



BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 31/16

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
19. Oktober 2016

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2012 052 913.5

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juli 2016 durch die Vorsitzende Richterin Klante, den Richter Hermann und die Richterin kraft Auftrags Seyfarth

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bildmarke Nr. 30 2012 052 913.5



ist am 10. Oktober 2012 für die Waren

Klasse 10: Chirurgische, ärztliche, zahn- und tierärztliche Instrumente und Apparate, künstliche Gliedmaßen, Augen und Zähne; orthopädische Artikel; chirurgisches Nahtmaterial

zur Eintragung als Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register angemeldet worden.

Das DPMA, Markenstelle für Klasse 10, hat die Anmeldung zunächst teilweise, nämlich bezüglich der Waren „chirurgische, ärztliche, zahn- und tierärztliche Instrumente und Apparate“ als nicht unterscheidungskräftig und freihaltebedürftig beanstandet. Die Anmelderin hat daraufhin das Warenverzeichnis beschränkt auf

Klasse 10: „Atemtherapiegeräte zur mechanischen Mobilisation von feststehendem, zähem Bronchialschleim aus den Atemwegen ohne weitere Zugabe von Wirkstoffen“.

Mit Beschluss vom 30. April 2014, zugestellt am 14. Mai 2014 hat das DPMA, Markenstelle für Klasse 10, die unter Nummer 30 2012 052 913.5 geführte Anmeldung gemäß §§ 37 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG für alle noch beanspruchten Waren wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückgewiesen.

Zur Begründung ist ausgeführt, bei der angemeldeten Marke handele es sich um die Darstellung einer Abdeckkappe mit Luftschlitzen, z. B. als Teil von Inhalationsgeräten. Angesprochene Verkehrskreise seien Fachkreise aus Medizin und Medizintechnik, Patienten sowie interessierte und informierte Laien. Diese würde das angemeldete Zeichen dahingehend verstehen, dass auf aufschraubbare oder aufsteckbare Teile von medizinischen Apparaten mit Lüftungsschlitzen hingewiesen werden soll, und daher darin keinen Herkunftshinweis sehen. Apparateteile mit Lüftungsschlitzen würden schon technisch bedingt in Gestaltungen wie der hier vorliegenden angeboten. Es handele sich um die Darstellung eines handelsüblichen Teils für medizinische Apparate mit Lüftungsschlitzen, ohne besonders auffällige Form oder Aufmachung.

Hiergegen richtet sich die am 16. Juni 2014 erhobene Beschwerde der Anmelderin, mit der sie sinngemäß beantragt,

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamtes, Markenstelle für Klasse 10, vom 30. April 2014 aufzuheben.

Zur Begründung führt sie aus, der Durchschnittsverbraucher begegne Waren und Dienstleistungen aus dem Gesundheitsbereich aufmerksamer als anderen Produkten des täglichen Lebens. Daher sei davon auszugehen, dass der angespro-

chene Verbraucher einem Atemtherapiegerät, welches ihm Linderung bei bedrohlichen Beschwerden verschaffen kann, mit einer erhöhten Aufmerksamkeit begegnet, so dass er auch Details einer Marke wahrnehme und diese von anderen Marken unterscheiden könne. Es sei auf die Besonderheiten der jeweiligen Branche abzustellen. Es gebe etwa vier Anbieter bei Amazon für diese spezielle Ware. Die außergewöhnliche, verschachtelte Gestaltung der Luftschlitze sei für Produkte dieses sehr übersichtlichen Warenssegments vollkommen unüblich und hebe sich deutlich von den durchgängig schlicht gestalteten, schlitz- und lochförmigen Öffnungen der wenigen käuflich zu erwerbenden Atemtherapiegeräte ab. Die besondere Gestaltung biete somit einen hohen Widererkennungswert und sei geeignet, um als Herkunftsnachweis für die beworbenen Produkte zu dienen. Zudem diene die Gestaltung der Schlitze nicht der Funktionalität des Atemgeräts. Der Atemluftstrom werde ausschließlich durch eine im Inneren des Gerätes hochrollende Metallkugel beeinflusst, nicht aber durch die Gestaltung der Schlitze. Diese dienten lediglich dazu, die Atemluft wieder herauszublasen, wozu auch eine einfache Öffnung, wie zum Beispiel ein Loch reiche.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakten sowie der Akten des DPMA Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Anmelderin hat in der Sache keinen Erfolg.

