

BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 197/99

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 397 57 657.9

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 16. Oktober 2000 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Buchetmann sowie der Richterinnen Winter und Schwarz-Angele

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Anmelderin wird der Beschluß der Markenstelle für Klasse 9 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 19. Mai 1999 aufgehoben.

Gründe

I.

Zur Eintragung in das Markenregister angemeldet ist folgende Darstellung in den Farben gelb, schwarz, weiß, rot (von innen nach außen)

siehe Abb. 1 am Ende

als Kennzeichnung für die Waren

"Geld- oder geldwertmäßig betätigte Unterhaltungs- und Spielautomaten sowie Teile dieser Waren".

Die Markenstelle für Klasse 9 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückgewiesen. Die angemeldete Bildmarke sei ein bloßer Eye-Catcher und besitze als farbiger Zackenstern kein Mindestmaß an Eigentümlichkeit und Einprägsamkeit, das es dem Verkehr ermögliche, in ihr einen betrieblichen Herkunftshinweis zu sehen. Die Bild-

gestaltung halte sich im Rahmen dessen, was in der Werbegraphik geläufig und allgegenwärtig sei.

Die Anmelderin hat Beschwerde eingelegt und darauf hingewiesen, daß an die Eintragungsfähigkeit von schutzsuchenden bildlichen Gestaltungen keine strengen Maßstäbe angelegt werden dürften. Da die angemeldete Marke über allgemein bekannte und benutzte graphische Gestaltungen hinausgehe, besitze sie die erforderliche Unterscheidungskraft.

II.

Die Beschwerde ist zulässig und begründet. Dem angemeldeten Zeichen kann nicht von vorneherein jegliche Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG abgesprochen werden. Es ist auch nicht freihaltebedürftig (§ 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG).

Unterscheidungskraft im Sinne dieser Vorschrift ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfaßten Waren eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefaßt zu werden (stRspr, zB BGH MarkenR 2000, 262 - Unter Uns). Dabei ist ein großzügiger Maßstab anzulegen, so daß auch noch so geringe Unterscheidungskraft ausreicht. Nicht unterscheidungskräftig sind zB einfache geometrische Figuren oder graphische Gestaltungselemente, die allgemein bekannt sind und üblicherweise in bloß ornamentaler Form verwendet werden (Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Aufl, § 8 Rdn 46 mRsprnachw). Liegt ein über diese graphischen Grundelemente hinausreichender gestalterischer und zeichnerischer Überschuß vor, so ist dies ausreichend, um der Marke ein Mindestmaß an Eigentümlichkeit und Einprägsamkeit zu geben. Daß eine derartige Marke darüber hinaus als sogenannter "Eye-Catcher" wirkt, steht der Annahme der Unterscheidungskraft nicht entgegen (vgl Althammer/Ströbele, aaO, § 8 Rdn 41).

Diese vorgenannten Voraussetzungen erfüllt die angemeldete Marke. Es handelt sich dabei um eine Art Stern mit 22, teilweise nur angedeuteten Zacken mit einer mehrfarbigen Umrahmung, die nach außen rot und nach innen schwarz abgegrenzt ist. Die zwischen diesen Umrandungen liegende Fläche ist weiß, die Innenfläche ist gelb und weist eine Vielzahl von roten Pünktchen auf. Durch die innere Umrahmung erschließt sich in der Mitte eine ebenfalls 22-zackige, nicht runde, sondern eher ovale oder elliptische Fläche. Eine weitere Besonderheit weist die Gestaltung insofern auf, als die äußeren Zacken an drei Seiten entweder an der Spitze, oder schon in deren Ansatz abgeschnitten sind, so daß sich diese Zacken nur noch ahnen lassen und es aussieht, als wäre ein Teil der Zacken des Sterns durch ein darüber gestülptes Rechteck abgeschnitten worden. Einer derartigen, auch in ihrer farblichen Wirkung individuellen Gestaltung kann eine aus dem Rahmen fallende Besonderheit nicht von vorneherein abgesprochen werden. Das Zeichen kann somit durchaus als hinreichend individuelles Logo wirken, dem die Fähigkeit, auf einen Geschäftsbetrieb hinzuweisen, nicht generell abgesprochen werden kann.

Bei der Beurteilung der Eintragbarkeit hat der Senat nicht zu prüfen, und daher außer Acht zu lassen, ob das angemeldete Zeichen bei einer Anbringung auf den angemeldeten Waren stets kennzeichnend verwendet und vom Publikum so empfunden wird. Bei Unterhaltungs- und Spielautomaten wie sie derzeit in Spielhallen oder Gastwirtschaften aufgestellt sind, ist zB das Publikum daran gewöhnt, daß speziell die Frontseiten mit vielfältigen Verzierungen - auch Sternen - versehen sind. Klarstellend ist deshalb darauf hinzuweisen, daß im Rahmen einer solchen Gesamtaufmachung das Zeichen seine ohnehin schwache Kennzeichnungsfunktion nicht ausüben können wird und dabei auch nicht rechtserhaltend benutzt werden wird, weil der kennzeichnende Charakter solcher schwacher Zeichen schon durch geringfügige Zutaten verändert wird (§ 26 Abs 3 MarkenG).

