



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 46/20

(Aktenzeichen)

Verkündet am

19. Mai 2022

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2017 106 872
(hier: Nichtigkeitsverfahren S 22/18 Lösch)

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 19. Mai 2022 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Kortbein, der Richterin Fehlhammer und der Richterin Dr. Rupp-Swienty, LL.M.,

beschlossen:

1. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.
2. Der Antrag der Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die am 11. Juli 2017 angemeldete Bildmarke



ist am 18 Oktober 2017 unter der Nummer 30 2017 106 872 für folgende Waren in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Register eingetragen worden:

Klasse 29:

Geräucherte Wurst; Gereifter Käse; Käse; Prosciutto [Schinken]; Schinken; Speck; Speckschwarten; Speckstückchen; Wurst und Würste; Wurstwaren;

Klasse 30:

Vollkornbrotmischungen; Vollkornbrot; Ungesäuertes Brot in dünnen Scheiben; Ungesäuertes Brot; Ungegorenes Brot; Toastbrote; Stangenbrote; Semmeln [Brötchen]; Semmelbrösel; Roggenbrot; Pitabrote; Mehrkornbrot; Knäckebrötchen; Glutenfreies Brot; Gewürzsalze; Gewürzsalz zum Kochen; Kochsalz; Meersalz zum Kochen; Meersalz zur Konservierung von Lebensmitteln; Pökelsalz zum Einlegen von Lebensmitteln; Salz; Salz für Nahrungsmittel; Salzlake; Salz zum Frischhalten von Nahrungsmitteln; Salz zum Kochen; Salz zum

Konservieren von Lebensmitteln; Salz zum Würzen von Speisen; Sellarialsalz; Speisesalz; Tafelsalz; Geröstetes Brot; Gefüllte Semmeln; Gefülltes Brot; Frisches Brot; Brot und Brötchen; Brotmischungen; Brot [ungesäuert]; Brot; Belegte Brote;

Klasse 32:

Weißbier; Smoothies [alkoholfreie Fruchtgetränke]; Sirupe für die Zubereitung von aromatisiertem Mineralwasser; Schwarzbier [Bier aus geröstetem Malz]; Mineralwässer; Fruchtsirup; Fruchtsäfte; Fruchtgetränke; Eisgekühlte Fruchtgetränke; Biermischgetränke; Bier; Alkoholfreie Fruchtgetränke; Alkoholfreie Biere;

Klasse 33:

Wodka; Whisky; Weinhaltige Getränke [Weinschorlen]; Weingetränke; Weine; Süßweine; Spirituosen und Liköre; Spirituosen; Sherrys; Sekt; Schnaps; Schaumweine; Sangrias; Rum; Met; Magenbitter [Liköre]; Likörweine; Liköre; Kräuterliköre; Kirschwasser; Honigwein; Grappa; Glühweine; Gin; Curacao; Cocktails; Calvados; Branntwein; Arrak; Aperitifs auf der Grundlage eines destillierten alkoholischen Likörs; Aperitifs; Anislikör; Alcopops.

Mit am 6. Februar 2018 eingegangenem Antrag hat die Beschwerdeführerin gegenüber dem Deutschen Patent- und Markenamt die vollständige Löschung der Eintragung der Marke gemäß § 50 Abs. 1 MarkenG a. F. i. V. m. § 8 Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 6 i. V. m. Abs. 4 Satz 1 MarkenG beantragt. Der Antrag wurde der Inhaberin der angegriffenen Marke gegen Empfangsbekanntnis am 20. Februar 2018 zugestellt, die daraufhin mit per Telefax am 8. März 2018 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangenem Schriftsatz der Löschung widersprochen hat.

Die Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 18. August 2020 den Antrag auf Erklärung der Nichtigkeit und Löschung der Eintragung der Bildmarke 30 2017 106 872 zurückgewiesen.

Zur Begründung ist ausgeführt, das geltend gemachte Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 6 i. V. m. Abs. 4 Satz 1 MarkenG, das verhindern solle, dass öffentliche Hoheits- und Gewährzeichen für geschäftliche Zwecke ausgenutzt und missbraucht würden, und das auch Nachahmungen von Hoheitszeichen, die deren charakteristische heraldische Merkmale aufwiesen, umfasse, liege nicht vor. Ausgehend von der heraldischen Beschreibung des kleinen bayerischen Staatswappens sei festzustellen, dass zwar das gerautete Schild in Schwarz-Weiß übernommen, aber anstelle der Volkskrone des Wappens eine andere, nicht ähnliche Krone über das Schild gesetzt worden sei. Diese ruhe zudem nicht auf den übrigen Bestandteilen, sondern schwebte mittig über dem gerauteten Schild und den gekreuzten Hämmern.

Der Löschantragstellerin sei zwar darin zuzustimmen, dass eine heraldische Nachahmung auch dann vorliegen könne, wenn das Hoheitszeichen nur in Teilen verwendet werde. Jedoch dürfe ein solcher Bestandteil nicht isoliert, sondern nur im Gesamteindruck der Marke bewertet werden. Dabei komme es für die Beurteilung insbesondere darauf an, ob der Anschein eines hoheitlichen Bezugs erweckt werde. Dies sei vorliegend zu verneinen, weil der durch die Zusammenstellung der verwendeten Symbole erweckte Gesamteindruck der in Rede stehenden Marke so deutlich von dem kleinen bayerischen Staatswappen abweiche, dass sie nicht als solches oder dessen heraldische Nachahmung, sondern als ein Phantasiegebilde wirke. Das gelte gleichermaßen, wenn das farbige Hoheitszeichen in Schwarz-Weiß wiedergegeben würde. Auch dann blieben die Unterschiede im Gesamteindruck so gravierend, dass der Verkehr die angegriffene Marke nicht als Wiedergabe des Hoheitszeichens in Schwarz-Weiß bewerte.

