



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 63/08

(Aktenzeichen)

Verkündet am
14. Januar 2009

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke DE 307 01 436

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der mündlichen Verhandlung vom 14. Januar 2009 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Grabrucker, der Richterin Dr. Mittenberger-Huber und des Richters Dr. Kortbein

beschlossen:

1. Die Beschwerde der Markeninhaber wird zurückgewiesen.
2. Auf die Beschwerde der Löschantragstellerin wird der Beschluss der Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 24. Juni 2008 aufgehoben, soweit der Löschantrag für die Waren

"Künstlerbedarfsartikel; Pinsel; Geräte für Haushalt und Küche (nicht aus Edelmetall oder damit plattiert); Bürsten (mit Ausnahme von Pinseln)"

zurückgewiesen worden ist. Insoweit wird das Deutsche Patent- und Markenamt angewiesen, die Löschung der Marke DE 307 01 436 anzuordnen.

Gründe

I.

Am 5. April 2007 ist die Wortmarke

Schutzengel

für die Waren

Klasse 16: Papier, Pappe (Karton) und Waren aus diesen Materialien (soweit in Klasse 16 enthalten); Druckereierzeugnisse; Comics; Zeitschriften; Poster; Post- und Grußkarten, Glückwunschkarten; Fotografien; Schreibwaren; Künstlerbedarfsartikel; Pinsel; Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate); Spielkarten;

Klasse 21: Geräte und Behälter für Haushalt und Küche (nicht aus Edelmetall oder damit plattiert); Glaswaren, Porzellan und Steingut (soweit in Klasse 21 enthalten); Bürsten (mit Ausnahme von Pinseln)

für die Löschungsantragsgegner eingetragen worden.

Am 22. August 2007 hat die Löschungsantragstellerin Antrag auf Löschung wegen absoluter Schutzhindernisse gemäß § 50 Abs. 1 i. V. m. § 8 MarkenG gestellt. Der Löschung haben die Löschungsantragsgegner rechtzeitig widersprochen.

Mit Beschluss vom 24. Juni 2008 hat die Markenabteilung 3.4 die teilweise Löschung der Eintragung der angegriffenen Marke für die Waren

Klasse 16: Papier, Pappe (Karton) und Waren aus diesen Materialien (soweit in Klasse 16 enthalten); Druckereierzeugnisse; Comics; Zeitschriften; Poster; Post- und Grußkarten, Glückwunschkarten; Fotografien; Schreibwaren; Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate); Spielkarten;

Klasse 21: Behälter für Haushalt und Küche (nicht aus Edelmetall oder damit plattiert); Glaswaren, Porzellan und Steingut (soweit in Klasse 21 enthalten)

angeordnet und im Übrigen den Löschungsantrag zurückgewiesen. Zur Begründung führt sie aus, dass der Begriff "Schutzengel" die Vorstellung vermittele, es handele sich um einen dem Menschen zum Schutz beigegebenen Engel. Gerade in den letzten Jahren sei auf Grund der Esoterikwelle das Interesse an Engeln und Schutzengeln stark gestiegen. Dies werde anhand entsprechender (Bastel-)Bücher deutlich. Die gegenständliche Marke erwecke lediglich den Eindruck einer Inhaltsangabe oder vermittele die Vorstellung, dass die Waren Illustrationen von Schutzengeln enthielten oder Schutzengel darstellen würden. Auch sei es möglich, dass Produkte zu Dekorationszwecken mit Schutzengelmotiven versehen seien. Die von den Löschungsantragsgegnern geltend gemachten Voreintragungen führten zu keiner anderen Beurteilung, da jeder Fall eigenständig zu bewerten sei und nicht ausgeschlossen werden könne, dass bestimmte Marken löschungsreif seien. Demgegenüber könne zu den nicht von der Löschungsanordnung umfassten Waren ein inhaltlicher, darstellender oder dekorativer Bezug nicht hergestellt werden. Auch dienten sie nicht der Sicherheit oder dem Schutz vor Gefahren. Des Weiteren handele es sich bei Schutzengel nicht um ein gebräuchliches Wort der deutschen Sprache, das vom Verkehr nur als solches, nicht jedoch als