Bei einer Einbindung des Zeichens in ein solches Gesamtbild kann daher dem Zeichen eine über die allgemein übliche ausschmückende Wirkung hinausgehende Bedeutung nicht zukommen. Gleiches gilt, wenn der in der Mitte des Zeichens bleibende Freiraum mit Angaben irgendwelcher Art ausgefüllt wird. Es mag deshalb für den Anmelder schwierig sein, bei der tatsächlichen Verwendung des Zeichens eine Form zu finden, in der sie nicht nur als Ausschmückungselement wirkt, so daß ihre rechtserhaltende Benutzung anerkannt werden kann. Allerdings kann auch unter Berücksichtigung der Branchenübung nicht von vornherein dem Zeichen Unterscheidungskraft abgesprochen werden. Zwar ist dabei nicht allein auf den theoretischen Fall abzustellen, daß die Marke ohne jegliche sonstige Zutaten verwendet wird und damit gleichsam notgedrungen kennzeichnend ist (vgl. Althammer/Ströbele, aaO, 6. Aufl, § 8 Rdn 18). Es darf aber auch nicht ausschließlich auf mehr oder weniger zufällig bekannt gewordene Ausgestaltungen von Spielautomaten abgestellt und dabei unterstellt werden, das Zeichen werde auch vom Anmelder nur so verwendet, wie bereits ähnliche Zeichen, insbesondere farbige Sterne, auf Spielautomaten belegbar sind. Eine nicht unerhebliche Rolle spielt in diesem Zusammenhang auch, daß das Warenverzeichnis so gefaßt ist, daß sich das konkrete Erscheinungsbild darunter subsumierbarer Automaten nicht festlegen läßt. Selbst wenn somit bei Automaten, wie sie derzeit häufig anzutreffen sind, eine Gestaltung, bei der das Zeichen unterscheidungskräftig hervortritt, nicht recht vorstellbar wäre, so kann daraus noch nicht abgeleitet werden, daß das Zeichen bei anderen Automaten auch keine betriebskennzeichnende Funktion gewinnen kann. Es bleibt die nicht nur theoretische Möglichkeit, daß das Zeichen die abstrakt zuzubilligende Unterscheidungskraft auch bei der tatsächlichen Verwendung nicht verliert.

Auch ein Freihaltebedürfnis ist nicht hinreichend sicher feststellbar. Zwar sind Sterne sowohl in Wort wie auch als Bild sehr häufig im Zusammenhang mit den verschiedensten Waren - speziell auch den hier beanspruchten - ein sehr beliebtes Hervorhebungsmittel, etwa um auf eine herausragende Stellung hinzuweisen. Es ist aber zu berücksichtigen, daß die Möglichkeiten, einen Stern bildhaft darzu-

stellen, sehr mannigfaltig sind. Dies beruht zum einen darauf, daß unter dem Bild eines Sterns gemeinhin nicht ein Stern am Himmel, sondern ein Symbol für diesen gemeint wird und damit von Haus aus der Phantasie breiter Raum gewährt wird. Mag insoweit das Grundmuster von Sternbildern noch hinreichend festgelegt sein, so ist doch Sternabbildungen ein so breites Spektrum eingeräumt, daß den Mitbewerbern der Anmelderin ein breites Feld an Ausweichmöglichkeiten verbleibt, vor allem wenn man mitberücksichtigt, daß die Anmeldung farbig mit 4 verschiedenen Farben erfolgt ist, was ihr ein recht individuelles Erscheinungsbild verschafft. Auch wenn die farbige Eintragung den Schutz der Marke nicht auf diese speziellen Farben beschränkt, so ist doch die vierfarbige Ausgestaltung als solche ein wesentliches Merkmal des Zeichens, das damit zugleich auch den Schutzzumfang entsprechend reduziert und damit den Mitbewerbern einen ausreichend großen Ausweichraum läßt. Der Schutzbereich der Marke bezieht sich selbstverständlich nicht auf das Motiv eines Sterns und darf nicht dazu führen, daß den Mitbewerbern die Möglichkeiten beschränkt werden, ebenfalls Sterne in Wort und Bild zu verwenden. Das dem Zeichen zukommende Verbotungsrecht wird sich somit im wesentlichen nur auf die konkrete Form und diesem nach dem Gesamteindruck in den gestalterischen Besonderheiten deutlich nahekommende Formen beziehen.

Dr. Buchetmann

Winter

Schwarz-Angele

Mü/Hu

Abb. 1