Auch das geltend gemachte Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG stehe der Eintragung nicht entgegen. Hierfür sei Voraussetzung, dass das Zeichen eine tatsächliche Irreführung oder zumindest eine hinreichend schwere Gefahr der Irreführung der beteiligten Verkehrskreise bewirke, was in Bezug auf die konkrete Zusammenstellung der Symbole höchst zweifelhaft sei. Denn es sei äußerst fraglich, ob der Verbraucher in der Markendarstellung überhaupt das bayerische Wappen erkenne, da die Rauten schwarz-weiß und nicht blau-weiß gestaltet, neben den Rauten weitere Bildelemente (zwei Hämmer) vorhanden seien und die Krone nicht über den Rauten angeordnet sei, sondern mittig über dem Gesamtzeichen schwebe. Hinzu komme, dass es üblich sei, Rauten in verschiedenen Farben zu verwenden. Ferner sei auch die Darstellung einer Krone in vielfältigen Ausgestaltungen ein beliebtes Symbol, so dass der Verbraucher die angegriffene Marke nicht zwangsläufig und ohne Weiteres mit der bayerischen Königskrone und/oder dem kleinen bayerischen Staatswappen assoziiere. Selbst wenn er in den Rauten einen Hinweis auf Bayern sehen sollte, führe dies zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung. Denn diejenigen Waren, die im Zusammenhang mit dem Salzbergwerk in Berchtesgaden stünden, stammten unstreitig aus Bayern. Auch bei den übrigen Waren sei nicht ausgeschlossen, dass diese aus Bayern kommen könnten. Eine nicht irreführende Verwendung der angegriffenen Marke könne also nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

Hiergegen wendet sich die Löschantragstellerin mit ihrer Beschwerde, die sie damit begründet, dass die Markenabteilung in ihrer Bewertung verkannt habe, dass die angegriffene Marke sowohl eine Nachahmung des kleinen bayerischen Staatswappens als auch der königlich bayerischen Wappen und Marken enthalte und weder der Freistaat Bayern noch das bayerische Königshaus der Verwendung bzw. der Nachahmung der Wappen zugestimmt habe. Die angegriffene Marke vermittele damit den falschen Eindruck einer - tatsächlich nicht bestehenden - besonderen Verbindung zum Freistaat Bayern als auch zum bayerischen Königshaus, auf welche sich die Inhaberin der angegriffenen Marke als Unternehmen mit Sitz in Baden-Württemberg nicht berufen könne.

Die Löschungsantragstellerin, deren Geschäftsführer Prinz Luitpold von Bayern sei, sei damit betraut, die Schutzrechte des Hauses Wittelsbach, des ehemaligen bayerischen Königshauses, zu pflegen, zu verwalten und durchzusetzen. Zu den vom Hause Wittelsbach geführten Wappenelementen gehörten insbesondere die bayerischen Rauten als Kernwappen sowie die bayerische Königskrone. Markenrechtlich geschützt sei beispielsweise das Zeichen 30 2014 061 167



Daran lehne sich die angegriffene Marke erkennbar an. Im Gegensatz zur Inhaberin der angegriffenen Marke sei die Löschungsantragstellerin zur Führung ihrer Kennzeichen durch die entsprechende Zustimmung sowohl des Hauses Wittelsbach als auch des Freistaats Bayern berechtigt.

Das kleine bayerische Staatswappen bestehe gemäß Artikel 1 Abs. 2 des Gesetzes über das Wappen des Freistaates Bayern (WappenG) aus einem in Weiß (Silber) und Blau schräg rechts gerauteten Schild, auf dem die Volkskrone ruhe. Nach der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren vom 11. März 1987 zur Verwendung von Bestandteilen der bayerischen Staatswappen sei es unzulässig, ohne Genehmigung der Regierung dem Rautenzeichen die Volkskrone der Staatswappen, andere Kronen, Wappentiere, schildhaltende Tiere oder Figuren oder ähnliche Zeichen beizufügen. Die angegriffene Marke beinhalte mit dem gerauteten Schild den ersten Bestandteil des kleinen bayerischen Staatswappens und mit der übergeordneten Krone den zweiten in der heraldischen Beschreibung genannten Bestandteil. Damit sei das kleine bayerische Staatswappen nahezu

