

BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 117/00

Verkündet am

(Aktenzeichen)

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Löschung der Marke 2 909 599 gemäß § 50, 54 MarkenG

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 23. Mai 2001 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Stoppel, der Richterin Grabrucker sowie des Richters Kunze

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluß der Markenabteilung des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 1. Februar 2000 aufgehoben.
2. Die Löschung der Marke 2 909 599 wird angeordnet.

Gründe

I.

Die Beschwerdeführerin hat die Löschung der für

Futtermittel, auch nichtmedizinische Ergänzungs- und Stärkungsfuttermittel sowie Getränke für Tiere, diätetische Erzeugnisse für Tiere für nichtmedizinische Zwecke; Tierstreu; Mittel zur Körper- und Schönheitspflege sowie Seifen und Shampoos für Tiere, insbesondere Heimtiere; Fleckenentfernungsmittel; Sandpapier für Tierkäfige; veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege von Tieren, diätetische Erzeugnisse für Tiere und für medizinische Zwecke; Desinfektions- und Desodorierungsmittel für Tiere und die Tierhaltung; Mittel zur Vertilgung von

schädlichen Tieren; alle vorstehenden Waren insbesondere für Heimtiere

am 3. August 1995 eingetragenen Marke 2 909 599

siehe Abb. 1 am Ende

beantragt, da diese entgegen § 8 Abs 2 Nr 1 und 2 MarkenG eingetragen worden sei. Die Markeninhaberin hat dem Löschungsantrag rechtzeitig widersprochen.

Mit Beschluß vom 1. Februar 2000 hat die Markenabteilung 3.4 des DPMA den Löschungsantrag zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt: Da das Bildzeichen keine reine photographische Wiedergabe eines fliegenden Wellensittichs sei und nicht davon ausgegangen werden könne, daß es sich angesichts der farblichen Gestaltung bei dem im Zeichen wiedergegebenen blauen Vogel um die einzig charakteristische farblich naturgetreue Wiedergabeform eines Wellensittichs handle, entbehre die Marke in dieser konkreten Ausgestaltung nicht jeglicher Unterscheidungskraft. Es sei auch kein Freihaltebedürfnis gegeben, da diese Ausgestaltung nicht für die Mitbewerber freigehalten werden müsse, denn sie stelle keinen konkret umrissenen Sachhinweis für die geschützten Waren dar.

Gegen diesen Beschluß wendet sich die Löschantragstellerin mit der Beschwerde und beantragt

unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses die Löschung der Marke 2 909 599 anzuordnen.

Sie trägt im wesentlichen vor: Das Bild entbehre deshalb jeglicher Unterscheidungskraft für die beanspruchten Waren, weil es eine einfache und naheliegende grafische Darstellung eines Vogels, nämlich eines Wellensittichs, sei und derartige Tierdarstellungen auf Warenverpackungen und Werbematerialien auf Grund ihres häufigen Vorkommens nicht geeignet seien, vom Publikum als Herkunftshinweis verstanden zu werden. Aus der Farbgebung lasse sich die Schutzfähigkeit nicht ableiten, denn es sei keine unnatürliche Farbe gewählt worden, die ein charakteristisches herkunftshinweisendes Merkmal sein könnte. Daß es Wellensittiche in 65 verschiedenen Farben gebe, bedeute nur, daß ein Bild eines farbigen Sittichs nichts anderes als eine naturgetreue Darstellung sei. Auch aus der Flughaltung ergebe sich kein charakteristisches Merkmal, denn das Ausbreiten der Schwingen bei Vögeln sei typisch und dieser Tierart wesenseigen. Eine Besonderheit liege auch nicht darin, daß ein Tier mit Hilfe einer Photographie oder photorealistischen Zeichnung dargestellt werde. Ein künstlerischer Überschuß sei nicht zu erkennen. Demnach könne es eine einzige charakteristische Zeichnung eines Wellensittichs gar nicht geben, was auf der erheblichen Varianz im äußeren Erscheinungsbild von Tieren beruhe. Deshalb werde der Verkehr auch einem willkürlich herausgegriffenen natürlichen Bewegungsbild keine kennzeichnende Besonderheit zumessen.

Es bestehe aber auch ein Freihaltebedürfnis der Mitbewerber, denn wie sich aus der Werbung auf dem beanspruchten Warenssektor ergibt seien Vogelabbildungen jedweder Art als Werbemittel eingesetzt um den jeweiligen Produktbezug für die Tiergattung herzustellen. Daher dürfte eine gängige Tierdarstellung nicht monopolisiert werden.

