

# BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 140/00

---

**(Aktenzeichen)**

## BESCHLUSS

**In der Beschwerdesache**

...

**betreffend die Marke 34 001**

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts aufgrund der Sitzung vom 27. Juni 2001 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Stoppel sowie der Richterin Grabrucker und des Richters Kunze

beschlossen:

1. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.
2. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

## **Gründe**

### **I**

Zur beschleunigten Eintragung gemäß § 6a WZG ist am 13. Januar 1994 die nachfolgend wiedergegebene Bildmarke

siehe Abb. 1 am Ende

für die Waren "lebende Tiere; Tierfutter sowie Biskuits, kleine Leckerbissen und Belohnungshappen; verdauliche Kauknochen und Stangen für Heimtiere" zur Eintragung als Marke angemeldet worden. Hilfsweise ist die Anmeldung unter Vorlage einer Verkehrsbefragung zum Bekanntheitsgrad des Zeichens auf Verkehrsdurchsetzung gestützt worden.

Die Markenstelle für Klasse 31 hat die Anmeldung am 26. Oktober 1998 mit der Begründung zurückgewiesen, im Zusammenhang mit der Ware werde die realistische Abbildung des Kopfes eines gängigen Rassehundes vom Verkehr rein sachbezogen als Bestimmungsangabe aufgefasst. Mangels weiterer individualisieren-

der Einzelheiten fehle es an der Unterscheidungskraft. Soweit die Anmeldung auf Verkehrsdurchsetzung gestützt werde, reichten die vorgelegten Unterlagen nicht aus, von Amts wegen weitere Ermittlungen anzustellen, da zum einen die von der Anmelderin in Auftrag gegebene Umfrage nicht repräsentativ in Bezug auf die beteiligten Verkehrskreise sei und zum anderen das beigefügte Werbematerial die Markendarstellung nicht in der angemeldeten Form, sondern lediglich mit weiteren Wort- und Bildzusätzen betreffe.

Die Beschwerde der Anmelderin ist vom Senat (28 W (pat) 81/96) in der Hauptsache zurückgewiesen worden. Auf den Hilfsantrag hat der Senat jedoch die Entscheidung der Markenstelle aufgehoben und die Sache zur erneuten Behandlung und Entscheidung über die behauptete Verkehrsdurchsetzung an das Patentamt zurückverwiesen. Der Senat hat darauf abgestellt, dass der naturgetreuen Abbildung des Kopfes eines West Highland White Terriers jegliche Unterscheidungskraft abgesprochen werden müsse, da sie vom Verkehr lediglich als Hinweis auf den Bestimmungs- und Verwendungszweck der damit versehenen Waren aufgefaßt werde. Dies belege die Praxis auf dem angesprochenen Warenggebiet, wo es "praktisch ausnahmslos üblich sei, die Warenverpackungen mit einer Tierdarstellung zu versehen, um den Abnehmer unmissverständlich auf Bestimmung und Verwendung der Waren hinzuweisen". Insbesondere die Darstellung eines Hundekopfes mit offener Schnauze und direkt auf den Betrachter gerichteten Hundeblick sei im Bereich von Hundefutter gängige Verkaufspraxis und werde von zahlreichen Anbietern verwendet. Eine Originalität der Abbildung lasse sich aus diesem Umstand nicht ableiten, vielmehr reihe sich die angemeldete Darstellung nahtlos in die Verkehrsübung ein und sei daher bloße Bestimmungsangabe. Markenschutz könne deshalb nur im Wege der Verkehrsdurchsetzung erlangt werden. Aufgrund der vorgelegten Verkehrsbefragung erscheine es dem Senat jedoch gerechtfertigt, dieser Frage im Wege amtlicher Ermittlungen nachzugehen, denn die behauptete Verkehrsdurchsetzung liege im Bereich des Möglichen.