identisch übernommen, zumindest jedoch im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 6, Abs. 4 Satz 1 MarkenG heraldisch nachgeahmt und unter Missachtung der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren mit einer Kronendarstellung ergänzt worden. Daneben weise die Marke nur minimale und für die angesprochenen allgemeinen Verkehrskreise nicht bedeutende Abweichungen, wie schwarz-weiße Farbgebung, Hinzufügung eines weiteren Wappens mit gekreuzten Hämmern und leichte Versetzung der übergeordneten Krone über beiden Wappenbestandteilen, auf. Keines dieser Elemente könne aus dem Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 6 MarkenG herausführen, bei dessen Prüfung es entgegen der Annahme der Markenabteilung nicht auf die Ermittlung des Gesamteindrucks des Zeichens ankomme, sondern lediglich darauf, ob darin ein Wappen im Sinne dieser Vorschrift oder dessen charakteristischen heraldischen Merkmale enthalten seien. Abgesehen davon, stelle sich auch das weitere grafische Element als Wappenschild dar, welches somit als heraldische Ergänzung angesehen werde. Die abweichende Farbgebung sei insofern unerheblich, als Schwarz-Weiß auch Blau-Weiß umfasse und überdies der Hell-Dunkel-Kontrast derselbe sei. Die mittige Verschiebung der Krone, die ebenso wie die Krone des kleinen bayerischen Staatswappens in Seitenansicht fünf Bügel bzw. einen mit Steinen geschmückten goldenen Reifen mit fünf ornamentalen Blättern aufweise, über beide Schilde werde von den angesprochenen Verkehrskreisen lediglich als harmonische Verbindung zwischen beiden Schilden angesehen. Eine irgendwie geartete Trennung zwischen gerautetem Schild und Krone sei hingegen nicht gegeben. Vielmehr würde die Darstellung der Krone auch weiterhin dem gerauteten Schild zugeordnet.

Darüber hinaus sei die angegriffene Marke auch täuschend im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG, weil sie den angesprochenen Verkehrskreisen den irrigen Eindruck vermittele, dass die mit der Marke gekennzeichneten Waren vom Hause Wittelsbach oder von einer staatlichen bayerischen Stelle stammten bzw. mit deren Zustimmung angeboten würden. Da durch eine vermeintliche Verbindung zum Freistaat Bayern bzw. zum bayerischen Königshaus eine besondere Qualität und

Tradition suggeriert werde, weise die insoweit falsche Angabe die erforderliche wettbewerbsrechtliche Relevanz auf. Eine Irreführung sei auch darin zu sehen, dass die angegriffene Marke auf die Herkunft der so gekennzeichneten Produkte aus Bayern hinweise, was jedoch tatsächlich nicht der Fall sei.

Im Übrigen verweist die Löschantragstellerin auf ihrer Ansicht nach vergleichbare Marken, deren Eintragung vom Deutschen Patent- und Markenamt gelöscht worden sei, weil sie Nachahmungen des bayerischen Staatswappens enthielten und für irreführend erachtet worden seien.

Parallel zum beschwerdegegenständlichen Nichtigkeitsverfahren hat die Löschantragstellerin aus ihrer oben genannten Wort-/Bildmarke 30 2014 061 167 Widerspruch gegen die Eintragung der angegriffenen Marke erhoben, dessen Bearbeitung vom Deutschen Patent- und Markenamt zurückgestellt worden ist.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts, Markenabteilung 3.4, vom 18. August 2020 aufzuheben und die Löschung der Eintragung der Marke 30 2017 106 872 anzuordnen.

Zugleich regt sie die Zulassung der Rechtsbeschwerde zu folgender Frage an:

„Handelt es sich bei der im Rahmen des Beschwerdeverfahrens angegriffenen Bildmarke 30 2017 106 872 um eine heraldische Nachahmung des kleinen bayerischen Staatswappens auf Grundlage des § 8 Abs. 2 Nr.6, Abs. 4 Satz 1 MarkenG?“

Die Beschwerdegegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen und der Beschwerdeführerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Ihrer Ansicht nach sei die Zustimmung des bayerischen Königshauses zur Verwendung des angegriffenen Zeichens schon deshalb nicht erforderlich, weil es kein bayerisches Königshaus mehr gebe. Sofern die Löschantragstellerin über ältere Marken verfüge, sei es ihr unbenommen, diese im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens geltend zu machen. Für das vorliegende Nichtigkeitsverfahren, das als Popularverfahren von jedermann betrieben werden könne, seien weder die Ausführungen der Löschantragstellerin zu ihrer Verbindung zum Hause Wittelsbach noch zu dessen etwaiger Beziehung zum Freistaat Bayern relevant.

Bei der angegriffenen Marke handele es sich nicht um eine Nachahmung des kleinen bayerischen Staatswappens. Insbesondere sei das gerautete Schild nicht in Blau-Weiß, sondern in Schwarz-Weiß gehalten und übernehme damit nicht die Farbgebung des Wappens, der eine zentrale Bedeutung zukomme. Des Weiteren fehle es an der auf dem Schild ruhenden Volkskrone. Während diese beim bayerischen Wappen unmittelbar am oberen Rand des Schildes angebracht sei, schwebe die Krone in der angegriffenen Marke über zwei Schilden. Zudem weiche diese auch in ihrer konkreten Ausführung, die sie als sogenannte Rang- oder Herzogskrone erscheinen lasse, deutlich von der flachen, aus einem Blätterkranz bestehenden Volkskrone, wie sie auch in vielen Wappen anderer Länder enthalten sei, ab. Die Unterschiede im Gesamteindruck seien damit so gravierend, dass der Verkehr die in Rede stehende Marke nicht als Wiedergabe des Hoheitszeichens werten werde. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass sie ein weiteres Wappen bzw. ein Symbol der Bergwerkszunft enthalte, das den Gesamteindruck mindestens genauso beeinflusse wie die anderen Zeichenbestandteile und damit nicht nur eine minimale Abweichung, sondern eine grundsätzliche Abwandlung bewirke.