Unterscheidungsmittel verstanden werde. Anhaltspunkte dafür, dass die gegenständliche Marke in erster Linie zur Behinderung der Wettbewerber angemeldet worden sei, lägen nicht vor. Die Löschantragsgegner hätten ein eigenes Interesse an der Verwendung der Bezeichnung "Schutzengel", so dass sie zum Zeitpunkt der Markeneintragung nicht als bösgläubig anzusehen seien.

Gegen diese Entscheidung haben die Löschantragsgegner Beschwerde erhoben, mit der sie sinngemäß beantragen,

den Beschluss vom 24. Juni 2008 insoweit aufzuheben, als dem Löschantrag stattgegeben worden ist, und diesen sowie die Beschwerde der Löschantragstellerin zurückzuweisen.

Zur Begründung tragen sie vor, dass es sich bei der angegriffenen Marke nicht um ein gebräuchliches Werbewort oder eine titelartige Inhaltsangabe handele. Sie sei ein Phantasiebegriff, da Schutzengel in Wirklichkeit nicht existierten. Es sei somit nicht klar, wie sie aussähen und welche Eigenschaften sie besäßen. Der Verkehr sei zudem daran gewöhnt, dass die beschwerdegegenständlichen Waren nicht mit entsprechenden Motiven gekennzeichnet seien. Auch könnten Schutzengel auf Fotografien nicht abgebildet werden. Eine Interpretation der angegriffenen Marke im Sinne einer figürlichen Darstellung komme nicht in Betracht, da es sich um ein Wortzeichen handele. Ebenso sei ein Schutzengel nur schwer erkennbar und kaum von einem normalen Engel abgrenzbar. Darüber hinaus weise der Begriff "Schutzengel" als solcher nicht auf Dekorelemente hin. Die eingetragenen Waren dienten nicht der Sicherheit oder dem Schutz vor Gefahren. Zudem sei Schutzengel in Verbindung mit "Schreibwaren" ein überraschender Ausdruck. Hinsichtlich der Waren, für die die angegriffene Marke von der Markenabteilung als schutzfähig angesehen worden sei, reiche die Möglichkeit ihrer Verwendung als Motiv zur Verneinung der Unterscheidungskraft nicht aus. Ebenso sei selbst unter Zugrundelegung der Bedeutung "Sicherheit vermittelnd" fraglich, in welchem sachlichen Zusammenhang ein Schutzengel zu Bürsten, Pinseln oder Geräten für Haus-

halt und Küche stehe. Im Übrigen gebe es bereits mit der angegriffenen Marke vergleichbare Voreintragungen. Schließlich seien die Löschungsantragsgegner bei der Anmeldung nicht bösgläubig gewesen, da sie nicht beabsichtigt hätten, den Wettbewerb zu behindern.

Die Löschungsantragstellerin hat ebenfalls selbständig Beschwerde erhoben, mit der sie beantragt,

den Beschluss vom 24. Juni 2008 aufzuheben, soweit der Löschungsantrag für die Waren "Papier, Pappe (Karton) (soweit in Klasse 16 enthalten); Künstlerbedarfsartikel; Pinsel; Geräte für Haushalt und Küche (nicht aus Edelmetall oder damit plattiert); Bürsten (mit Ausnahme von Pinseln)" zurückgewiesen worden ist,

das Deutsche Patent- und Markenamt zu verpflichten, die Löschung der Wortmarke "Schutzengel" für die eben genannten Waren anzuordnen, und

die Beschwerde der Löschungsantragsgegner zurückzuweisen.