Mit dem daraufhin erneut ergangenen Beschluss vom 20.3.2000 hat die Markenstelle die inzwischen auf „Hundefutter“ beschränkte Anmeldung mangels Nachweis der tatbestandlichen Voraussetzungen der beanspruchten Verkehrsdurchsetzung zurückgewiesen. Das Ergebnis der vom DPMA in Auftrag gegebenen Umfrage durch den DIHT sei nicht geeignet, eine Durchsetzung bei den beteiligten Verkehrskreisen anzunehmen. Das Umfrageergebnis des DIHT bei den Herstellern sei wegen der geringen Zahl der Befragten wenig aussagekräftig. Der im Bereich der beteiligten Händler ermittelte Zuordnungsgrad von 57,7 % reiche nicht aus und genüge nicht dem erheblichen Freihaltungsbedürfnis, denn nach den Gepflogenheiten des einschlägigen Warenssektors würden entsprechende bildliche Bestimmungsangaben in ähnlicher Form auch von Mitbewerbern wie "Spillers-Latz", Schlecker oder Aldi ebenfalls für Hundefutter verwendet. Die Einbeziehung des GfM-GETAS-Gutachtens vom April/Mai 1994 sei aus denselben Gründen wie im Beschluss vom 26. Oktober 1998 abzulehnen.

Mit der hiergegen gerichteten erneuten Beschwerde verfolgt die Anmelderin ihr Begehren auf Eintragung der Marke weiter und trägt vor: Nach der neueren Rechtsprechung insbesondere des EuGH (EuGH GRUR-Int 1999, S 272 ff - Chiemsee) sowie des Bundespatentgerichts (33 W (pat) 79/98 - "Gold") sei nunmehr ab einem nachgewiesenen Durchsetzungsgrad von 50 % grundsätzlich eine Eintragung aufgrund Verkehrsdurchsetzung vorzunehmen. Eine allgemein verbindliche Richtzahl gebe es nicht mehr, vielmehr sei die Bestimmung des erforderlichen Durchsetzungsgrades aufgrund der Abwägungen im Einzelfall zu treffen. Das geforderte Maß an Unterscheidungskraft dürfe nicht mehr in Beziehung zum Freihaltebedürfnis gesetzt werden. Da sich ein Durchsetzungsgrad aufgrund der vom DIHT veranlassten Umfrage unter den befragten Händlern von 57,7 %, sowie von 75,3 % unter den Verbrauchern gemäß Verkehrsumfrage GfM-GETAS vom April/Mai 1994 ergeben habe, sei die Durchsetzung festgestellt. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH sei eine wirtschaftliche Gesamtschau erforderlich. Eine Rolle spielten ebenso Marktanteil, Intensität, geographische Verbreitung und

Dauer der Benutzung der Marke, der Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke sowie der Teil der beteiligten Verkehrskreise, der die Ware aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkenne. Alle diese Voraussetzungen würden von der Anmelderin erfüllt, wie die im Beschwerdeverfahren eingereichten Unterlagen und Belege unschwer erkennen ließen. Demnach nehme sie als Marktführerin in allen Einzelsegmenten des Marktes für Heimtierernahrung mit 70 % Marktanteil eine Spitzenposition ein. Die beanspruchte Darstellung "Westie-Hundekopf" werde seit Januar 1988 (Westie I) bzw Beginn des Jahres 1994 (Westie II) leicht abgewandelt im Zusammenhang mit dem Produkt "Cesar" benutzt, das den abgegrenzten Markt des Schalenfutters für Hunde dominiere. Damit liege eine mehr als 12jährige intensive Benutzung vor. Bei einem Marktanteil von über 30 % bei Schalenfutter seien in den Jahren 1992 bis 2000 in der Bundesrepublik Deutschland "mit dem Westie-Bild" Umsätze von jährlich zwischen ... und ... DM erzielt worden. Für Werbung seien in der Zeit von 1994 bis 2000 jeweils Summen zwischen ... und ... ausgegeben worden.

