



BUNDESPATENTGERICHT

33 W (pat) 315/01

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 399 56 911.1

hat der 33. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 26. August 2003 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Winkler und der Richter Baumgärtner und Kätker

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Anmelderin wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 7 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 27. September 2001 aufgehoben.

G r ü n d e

I

Beim Deutschen Patent- und Markenamt ist am 15. September 1999 unter Angabe „Sonstige Aufmachung; Farbige Eintragung mit folgenden Farben: grün, silber“ die nachfolgend dargestellte Marke angemeldet worden, wobei in der Originaldarstellung das am unteren Ende des Handgriffs angeschraubte Teil in grüner Farbe dargestellt ist:

siehe Abb. 1 am Ende

Der Anmeldung ist eine Markenbeschreibung beigelegt worden. Diese lautet:

„Markenschutz wird beansprucht für eine am Griffboden einer Farbspritzpistole angeordnete grüne Markierung. Die Markierung hat etwa die Form eines Plättchens und ist von unten sowie von mindestens drei Seiten sichtbar. Sie ist etwa 3 – 10 mm stark und hat seitliche Abmessungen von etwa 10 – 20 mm. Sonstige, auf der Abbildung der Farbspritzpistole erkennbare Angaben und Gestaltungsmerkmale sind nicht Bestandteil der Marke“.

Mit Beschluss vom 27. September 2001 hat die Markenstelle für Klasse 1 durch ein Mitglied des Patentamts die Anmeldung nach §§ 37 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zurückgewiesen. Nach Auffassung der Markenstelle werden erhebliche Teile des Verkehrs das Kennzeichen gar nicht wahrnehmen. Selbst wenn es doch wahrgenommen werde, stelle es für den Verkehr keine Kennzeichnung dar. Angesichts des Detailreichtums von Farbspritzpistolen mit bisweilen auch farbigen Verkleidungsteilen sei es unwahrscheinlich, dass das an einer unauffälligen Stelle angebrachte Plättchen als Besonderheit wahrgenommen werde. Im Übrigen sei eine Kennzeichnung von Farbspritzpistolen durch Anbringung farbiger Plättchen am Griffboden nicht üblich, so dass diese vom Verkehr nicht als betrieblicher Herkunftshinweis aufgefasst werde.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Anmelderin, mit der sie beantragt,

den angefochtenen Beschluss aufzuheben.

Zur Begründung trägt sie vor, dass die angemeldete Marke schutzfähig sei, da ersichtlich kein Freihaltungsbedürfnis vorliege und die Anforderungen an die Unterscheidungskraft minimal seien. Da der beteiligte Verkehr nahezu ausschließlich aus Fachverkehrsteilnehmern, vor allem Lackierern, bestehe und dieser jedes Detail an einer Farbspritzpistole wahrnehme, werde er das grüne Plättchen am Griffboden, dem keine technische Funktion zukomme, ohne Wei-

teres wahrnehmen. Im Hinblick auf das der Anmelderin mitgeteilte Ergebnis einer Senatsrecherche und einer Verbandsanfrage gehe sie davon aus, dass es sich bei der angemeldeten Marke um eine herstellertypische und herkunftshinweisende Kennzeichnung handelt und sogar eine Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG, auf die es nicht ankomme, belegt sei.

Der Senat hat Auskünfte bei folgenden Verbänden eingeholt:

Deutsches Lackinstitut GmbH, Maler- und Lackiererinnung München Stadt und Land, Hauptverband Farbe Gestaltung Bautenschutz, Europäische Gesellschaft für Lackiertechnik e.V.

Wegen des Inhalts der Auskünfte und weiterer Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II

Die Beschwerde ist begründet.

Die angemeldete Marke erfüllt die Voraussetzungen der Markenfähigkeit unter Berücksichtigung der Grundsätze, wie sie vom Europäischen Gerichtshof und vom Bundesgerichtshof entwickelt worden sind. Sie ist auch unterscheidungskräftig und nicht freihaltungsbedürftig, so dass ihrer Eintragung gemäß §§ 33 Abs. 2, 41 MarkenG keine absoluten Schutzhindernisse gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 MarkenG entgegenstehen.