Sie trägt hierzu vor, dass der Begriff "Schutzengel" auch Merkmale der nicht von der Löschungsanordnung umfassten Waren beschreibe, indem er auf ihren Darstellungs- und Abbildungsgegenstand hinweise. So könnten sie mit Schutzengel-motiven versehen sein oder der künstlerischen Anfertigung von figürlichen Schutzengel-motiven dienen. In der einschlägigen Branche sei es üblich, motivische Darstellungen zu verwenden und die Waren mit dem Namen des Motivs, gefolgt von einer Gattungsbezeichnung, zu beschreiben. Darüber hinaus vermittele die angegriffene Marke die Bedeutungen "Sicherheit vermittelnd", "in Notlagen bzw. vor Gefahren schützend" oder "Schutz gewährend". Insofern bringe sie bestimmte Produkteigenschaften zum Ausdruck und unterliege damit unabhängig von der tatsächlichen Feststellung einer beschreibenden Verwendung im Verkehr dem

Schutzhindernis gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. Die von den Löschantragsgegnern geltend gemachten Voreintragungen würden keine Bindungswirkung entfalten. Die Eintragung der angegriffenen Marke sei zudem wegen Bösgläubigkeit zu löschen, da die Absicht, sie zweckfremd als Mittel des Wettbewerbskampfs einzusetzen, durch den eigenen Benutzungswillen der Löschantragsgegner nicht ausgeschlossen werde. Die Anmeldung sei ausschließlich erfolgt, um das Zeichen als Sperrmarke einzusetzen und die bereits seit vielen Jahren erfolgte Benutzung der Bezeichnung "Schutzengel" durch die Mitbewerber der Löschantragsgegner unterbinden zu können.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt und das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Die Beschwerden sind zulässig, jedoch ist lediglich die Beschwerde der Löschantragstellerin begründet.

1. Der Senat sieht von einer Zurückverweisung der Sache an das Deutsche Patent- und Markenamt gemäß § 70 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG ab.

Gemäß Tenor des Beschlusses vom 24. Juni 2008 wurde die Löschung der Eintragung der Marke DE 307 01 436 auch für die Waren "Papier, Pappe (Karton) (soweit in Klasse 16 enthalten)" angeordnet. Im Gegensatz dazu ist in den Gründen ausgeführt, dass die Marke im Hinblick auf diese Waren die notwendige Unterscheidungskraft aufweise (vgl. Seite 8 des Beschlusses vom 24. Juni 2008). Es liegt folglich eine widersprüchliche Begründung vor, die gemäß § 70 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG eine Zurückverweisung an das Deutsche Patent- und Markenamt rechtfertigen würde (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Auflage, § 70, Rdnr. 7; BPatGE 7, 26, 31 ff.; 21, 75). Trotz dieses wesent-

lichen Verfahrensmangels entscheidet der Senat jedoch aus Gründen der Verfahrensökonomie in der Sache selbst. Zudem haben sowohl die Löschungsantragstellerin als auch die Löschungsantragsgegner Beschwerde eingelegt, so dass im Beschwerdeverfahren die Schutzfähigkeit der angegriffenen Marke in Bezug auf alle eingetragenen Waren erneut zu überprüfen ist.

Auf Grund des eindeutigen Wortlauts des Tenors des Beschlusses vom 24. Juni 2008 sind von der Löschungsanordnung auch die Waren "Papier, Pappe (Karton) (soweit in Klasse 16 enthalten)" mit umfasst. Infolgedessen werden sie in Ziffer 2.) des Tenors dieses Beschlusses nicht mehr genannt. Der weitergehende Antrag der Löschungsantragstellerin ist insoweit gegenstandslos.

