



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 3/09

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 302 33 107.7

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 16. September 2009 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Grabrucker, der Richterin Kopacek und des Richters Dr. Kortbein

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Beim Deutschen Patent- und Markenamt ist am 5. Juli 2002 das Wortzeichen

HOMES & GARDENS

für Waren der Klasse 16 angemeldet worden, die im Laufe des Anmeldeverfahrens beschränkt wurden auf:

Zeitschriften zum Thema Haus und Garten.

Mit Beschluss vom 16. Januar 2008, der durch Erinnerungsbeschluss vom 25. November 2008 bestätigt worden ist, hat die Markenstelle für Klasse 16 die Anmeldung gemäß §§ 37 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG wegen Fehlens der Unterscheidungskraft zurückgewiesen. Sie hat ihre Entscheidung damit begründet, dass die Bezeichnung "HOMES & GARDENS" sich aus einfachen englischen Begriffen zusammensetze und in ihrer Gesamtheit lediglich im Sinne von "Heime/Häuser/Wohnungen und Gärten" verstanden werde. Demzufolge weise sie auf Informationen oder sonstige Inhalte der Zeitschriften zum Thema Heim, Haus oder Wohnung und Garten hin. Auch sei das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft nicht durch Verkehrsdurchsetzung gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG überwunden worden. Ein Umfragegutachten sei nicht vorgelegt worden. Zudem reichten der geltend gemachte Bekanntheitsgrad in Höhe von ... % und der Zuordnungsgrad in Höhe von ... % für den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung selbst dann nicht aus, wenn nicht von einem starren Grenzwert in Höhe von ... % ausgegangen werde.

Dagegen hat die Anmelderin Beschwerde eingelegt, mit der sie beantragt,

den Beschluss vom 25. November 2008 aufzuheben.

Eine Begründung der Beschwerde erfolgte nicht. Vor dem Deutschen Patent- und Markenamt hatte die Beschwerdeführerin Verkehrsdurchsetzung gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG geltend gemacht. Zur Glaubhaftmachung hatte sie Kopien der Titelblätter der deutschsprachigen Ausgabe der Zeitschrift "HOMES & GARDENS", Unterlagen zum inländischen Herausgeber, der I... GmbH, einschließlich des Lizenzvertrags mit der Beschwerdeführerin, zum Leserprofil und zum Umsatz in Deutschland eingereicht. Zum Nachweis der Verkehrsdurchsetzung hatte sie darüber hinaus auf eine von der T... GmbH durchgeführte Untersuchung verwiesen, die allerdings nicht eingereicht worden ist. Vielmehr hatte sie lediglich schriftsätzlich mitgeteilt, dass danach ... Personen über ... Jahren befragt worden seien, bei denen es sich um ... Käufer bzw. Leser von Zeitschriften zum Thema Haus und Garten handele. ... % der Befragten sei das angemeldete Zeichen bekannt, während es ... % als Hinweis auf den Zeitschriftentitel eines ganz bestimmten Verlags ansehen würden. Hierbei habe es keine namentlich richtigen Zuordnungen zur Beschwerdeführerin bzw. ihrer Lizenznehmerin gegeben. Vielmehr hätten ... % die beanspruchte Wortfolge fehlerhaft und ... % einem englischen Verlag zugeordnet. ... % hätten kein Unternehmen benennen können. Die Beschwerdeführerin hatte des Weiteren Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH und des BGH genommen, nach der ihrer Auffassung ein Prozentsatz von unter ... % für die Bejahung der Verkehrsdurchsetzung genüge. Angesichts des dichten Marktes für Zeitschriften zum Thema "Haus und Garten" könne nicht von einem Bekanntheitsgrad von ... % und mehr ausgegangen werden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, aber nicht begründet.

1. Bei dem angemeldeten Zeichen handelt es sich um eine nicht unterscheidungskräftige Angabe, so dass der begehrten Eintragung das Schutzhindernis gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegensteht.

Unterscheidungskraft im Sinne dieser Bestimmung ist die einer Marke innewohnende Eignung, die Waren oder Dienstleistungen, für welche die Eintragung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Waren oder Dienstleistungen von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. u. a. EuGH GRUR 2004, 428, 431, Rdnr. 48 - Henkel; GRUR 2004, 1027, 1029, Rdnr. 33 und 42 - DAS PRINZIP DER BEQUEMLICHKEIT). Bei Wortmarken ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von fehlender Unterscheidungskraft auszugehen, wenn der Marke ein für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen im Vordergrund stehender beschreibender Sinngehalt zugeordnet werden kann oder wenn es sich um ein gebräuchliches Wort der deutschen Sprache oder einer bekannten Fremdsprache handelt, das vom Verkehr, etwa wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung, stets nur als solches und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird (vgl. BGH GRUR 2006, 850, 854, Rdnr. 19 - FUSSBALL WM 2006).