Auch soweit es nach der von der Löschungsantragstellerin zitierten Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren unzulässig sei, dem Rautenschild, das für sich genommen nach diesen Vorgaben ohnehin gemeinfrei verwendet werden dürfe, jegliche Kronendarstellungen beizufügen, so stehe dieses Verbot ausdrücklich unter dem einschränkenden Vorbehalt, dass dadurch ein amtlicher Eindruck bewirkt werde. Ein solcher werde aber weder durch die Verwendung des Rautenmusters noch durch eine Kombination mit einer Kronendarstellung zwangsläufig vermittelt, was die zahlreichen auf dem Markt befindlichen Produkte, wie Tischdecken, T-Shirts, Schürzen, Bikinis, Kfz-Kopfstützenüberzüge oder Aufkleber, zeigten, die derartige Motive aufwiesen, ohne damit einen hoheitlichen Bezug naheulegen.

Das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG komme schon deshalb nicht in Betracht, weil die angegriffene Marke im Zusammenhang mit Waren und Dienstleistungen aus Berchtesgaden verwendet werde, die aus einem 500 Jahre alten Bergwerk stammten. Im Übrigen werde darauf hingewiesen, dass sie für ein eingeschränkteres Warenverzeichnis bereits seit 1994 im Register des Deutschen Patent- und Markenamts eingetragen sei und damit auch die langjährige unbeanstandete Registrierung für dessen Unbedenklichkeit spreche.

Der Antrag auf Kostenauflegung sei deshalb gerechtfertigt, weil die Argumentation der Löschungsantragstellerin, dass es zur Führung der angegriffenen Marke der Zustimmung des bayerischen Königshauses bedürfe, derart absurd sei, dass die Stützung des Verfahrens hierauf sanktioniert werden müsse.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss der Markenabteilung, die Schriftsätze der Beteiligten, den Ladungszusatz des Senats vom 14. März 2022 nebst der ihm beigefügten Rechercheergebnisse, das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 19. Mai 2022 sowie auf den übrigen Akteninhalt verwiesen.

II.

Die nach § 66 Abs. 1 Satz 1 MarkenG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde der Löschantragstellerin bleibt in der Sache ohne Erfolg.

1. Im Laufe des Verfahrens sind die hierauf anzuwendenden Vorschriften durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2015/2436 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2015 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (Markenrechtsmodernisierungsgesetz – MaMoG, BGBl. I 2018, Seite 2357) gemäß Art. 5 Abs. 1 MaMoG teilweise mit Wirkung zum 14. Januar 2019, im Übrigen gemäß Art. 5 Abs. 3 MaMoG mit Wirkung zum 1. Mai 2020 novelliert worden. Eine relevante Änderung der Rechtslage ergibt sich für den Streitfall hieraus jedoch nicht. Für den am 6. Februar 2018 gestellten Löschantrag ist gemäß der Übergangsregelung des § 158 Abs. 8 MarkenG die Vorschrift des § 50 Abs. 2 MarkenG in seiner bis 13. Januar 2019 geltenden Fassung anzuwenden. Die Änderung der zum 1. Mai 2020 in Kraft getretenen Vorschriften betreffend das Verfalls- und Nichtigkeitsverfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt gemäß §§ 53 und 54 MarkenG berührt bereits abgeschlossene Verfahrenshandlungen nicht (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Auflage, § 53 Rn. 105), so dass sich der davor eingelegte Löschantrag als auch der dagegen erhobene Widerspruch der Inhaberin der angegriffenen Marke weiterhin nach § 54 MarkenG a. F. bestimmt. Zu berücksichtigen ist lediglich die aus Gründen der Anpassung an die Terminologie des Art. 45 der Richtlinie (EU) 2015/2436 mit Wirkung zum 14. Januar 2019 vorgenommene Umbenennung des Löschantragsverfahrens wegen absoluter Schutzhindernisse in Nichtigkeitsverfahren wegen absoluter Schutzhindernisse gemäß Art. 1 Nrn. 28 und 33 MaMoG (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 50 Rn. 2, § 53 Rn. 2).

2. Der nach § 54 Abs. 1 MarkenG a. F. zulässige Antrag auf Nichtigklärung vom 6. Februar 2018 wurde der Inhaberin der angegriffenen Marke gegen Empfangsbekanntnis am 20. Februar 2018 zugestellt. Sie hat der Löschung mit am 8. März 2018 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangenen Schriftsatz vom 7. März 2018, mithin innerhalb der 2-Monatsfrist des § 54 Abs. 2 Satz 2 MarkenG a. F. widersprochen, so dass das Nichtigkeitsverfahren durchzuführen war.

3. Die Beschwerde ist unbegründet, weil die angegriffene Marke weder ein staatliches Hoheitszeichen oder dessen Nachahmung gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 6, Abs. 4 Satz 1 MarkenG enthält, noch täuschend im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG ist, so dass die Marke nicht entgegen § 8 MarkenG eingetragen worden ist und damit nicht für nichtig erklärt sowie gelöscht werden kann (§ 50 Abs. 1 MarkenG).