2. Das angemeldete Zeichen weist auch zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag (§ 50 Abs. 2 Satz 1 MarkenG) nicht die notwendige Unterscheidungskraft auf und unterliegt damit dem Schutzhindernis gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

Unterscheidungskraft im Sinne dieser Bestimmung ist die einer Marke inwohnende konkrete Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfassten Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden. Die Beurteilung der Unterscheidungskraft hat sich daher einerseits an den beanspruchten Waren und Dienstleistungen und andererseits an der Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise zu orientieren (vgl. u. a. EUGH GRUR 2008, 608 ff., Rdnr. 66 und 67 - EUROHYPO; EUGH GRUR 2006, 229, Rdnr. 27 ff. - BioID). Einem Wortzeichen fehlt die Unterscheidungskraft dann, wenn es sich um eine für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen im Vordergrund stehende Sachaussage oder um ein gebräuchliches Wort der deutschen Sprache oder einer bekannten Fremdsprache handelt, das vom angesprochenen Publikum stets nur als solches und nicht als Unterscheidungsmit-

tel verstanden wird (vgl. BGH GRUR 1999, 1089 - YES; BGH GRUR 2003, 1050 - Cityservice). Dies ist vorliegend der Fall.

- a) Unter einem Schutzengel wird zum einen allgemein ein Engel und zum anderen vor allem in der katholischen Kirche ein den Menschen zum Schutz beigegebener Engel verstanden (vgl. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 3. Auflage, 1996, Seite 1363). Die Werbebranche bedient sich des Begriffs "Schutzengel" zudem, wenn ein besonders sicheres Produkt oder eine beschützende Dienstleistung angepriesen wird. So wurde in Deutschland etwa mit dem Slogan "Fahre nicht schneller als dein Schutzengel fliegen kann" für eine angemessene Fahrgeschwindigkeit mit dem Auto geworben (vgl. Flora Macallan, Engel, Seite 6).
- b) Unter Zugrundelegung dieser Bedeutungen eignet sich die Bezeichnung "Schutzengel" nicht als Hinweis auf die Herkunft aller eingetragenen Waren:

"Papier und Waren aus diesem Material (soweit in Klasse 16 enthalten)" können zum einen mit Schutzengelmotiven versehen sein. Der Sachbezug entfällt nicht dadurch, dass es sich bei der in Rede stehenden Marke um ein Wort und nicht um ein Bild handelt. Mit ihr wird ein Ausstattungselement der Produkte ausdrücklich und eindeutig benannt. Der Verkehr wird nicht zwischen dem auf der Ware aufgedruckten Bild und der Bezeichnung "Schutzengel" differenzieren, zumal diese auch neben dem Engelmotiv erscheinen kann (vgl. "Diddl Schutzengel Notizbuch Studio B 2007" unter "<http://cgi.ebay.nl/ws/eBayISAPI.dll%...>"). Zum anderen lassen sich aus Papier Schutzengel in unterschiedlichster Ausprägung wie Türschilder, Fensterbilder, Malvorlagen oder Sticker gestalten (vgl. "Tierische Schutzengel aus Papier" unter "<http://www.>

amazon.de/Tierische-Schutzengel-Papier-FensterbilderT%C3%BCrschilder/dp/3772432557"; "Schutzengel aus Papier" unter "<http://www.directshopper.de/9783772431937-Schutzengel-aus-Papier-Taubner--Armin--...>"; "Schipper Dein Schutzengel" unter "<http://www.guenstiger.de/gt/main.asp?produkt=709062>"; "bueroversand.com" unter "<http://www.bueroversand.com/cgi-bin/search.cgi?catid=...>").

Entsprechende Überlegungen gelten für die weiterhin verfahrensgegenständlichen Waren "Pappe (Karton) und Waren aus diesem Material (soweit in Klasse 16 enthalten)". So gibt es Schutzengeldarstellungen auf Pappe (vgl. "FRANEK" unter "<http://www.franek-berlin.de/?id=42&lang=d>"; "Engelkarten" unter "<http://taufe-texte.de/engelkarten.htm>"; "Ravensburger 14514" unter "<http://www.amazon.de/Ravensburger-14514-Sheepworld-Schutzengel-Puzzle/dp/B000I7GVTO>") und Schutzengel aus Karton (vgl. "creadoo" unter "<http://www.creadoo.com/Content51437>"). Daher weist die angegriffene Marke auch insoweit nur auf den Inhalt und die Beschaffenheit der Waren hin.

