



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 504/12

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2011 041 533.1

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 16. Januar 2013 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Fuchs-Wisseemann sowie der Richter Reker und Hermann

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Anmelder wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 32 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 8. November 2011 aufgehoben.

Gründe

I

Die Markenstelle für Klasse 32 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 8. November 2011 die Anmeldung der für die Waren

„Klasse 10: Vibromassagegeräte, Kondome, Schnuller für Säuglinge, Saugflaschen, Massagegeräte, künstliche Gliedmaßen, Brustprothesen;

Klasse 14: Edelmetalle und deren Legierungen sowie daraus hergestellte oder damit plattierte Waren, Juwelierwaren, Schmuckwaren, Edelsteine, Uhren und Zeitmessinstrumente, Schlüsselanhänger;

Klasse 16: Postkarten, Kalender, Bierdeckel, Stickers, Federmäppchen, Büroartikel (ausgenommen Möbel), Papier, Pappe (Karton) und Waren aus diesen Materialien, Druckereierzeugnisse, Buchbindeartikel, Fotografien, Schreibwaren, Künstlerbedarfartikel, Pinsel, Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate), Verpackungsmaterial aus Kunststoff, Zigarrenbauchbinden;

Klasse 21: Glaswaren, Porzellan und Steingut, Trinkgläser, Bierkrüge, Geräte und Behälter für Haushalt und Küche, Käbme und Schwämme, Feldflaschen, Flaschenöffner, Kannen und Krüge, Karaffen, Korkenzieher, Kühlflaschen, Kühltaschen, Mixbecher, Nachttöpfe, Papier- und Plastikbecher, Papierteller, Proviantdosen, Tassen, Teller, Toilettenpapierhalter, TrinkgefäÙe, Trinkhörner, Urnen, Vasen, Weinheber, Zahnbürsten, Zahnstocher, Zahnstocherbehälter, Zuckerdosen;

Klasse 25: Bekleidungsstücke, Schuhwaren und Kopfbedeckungen;

Klasse 32: Biere, Mineralwässer und kohlen säurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke, Fruchtgetränke und Fruchtsäfte, Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken;

Klasse 33: Alkoholische Getränke (ausgenommen Biere)“

bestimmten Marke

Fucking hell

zurückgewiesen, weil der angemeldeten Marke für diese Waren jegliche Unterscheidungskraft fehle (§ 37 Abs. 1 i. V. m. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG).

Zur Begründung hat die Markenstelle ausgeführt, bei der als Marke angemeldeten Bezeichnung „Fucking hell“ handele es sich um eine englischsprachige, schlagwortartige Wortfolge, welche die Bedeutung „verdammte ScheiÙe“ habe. Aufgrund der Bekanntheit der englischen Sprache und der zunehmenden Übernahme von Anglizismen in die deutsche Sprache sei davon auszugehen, dass der Begriff - welcher zudem auch in Deutschland als derbes Schimpfwort verwendet

werde - dem überwiegenden Teil der normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der beanspruchten Waren bekannt sei. Der Begriff werde daher vom Verkehr lediglich als Schimpfwort und nicht als betriebsindividualisierende Herkunftsangabe für die angemeldeten Waren und Dienstleistungen verstanden. Die zuvor im Beanstandungsbescheid vom 13. September 2011 aufgeworfene Frage, ob der Eintragung der angemeldeten Marke auch das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG entgegensteht, hat die Markenstelle im Zurückweisungsbeschluss dahingestellt gelassen.

Gegen die Zurückweisung der Anmeldung wenden sich die Anmelder mit ihrer Beschwerde. Sie sind der Ansicht, dass der Verkehr der angemeldeten Marke weder eine Beschreibung oder eine sonstige Sachinformation in Bezug auf die beanspruchten Waren entnehmen könne und der angemeldeten Marke auch sonst nicht jegliche Unterscheidungskraft für diese Waren fehle. Die Englischkenntnisse der angesprochenen inländischen Verkehrskreise gingen nicht so weit, als dass sie die beanspruchte Wortfolge sofort als fremdsprachiges Schimpfwort identifizieren könnten. Die angemeldete Marke sei kein gebräuchliches (Schimpf-)Wort der deutschen Sprache und insoweit auch lexikalisch nicht nachweisbar. Den angesprochenen Verkehrskreisen sei die Bedeutung des Begriffs „Fucking hell“ unbekannt. Auch Wörterbüchern, wie beispielsweise „LEO“, sei der Begriff erst zu entnehmen, nachdem die Eintragung der Wort-/Bildmarke „Fucking hell“ für die Anmelder beim Harmonisierungsamt für öffentliches Aufsehen gesorgt habe und in diesem Zusammenhang die Geschichte des hellen Bieres aus dem österreichischen Ortsteil „Fucking“ erzählt worden sei. Der Gesamtbegriff „Fucking hell“ weise insgesamt eine Eigenart auf, die den ggf. vorhandenen beschreibenden Sinngehalt der Einzelteile überlagere und dem Zeichen das für die Eintragungsfähigkeit erforderliche Mindestmaß an Unterscheidungskraft verleihe. Es handele sich bei der angemeldeten Marke nicht nur um einen Slogan mit einer bloßen Werbefunktion, da „Fucking“ und die Wortkombination „Fucking hell“ keine in der Werbung üblichen Begriffe seien und die angemeldete Wortfolge auch nicht als werbewirksame Anpreisung allgemeiner Art wirke, da sie keine positiv besetzte