Gegenstand der Marke ist eine farbige Aufmachungsmarke. Aus dem Zusammenhang der Angaben zur Markenform, der Darstellung und der Beschreibung lässt sich entnehmen, dass Schutz für eine Markierung in Form eines grünfarbenen Plättchens begehrt wird, das innerhalb einer Bandbreite bestimmter Abmessungen an stets gleichbleibender Stelle von unterschiedlichen Farbspritzpistolen (im Beispiel in silbergrau dargestellt) angebracht wird und eine Art Produktbeiwerk darstellt. Solche Aufmachungen, die teilweise auch sogenannten

Positionsmarken zugeordnet werden, sind bisher als grundsätzlich markenfähig im Sinne von § 3 Abs. 1 MarkenG angesehen worden (vgl. BPatG, Senatsbeschluss v. 8. Juli 2003, 33 W (pat) 208/01 – Aufmachungsfarbmarke grün/grün, zur Veröffentlichung vorgesehen; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl., § 3, Rdn. 85 mwN., der solche Marken offenbar nicht als sonstige Markenform i.S.d. § 12 MarkenV, sondern als herkömmliche Bildmarke einordnen will). Eine solche Marke ist in Form der Abbildung eines Beispiels in Verbindung mit einer konkretisierenden Beschreibung i.S.d. § 8 Abs. 1 MarkenG grafisch darstellbar.

Entgegen der Beurteilung der Markenstelle hält der Senat die angemeldete Marke für hinreichend unterscheidungskräftig und nicht rein beschreibend. Absolute Schutzhindernisse gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG stehen der Eintragung der Anmeldemarke gemäß §§ 33 Abs. 2, 41 MarkenG somit nicht entgegen.

Die angemeldete Marke weist die erforderliche Unterscheidungskraft auf (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG). Unterscheidungskraft im Sinne dieser Vorschrift ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die angemeldeten Waren eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden (vgl. BGH GRUR 2001, 413, 414 - SWATCH, m.w.N.; GRUR 2001, 240, 241 - SWISS ARMY; MarkenR 2001, 407 - antiKALK). Hierbei ist grundsätzlich von einem großzügigen Maßstab auszugehen, was unterschiedslos für alle Markenformen gilt (vgl. BGH GRUR 2002, 538 – grün eingefärbte Prozessorengehäuse). Kann einer farbigen Warenaufmachung kein für die in Frage stehenden Waren im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsinhalt zugeordnet werden und handelt es sich bei ihr nicht um eine nur dekorative Gestaltung, so dass sie vom Verkehr stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird, so gibt es keinen tatsächlichen Anhalt dafür, dass einer als Marke verwendeten farblichen Warenaufmachung die Unterscheidungseignung und damit jegliche Unterscheidungskraft fehlt (BGH a.a.O.).

Weder die Markenstelle noch der Senat haben tatsächliche Anhaltspunkte dafür ermitteln können, dass die Anbringung eines farbigen Plättchens am Griffboden von Farbspritzpistolen vom Verkehr als reine Beschreibung einer verkehrswesentlichen Eigenschaft dieser Waren angesehen wird. Ein an dieser Stelle angebrachtes Plättchen erfüllt weder einen technischen Zweck noch stellt es im Verkehr einen Hinweis auf irgendwelche verkehrswesentlichen Eigenschaften dar. Soweit die Anmelderin in eigenen Veröffentlichungen damit wirbt, dass am Griffboden angebrachte austauschbare farbige Plättchen dem jeweiligen Lackierer die Möglichkeit zur individuellen farblichen Kennzeichnung bieten, mag dies zwar ein Ausstattungsmerkmal ihrer Farbspritzpistolen sein, was für sich genommen durchaus gegen die Unterscheidungskraft sprechen kann. Dennoch mangelt es der Marke dann nicht an Unterscheidungskraft, wenn der Verkehr darin nicht nur ein Ausstattungsmerkmal, sondern zugleich auch einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft aus einem bestimmten Betrieb sieht, etwa weil das Ausstattungsmerkmal vom Verkehr als charakteristisch für dieses Unternehmen angesehen wird. Dies ist hier offenbar der Fall, denn nach dem Ergebnis der Verbandsumfrage ist mehreren der befragten Verbände bzw. Innungen und Institute bekannt, dass (nur) die Anmelderin bestimmte Pistolenmodelle mit farbigen Plättchen ausstattet, so dass anhand dieses Merkmals ein Rückschluss auf den Betrieb des Herstellers möglich sei. Im Übrigen ist die Austauschbarkeit nicht Gegenstand der Anmeldung, da in den Anmeldeunterlagen nur ein grünes Plättchen aufgeführt ist.