Unter "Druckereierzeugnisse" fallen insbesondere Bücher, die sich in vielfältiger Weise - beispielsweise in Form eines Romans oder eines Ratgebers - mit Schutzengeln beschäftigen (vgl. "Der Schutzengel" unter "<http://www.amazon.de/Schutzengel-Dean-Koontz/dp/3548245641>"; "Das kleine Buch der Schutzengel" unter "<http://www.droemer-knaur.de/buecher/Das+kleine+Buch+der+Schutzengel.185017.html>"). Darüber hinaus finden sich so genannte Schutzengel-Pässe, die den Inhaber als Umweltschützer ausweisen sollen (vgl. "Schutzengel des Planeten" unter "<http://www.schutz-engel.ch/index.php?leprojet=1&langue=D>"). Insofern benennt die angegriffene Marke das Thema der Druckereierzeugnisse.

Bei "Comics" handelt es sich ebenfalls um Druckereierzeugnisse, so dass die obigen Ausführungen entsprechend gelten. Hierbei ist zu berücksichtigen,

dass es Bücher und Kalender gibt, in denen Schutzengel in der Art einer Comicfigur dargestellt sind (vgl. "Behüte mich, kleiner Schutzengel" unter "<http://www.weltbild.at/3/13677033-1/buch/behuete-mich-kleiner-schutzengel-m-plueschengel.html>"; "Ich schenke Dir einen kleinen Schutzengel" unter "<http://www.amazon.de/Sheepworld-2009-Kalender-schenke-Schutzengel/dp/3832730257>"; "Dein Engel, der Dich beschützen soll" unter "<http://www.weltbild.at/3/15502637-1/kalender/dein-engel-der-dich-beschuetzen-soll-broschuerenkalender.html>"). Durch die Aneinanderreihung entsprechender Bilder können Comics erstellt werden, so dass der Begriff "Schutzengel" lediglich auf das im Mittelpunkt stehende Wesen und damit auf ihren Inhalt hinweist.

Dies gilt auch für "Zeitschriften", in denen über Schutzengel berichtet wird:

- "Dort gibt es Zeitschriften, ..., und vieles mehr, das die Vorstellungen mehrerer Jahrhunderte über Schutzengel beinhaltet." (vgl. "LIFE2DAY.de" unter "<http://www.life2day.de/2007/03/21/was-ist-ein-schutzengel/>"),
- "Es gibt fertige Schutzengel zu kaufen, ... und jede Menge Artikel in Zeitungen und Zeitschriften, die sich mit den himmlischen Wesen beschäftigen." (vgl. "Tierische Schutzengel aus Papier" unter "<http://www.amazon.de/Tierische-Schutzengel-Papier-Fensterbilder-T%C3%BCrschilder/dp/37772432557>") und
- "Zeitschriften/missio magazin/... Wer will, kann jetzt für 365 Tage Schutzengel werden" (vgl. "missio aktuell" unter "<http://www.missio-aachen.de/angebote-medien/zeitschriften/missio-aktuell/2006/1/schutzengel.asp>").

Nachweisbar sind ebenfalls "Poster" mit Schutzengelmotiven, die teilweise zusätzlich mit dem Begriff "Schutzengel" versehen sind (vgl. "Sheepworld - Kleines Schutzengel Poster" unter "http://www.amazon.de/gp/product/images/B000PYM36A/ref=dp_image_text_0?ie=UTF8&n=3167641&s=kitchen"; "Yatego - Poster Schutzengel" unter "<http://www.yatego.com/engel-onlineshop/...>").