- a) Die Wortfolge "HOMES & GARDENS" setzt sich aus der Pluralform der beiden englischsprachigen Wörter "home" für Zuhause oder Heim im Sinne von Wohnstätte und "garden" für Garten zusammen (vgl. Pons Großwörterbuch, Englisch - Deutsch, 1. Auflage, Seiten 422 und 358). Insgesamt kann sie somit im Sinne von "Wohnstätten und Gärten" verstanden werden. Es ist davon auszugehen, dass das angemeldete Zeichen von einem Großteil des Publikums in eben genanntem Sinne

verstanden wird. Es handelt sich um Begriffe des englischen Grundwortschatzes, die der deutschsprachige Verkehr kennt (vgl. Google-Trefferlisten, Suchbegriffe: "home" und "garden").

Das angemeldete Zeichen wird nicht nur von der Beschwerdeführerin vielfältig als Hinweis auf Häuser bzw. Wohnungen und Gärten verwendet (vgl. Google-Trefferliste, Suchbegriff: "homes & gardens"). So trägt eine Ausstellung den Namen "HOME & GARDEN", auf der außergewöhnliche Ideen in den Bereichen exklusiver Wohn- und Gartenkultur präsentiert werden (vgl. "Home & Garden" unter "<http://www.homeandgardenevent.de/hg2008//ausstellung.php>"). Ebenfalls finden sich Bücher mit dem Titel "Better Homes and Gardens", die sich mit unterschiedlichen Schwerpunkten mit dem eigenen Zuhause und dem dazugehörigen Garten beschäftigen (vgl. "ZVAB.com" unter "<https://www.zvab.com/advancedSearch.do?title=Better+Homes+and+Gardens&author=Better+Homes>"). Für diese Bereiche bestimmte Artikel werden des Weiteren im Internet unter der Überschrift "Home & Garden" angeboten. Beispielhaft seien in diesem Zusammenhang Lampen, Klein- und Gartenmöbel sowie Bettwaren genannt (vgl. "Pro-Idee - Home & Garden" unter "<http://www.proidee.de/shop/...>").

- b) Angesichts dieser Bedeutung benennt das angemeldete Zeichen lediglich den Inhalt der beschwerdegegenständlichen Waren "Zeitschriften zum Thema Haus und Garten". Bereits aus der Formulierung wird deutlich, dass sich die Zeitschriften mit Themen rund um Haus und Garten befassen. Insofern weist die Wortkombination "HOMES & GARDENS" nur auf die thematische Ausrichtung der beanspruchten Waren, nicht jedoch auf ein bestimmtes Unternehmen hin (vgl. auch BPatG 26 W (pat) 101/08 - Better Homes and Gardens). Dies macht die Lizenznehmerin des angemeldeten Zeichens selbst deutlich, indem sie für die von ihr herausgegebene deutschsprachige Ausgabe der Zeit-

schrift "HOMES & GARDENS" mit Beiträgen wirbt, die - wie nachfolgende Beispiele zeigen - alle einen Bezug zu Haus und Garten aufweisen (vgl. "IPM-Verlag" unter "<http://www.ipm-verlag.de/home-sandgardens/default.asp?b=zeitschriften&sb=1>"):

- "WIE EIN PHÖNIX AUS DER ASCHE - Welches Wohnjuwel sich unter vielen Schichten entpuppt.",
 - "BADEWELTEN ZUM GENIESSEN - Was Ihre Nasszelle zum edlen Wellness-Tempel macht." oder
 - "NATÜRLICH MEDITERRAN - Womit Sie Ihr Zuhause in das zarte Flair der Provence eintauchen lassen."
- c) Das von Hause aus bestehende Schutzhindernis gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG kann das beanspruchte Zeichen auch nicht durch Verkehrsdurchsetzung gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG überwinden. Hierbei ist zwar nicht nur auf abstrakte Prozentsätze demoskopischer Untersuchungen abzustellen. Vielmehr können auch andere Umstände, wie z. B. der jeweilige Marktanteil, die Intensität, die geographische Verbreitung und Dauer der Markenverwendung, der Werbeaufwand und die dadurch erreichte Bekanntheit in den angesprochenen Verkehrskreisen von Bedeutung sein (vgl. EuGH GRUR 1999, 723, Rdnr. 51 - Chiemsee; EuGH GRUR 2006, 1022, Rdnr. 75 bis 77 - Wicklerform; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Auflage, § 8, Rdnr. 418). Diese Anforderungen an die Verkehrsdurchsetzung erfüllt das angemeldete Zeichen nicht:

Die Benutzung des angemeldeten Zeichens durch die Lizenznehmerin im Inland ist zwar der Beschwerdeführerin gemäß § 26 Abs. 2 MarkenG zuzurechnen. Aus den bereits beim Deutschen Patent- und Markenamt

eingereichten Titelblättern der deutschsprachigen Ausgabe der Zeitschrift "HOMES & GARDENS" ergibt sich jedoch nicht, ob und in welchem Umfang die beteiligten Verkehrskreise die Wortfolge als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen ansehen. Das Gleiche gilt für die Unterlagen, mit denen die Lizenznehmerin ihre Produkte vorstellt bzw. bewirbt. Dem weiterhin vorgelegten Leserprofil kann nur entnommen werden, dass bis zum bzw. im Jahr 2003 jede Ausgabe von etwa ... einkommensstarken, konsumfreudigen und den gehobenen Wohnstil schätzenden Personen gelesen wurde. Welchen Anteil die Zeitschrift auf dem Markt der periodisch veröffentlichten Druckwerke, insbesondere zu den Themen Haus und Garten, aufweist, ist jedoch nicht erkennbar. Eine eidesstattliche Versicherung zur Erläuterung, Bestätigung und Ergänzung der vorgelegten Zahlen liegt nicht vor.

Des Weiteren sind lediglich für die Jahre 1996 bis 2002 die jeweiligen Auflagen und die damit erzielten Umsätze genannt worden. Die Zahlen können somit für die Beurteilung der Verkehrsdurchsetzung zum Zeitpunkt der Anmeldung, nicht jedoch zum maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung im Jahr 2009 herangezogen werden.

Gegen die Verkehrsdurchsetzung sprechen zudem die Ergebnisse der von der Beschwerdeführerin durchgeführten demoskopischen Befragung. Kopien der Originalunterlagen wurden zwar nicht eingereicht, doch ist bereits auf Grund der schriftsätzlich mitgeteilten Zahlen festzustellen, dass trotz eines Bekanntheitsgrads in Höhe von ... % der maßgebliche Zuordnungs- bzw. Herstellerzuordnungsgrad zu niedrig ist (vgl. Fezer/Grabrucker, Handbuch der Markenpraxis, Band 1. Markenverfahrensrecht, 2007, Kapitel 2. Das Markenbeschwerdeverfahren vor dem BPatG, Rdnr. 502 m. w. N., insbesondere Niedermann, GRUR 2006, 367, 368). Hierbei ist von einem Prozentsatz in Höhe von ... % auszugehen, da die von der Beschwerdeführerin zugrunde gelegte Zahl

von ... % um die Fehlzusordnungen in Höhe von ... % zu mindern ist (vgl. BGH GRUR 2007, 1071, Rdnr. 30 - Kinder II). Wie die Beschwerdeführerin zwar zu Recht ausführt, kann für die Feststellung des im Einzelfall erforderlichen Durchsetzungsgrades nicht von festen Prozentsätzen ausgegangen werden. Allerdings darf - sofern nicht besondere Umstände eine abweichende Beurteilung rechtfertigen - die untere Grenze für die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung nicht unterhalb von ... % angesetzt werden. Handelt es sich um einen Begriff, der die fragliche Ware oder Dienstleistung ihrer Gattung nach glatt beschreibt, kommen eine Verkehrsdurchsetzung und damit ein Bedeutungswandel erst bei einem deutlich höheren Durchsetzungsgrad in Betracht (vgl. BGH GRUR 2006, 760, Rdnr. 20 - LOTTO; BGH GRUR 2009, 954, Rdnr. 24 - Kinder III). Dieser Sichtweise steht die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Rechtsprechung des EuGH nicht entgegen, da sie eine Verbraucherbefragung nach Maßgabe des jeweiligen nationalen Rechts erlaubt (vgl. EuGH - Chiemsee, a. a. O., Rdnr. 52 und 53). Es sind keine besonderen Umstände ersichtlich, die ein Unterschreiten eines Zuordnungsgrades von mindestens ... % rechtfertigen würden. Dieser wird, selbst wenn der von der Beschwerdeführerin angenommene Prozentsatz in Höhe von ... % zugrunde gelegt wird, bei weitem nicht erreicht.

Dementsprechend reichen weder die demoskopische Befragung noch die sonstigen Unterlagen für den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung aus.

2. Ob das gegenständliche Zeichen darüber hinaus als unmittelbar beschreibende Freihaltungsbedürftige Angabe anzusehen ist und damit dem Schutzhindernis gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG unterliegt, kann angesichts obiger Ausführungen dahingestellt bleiben.

Die Beschwerde war demzufolge zurückzuweisen.

Grabrucker

Kopacek

Dr. Kortbein

Hu