Die Antragsgegnerin beantragt

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie trägt vor, daß es sich bei dem Zeichen um eine Zeichnung mit künstlerischen Zügen handle. Insbesondere sei der in sattem Blau gehaltene vordere Rumpf und Flügelbereich keine typische natürliche Vogeldarstellung. Vielmehr werde ein plakativer Eindruck erweckt, der die Unterscheidungskraft begründe. Ein Freihaltebedürfnis bestehe schon deshalb nicht, da viele Darstellungen von Tieren in verschiedensten Posen möglich seien und die Mitbewerber soweit Markenschutz bestehe, nur nicht die gleiche Tierdarstellung oder das gleiche Tierphoto verwenden dürften.

II.

Die Beschwerde ist zulässig und begründet (§ 66 MarkenG). Die Voraussetzungen für die Löschung des Zeichens liegen gemäß §§ 50 Abs 1 Nr 3, Abs 2; 54 MarkenG vor. Das Bildzeichen war weder zum Zeitpunkt seiner Eintragung im Dezember 1995 noch zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag schutzfähig.

Nach § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG sind Marken von der Eintragung ausgeschlossen, denen für die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft fehlt. Danach ist Unterscheidungskraft die einer Marke innewohnende Eignung vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfaßten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefaßt zu werden. Dabei ist grundsätzlich von einem großzügigen Maßstab auszugehen, so daß jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft ausreicht, um das Schutzhindernis zu überwinden.

Für Wortmarken führt der BGH insoweit aus, daß es nur dann an der erforderlichen Unterscheidungseignung fehle, wenn dem Wort kein für die fraglichen Waren im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsinhalt zugeordnet werden könne und es sich auch sonst nicht um ein gebräuchliches Wort der deutschen Sprache oder einer bekannten Fremdsprache handele, das vom Verkehr – etwa wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung – stets nur als solches und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werde. Für dreidimensionale Warenverpackungsmarken gilt, daß in dem Maße, in dem eine Verpackungsform einen mittelbaren Hinweis auf ihren Inhalt gebe, sie als solche nicht schutzfähig sei (BGH WRP 2000, 1290 - Likörflasche). Weitergeführt für Warenformmarken hat der BGH die Schutzunfähigkeit auch auf die Zeichen bezogen, für die die einzelne im Streit befindliche Darstellung als solche konkret nicht zu belegen war, aber aus Kombinationen verschiedener anderer gängiger Darstellungen bestand (BGH - GRUR 2001, 416 - Omega).

Aufgrund einheitlicher Behandlung der unterschiedlichen Markenformen muß daher auch für Bildmarken entsprechend dieser Grundsätze verfahren werden. Demzufolge hat der BGH es für Bildzeichen stets abgelehnt, eine naturgetreue Abbildung der mit dem Zeichen beanspruchten Ware, so sie sich in der Darstellung im Rahmen der üblichen Gestaltungsvielfalt bewegt, für schutzfähig zu halten (seit Forellenzeichen GRUR 1955, 421). Vielmehr müssen bei jeder Markenform charakteristische Elemente hinzutreten, die ohne eigentümlich oder originell sein zu müssen, die herkunftshinweisende Wirkung entfalten (Autofelge, - GRUR 1999, 495 - Etiketten; GRUR 2001, 239 - Zahnpasta; MarkenR 2001, - Jeanshosentasche). Das bedeutet, daß ein Bildzeichen immer dann kein charakteristisches Merkmal in sich birgt, wenn die Darstellung auch in ihren zeichnerischen Elementen lediglich die typischen Merkmale der in Rede stehenden Ware darstellt und keine über die technische oder funktionale Gestaltung der Ware hinausgehenden Elemente aufweist, sich also allein darin erschöpft. Gleiches gilt, wenn es sich bei der Darstellung nach Auffassung des Publikums um nichts anderes als eine auf dem beanspruchten Warengbiet allgemein übliche Grafik handelt, die nur als solche verstanden wird.