a) Nach § 8 Abs. 2 Nr. 6 MarkenG sind Zeichen, die Staatswappen, Staatsflaggen oder andere staatliche Hoheitszeichen oder Wappen eines inländischen Ortes oder eines inländischen Gemeinde- oder Kommunalverbandes enthalten, von der Eintragung ausgeschlossen. Die Vorschrift dient der Umsetzung des Art. 4 Abs. 1 Buchstabe h der Richtlinie (EU) 2015/2436, der wiederum Art. 6ter der Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ) Rechnung trägt. Ihr gesetzgeberischer Zweck liegt darin, zu verhindern, dass öffentliche Hoheitszeichen für geschäftliche Zwecke ausgenutzt oder gar missbraucht werden, zumal sie auch nicht Gegenstand von Monopolrechten einzelner Privater werden dürfen. Eine Eintragung oder Benutzung würde das Recht des Staates verletzen, die Verwendung der Symbole seiner Hoheitsgewalt zu kontrollieren, und könnte außerdem den Verkehr über den Ursprung der mit solchen Marken gekennzeichneten Waren irreführen (Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 8 Rn. 967; BGH GRUR 2003, 705 - Euro-Billy). Der tatbestandlich breit angelegte § 8 Abs. 2 Nr. 6 MarkenG, der unabhängig von den beanspruchten Waren und/oder Dienstleistungen gilt, ist nach herrschender

Rechtsauffassung eher eng auszulegen und einer ausdehnenden Interpretation nicht zugänglich, zumal widerrechtliche Benutzungen von Hoheitszeichen auch als Ordnungswidrigkeit verfolgt werden können (vgl. BGH, a. a. O. - Euro-Billy; BPatG GRUR 2009, 495 - Flaggenball; Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 8 Rn. 969).

Um der ungerechtfertigten Ausnutzung hoheitlicher Symbole entgegenzuwirken, genügt es für die Schutzversagung, wenn lediglich ein Bestandteil des fraglichen Zeichens ein derartiges staatliches Hoheitszeichen darstellt, welches innerhalb des Gesamtzeichens hinreichend deutlich - d. h. als solches - in Erscheinung treten muss. Zudem ist das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 6 MarkenG gemäß § 8 Abs. 4 Satz 1 MarkenG auch dann anzuwenden, wenn das Anmeldezeichen die Nachahmung eines dort genannten Hoheitszeichens enthält. Ob in der Marke ein staatliches Hoheitszeichen nachgeahmt wird, ist dabei nicht durch Rückgriff auf die allein das Markenkollisionsrecht regelnden Vorschriften der §§ 9 Abs. 1 Nr. 2 und 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG mittels Prüfung einer etwaigen Ähnlichkeit oder einer Gefahr der Verwechslung der betreffenden Marke mit dem staatlichen Hoheitszeichen zu ermitteln. Der Begriff der Nachahmung im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 1 MarkenG knüpft vielmehr an den in Art. 6^{ter} Abs. 1 Buchstabe a PVÜ enthaltenen Begriff der „Nachahmung im heraldischen Sinn“ an (vgl. Amtl. Begr. zum MarkenG 1995, BIfPMZ 1994, Sonderheft, Seite 65). Hierunter fallen solche Nachahmungen, die gerade die charakteristischen heraldischen Merkmale aufweisen, die das Hoheitszeichen von anderen Zeichen unterscheidet. Bei dem Vergleich „im heraldischen Sinne“ ist dabei maßgeblich auf die (offizielle) heraldische Beschreibung des Hoheitszeichens abzustellen (vgl. EuGH GRUR Int. 2010, 45 Rn. 48 – Ahornblatt; BPatG 30 W (pat) 703/13 – DE-Flagge).

Ausgehend von diesen Grundsätzen enthält die angegriffene Marke weder ein Hoheitszeichen noch eine unzulässige Nachahmung eines solchen.

(1) Die Darstellung der angegriffenen Marke besteht aus zwei unmittelbar aneinandergesetzten Wappenschilden, wovon das linke ein rautenförmiges Muster und das rechte zwei gekreuzte Hämmer enthält. Mittig mit einigem Abstand darüber platziert ist die Abbildung einer Krone mit fünf aus dem Kronenreif hervortretenden perlenbesetzten Bügeln, auf deren Scheitelpunkt ein Kreuz angebracht ist.

(2) Ein staatliches Hoheitszeichen oder Wappen im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 6 MarkenG in Gänze ist in der besagten Marke nicht enthalten. Insbesondere ist das von der Löschungsantragstellerin angeführte kleine bayerische Staatswappen



nicht identisch in die Marke übernommen worden.

(3) Die Gegenstand des Nichtigkeitsverfahrens bildende Marke weist auch keine Nachahmung eines Hoheitszeichens gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 6 i. V. m. Abs. 4 Satz 1 MarkenG auf, die im Verkehr die irrige Vorstellung auslösen könnte, es handele sich um das amtliche Zeichen (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 8 Rn. 977). Mit dem schräg rechts gerauteten Wappenschild und dem Kronenmotiv verfügt sie zwar über Elemente, die auch im kleinen bayerischen Staatswappen enthalten sind. Angesichts der vorhandenen Abweichungen ist jedoch nicht von einer Übernahme des heraldischen Ausdrucks des Staatswappens auszugehen. Wie ausgeführt, bestimmt sich dieser in erster Linie nach der offiziellen heraldischen Beschreibung des Hoheitszeichens, die in Art. 1 Abs. 2 WappenG wie folgt niedergelegt ist:

„Das kleine bayerische Staatswappen besteht aus einem in Weiß (Silber) und Blau schräg rechts gerauteten Schild, auf dem die Volkskrone ruht.“

Demzufolge wird das Staatswappen im Wesentlichen durch das „Rautenschild“, die „Volkskrone“ sowie deren Positionierung als „auf dem Schild ruhend“ charakterisiert.