Abgesehen von der damit nachgewiesenen Verkehrsdurchsetzung sei vor dem Hintergrund der zwischenzeitlich geänderten Rechtsprechung zur Schutzfähigkeit von Bildmarken allerdings vorrangig in Erwägung zu ziehen, ob die Zurückweisung der Anmeldung aus absoluten Gründen überhaupt noch aufrecht erhalten werden könne und die Anmeldung mangels Vorliegen eines Eintragungshindernisses nicht bereits unmittelbar zur Eintragung führen müsse. Insoweit bestehe weder für die Markenstelle noch den erkennenden Senat eine Rechtsbindung an frühere Entscheidungen, wie die höchstrichterliche Rechtsprechung zu §§ 318, 565 Abs 2 ZPO zeige.

Die Anmelderin stellt folgenden Antrag:

1. den angefochtenen Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts vom 20. März 2000 aufzuheben und festzustellen, daß § 8 Abs 2 Nr 1, 2 MarkenG der Eintragung nicht entgegensteht.
2. hilfsweise den angefochtenen Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts vom 20. März 2000 aufzuheben und festzustellen, daß § 8 Abs 2 Nr 1, 2, 3 MarkenG wegen nachgewiesener Verkehrsdurchsetzung gemäß § 8 Abs 3 MarkenG der Eintragung nicht entgegensteht.

Ferner regt sie die Zulassung der Rechtsbeschwerde an.

## II.

Die Beschwerde der Markenmelderin ist zulässig, in der Sache jedoch nicht begründet.

1. Der Senat hält nach wie vor an seinen Gründen in der Entscheidung vom 15. Januar 1997 (28 W 81/96) zur absoluten Schutzunfähigkeit des Zeichens fest. Die angemeldete Marke ist zutreffend wegen Fehlens jeglicher Unterscheidungskraft gemäß § 37 Abs 1 in Verbindung mit § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG zurückgewiesen worden. Ob der Senat im vorliegenden Beschwerdeverfahren die Anmeldung überhaupt erneut auf absolute Schutzhindernisse nach § 8 Abs 2 Nr 1 und 2 MarkenG überprüfen kann, wie das die Anmelderin unter Hinweis auf §§ 318, 565 Abs 2 ZPO, § 82 MarkenG und auf die Entscheidung des GmS-OBG in BGHZ 60,392, 396 vorträgt, mag dahingestellt bleiben, denn jedenfalls liegt die Voraussetzung eines Ausnahmefalles für eine Durchbrechung des Grundsatzes der Selbstbindung des Gerichts im zweiten Rechtsgang, nämlich eine geänderte neue

höchstgerichtliche Rechtsprechung, nicht vor. Seit der Entscheidung des Senats im ersten Rechtsgang im Verfahren 28 W (pat) 81/96 ist keine grundlegende Änderung der Rechtsprechung in der Weise eingetreten, dass eine Überprüfung der Vorentscheidung wegen einer neuen materiellen Rechtslage zwingend notwendig wäre und die Entscheidung deshalb anders lauten müsste als im ersten Rechtsgang (GmS-OBG aaO).

Zwar mag sich seit Inkrafttreten des Markengesetzes von 1995 und den Entscheidungen des BGH zu Füllkörper (GRUR 1995, 732) und zu Autofelge (GRUR 1997, 527, 528), in denen die Bejahung der Unterscheidungskraft an der naturgetreuen bildlichen Gestaltung der begehrten Ware scheiterte, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Prüfung der Schutzfähigkeit von Bildzeichen weiterentwickelt haben, insbesondere mit "Zahnpastastrang" (GRUR 2001, 239) und zuletzt mit "Jeanshosentasche" (MarkenR 2001, 207). Der BGH geht jedoch nach wie vor von dem Grundsatz aus, dass jegliche Unterscheidungskraft fehlt, wenn es sich bei dem Bild um eine warenbeschreibende Angabe oder um eine ganz einfache geometrische Form oder um sonstige einfache grafische Gestaltungselemente handelt, die in der Werbung, aber auch auf Warenverpackungen oder sonst üblicherweise in bloß ornamentaler, schmückender Form verwendet werden. Handelt es sich um eine bildliche Gestaltung in einer relativen Einfachheit, bedarf es der Feststellungen auf dem jeweils angesprochenen Warengbiet zum Verständnis der Verkehrskreise, die die Unterschiede der bildlichen Gestaltung als Herkunftshinweis verstehen müssen (BGH WRP 1999, 526 – ETIKETTEN).