Aussage enthalte. Die angemeldete Marke sei auch kein derart gebräuchliches Wort der Alltagssprache, dass es vom Verkehr nicht mehr als Unterscheidungs- mittel verstanden werde. Vielmehr stelle die angemeldete Marke ein Wortspiel dar, welches vom inländischen Verkehr wegen seiner Interpretationsfähigkeit als phantasievoll und überraschend aufgefasst werde und durchaus als betrieblicher Herkunftshinweis geeignet sei.

Die Anmelder beantragen sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 32 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 8. November 2011 aufzuheben.

II.

Die gemäß §§ 64 Abs. 6 S. 1, 66 Abs. 2 MarkenG zulässige Beschwerde der An- melder ist begründet.

1. Der Eintragung der angemeldeten Marke für die in der Anmeldung benann- ten Waren steht das von der Markenstelle angenommene Schutzhindernis fehlen- der Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) nicht entgegen.

Unterscheidungskraft im Sinne der vorstehend genannten Bestimmung ist die ei- nem Zeichen innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterschei- dungsmittel für die von der Bezeichnung erfassten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen und damit als be- trieblicher Herkunftshinweis aufgefasst zu werden. Denn die Hauptfunktion der Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten (vgl. u. a. EuGH GRUR 2002, 804, 806, Nr. 35 – Philips; GRUR 2008, 608, 611 Nr. 66 - EUROHYPO; GRUR 2010, 228,

Nr. 33 - Vorsprung durch Technik; BGH GRUR 2009, 411, Nr. 8 – STREETBALL; GRUR 2010, 935, Nr. 8 – Die Vision).

Keine Unterscheidungskraft kommt zunächst solchen Bezeichnungen zu, die einen beschreibenden Begriffsinhalt aufweisen, der für die in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen ohne Weiteres und ohne Unklarheiten als solcher erfasst wird. Bei derartigen beschreibenden Angaben gibt es keinen tatsächlichen Anhaltspunkt, dass der Verkehr sie als Unterscheidungsmittel versteht (BGH GRUR 2001, 1151, 1152 – marktfrisch; GRUR 2009, 952, 953, Nr. 10 - DeutschlandCard). Darüber hinaus fehlt die erforderliche Unterscheidungskraft auch solchen Angaben, die sich auf Umstände beziehen, die die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen zwar nicht unmittelbar betreffen, durch die aber ein enger beschreibender Bezug zu den betreffenden Waren oder Dienstleistungen hergestellt wird (BGH GRUR 2006, 850, 854 – FUSSBALL WM 2006; GRUR 2009, 411, Nr. 9 - STREETBALL). Die Eignung, Produkte ihrer Herkunft nach zu unterscheiden, kommt schließlich auch solchen Angaben nicht zu, die aus gebräuchlichen Wörtern oder Wendungen der deutschen Sprache oder einer gängigen Fremdsprache bestehen, die etwa wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung oder in den Medien stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werden (BGH GRUR 2006, 850, 854 - FUSSBALL WM 2006; GRUR 2009, 952, 953, Nr. 10 – DeutschlandCard; GRUR 2001, 1043, 1044 – Gute Zeiten – Schlechte Zeiten).

Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft ist die Auffassung der beteiligten inländischen Verkehrskreise, wobei auf die Wahrnehmung des Handels und/oder des normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der fraglichen Waren oder Dienstleistungen abzustellen ist (vgl. EuGH GRUR 2006, 411, 412, Nr. 24 – Matratzen Concord/Hukla; BGH GRUR 2006, 850, 854, Nr. 18 – FUSSBALL WM 2006). Ebenso ist zu berücksichtigen, dass der Verkehr ein als Marke verwendetes Zeichen in seiner Gesamtheit mit allen seinen Bestandteilen so aufnimmt, wie es ihm entgegentritt, ohne es ei-

ner analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (vgl. EuGH GRUR 2004, 428, 431, Nr. 53 – Henkel; BGH GRUR 2001, 1151, 1152 – marktfrisch).

Hiervon ausgehend fehlt der angemeldeten Marke in der der Zurückweisung zugrunde gelegten, zutreffend ermittelten Bedeutung als englisches Schimpfwort mit der Bedeutung „verdammte Schieße“ nicht jegliche Unterscheidungskraft i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

Versteht der angesprochene Verkehr die angemeldete Marke als englisches Schimpfwort mit der von der Markenstelle angenommenen Bedeutung, so wird er in ihr keine die Art, Beschaffenheit oder Bestimmung oder sonstige Eigenschaften der Waren beschreibende Angabe sehen. Auch ein enger sachlicher Bezug der angemeldeten Marke zu den beanspruchten Waren ist nicht erkennbar und auch von der Markenstelle im mit der Beschwerde angegriffenen Zurückweisungsbeschluss nicht dargelegt worden.

Schließlich handelt es sich bei der als Marke angemeldeten Wortfolge in der zuvor benannten Bedeutung auch nicht um eine gebräuchliche Wendung der deutschen oder einer gängigen Fremdsprache, die im Inland etwa wegen einer Verwendung in der Werbung oder in den Medien stets nur als Schimpfwort und deshalb nicht mehr als Unterscheidungsmittel verstanden wird. Entgegen der Behauptung der Markenstelle ist nicht feststellbar, dass sich die angemeldete Marke zu einem im Inland verwendeten Schimpfwort entwickelt haben könnte. Für diese Behauptung hat weder die Markenstelle konkrete Anhaltspunkte dargelegt noch hat der Senat eine entsprechende Aufnahme dieses Schimpfworts in deutsche Wörterbücher oder eine Übernahme in die deutsche Umgangssprache feststellen können. Dasselbe gilt sinngemäß für eine Verwendung des Schimpfworts „Fucking hell“ in der inländischen Werbung oder den inländischen Medien. Bei dieser Sachlage fehlt es – auch wenn mit der Markenstelle davon ausgegangen wird, dass ein nicht unerheblicher Teil der deutschen Verkehrskreise die englische Bedeutung der angemeldeten Marke versteht – an ausreichenden Tatsachen für die Feststellung,

dass der Verkehr der angemeldeten Wortmarke für die in der Anmeldung aufgeführten Waren keinerlei Unterscheidungskraft beizubringen vermag.

Der Teil des maßgeblichen inländischen Verkehrs, der die angemeldete Marke nicht als englisches Schimpfwort kennt, hat erst recht keinen Anlass, in ihr keinen Hinweis auf die betriebliche Herkunft der beanspruchten Waren zu sehen; denn unabhängig davon, ob er die angemeldete Wortfolge als englische Bezeichnung wortgenau mit „verdammte Hölle“ übersetzen oder als deutsche Wortfolge ansehen wird, wird er ihr keinen beschreibenden Hinweis bezüglich der beanspruchten Waren entnehmen. Zwar kann das deutsche Wort „hell“ als Bezeichnung der hellen Farbe einer Ware verstanden werden. Bei dem weiteren Markenwort „Fucking“ ist jedoch ein Verständnis als beschreibende Angabe nicht zu erwarten. Zwar handelt es sich bei „Fucking“ um eine Wohnsiedlung innerhalb der Katastralgemeinde Hofstadt in der niederösterreichischen Gemeinde Tarsdorf mit ca. 100 Einwohnern. Die Kenntnis dieser Tatsache kann jedoch weder beim normal informierten inländischen Durchschnittsverbraucher noch bei dem inländischen Fachverkehr der beanspruchten Waren vorausgesetzt werden, da „Fucking“ nicht als geografische Herkunftsangabe solcher Waren im Inland bekannt ist und es zudem keinerlei tatsächliche Anhaltspunkte dafür gibt, dass in dem österreichischen Ortsteil Fucking Waren der nämlichen Art hergestellt oder gehandelt werden. Bei dieser Sachlage ist nicht zu erwarten, dass der inländische Verkehr den Markenbestandteil „Fucking“ als geografische Angabe über die Herkunft der Waren verstehen wird. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der normal informierte Verkehr die angemeldete Marke – sofern er sie nicht als englisches Schimpfwort erkennt – als Phantasiebezeichnung wertet und bei entsprechender Benutzung als betriebliche Herkunftskennzeichnung versteht.