(a) Die in der angegriffenen Marke enthaltene linke Schilddarstellung entspricht zwar dem in der Wappenerklärung beschriebenen Schild, als sie nicht nur ein von links oben nach rechts unten verlaufendes Rautenmuster beinhaltet, sondern mit der horizontalen Schraffierung der dunklen Rauten auch die typische Farbgebung Blau-Weiß andeutet. Denn in der Heraldik werden die Farben eines Wappens bei schwarz-weißer Wiedergabe mittels einer fest definierten Schraffierung dargestellt, wobei die Farbe Blau durch eine horizontale Schraffur symbolisiert wird (vgl. die als Anlage 1 zur Ladung vom 14. März 2022 übermittelten Fundstellen: Online-Enzyklopädie Wikipedia unter „<https://de.wikipedia.org/wiki/Tingierung>“; Handbuch zur Verwendung des großen und kleinen bayerischen Staatswappens, Seite 17, zugänglich über die Homepage des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren, für Sport und Integration).

Allerdings kann dahinstehen, ob die in erster Linie angesprochenen allgemeinen Verkehrskreise über derartige Kenntnisse der Heraldik verfügen. Denn die Übernahme des Rautenschildes suggeriert weder in Schwarz-Weiß noch in Blau-Weiß einen amtlichen Charakter. Dafür spricht, dass der Freistaat Bayern als Hoheitsträger in einer das Wappengesetz ergänzenden Regelung die Verwendung des Rautenschildes ausdrücklich freigegeben hat. So können nach der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern über die Verwendung von Bestandteilen der bayerischen Staatswappen vom 11. März 1987 *„die weiß-blauen Rauten („Wecken“), heraldisches Symbol des kleinen Staatswappens und des Herzschildes im großen Staatswappen, ... zu Zwecken, die*

mit Sinn und Ansehen dieser Zeichen vereinbar sind, in beliebiger Form, also auch in Form eines Wappenschildes verwendet werden“.

Von dieser Freigabe durch den Hoheitsträger wird im Rahmen der Bewerbung und Kennzeichnung von bayerischen Produkten vielfach Gebrauch gemacht, was sowohl die von der Inhaberin der angegriffenen Marke exemplarisch angeführten Marken als auch die beigebrachten Abbildungen entsprechender Produktaufmachungen überzeugend illustrieren. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der angesprochene Verkehr an die Verwendung des Rautenschildes, selbst in Blau-Weiß, durch Dritte ausreichend gewöhnt ist und ihm keinen hoheitlichen Charakter beimisst, zumal der Freistaat Bayern für seine staatlichen Institutionen stets das große oder kleine Staatswappen in seiner jeweiligen Gesamtheit und ohne jegliche Varianten verwendet.

(b) Die Kronendarstellung in der angegriffenen Marke setzt sich aufgrund ihrer konkreten Ausgestaltung hinreichend deutlich von derjenigen in dem kleinen und großen bayerischen Staatswappen ab. In diesen ist laut heraldischer Beschreibung die „Volkskrone“ abgebildet. Hierunter wird allgemein eine flache Blätterkrone verstanden, wie sie in Wappen mehrerer Bundesländer (Rheinland-Pfalz, Berlin, Baden-Württemberg, Hessen) enthalten ist. Sie wurde nach der Abschaffung der Monarchie in Deutschland als Ersatz für die monarchischen Kronen (Rangkronen) eingeführt und wird in Abgrenzung zu diesen als schmaler Reif dargestellt (vgl. die als Anlage 2 zur Ladung vom 14. März 2022 übermittelten Fundstellen: „<https://www.heraldik-wiki.de/wiki/Volkskrone>“, „<https://de.wikipedia.org/wiki/Volkskrone>“ und „<https://www.dewiki.de/Lexikon/Volkskrone>“). Die in der angegriffenen Marke enthaltene Krone weist oben miteinander verbundene Stege auf, auf deren Berührungspunkt ein Kreuz sitzt. Sie sind in Form von aneinander gereihten Kugeln dargestellt, was den Eindruck hervorruft, sie seien mit Edelsteinen besetzt. Insgesamt ähnelt die in der gegenständlichen Marke wiedergegebene Krone in ihrer

pompösen und altmodisch anmutenden Aufmachung einer Königs- oder Herzogskrone und damit einer Rangkrone. Sie entspricht nicht der Volkskrone mit ihrer flachen über den ganzen oberen Schildrand reichenden Blätterkrone. Da das Motiv einer Krone allein nicht ausreicht, um eine heraldische Nachahmung annehmen zu können, und die Kronendarstellungen aufgrund ihrer unterschiedlichen Bedeutung anders gestaltet sind, führt die in der angegriffenen Marke abgebildete Rangkrone von dem Eindruck weg, es handele sich bei jener um eine Variante des geltenden Landeswappens.

(c) Hinzu kommt, dass die Krone in der von dem Löschungsantrag betroffenen Marke anders positioniert ist als diejenige in dem kleinen bayerischen Staatswappen. Folglich fehlt ein drittes für die Assoziation mit diesem sprechendes Element. Denn laut heraldischer Beschreibung „ruht“ die Volkskrone auf dem Rautenschild, was ausweislich der Fundstellen in Anlage 2 zur Ladung vom 14. März 2022 die Volkssouveränität verkörpert. In der angegriffenen Marke ist die Kronendarstellung jedoch deutlich vom Rautenschild abgesetzt und schräg nach rechts versetzt über diesem angeordnet, wodurch sich die heraldische Charakteristik der Einheit zwischen Krone und Schild im Sinne der Souveränität des Volkes verliert.