Vergleicht man die tragenden Gründe der Vorentscheidung des Senats im Verfahren 28 W (pat) 81/96 mit den vorstehenden Grundsätzen, so ist zwar die Beurteilung eines Bildzeichens im Hinblick auf seine Schutzfähigkeit differenzierend weiterentwickelt worden. Sie hat sich jedoch in der das Verfahren betreffenden Ausgangslage nicht so wesentlich verändert, dass nunmehr eine andere Entscheidung vonnöten wäre, um der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu folgen.

Bei der beanspruchten Bildmarke handelt es sich zwar nicht um die naturgetreue und unmittelbare Beschreibung der Ware, wie ursprünglich bei dem im Warenver-

zeichnung beanspruchten "lebenden Tieren", doch dienen bei der auf diesem Warenausschnitt nach wie vor herrschenden Übung Abbildungen von Tieren – naturgetreu und stilisiert – dazu durchgängig die Bestimmung der Ware "Tierfutter" für die jeweilige Tiergattung, nämlich für Katzen, Vögel, Nager oder Hunde, Fische, Amphibien etc. anzugeben. Damit hat sich beim Verkehr die Abbildung des Tieres als jeweilige Sortenangabe auf der Tierfuttermittelverpackung eingebürgert und wird deshalb vom Publikum als typisierende Warensortenangabe aufgefasst. Der auf die Waren bezogene Aussagegehalt, dass es sich bei dem Produkt in der entsprechend gekennzeichneten Verpackung um Hundefutter handelt, ergibt sich für das Publikum damit ohne weiteres und ohne jeden gedanklichen Zwischenschritt (BGH WRP 98, 495 – today; BGH Beschl v. 23. Nov. 2000, I ZB 34/98 Umdruck S. 7 –Test it!; BGH GRUR 2001,56 - Likörflasche).

Dabei kann es nicht darauf ankommen, dass es eine Vielzahl von Möglichkeiten der Darstellung verschiedenster Hunderassen gibt. Entscheidend ist vielmehr, dass jedwedes naturgetreue Hundepotrait in diesem Warenausschnitt eine typisierte Bestimmungsangabe ist und die Sachlage allenfalls bei Vorliegen eines charakteristischen Merkmales, das ein über die Bestimmungsangabe hinausführendes Element enthielte, etwa in Form einer zumindest bei genauerer Betrachtung erkennbaren Stilisierung (BGH MarkenR 2001, 34 –Zahnpastastrang), anders zu beurteilen wäre. Eine solche ist hier jedoch, wie der Senat bereits in seiner Entscheidung im ersten Rechtsgang zum Ausdruck brachte, nicht gegeben. Der Hinweis der Anmelderin auf eine angeblich besondere Gestaltung der Hundeschnauze ist vom Senat dort bereits ausführlich abgehandelt worden. Auch unter Einbeziehung der neueren Rechtsprechung des BGH, dass es für die Annahme von Unterscheidungskraft keiner besonderen Eigentümlichkeit oder Originalität bedürfe, ist in der Darstellung der Schnauze keine derart verfremdende Stilisierung zu finden. Um die Färbung der Zunge sowie den schwarzen Schnauzenrand überhaupt als eine Stilisierung einordnen zu können, ist nämlich ein erhöhtes Maß an Aufmerksamkeit als üblicherweise vom verständigen und aufmerksamen Verbraucher den Produkten und ihrer Aufmachung in der Werbung entgegengebracht wird erforderlich (EuG 1. Instanz; Urteil v. 7. Juni 2000 – T-359/99 TZ 27 – Eurohealth) Das Publi-