Im übrigen sind keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass es sich bei der angemeldeten Marke um eine lediglich dekorative Gestaltung handeln könnte, was im Hinblick sowohl auf die Art der Waren als auch auf die Stelle, an der sich das Plättchen befindet, ungewöhnlich wäre.

Schließlich vermag der Senat der Markenstelle auch nicht darin zu folgen, dass das Plättchen, etwa wegen des angeblichen Detailreichtums von Spritzpistolen oder der Anordnung am Griffboden, dem Verkehr gar nicht auffallen wird. Als Abnehmer von Farbspritzpistolen kommen weitgehend nur Fachverkehrsteilnehmer aus der Lackiertechnik und Heimwerker, also fachlich interessierte Per-

sonen in Betracht. Nach den Ergebnissen der Senatsrecherche und der Verbandsumfrage gibt es außerdem nur sehr wenige Hersteller von Farbspritzpistolen. Angesichts eines so übersichtlichen Marktes ist zu erwarten, dass der fachlich versierte Verkehrsteilnehmer einen Überblick über die verschiedenen Designs von Farbspritzpistolen hat und ihm auch Gestaltungsmerkmale auffallen, die für Laien vergleichsweise unauffällig wirken. Bei dieser Sachlage können hier auch die Bedenken des Europäischen Gerichtshofs, die dieser hinsichtlich der Unterscheidungseignung von Farben geäußert hat (GRUR 2003, 604 – Libertel), als ausreichend ausgeräumt angesehen werden. Im Übrigen hat der Senat auch keine Hinweise dafür auffinden können, dass Farbspritzpistolen so komplex aufgebaut sind, dass man von einem Detailreichtum sprechen könnte, was erst recht aus der Sicht der Verkehrsteilnehmer gelten wird. Unter diesen Umständen vermag der Senat das Vorliegen eines Eintragungshindernisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG nicht festzustellen.

Es sind auch keine ausreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte ersichtlich, die die Annahme eines Freihaltungsbedürfnisses i.S.d. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG rechtfertigen können. Nach dieser Vorschrift sind Marken von der Eintragung ausgeschlossen, die ausschließlich aus Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Bestimmung, der geographischen Herkunft, der Zeit der Herstellung der Waren oder der Erbringung der Dienstleistungen oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen dienen können. Eine solche Merkmalsangabe käme im Hinblick auf die bei der Senatsrecherche aufgefundenen eigenen Veröffentlichungen der Anmelderin allenfalls insofern in Betracht als sich die Marke quasi selbst als Ausstattungsmerkmal beschreiben könnte, nämlich als Vorrichtung, mit der die Anwender ihre Farbspritzpistolen bestimmungsgemäß mittels austauschbarer farbiger Plättchen nach selbstgewählten Kriterien kennzeichnen können (z.B. Zugehörigkeit zu bestimmten Lackierern eines Betriebes, Bestimmung der Pistole ausschließlich für bestimmte, z.B. wasserlösliche Farben, usw.), wenn gleich dies, wie ausgeführt, nicht Gegenstand der Marke ist.

§ 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist jedoch (einschränkend) im Hinblick auf seinen im Allgemeininteresse liegenden Zweck auszulegen, wonach beschreibende Angaben von jedermann, insbesondere von den Mitbewerbern, frei verwendbar sein sollen und ihre Monopolisierung einem berechtigten Bedürfnis der Allgemeinheit an ihrer freien Verwendbarkeit widersprechen würde (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl., § 8, Rdn. 217). Lässt sich eine beschreibende Verwendung nur durch die Anmelderin selbst feststellen, noch dazu in einer für ihn charakteristischen und zugleich herkunftshinweisenden Form (s.o.), ohne dass tatsächliche Anhaltspunkte für ein Bedürfnis anderer Verkehrsteilnehmer an der freien Verwendung feststellbar sind (etwa entsprechende Verkehrsgepflogenheiten oder rein beschreibende Verwendungen durch weitere Mitbewerber oder wenigstens eine beachtliche Anzahl von Abnehmern), so rechtfertigt dies nicht die Feststellung eines Eintragungshindernisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG.

Winkler

Baumgärtner

Kätker

CI

Abb. 1

