelkette „Marktcafés“, in denen sie frisch gepreßte Säfte, Kaffeespezialitäten, frisch belegte Brötchen und eine kleine Auswahl warmer Speisen anbietet. Ein Marktcafé kann nicht nur die Bewirtung von Gästen anbieten, sondern auch deren Beherbergung. Das folgt aus der seit langem deutlich angewachsenen allgemeinen Reisetätigkeit deutscher und internationaler Gäste in Deutschland - beruflich wie privat - und der damit einhergegangenen deutlichen Verstärkung der Flexibilität der Hotellerie und der ebenso deutlichen Verbreiterung des gastronomischen Angebots. Heute kann ein Marktcafé immer noch eine Gaststätte sein, die an einem Markt liegt und neben Kaffee, Tee und Kuchen allenfalls noch ein paar andere Getränke und ein paar kleine warme Gerichte anbietet. Genaugut kann eine solche Gaststätte aber auch Unterkünfte anbieten und außerdem breit angelegte gastronomische Leistungen.

Jedenfalls würde weder das eine noch das andere heute irgend jemanden überraschen.

Der Ansatz der Anmelderin, dass mit dem Wort „Markt“ grundsätzlich verschiedene Begriffe bezeichnet werden können, führt hier gleich aus mehreren Gründen nicht weiter. Zum einen schon deswegen nicht, weil Gegenstand der Prüfung nicht das Wort „Markt“ ist, sondern die sprachübliche Wortkombination „Marktcafé“, mit der im Deutschen ein Café am Markt, im Markt oder auch - wie die Anmelderin zu Recht angesprochen hat - in einem Supermarkt, also in einem Kaufhaus, bezeichnet werden kann. Zum anderen geht es im Zusammenhang mit der Unterscheidungskraft nicht um die abstrakte Prüfung, welche Bedeutungen ein als Marke angemeldetes Wort überhaupt annehmen kann, sondern nur um die Frage, welche Bedeutung dieses Wort gerade im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen am ehesten annimmt, und im Zusammenhang mit den beschwerdegegenständlichen Waren und Dienstleistungen kann das Wort „Marktcafé“ auf den ersten Blick nur als ein Hinweis auf den Erbringungsort für eben diese Waren und Dienstleistungen aufgefasst werden. Eine andere Bedeutung liegt nicht nahe und ist auch von der Anmelderin nicht geltendgemacht worden.

Auch die graphische Gestaltung des angemeldeten Zeichens ist nicht dazu geeignet, sei es selbständig, sei es zusammen mit der begrifflichen Bedeutung des Wortes „Marktcafé“, das Zeichen unterscheidungskräftig zu machen. Hier kann nur wiederholt werden, was die Markenstelle in den angegriffenen Beschlüssen zu Recht festgestellt hat; dass nämlich eine graphische Gestaltung nur dann zur Unterscheidungskraft eines Zeichens beitragen kann, wenn sie durch eine Verfremdung im Gesamteindruck der Marke den schutzunfähigen Charakter der übrigen Markenbestandteile aufhebt und der maßgeblichen Durchschnittsverbraucher den überwiegenden Bildcharakter des Zeichens ohne analysierende Betrachtungsweise auf den ersten Blick erkennen kann (vgl. BGH GRUR 2001, 1153 - antiKALK - und BPatG BIPMZ, 423, 425 - COOL-MINT). Das angemeldete

Zeichen erfüllt diese Voraussetzungen nicht, weil sich seine Gestaltung auf solche graphischen Elemente beschränkt, die einfach und üblich sind. Der Senat hat zugunsten der Anmelderin unterstellt, dass die Schrifttype, in der das Wort „MARKTCAFE“ gehalten ist, speziell für diese Marke entwickelt worden und in der Summe ihrer graphischen Elemente einmalig ist. Gleichwohl entspricht diese Type dem Üblichen. Wie zuletzt in der mündlichen Verhandlung mit Hilfe von vom Senat beispielhaft beigezogener Fachliteratur belegt und von der Anmelderin auch nicht bestritten, sind fest formatierte Schrifttypen, die - wie der angemeldete Schriftzug - an Handschriften angelehnt sind, seit vielen Jahren in Deutschland etabliert. Üblich sind auch Schrifttypen, die nur aus Versalien bestehen. Dies vorausgeschickt, stellen sich die für das angemeldete Zeichen entwickelten Versalien einfach als eine weitere Type dieser Art dar. Auch die Strichführung in unterschiedlichen Breiten bleibt im Rahmen des Hergebrachten. Sie mag an Pinselstriche erinnern, könnte aber ebensogut die Strichführung mit einem Filzstift simulieren und beide Anmutungen können mit Hilfe der modernen Gebrauchsgraphik ohne weiteres hergestellt werden. Es bleibt dabei, dass im Gesamteindruck der Marke der registerrechtlich schutzunfähige Begriff „MARKTCAFE“ auf den ersten Blick und eindeutig als das begriffliche Wesen und die nächstliegende Bezeichnung für das schriftbildliche Erscheinungsbild der Marke in Erscheinung tritt.

Der Beschluss des Bundespatentgerichts vom 20. Februar 2002, 32 W (pat) 48/01 - Deutschland heute - führt in diesem Zusammenhang nicht weiter. Denn diese Entscheidung ist noch vor den bereits zitierten Entscheidungen ergangen ist, in denen der EuGH die ausdrückliche Forderung aufgestellt hat, dass bei Registermarken die Herkunftsfunktion klar und unmissverständlich im Vordergrund stehen muss und sonstige Funktionen einer Marke - insbesondere ihre Werbefunktion - eindeutig dahinter zurücktreten müssen. Abweichend von dieser - für alle Gerichte der Mitgliedstaaten der EU verbindlichen - Definition der Unterscheidungskraft geht der Beschluss des Bundespatentgerichts erkennbar noch von einer inzwischen überholten deutschen Rechtsprechung aus, die auch noch

die geringste Unterscheidungskraft für die Eintragung einer Marke ausreichen ließ und zwar unabhängig davon, ob diese geringe Unterscheidungskraft weiter verunklart wurde durch weitere, „sprechende“ Funktionen der Marke.

Aus diesen Gründen musste die Beschwerde der Anmelderin als unbegründet zurückgewiesen werden.

Stoppel

Schell

Werner

Me