Letzteres ist hier zu bejahen. Auf dem beanspruchten Warenssektor wird in jahrzehntelanger und ständiger Übung, wie sich aus den zahlreichen Beispielen der Warenpräsentation und der Werbung, die mit den Beteiligten erörtert wurden, ergibt, jeweils die Bestimmungsangabe, für welche Tiergattung das Futtermittel bestimmt ist, durch die naturgetreue zeichnerische oder fotografische Abbildung des Tieres in seinen verschiedenen Grundhaltungen dargestellt. Dies erstreckt sich von Hunden, Katzen, Nagern, Vögeln bis zu Fischen, Schildkröten und Reptilien und resultiert wohl daraus, daß die jeweiligen Firmen Produktlinien für jede Tiergattung auf den Markt bringen. Die gängige und übliche Darstellung auf der Warenverpackung, sei es Dose oder Schachtel, ist jeweils die Tierart in typischer Porträthaltung oder in einer sonstigen für das Tier typischen Bewegungspose (vgl. bereits Entscheidung des erkennenden Senats vom 15. Januar 1997 in 28 W (pat) 81/96 "Hundekopf"). In diesem Rahmen bewegt sich auch das angegriffene Zeichen. Vögel werden auf dem mit dem Warenverzeichnis beanspruchten Warenssektor sowohl sitzend wie auch fliegend dargestellt (Trixie Heimtierbedarf: Scharpie; Schecker, Tierparadies, Katalog 2000/2001). Wie die jeweilige konkrete Ausgestaltung erfolgt, unterliegt einem hohen Grad von Beliebigkeit in Nuancen. Dem entspricht auch das vorliegende Zeichen. Es ist nichts anderes als ein perspektivisch von unten gesehener Wellensittich mit ausgebreiteten Schwingen in Flughaltung, wie es für einen Vogel dieser Art charakteristisch ist (vgl. etwa die Piktogramme in Tiermagazin, "Ein Herz für Tiere", Ausgaben 2001). Die Farbe Blau ist für Wellensittiche, wenn es diese Vögel auch in 65 verschiedenen Farbschattierungen geben mag, neben Gelb und Grün allgemein üblich, in Werbung und Produktdarstellung nahezu durchgängig zu finden und damit typisch, wie die einschlägigen Prospekte und Publikationen, die sich mit Sittichen beschäftigen, belegen (zB ZAJAC'S, Zac Post 98; ZAJAC'S Ratgeber 98; Schecker, PET ZOO, Herbst 1994).

Die konkrete Darstellung des Sittichs zeigt vorliegend auch keinerlei darüber hinausgehende Besonderheiten, aus denen sich über die für einen Vogel typische Grundhaltung als "fliegender blauer Wellensittich" hinaus ein charakteristisches

Element ergibt. Ob es sich dabei um eine farbige Zeichnung, Photographie oder Computerbearbeitung handelt, muß nicht exakt festgestellt werden, zumal aufgrund der zunehmenden technischen Möglichkeiten die Übergänge zwischen Photographie und Zeichnung fließend geworden sind. Der Darstellung fehlen indes auf dem Warengbiet vorkommende herkunftshinweisende charakteristische Merkmale, wie zB Tiere mit menschenähnlichen Zügen oder in menschenähnlicher Haltung, als Comicfiguren oder in Verbindung mit weiteren Bildbestandteilen, wie der Hand eines Menschen, im Aufbau einer Bildgeschichte, in einer stilisierten auf Umrissen oder Schattenbilder reduzierten Darstellung oder in Form einer Zeichnung dergestalt, daß sowohl Farbe wie Gestalt die bildhafte Vereinfachung erkennen lassen. Damit ist das Zeichen nur ein einfaches Motiv, das für jeden Betrachter ohne Zuhilfenahme der Phantasie oder weiterer Überlegungen sofort und unmittelbar als Bestimmungsangabe der so gekennzeichneten Waren aufgefaßt wird (BGH GRUR 1995, 421 - Forellenzeichen), und zwar nicht nur der Futtermittel, sondern sämtlicher weiterer im Warenverzeichnis aufgeführter Tierbedarfsartikel, da auch diese – wie zB ein Blick in den "Schecker", Das Tierparadies, Katalog 2000/2001 - zeigt, in entsprechender Weise mit Tierdarstellungen auf den Markt kommen. An diesen tatsächlichen wie rechtlichen Umständen hat sich seit dem Zeitpunkt der Eintragung im Jahr 1995 nichts geändert. Der Marktauftritt der beanspruchten Waren ist innerhalb der vergangenen sechs Jahre gleich geblieben.

Dem Schutz des Zeichens steht schließlich auch § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG entgegen. Ein Bild kann dann nicht die Monopolstellung einer Marke einnehmen, wenn es ausschließlich auf einer Darstellung beruht, die im Verkehr zur Bezeichnung der Bestimmung der Waren dienen kann. Dies ist hier der Fall. Wie bereits festgestellt, werden naturgetreue Darstellungen von Tieren in ihren sie charakterisierenden Grundhaltungen auf diesem Warenaktor dazu eingesetzt, daß sie die jeweils auf die Tiergattung bezogene Zweckbestimmung der Ware dem Publikum ohne den Einsatz von Worten vermitteln. Dies ist bildersprachlich eine unmittelbare den Zweck der Ware angegebende Bestimmungsangabe. An dieser Art der alleinigen

Darstellung eines fliegenden blauen Sittichs besteht ein Freihaltebedürfnis der Mitbewerber.

Im Ergebnis hatte die Beschwerde damit Erfolg, so daß die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen war.

Stoppel

Grabrucker

Kunze

Fa

Abb. 1