Der Eintragung des angemeldeten Bildzeichens



steht hinsichtlich der beanspruchten Waren das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen. Die Markenstelle hat dem Anmeldezeichen daher zu Recht die Eintragung versagt (§ 37 Abs. 1 MarkenG). Das Vorbringen der Beschwerdeführerin rechtfertigt keine anderweitige Beurteilung.

Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden, das die in Rede stehenden Waren und Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und diese Waren oder Dienstleistungen somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet (EuGH GRUR 2015, 1198, 1201 Rdnr. 59 f. – Nestlé/Cadbury [Kit Kat]; BGH GRUR 2015, 173, 174 Rdnr. 15 – for you; GRUR 2014, 565, 567 (Nr. 12) - smartbook; GRUR 2013, 731, Nr. 11 - Kaleido; GRUR 2012, 1143, Nr. 7 - Starsat; BGH GRUR 2012, 270, 271, Nr. 11 - Link economy). Denn die Hauptfunktion der Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu gewährleisten (EuGH GRUR 2010, 228 Rdnr. 33 - Audi AG/HABM - Vorsprung durch Technik; BGH GRUR 2015, 173, 174 Rdnr. 15 - for you). Da allein das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft ein

Eintragungshindernis begründet, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein großzügiger Maßstab anzulegen, so dass jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft genügt, um das Schutzhindernis zu überwinden (BGH GRUR 2015, 173, 174 Rdnr. 15 - for you; GRUR 2014, 565, 567 (Nr. 12) - smart-book). 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 einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (EuGH GRUR 2004, 428 Rdnr. 53 - Henkel; BGH GRUR 2015, 173, 174 Rdnr. 16 – for you).

Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft zum relevanten Anmeldezeitpunkt (BGH GRUR 2013, 1143, 1144, Rdnr. 15 - Aus Akten werden Fakten) sind einerseits die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen und andererseits 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 (EuGH GRUR 2006, 411 Rdnr. 24 - Matratzen Concord/Hukla; BGH GRUR 2014, 376 Rdnr. 11 - grill meister).

Diese Grundsätze finden auch bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft von Bildmarken, die sich in der Abbildung der Ware selbst erschöpfen, Anwendung (vgl. BGH, GRUR 2004, 507 (Nr. 21, 22) – Transformatorengehäuse).

Gegenstand der Anmeldung ist die Abbildung der oberen Abdeckung eines Atemtherapiegeräts. Damit gibt die Abbildung einen Teil der mit der Anmeldung beanspruchten Ware wieder. Für Bildmarken, die sich in der bloßen Abbildung der Ware selbst erschöpfen, für die der Schutz in Anspruch genommen wird, geht die Rechtsprechung davon aus, dass ihnen im Allgemeinen die Unterscheidungskraft fehlen wird (BGH GRUR 2011, 158 – Hefteinband; GRUR 2004, 683-685 – Farbige Arzneimittelkapsel; a. a. O. –Transformatorengehäuse). Soweit die Elemente eines Bildzeichens lediglich die typischen Merkmale der in Rede stehenden Ware

darstellen oder sich in einfachen dekorativen Gestaltungsmitteln erschöpfen, an die sich der Verkehr gewöhnt hat, wird einem Zeichen wegen seines bloß beschreibenden Inhalts im Allgemeinen die konkrete Eignung fehlen, die mit ihm gekennzeichneten Waren von denjenigen anderer Herkunft zu unterscheiden (BGH a. a. O. – Hefteinband; a. a. O. – Farbige Arzneimittelkapsel).

Es bleibt immer zu berücksichtigen, dass ein Zeichen, das aus dem Erscheinungsbild der Ware selbst oder eines ihrer Teile besteht, von den angesprochenen Verkehrskreisen in der Regel nicht in derselben Weise wahrgenommen wird, wie Zeichen, die vom Erscheinungsbild der mit ihnen gekennzeichneten Waren unabhängig sind. Denn die Verbraucher schließen aus der Form der Ware oder ihrer Teile erfahrungsgemäß nicht auf deren betriebliche Herkunft, sondern ziehen aus ihr lediglich Rückschlüsse auf ihre funktionellen oder ästhetischen Eigenschaften (vgl. BGH GRUR 2006, 679, 681 – Porsche Boxter; BGH a. a. O. – Transformatorgehäuse; BPatG, Beschluss vom 10. März 2010 – 28 W (pat) 170/07 - Grünes Motorgehäuse).