kum müsste die Anatomie einer Hundeschnauze bei offenem Maul gegenwärtig haben, um mit Sicherheit zu erkennen, dass das angemeldete Zeichen die Zunge in nicht naturgetreuer Farbe, sondern "schrill" wiedergibt, dass bei heraushängender Zunge normalerweise seitlich die Zähne des Hundes zu sehen sind und dass schließlich die Zunge immer über die untere Lefze heraushängt. Der Senat geht insoweit, anknüpfend an die bisherige ständige Rechtsprechung davon aus, dass der Verkehr ein Bild so aufnimmt wie es ihm entgegentritt, ohne es einer analysierenden Betrachtungsweise und mehreren Gedankenschritten zu unterziehen. In dem Maß, in dem dieser Grundsatz für die Bejahung der Unterscheidungskraft gilt, muss er auch für den Fall gelten, dass eine Darstellung, die dem Publikum naturgetreu entgegentritt und einem bestimmten in dem betroffenen Warenggebiet sich findenden Stereotyp entspricht, assoziativ auch auf diesen Gegenstand als nichts anderes als er darstellt, bezogen wird (vgl. 24 W(pat) 120/99 – Weichspülmittelflasche). Das Zeichen hier ist nichts anderes als eine prototypische Darstellung des Kopfes eines West Highland White Terriers, wie er in zahllosen Darstellungen aller Kataloge und Prospekte des Tiernahrungsbereiches bekannt ist, und wie er auch in vielen anderen Publikationen und Büchern, die sich mit Hunden im allgemeinen und einzelnen Rassen im besonderen befassen, bekannt ist. Dabei werden auch andere Hunderassen mit der Darstellung der Hundeschnauze in der Art des Zeichens gezeigt (zB Partner Hund, Hundemagazin August 1997; Guter Ratgeber, Der Westie, ZAJAC'S Ratgeber 1998, S. 61). Darüber hinaus sind die Möglichkeiten computergesteuerter Retouchierungen von Fotografien die Möglichkeiten der Veränderung naturgetreuer Darstellungen derart perfektioniert, dass die Grenzen zwischen Wirklichkeit, naturgetreuer Darstellung und stilisierten Merkmalen in Darstellungen zunehmend verschwinden können und vom Publikum nicht mehr ohne weiteres wahrnehmbar sind.

Der Senat kann sich daher nur in der Aussage der Entscheidung im ersten Rechtsgang wiederholen, dass das Zeichen nichts anderes als eine prototypische Darstellung des Kopfes eines Westies ist, und daher kein Anlass bestand auch aufgrund neuerer Rechtsprechung des BGH zu einer anderen Entscheidung in der Sache zu kommen. Der Senat hatte somit im Rahmen der Selbstbindung im

zweiten Rechtsgang letztendlich nur noch über die Frage der Verkehrsdurchsetzung zu entscheiden.

2. Die Voraussetzungen für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung gem § 8 Abs 3 MarkenG sind jedoch nach der Aktenlage nach wie vor nicht gegeben.