Des Weiteren existiert eine Vielzahl von "Post- und Grußkarten, Glückwunschkarten", auf denen in Form eines Fotos, einer Karikatur, eines Gemäldes oder in der Art eines Piktogramms Schutzengel dargestellt sind (vgl. zu Postkarten: "Junge mit Schutzengel" unter "<http://www.martinaberg.com/antiquariat/antiquariat-AK2485.html>", "Schutzengel Postkarte" unter "<http://www.papiton.de/ENPos0300.htm>", "Schutzengel auf der Brücke" unter "<http://www.yatego.com/engelwelt/...>"; zu Grußkarten: "Grußkarte Schutzengel" unter "<http://www.kauflex.de/index.htm?id=...>", "Grußkarte: Schutzengel, damit es dir ..." unter "<http://www.luftballonwelt.de/shop/images/2404.jpg>", "Grusskarte Dein Schutzengel" unter "http://www.grusskartenkoenig.de/grusskarte-1256-dein_schutzengel.html"; zu Glückwunschkarten: "Kommunionkarte - Persönlicher Schutzengel" unter "<http://www.religioese-geschenke.de/kommunionkarten-mit-spruch/kommunionkarte-persoenlicher-schutzengel.html>", "Glückwunschkarte zur Taufe 'Schutzengel'" unter "<http://www.glueckwunschkarten-versand.de/glueckwunsch-139.php>", "Schutzengel-Glückwunschkarten" unter "http://www.ihrnetterladen.de/html/diddle_nici.html").

Ebenso finden sich "Fotografien", auf denen abweichend vom Vortrag der Lösungsantragsgegner Schutzengel abgebildet sind. Zum Teil handelt es sich um gestellte Szenen (vgl. "Foto AK Konfirmation Schutzengel" unter "<http://cgi.ebay.de/ws/eBayISAPI.dll?ViewItem&item=...>"; "Schutzengel Foto" unter "<http://www.ansichtskarten-center.de/webshop/shop/...>"), zum Teil sind Schutzengelfiguren abgelichtet worden (vgl. "Schutzengel für Sillylein" unter "<http://img.dawanda.com/Product/1144/1144826/big/1223159029-268.jpg>").

Somit bringt die angegriffene Marke lediglich den Inhalt der Fotografien zum Ausdruck.

"Schreibwaren" können entweder mit zweidimensionalen Bildern (vgl. "Sheep-world Schutzengel Kugelschreiber" unter "http://www.kaleidoskop.de/produkt-katalog/14819722_1.html"; "Schutzengel Radiergummi mit Schutzengel Motiv" unter "http://www.elimbo.de/EAP0001pdv2-schutzengel_radiergummi_rot.htm +Schutzengel+...") oder dreidimensionalen Darstellungen von Schutzengeln (vgl. "Kugelschreiber mit Schutzengel-Clip" unter "http://cgi.ebay.de/Schutzengel-Set-3-tlg-Kugelschreiber-Schluesselanh_W0QQitemZ1...") verziert sein. Insofern macht die Bezeichnung "Schutzengel" nur die Beschaffenheit der Schreibwaren deutlich.

Der Bestimmungszweck der weiterhin beschwerdegegenständlichen "Künstlerbedarfsartikel" und der dazugehörigen "Pinsel" wird durch die angegriffene Marke ausdrücklich benannt. So werden beispielsweise Gießformen-Sets mit Material zum Gießen und Bemalen von Schutzengelfiguren (vgl. "myToys.de" unter "http://www.mytoys.de/is-bin/INTERSHOP.enfinity/eCS/Store/de/-/DEU/DisplayProductInformation-Start?ProductSKU=de_DE-1798400") oder Vorlagen zum Malen von Schutzengeln nach Zahlen angeboten (vgl. "Ravensburger 28864" unter "<http://www.amazon.de/gp/product/images/...>"). Auch lassen sich mit Hilfe einer Stichsäge und eines Pinsels Schutzengel aus Holz anfertigen (vgl. "Wawerko.de" unter "<http://www.wawerko.de/index.php?title=Anleitung-f%C3%BCr-Weihnachtsengel-oder-Schutzengel-aus-Holz...>").