(d) Gegen die Annahme, es handele sich bei der vorliegenden Bildmarke um eine Nachahmung, vor allem des kleinen bayerischen Staatswappens, spricht auch der Umstand, dass sie sich in die Vielzahl ähnlicher Gestaltungen, bestehend aus Rautenschild oder Landesfarben und Kronenmotiv, die dem Verkehr häufig als rein dekorative Aufmachungen begegnen, einreihet. Eine solche nicht amtliche Verwendung zeigen die von der Inhaberin der angegriffenen Marke beigebrachten Beispiele auf Bekleidungsstücken, Aufklebern oder Autositzüberzügen. Auch als Kennzeichen bayerischer Unternehmen, wie etwa des Münchner Hofbräuhauses, des Brauhauses Tegernsee (vgl. die als Anlage 3 zur Ladung vom 14. März 2022

übermittelten Verwendungsbeispiele: „<https://www.hofbraeu-muenchen.de>“ und „<https://www.brauhaus-tegernsee.de/das-brauhaus/historie/>“) oder der von der Inhaberin der angegriffenen Marke ergänzend genannten Hotels Bayerischer Hof in München und Bayreuth, ist die Kombination beliebt. Selbst die Löschungsantragstellerin setzt entsprechend gestaltete Bildzeichen mit den Elementen Rautenschild und Krone zur Kennzeichnung ihrer eigenen Unternehmen, wie etwa der Porzellanmanufaktur Nymphenburg, ein. Soweit sie sich diesbezüglich auf die Zustimmung sowohl des Hauses Wittelsbach als auch des Freistaats Bayern zur Markenführung beruft, ändert dies nichts daran, dass diese Zeichen dem Verkehr, dem derartige Absprachen regelmäßig nicht bekannt sind, als privatrechtliche Unternehmenskennzeichen begegnen. Auch wenn ihm möglicherweise bewusst ist, dass diese Art der Zeichenbildung oftmals auf eine frühere Verbindung zum Königshaus zurückgeht, sei es, dass das jeweilige Unternehmen früher im Besitz des Königshauses war, sei es, dass es sich um einen sogenannten königlichen Hoflieferanten gehandelt hat, ist ihm ohne weiteres klar, dass derartige Beziehungen nicht mehr bestehen und diese Unternehmen heute rein privatwirtschaftlich geführt werden. An derartige Gepflogenheiten gewöhnt wird der Verkehr auch die angegriffene Marke mithin nicht als staatliches Hoheitszeichen, sondern als eine auf die geografische Herkunft (bayerisches Rautenschild), auf den Gegenstand des Geschäftsbetriebs (Hammerzeichen als Symbol der Bergwerkszunft) und ggf. auf eine langjährige Historie (Kronensymbol) anspielende Kennzeichnung verstehen.

(4) Damit steht die gegenständliche Marke auch im Einklang mit der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern über die Verwendung von Bestandteilen der bayerischen Staatswappen vom 11. März 1987, nach der es unzulässig ist, „... dem Rautenzeichen ... die Volkskrone der Staatswappen, andere Kronen ... oder ähnliche Zeichen beizufügen oder sie so zu verwenden, dass ein amtlicher Eindruck entstehen kann.“

Der in dieser Regelung zum Ausdruck gebrachte Vorbehalt, der sich nach Auffassung des Senats gleichermaßen auf die Beifügung der besagten Elemente zum Rautenzeichen als auch auf die (anschließende) Verwendung entsprechend kombinierter Zeichen bezieht, zeigt, dass aus Sicht des Hoheitszeichenträgers nicht die Kombination aus Rautenschild und Krone per se zu untersagen ist, weil dadurch stets ein hoheitlicher Eindruck vermittelt würde, sondern vielmehr, dass ein solcher Eindruck nur bei bestimmten Konstellationen entsteht, in denen neben der Übernahme der Symbole als solche auch die spezifische heraldische Charakteristik nachgeahmt wird. Dafür, dass dies vorliegend nicht der Fall ist, spricht zumindest indiziell auch, dass der Freistaat Bayern weder die langjährige Nutzung der Marke durch die Beschwerdegegnerin im Rahmen des Betriebs des Salzbergwerks Berchtesgaden beanstandet hat, noch gegen zwei identische Marken, die für Salz im Jahr 1994 (Reg.Nr. 205 682 9) bzw. weitere Lebensmittel im Jahr 2017 (Reg.Nr. 30 2017 104 597) für sie eingetragen worden sind, vorgegangen ist.

(5) Die angegriffene Marke enthält auch keine anderen nach § 8 Abs. 2 Nr. 6 MarkenG zu berücksichtigenden Hoheitszeichen oder Nachahmungen derselben. Die Abbildung der bayerischen Königskrone - sofern man mit der Löschantragstellerin davon ausgeht, dass diese in der Marke dargestellt ist - unterliegt, wie bereits die Markenabteilung zutreffend festgestellt hat, als veraltetes Hoheitszeichen keinem besonderen markenrechtlichen Schutz (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 8 Rn. 973). Wappen von Adelsfamilien, wie etwa des Hauses Wittelsbach, sind keine Hoheitszeichen und als bloße Privatwappen ebenfalls nicht vom Schutz des § 8 Abs. 2 Nr. 6 MarkenG umfasst (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 8 Rn. 984). Sie können allenfalls im Kollisions- oder Verletzungsverfahren als ältere Rechte geltend gemacht werden.

b) Schließlich ist die Marke auch nicht entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG eingetragen worden. Nach dieser Vorschrift ist eine Marke von der Eintragung ausgeschlossen oder für nichtig zu erklären, wenn sie geeignet ist, das Publikum insbesondere über die Art, die Beschaffenheit oder die geografische Herkunft der Waren und/oder Dienstleistungen zu täuschen. Eine Täuschungsgefahr kann jedoch grundsätzlich nur bei objektiv unrichtigen Zeichen und Angaben angenommen werden (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 8 Rn. 889) und rechtfertigt die Zurückweisung einer Markenmeldung oder die Nichtigerklärung einer Markeneintragung auch nur dann, wenn die Marke in jedem denkbaren Fall ihrer registermäßigen Verwendung irreführend wäre (st. Rspr., Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 8 Rn. 893, 932; BPatG GRUR 1989, 593 - Molino).