2. Die angemeldete Marke stellt für die beanspruchten Waren – und hier insbesondere für die Ware „Biere“ - auch keine zur Beschreibung ihrer geografischen Herkunft und Beschaffenheit geeignete Angabe i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG dar. Zwar ist nicht bereits ihre Mehrdeutigkeit geeignet, dieses Schutz-

hindernis auszuräumen. Die Eignung der angemeldeten Marke, auf ein helles Bier aus Fucking hinzuweisen, ist aber deshalb zu verneinen, weil es dem Wort „Fucking“ im Inland an der notwendigen Bekanntheit als geografische Angabe fehlt und es vom deutschen Verkehr deshalb nicht als geografische Herkunftsangabe verstanden wird und weil es zudem an tatsächlichen Anhaltspunkten dafür fehlt, dass in dem nämlichen Ortsteil der österreichischen Gemeinde Tarsdorf Bier gebraut oder andere Waren der im Warenverzeichnis der Anmeldung aufgeführten Art hergestellt werden oder zukünftig hergestellt werden und unter Verwendung der geografischen Herkunftsangabe „Fucking“ in Verkehr gebracht werden könnten.

3. Auch für eine Zurückweisung der Anmeldung aus anderen Gründen sieht der Senat keine Veranlassung. Insbesondere steht der Eintragung der angemeldeten Marke für die beanspruchten Waren auch nicht das von der Markenstelle im Beanstandungsbescheid vom 13. September 2011 aufgegriffene, im Zurückweisungsbeschluss aber dahingestellt gelassene Schutzhindernis eines Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 8 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG) entgegen.

Gegen die guten Sitten verstoßen Marken, die das Empfinden eines beachtlichen Teils der beteiligten Verkehrskreise zu verletzen geeignet sind, indem sie sittlich, politisch oder religiös anstößig wirken oder eine grobe Geschmacksverletzung enthalten (BGH GRUR 1964, 136, 137 – Schweizer). Maßgeblich ist hierbei die Auffassung des angesprochenen Publikums in seiner Gesamtheit, wobei weder die übertrieben laxen noch besonders feinfühliges Meinung des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers entscheidend ist (BPatG PAVIS PROMA – 24 W (pat) 140/01 - Dalai Lama; BPatG Mitt. 1983, 156 – Schoasdreiber). Die sittliche Anstößigkeit oder grobe Geschmacklosigkeit ist stets im Hinblick auf die betroffenen Waren zu beurteilen. Dabei darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass die maßgebliche Verkehrsauffassung von der fortschreitenden Liberalisierung der Anschauungen über Sitte und Moral geprägt ist. Soweit allerdings das Scham- oder Sittlichkeitsgefühl eines we-

sentlichen Teils des Verkehrs, z. B. durch geschlechtsbezogene Angaben, unerträglich verletzt wird, ist auch weiterhin von der Schutzunfähigkeit der Marke auszugehen (vgl. Ströbele/Hacker a. a. O.; BPatG PAVIS PROMA - 26 W (pat) 116/10 - Ficken).

Die angemeldete Marke stellt ihrem Wortsinn nach zwar ein derbes Schimpfwort dar und kann, was auch die Anmelder nicht in Abrede stellen, kaum den Anforderungen des guten Geschmacks genügen. Dieser Umstand ist jedoch für sich genommen für eine Schutzversagung gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG regelmäßig nicht ausreichend, weil eine ästhetische Prüfung auf die Anforderungen des guten Geschmacks nicht Gegenstand des markenrechtlichen Eintragungsverfahrens sein kann (vgl. BGH GRUR 1995, 592, 594 - Busengrapscher; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 10. Auflage, § 8 Rdn. 624). Da sie keinen sittlich, religiös oder gesellschaftlich diffamierenden Inhalt aufweist und unter Berücksichtigung der aktuellen Werbegewohnheiten auch nicht als derart grob geschmacklos erscheint, dass durch ihre Verwendung als Marke für die in der Anmeldung aufgeführten Waren die Grenzen des Anstands in unerträglicher Weise überschritten werden, liegt auch ein Schutzhindernis im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 5 MarkenG nicht vor.

Der Beschwerde der Anmelder war daher stattzugeben.

Dr. Fuchs-Wisseemann

Hermann

Reker

Bb