Unterscheidungskraft kommt solchen Abbildungen nur zu, wenn sie über lediglich dekorative Merkmale hinausgehende charakteristische Merkmale aufweisen, in denen der Verkehr einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft sieht (BGH a. a. O. - Farbige Arzneimittelkapsel). Die Schutzfähigkeit solcher Abbildungen setzt somit regelmäßig voraus, dass die wiedergegebene Ware erheblich von der Norm bzw. den branchenüblichen Gestaltungsvarianten abweicht und sich nicht nur in gebräuchlichen oder funktionell bedingten Gestaltungsmerkmalen erschöpft (vgl. EuGH GRUR 2006, 233, 234 Rdnr. 31- Standbeutel; GRUR Int. 2004, 639, 634, Rdnr. 37 - Dreidimensionale Tablettenform III). Dabei ist immer auf die besonderen Verhältnisse des maßgeblichen Warenbereichs abzustellen und zu fragen, ob der angesprochene Verkehrskreis daran gewöhnt ist, dass die Produktform in diesem Warenbereich als Herkunftshinweis verwendet wird (BGH a. a. O. - Transformatorgehäuse).

Angesprochene Verkehrskreise sind neben den medizinischen Fachkreisen vorwiegend die Endverbraucher, da die Marke hier Verwendung findet bzw. Auswirkungen hat. Es ist von einem durchschnittlichen Aufmerksamkeitsgrad auszugehen. Gerade weil die beanspruchten Waren zur Linderung von Beschwerden dienen sollen, liegt es nahe, dass es dem Verbraucher, anders als die Beschwerdeführerin vorträgt, weniger auf das Design der Ware ankommt als auf deren Funktionalität.

Die Anmelderin leitet die Unterscheidungskraft des Zeichens aus der besonderen Gestaltung der Luftschlitze ab. Diese erschöpfen sich jedoch in warentypischen und -üblichen Gestaltungsmerkmalen.

Wie bereits die Markenstelle mit Nachweisen dargelegt hat, gibt es Luftschlitze dieser Art, abhängig von ihrem konkreten Verwendungszweck, bei den verschiedensten technischen Geräten. Dies ergaben auch die der Anmelderin bereits vor der mündlichen Verhandlung mitgeteilten Ermittlungen des Senats. Lüftungsschlitze sind typische, für technische Geräte warenspezifische Elemente. Es lässt sich keine branchenbedingte Besonderheit dahingehend feststellen, dass es bei Atemgeräten eine immer gleiche bestimmte Grundform gibt, von der die vorliegende abweicht. Der Verkehr ist an diese Gestaltungen mit Schlitzen gewöhnt und wird sie eher einer Funktion zuordnen als mit ihnen ein besonderes herkunftshinweisendes Gestaltungsmerkmal zu verbinden. Die Wahrnehmung technischer Produkte ist nämlich nicht zuletzt bei den Endabnehmern eher funktionell ausgerichtet, so dass der Verbraucher grundsätzlich dazu neigt, der Formgebung eine technische Wirkung zuzuschreiben, unabhängig davon, ob diese Wertung zutreffend ist oder nicht (BPatG, Beschluss vom 10. März 2010 - 28 W (pat) 170/07, Grünes Motorgehäuse). Selbst wenn die konkrete Form der Luftschlitze nicht der Funktionalität des Atemgeräts dient, sondern zur Erfüllung der Funktion auch andere Formen möglich sind, gibt es keine Anhaltspunkte, warum der Verkehr in dieser Form eine Besonderheit sehen sollte. Entsprechende Kennzeichnungsgewohnheiten auf dem maßgeblichen Produktsektor gibt es nicht. Der Vortrag der

Beschwerdeführerin, die Zahl der Mitbewerber sei überschaubar, ändert an dieser Beurteilung nichts. Auch wenn sich nur wenige Geräte dieser Art auf dem Markt befinden, und auch wenn diese Aufmachungen nicht vollständig mit dem angemeldeten Zeichen übereinstimmen, werden die Luftschlitze vom Verkehr nur als übliches Gestaltungsmittel aufgefasst.

Dem angemeldeten Zeichen fehlt damit jegliche Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Die Beschwerde hat daher keinen Erfolg. Ob darüber hinaus das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 vorliegt, kann dahingestellt bleiben.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss können die am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde einlegen. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form einzulegen.

Frau VRI'in Klante hat
Urlaub und kann nicht
unterschreiben.

Hermann

Seyfarth

Hermann

Hu