Hiervon ausgehend liegt eine Täuschungsgefahr nicht vor.

(1) Sofern vorliegend davon ausgegangen wird, dass der angesprochene Verkehr angesichts des in der Marke enthaltenen Rautenschildes eine bayerische Herkunft oder einen sonstigen Bezug der so gekennzeichneten Produkte zu Bayern annimmt und wegen der Kombination mit dem Kronenmotiv auf eine langjährige Tradition, zurückgehend auf einen bereits zu Zeiten des bayerischen Königreichs bestehenden Geschäftsbetrieb schließt, handelt es sich schon deshalb nicht um objektiv falsche Angaben, als zum einen die beanspruchten Waren aus Bayern stammen können und zum anderen sich die Beschwerdegegnerin als Inhaberin des ehemals im königlichen Besitz befindlichen Salzbergwerks im bayerischen Berchtesgaden berechtigterweise auf eine königliche Tradition berufen kann. Damit scheidet eine Täuschungsgefahr mangels unrichtiger Angabe aus.

(2) Falls Teile des Verkehrs in der gegenständlichen Marke das Wappen des Freistaats Bayern, das Adelswappen des Hauses Wittelsbach oder eines anderen bayerischen Adelshauses erkennen und damit etwa eine besondere Qualität oder

Tradition hinsichtlich der so gekennzeichneten Waren erwarten sollten, begründet dies ebenfalls keine Täuschungsgefahr. Denn angesichts der theoretisch bestehenden Möglichkeit der Zustimmung bzw. nachträglichen Genehmigung des Freistaats Bayern zur Wappenführung (vgl. § 8 Abs. 4 Satz 2 MarkenG, § 5 Ausführungsverordnung Wappengesetz) als auch der freien Übertragbarkeit der Marke auf Adelspersonen ist eine nichttäuschende Verwendung nicht per se ausgeschlossen. In diesem Fall scheidet die Annahme einer Täuschungsgefahr mithin aus, weil die Marke nicht in jedem denkbaren Fall ihrer Verwendung irreführend wäre.

c) Die Eintragung der Marke ist folglich nicht entgegen bestehender Schutzhindernisse vorgenommen worden (§ 50 Abs. 1 MarkenG). Der Verweis der Löschantragstellerin auf abweichende Vorentscheidungen zu ihrer Ansicht nach vergleichbare Marken ist unbehelflich, weil diese ebenso wenig eine rechtliche Bindungswirkung zu entfalten vermögen wie Voreintragungen (st. Rspr. vgl. z. B. EuGH GRUR 2009, 667 - Bild.T-Online u. ZVS unter Hinweis u. a. auf die Entscheidungen EuGH GRUR 2008, 229 Rn. 47 bis 51 - BioID; GRUR 2004, 674 Rn. 42 bis 44 - Postkantor; BGH GRUR 2008, 1093 Rn. 18 - Marlene-Dietrich-Bildnis I; BPatG GRUR 2009, 1175 - Burg Lissingen; MarkenR 2010, 139 - VOLKSFLAT).

4. Für eine Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen gemäß § 71 Abs. 1 Satz 1 MarkenG besteht keine Veranlassung. Die Beantwortung der Frage, ob eine Marke in unzulässiger Weise Hoheitszeichen enthält oder nachahmt, liegt nicht ohne Weiteres auf der Hand, so dass sich weder der Antrag auf Nichtigerklärung und Löschung noch die Einlegung der Beschwerde als von vornherein aussichtslos und damit mit der prozessualen Sorgfaltspflicht unvereinbar darstellen.

5. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde ist nicht veranlasst. Der Senat hat die Frage, ob die angegriffene Marke ein über § 8 Abs. 2 Nr. 6 MarkenG geschütztes Hoheitszeichen oder dessen Nachahmung im Sinne von § 8 Abs. 4 Satz 1 MarkenG enthält und deshalb vom markenrechtlichen Schutz ausgeschlossen ist, anhand allgemein anerkannter Kriterien geprüft. Die Beantwortung der von der Löschantragstellerin aufgeworfenen Frage, ob es sich bei der angegriffenen Marke um eine heraldische Nachahmung des kleinen bayerischen Staatswappens handelt, hängt von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab, insbesondere von den bestehenden Werbe- und Bezeichnungsgewohnheiten und der dadurch geprägten Verkehrsauffassung. Hierbei geht es im Wesentlichen um die Feststellung tatsächlicher Umstände, nicht aber um die Klärung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gemäß § 83 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG (vgl. auch Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 83 Rn. 21 m. w. N.). Anhaltspunkte dafür, dass gemäß § 83 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs erfordern, sind ebenfalls nicht ersichtlich.

III.

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 eine beim Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwältin oder einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt in elektronischer Form einzulegen.