Es ist ferner möglich, dass Schutzengel Gegenstand der "Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate)" sind. So werden in dem für Grundschullehrer vorgesehenen Seminar "Engel als Boten Gottes" schwerpunktmäßig Schutzengel behandelt (vgl. "Lehrerfortbildung > Grundschule" unter "http://www.sachsen-macht-schule.de/schule/download/download_smk/Fortbildungsprogramm_Grundschule_2007_2008.pdf"). Entsprechende Arbeitsma-

terialien werden sich folglich mit diesem Thema beschäftigen. Der Vermittlung entsprechender Kenntnisse dient im Übrigen auch das Buch "Schutzengel - Ein Führer zu Ihrem persönlichen Schutzgeist" (vgl. "Keller, Thomas und Deborah Tylor" unter "http://www.frankfurter-antiquariate.de/cgi-bin/detail.cgi?words=R-7055&session_id=...").

Als Motiv von "Spielkarten" kommen Schutzengel vielfach vor, da auf ihnen die verschiedenen Arten der Beschützer umfassend vorgestellt werden können (vgl. "Esoterik Shop World" unter "<http://www.esoterik-shop-world.de/kartenbilder/engelschutzkaertchen/index.html>"; "GESCHENKidee.CH" unter "<http://www.geschenkidee.ch/buecher/978-3-7205-6030-6--schutzengel-karten.html>"; "Corinna's Schatztruhe" unter "http://www.mueller-spielgeraete.de/shop/d_91_91_Schutzengel_Karten_Display__72_.htm").

Auch in Verbindung mit den Waren "Geräte und Behälter für Haushalt und Küche (nicht aus Edelmetall oder damit plattiert)" wird der Begriff "Schutzengel" lediglich als Sachaussage aufgefasst. Zum einen macht er ausweislich nachfolgender Fundstellen deutlich, dass die Geräte Sicherheit vermitteln:

- "Kalthoff Geräte-Schutzengel ... Professioneller Schutz Ihrer wertvollen Geräte." (vgl. "ebay.at" unter "<http://cgi.ebay.at/-Kalthoff-Ger%E4te-Schutzengel-%DCberspannungsschutz-Stecker...>")

und

- "Mit dem Berker Rauchmelder RM.1 bieten Sie Ihrer Familie einen persönlichen Schutzengel und bekommen damit auch selbst ein Stück mehr Sicherheit." (vgl. "Haushaltsgeräte, Staubsauger und Rauchmelder" unter "<http://www.elektromarx.de/images/angebote/haushaltsgeraete.htm>").

Zum anderen finden sich sowohl auf Geräten als auch auf Behältern für Haushalt und Küche Schutzengel-Motive, -Figuren oder -Schriftzüge (vgl. "Sheepworld Wecker Schutzengel blau" unter "<http://www.amazon.de/Sheepworld-Wecker-Schutzengel-blau/dp/B0012LR140>"; "Truhe Schutzengel" unter "http://www.kauflex.de/index.htm?id=INDEX&_artnr=7928891"; "Gilde Schutzengel auf Herzzahndose" unter "http://www.ciao.de/Gilde_Schutzengel_auf_Herzzahndose__7754449").

"Glaswaren, Porzellan und Steingut (soweit in Klasse 21 enthalten)" können wiederum als Schutzengel gestaltet sein (vgl. "Yatego - Schutzengel Glas" unter "http://www.yatego.com/imondex/p,47e8ee1711838,45fabc0f655eb1_8,schutzengel-glas"; "Schutzengel Porzellan in Geschenktüte" unter "http://www.amazon.de/gp/product/images/B001E47U9K/ref=dp_image_text_0?ie=U..."; "4,5 cm großer Schutzengel aus Steingut" unter "http://boutique.keramikvillage.de/index.php?page=shop.browse&category_id=..."). Die angegriffene Marke beschreibt somit lediglich das Aussehen und die Beschaffenheit dieser Waren.