Bei der Prüfung, ob sich die beanspruchte Darstellung im Verkehr durchgesetzt hat, ist von einer Gesamtschau aller Gesichtspunkte auszugehen, die zeigen können, dass die Marke Unterscheidungseignung erlangt hat. Dazu gehören einmal alle Maßnahmen des Anmelders, seine Marke auf dem Markt zur Geltung zu bringen, also der von der Marke gehaltene Marktanteil und die mit ihr erzielten Umsätze, die Intensität, die geographische Verbreitung und die Dauer der Benutzung der Marke, der Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke usw.. Sodann bedarf es auf der anderen Seite eines Nachweises, dass die Bemühungen des Anmelders beim Verkehr Erfolg im Sinne eines Feed-back gehabt haben. Die Maßnahmen müssen zumindest bei einem maßgeblichen Teil der beteiligten Verkehrskreise und Mitbewerber angekommen sein, was sich durch Erklärungen von Industrie- und Handelskammern wie auch im Wege demoskopischer Befragungen belegen lässt (vgl. EuGH GRUR 1999, 723 – CHIEMSEE, TZ 51). Für die Bejahung der Durchsetzung in den beteiligten Verkehrskreisen bedarf es indes keiner zahlenmäßigen Festlegung auf Prozentsätze über die 50+1 % Grenze hinaus (vgl. schon BGH GRUR 1991, 609, 610 – SL; Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Aufl. § 8 Rdn 198 ff; BPatG aaO – GOLD) und insbesondere auch keiner Abhängigkeit zur Bedeutung eines möglichen bestehenden Freihaltebedürfnisses (EUGH aaO -Chiemsee).

Der Nachweis der Verkehrsdurchsetzung ist jedoch vorliegend auf keine der vorstehend genannten Weisen gelungen.

Der von der Anmelderin schon mit der Anmeldung eingereichten GEFAS-Umfrage mangelt es an Repräsentativität der beteiligten Verkehrskreise. Zum einen sind dort nur die Halter mittlerer bis kleinerer Hunde befragt worden, ohne dass das Warenverzeichnis im Hinblick auf Hundefutter für diese Tiere rechtswirksam beschränkt werden könnte. Zum anderen ist die Umfrage nur in den alten Bundes-

ländern durchgeführt worden, was zumindest zum damaligen Zeitpunkt, d.h. 5 Jahre nach der Wiedervereinigung, eine Verzerrung der Bekanntheitszahlen zu Gunsten der Anmelderin darstellt. Eine Hochrechnung von einem Teilgebiet auf das ganze geografische Geltungsgebiet einer Marke mag unter normalen Verhältnissen, wie von der Beschwerdeführerin zitiert, möglich sein, nicht jedoch unter den bekannten besonderen Bedingungen in den neuen Bundesländern in den ersten Jahren nach der Wiedervereinigung. Deshalb kann der so ermittelte Bekanntheitsgrad von 57 % vom Senat der Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden.

Auch die vom DPMA nach Zurückverweisung der Sache veranlasste Umfrage des DIHT ist keine geeignete Grundlage zur Feststellung der Durchsetzung des Zeichens. Die Herstellerangaben sind angesichts der derart geringen Zahl von 7 Unternehmen nicht aussagekräftig. Im Hinblick auf die Angaben der Händler, die von den Handelskammern eingeholt wurden, sind diese unsystematisch, zum Teil verworren, zum Teil unter Vermengung von Tatsachenfeststellung und rechtlichen Schlussfolgerungen gegeben, so dass sie ebenfalls nicht repräsentativ sind. Sie haben daher aufgrund der fehlenden Einheitlichkeit und Systematik der gegebenen Antworten und ihrer Auswertung als unbrauchbar außer Betracht zu bleiben.

Was schließlich die vom EuGH vorgegebenen sonstigen Möglichkeiten zur Feststellung der Verkehrsgeltung eines Zeichens betrifft, d.h. die Maßnahmen zur Verbreitung der Marke auf Anmelderseite, genügen die beigebrachten Belege noch nicht einmal den hier zu stellenden Mindestanforderungen zur Markenbenutzung. Zwar sind in der eingereichten eidesstattlichen Versicherung stattliche Zahlen zu Umsatz und Werbungskosten sowie zum Marktanteil genannt. Dabei wird jedoch nicht zwischen der bereits eingetragenen Kombinationsmarke "Westie I", dh Westie-Kopf mit geschlossener Schnauze umrandet von einem Lorbeerkranz und vor landschaftlicher Hintergrundgestaltung und dem im vorliegenden Verfahren beanspruchten Zeichen "Westie II", dh Westie-Kopf alleine, differenziert. Daher fehlen Zahlenangaben für die in diesem Verfahren als Marke begehrte bildliche Darstellung des isolierten Westiekopfes. Die Bezugnahme in den Angaben der Beschwerdeführerin auf das Zeichen "Westie II" lässt nämlich offen, ob sich die Zah-