Angesichts obiger Belege und der vielfältigen Einsatzmöglichkeiten von Schutzengelabbildungen erscheint es nicht ausgeschlossen, dass ebenfalls "Bürsten (mit Ausnahme von Pinseln)" mit Schutzengel-Motiven versehen sind. Unabhängig davon üben Bürsten - wie aus nachfolgender Fundstelle deutlich wird - auch eine Schutzfunktion aus:

"Der Schutzengel für Ihre Haare ... Pflege von Außen ... Langhaar-Pflegebürste ... Langhaar-Frisierbürste ..." (vgl. "George Michael" unter "<http://www.george-michael.de/>").

Insofern weist die angegriffene Marke zusätzlich auf den Zweck der Bürsten hin.

3. Der Hinweis der Löschantragsgegner auf die Voreintragung anderer Marken rechtfertigt keine andere Beurteilung. Zwar kann eine uneinheitliche Entscheidungspraxis des Deutschen Patent- und Markenamts, die dazu führt, dass in einer nicht unerheblichen Zahl von Fällen wesentlich gleiche Sachverhalte ohne nachvollziehbaren Grund ungleich behandelt worden sind, grundsätzlich eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes und Verzerrung des Wettbewerbs darstellen (vgl. die Vorabentscheidungsersuchen zum Gericht der Europäischen Gemeinschaften BPatG GRUR 2007, 329 - SCHWABENPOST; Mitt. 2008, 179 - Volks-Handy). Dies setzt aber voraus, dass sich die bisherige Amtspraxis als willkürlich darstellt und nicht erkennen lässt, welche der vorangegangenen Entscheidungen rechtmäßig und welche unrechtmäßig waren. Soweit es sich bei den von den Löschantragsgegnern angeführten Voreintragungen um Marken handelt, die vor Inkrafttreten des Markengesetzes oder für andere als die beschwerdegegenständlichen Waren eingetragen wurden bzw. zusätzlich Bildbestandteile aufweisen, fehlt es bereits an der Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Unabhängig von der Frage der Schutzfähigkeit der ansonsten geltend gemachten Marken ("Engel" oder "Die Engel") reichen sie von ihrer Anzahl her nicht aus, um von einer uneinheitlichen Amtspraxis ausgehen zu können. Darüber hinaus finden sich im Register auch Zurückweisungen von Anmeldungen von Zeichen mit dem Bestandteil "Schutzengel".

Im Übrigen kommt der Eintragung der teilweise für identische Waren eingetragenen Gemeinschaftsmarke 006 392 351 ("Schutzengel") keine Bindungswirkung zu. Die Frage der Schutzfähigkeit der angegriffenen Marke beurteilt sich auf der Grundlage des anzuwendenden Markengesetzes unter Beachtung der Markenrechtsrichtlinie, nicht aber auf der Grundlage einer vorherigen Entscheidungspraxis des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt. Dies hat der Europäische Gerichtshof bereits in mehreren Urteilen zur Anwendung der Gemeinschaftsmarkenverordnung auf Anmeldungen von Gemeinschaftsmarken festgestellt (vgl. EuGH GRUR 2006, 229, 231, Rdnr. 47 - BioID; GRUR

2006, 233, 235, Rdnr. 48 - Standbeutel und MarkenR 2008, 160, Rdnr. 43 und 44 - HAIRTRANSFER).

4. Da die angegriffene Marke nicht die notwendige Unterscheidungskraft aufweist, kommt es auf das weiterhin geltend gemachte Schutzhindernis gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG nicht mehr an. Auch kann die ergänzend aufgeworfene Frage der Bösgläubigkeit nach § 8 Abs. 2 Nr. 10 MarkenG dahingestellt bleiben.

Der Beschwerde der Löschantragstellerin war somit unter gleichzeitiger Zurückweisung der Beschwerde der Löschantragsgegner stattzugeben.

Grabrucker

Richterin Dr. Mittenberger-Huber kann wegen Abordnung an ein anderes Gericht nicht unterzeichnen.

Dr. Kortbein

Grabrucker

Hu