len ausschließlich auf das hier verfahrensgegenständliche Zeichen beziehen, oder ob sie nicht auch das eingetragene Kombinationszeichen der Beschwerdeführerin umfassen, nämlich den Westiekopf mit Lorbeerkranz und/oder dem Wort Cesar. Auch aus den beigefügten Belegen an Werbematerial ergibt sich keine Klarheit. Vielmehr legen gerade diese die Vermutung nahe, dass Letzteres der Fall ist, da keine markenmässige Darstellung des Hundekopfes alleine, wie als Zeichen begehrt, in den Werbematerialien (u.a. zB in den mailings) zu erkennen ist. In allen Fällen einer nachgewiesenen markenmäßigen Benutzung findet sich der Westiekopf stets als Teil einer Kombinationsmarke mit Lorbeerkranz und teilweise auch mit dem Worтеlement "Cesar" verbunden. Es fehlt damit der Nachweis, dass die Anmelderin dem beteiligten Verkehr konkret das vorliegend beanspruchte Zeichen durch entsprechende wirtschaftliche Maßnahmen nahegebracht hat, so dass auch insoweit die Geltendmachung der Verkehrsdurchsetzung als gescheitert angesehen werden muss.

Die Frage, ob die Grundsätze der Entscheidung des BGH zu BEKA Robusta (BIPMZ 1983, S. 186), wonach ein Zeichen als Ganzes Unterscheidungskraft gewinnt, wenn sich ein Teil davon durchgesetzt hat, anzuwenden sind, ist hier zu verneinen. Sie betrifft nämlich den umgekehrten Fall, dass ein Zeichenelement einer Kombinationsmarke sich isoliert durchgesetzt hat und damit uU die Unterscheidungskraft für das Gesamtzeichen beeinflusst. Im Verfahren hier jedoch soll aus der Durchsetzung eines Kombinationszeichens auf die Unterscheidungskraft für das Einzelelement "Westiekopf" geschlossen werden. Dies ist hier aus zweierlei Gründen nicht möglich. Wie bereits ausgeführt, ist weder für die Gesamtkombination "Hundekopf mit Lorbeer und Wort Cesar" noch für "Hundekopf mit Landschaft" die Durchsetzung nachgewiesen. Darüber hinaus treten aber auch die weiteren Markenelemente des eingetragenen Kombinationszeichens "Westiekopf mit Lorbeerkranz und Wort" nicht derart in den Hintergrund, dass das Zeichen alleine von dem Kopf beherrscht und bestimmt würde und daher alleine als der einzig herkunftshinweisende Teil des Gesamtzeichens angesehen werden könnte. Ganz im Gegenteil leitet sich dessen Schutzfähigkeit gerade aus den weiteren hinzutretenden Elementen ab (vgl. Althammer/Ströbele, MarkenG, 6.Aufl. § 8 Rdn 182).

Insgesamt konnte die Beschwerde damit nur als unbegründet zurückgewiesen werden.

Die Rechtsbeschwerde war zur Fortbildung des Rechts zuzulassen im Hinblick auf die dem EuGH vom 24. Senat des Bundespatentgerichts mit Beschluss vom 10. April 2001 (24 W (pat) 120/99) vorgelegte Frage zu Warenverpackungsformen und dem Maß an Aufmerksamkeit des Publikums beim Erkennen von herkunftshinweisenden Charakteristika der Form. Bei der bestehenden Vergleichbarkeit von dreidimensionalen Zeichen und Bildzeichen ist diese Frage auch für das vorliegende Verfahren von Bedeutung und kann nach einer Entscheidung des EuGH in nationaler höchstrichterlicher Rechtsprechung für Bildzeichen Eingang finden.

Stoppel

Grabrucker

Kunze

Ko

Abb. 1

