



# BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 54/09

---

(AktENZEICHEN)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Markenmeldung 307 23 130.5**

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 10. Februar 2010 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Fuchs-Wisseemann sowie der Richter Reker und Lehner

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I**

Die Markenstelle für Klasse 38 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die für die Waren und Dienstleistungen

"9 Computerhardware, -software und -programme; Computerhardware und -software zur Vereinfachung des elektronischen Zahlungsverkehrs; Computerhardware und Verschlüsselungssoftware, insbesondere Software für Kodierungsschlüssel, digitale Zertifikate und digitale Unterschriften; Software für sichere Datenspeicherung, sicheren Datenabruf und zur Übertragung vertraulicher Kundeninformationen zur Verwendung durch Einzelpersonen, Banken und Finanzinstitutionen; Magnetkarten und Karten mit integrierten Schaltkreisen ("Smartcards"); elektronisch lesbare Abbuchungskarten, Bankkarten, Kreditkarten, Debitkarten und Zahlkarten; Kartenlesegeräte; Computersoftware zur Ermöglichung der Interaktion von Smartcards mit Terminals und Lesegeräten; Telekommunikationsausrüstungen; elektronische Kassen und Computersoftware für die Übertragung, Anzeige und Speicherung von Transaktions-, Identifikations- und Finanzinformationen zur Verwendung im Finanzdienstleistungs- und Bankgewerbe und im Bereich der Telekommunikation; Funkfrequenzerkennungsgeräte (Transponder); elektronische Prüfgeräte zur Überprüfung der

Echtheit von Abbuchungskarten, Bankkarten, Kreditkarten, Debitkarten und Zahlkarten;

16 Papier, Pappe (Karton) und Waren aus diesen Materialien, soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind; Druckereierzeugnisse; Buchbindeartikel; Fotografien; Schreibwaren; Klebstoffe für Papier- und Schreibwaren oder für Haushaltszwecke; Künstlerbedarfsartikel; Pinsel; Schreibmaschinen- und Büroartikel (ausgenommen Möbel); Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate); Verpackungsmaterial aus Kunststoff, soweit es nicht in anderen Klassen enthalten ist; Drucklettern; Druckstöcke; gedruckte Veröffentlichungen, Druckschriften, Broschüren, Zeitungen, Zeitschriften und Magazine, Druckereierzeugnisse, alle in Bezug auf das Bankwesen, Kreditkarten und Debitkarten;

36 Versicherungsdienstleistungen; Finanzdienstleistungen; Dienstleistungen von Banken und Kreditkartenunternehmen, insbesondere Ausgabe von Kreditkarten, Debitkarten, Zahlungsabbuchungskarten und Guthabekarten; Finanzdienstleistungen zur Durchführung des Devisentransfers und des elektronischen Zahlungsverkehrs, zur Aufladung von Telefonkarten über Bankautomaten, zur Durchführung und Abrechnung von Barauszahlungen sowie Erteilung von Genehmigungen für Transaktionen für Abrechnungen; Finanzdienstleistungen zur Durchführung und Abrechnung von bargeldlosen Zahlungen mittels Debitkarten- und Kreditkarten über Funkfrequenzerkennungsgeräte (Transpondern); Reiseversicherungen, Scheckprüfung; Ausgabe- und Einlösungsdienstleistungen in Bezug auf Reiseschecks; Ausgabe von Gutscheinen, nämlich von Reisegutscheinen; Finanzdienstleistungen zur Unterstützung von Einzelhandelsdienstleistungen, die über mobile Telekommunikationsmedien bereitgestellt werden, einschließlich Zahlungsverkehr über drahtlose Geräte; Finanzdienstleistungen zur Unterstützung von Einzelhandelsdienst-

leistungen, online, über Netze oder andere elektronische Medien unter Verwendung von elektronisch digitalisierten Informationen; Dienstleistungen in Bezug auf den Währungsumtausch, nämlich das Absichern des Umtausch von Währungen, einschließlich elektronischen Zahlungsverfahren über Computernetzwerke auf die über Smartcards zugegriffen werden kann; Online-Banking, insbesondere mittels Nutzung von Webseiten für Rechnungszahlungen; Finanzdienstleistungen per Telefon und über ein weltweites Computernetz oder das Internet; Finanzdienstleistungen über ein weltweites Computernetz oder das Internet;

38 Telekommunikationsdienste; Telekommunikation auf Internet-Basis; elektronische Übermittlung von Daten für Kommunikationszwecke; Bereitstellung von Zahlungsmöglichkeiten zu Online-Informationen über das Internet oder ein anderes Netz; elektronische Datenübertragung über ein globales Netz zur Datenverarbeitung, einschließlich Internet; Dienstleistungen zur Übertragung von Informationen aus einer Computerdatenbank oder aus dem Internet im Bereich der Telekommunikation; Übertragung von Daten durch die Verwendung elektronischer Bildverarbeitung über Telefonverbindungen; E-Mail-Dienste, elektronische Nachrichtenübermittlung; Übertragung und Ausstrahlung von Rundfunk- und Fernsehsendungen; Bereitstellung des Zugriffs für Mehrfachnutzer auf ein sicheres computergestütztes Informationsnetz zur Übertragung und Verbreitung einer Palette von Informationen auf dem Gebiet Finanzdienstleistungen; Vermietung von Zugriffszeiten auf Computerdatenbanken."

(deutsche Übersetzung)

bestimmte, als Gemeinschaftsmarke beim HABM angemeldete und nachträglich in eine nationale Marke umgewandelte dreidimensionale Marke 307 23 130.5, die in der Anmeldung wie folgt abgebildet ist



Perspektivische Sicht



Vorder-Ansicht



Rück-Ansicht



Obenauf-Ansicht



Sicht von unten



Seiten-Ansicht

mit Beschluss eines Prüfers des höheren Dienstes vom 20. August 2008 teilweise für die Waren und Dienstleistungen

"Computerhardware, -software und -programme; Computerhardware und -software zur Vereinfachung des elektronischen Zah-

lungsverkehrs; Computerhardware und Verschlüsselungssoftware, insbesondere Software für Kodierungsschlüssel, digitale Zertifikate und digitale Unterschriften; Software für sichere Datenspeicherung, sicheren Datenabruf und zur Übertragung vertraulicher Kundeninformationen zur Verwendung durch Einzelpersonen, Banken und Finanzinstitutionen; Magnetkarten und Karten mit integrierten Schaltkreisen ("Smartcards"); elektronisch lesbare Abbuchungskarten, Bankkarten, Kreditkarten, Debitkarten und Zahlkarten; Kartenlesegeräte; Computersoftware zur Ermöglichung der Interaktion von Smartcards mit Terminals und Lesegeräten; Telekommunikationsausrüstungen; elektronische Kassen und Computersoftware für die Übertragung, Anzeige und Speicherung von Transaktions-, Identifikations- und Finanzinformationen zur Verwendung im Finanzdienstleistungs- und Bankgewerbe und im Bereich der Telekommunikation; Funkfrequenzerkennungsgeräte (Transponder); elektronische Prüfgeräte zur Überprüfung der Echtheit von Abbuchungskarten, Bankkarten, Kreditkarten, Debitkarten und Zahlkarten; Druckereierzeugnisse; gedruckte Veröffentlichungen, Druckschriften, Broschüren, Zeitungen, Zeitschriften und Magazine, Druckereierzeugnisse, alle in Bezug auf das Bankwesen, Kreditkarten und Debitkarten; Papier, Pappe (Karton) und Waren aus diesen Materialien, soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind; Buchbindeartikel; Fotografien; Versicherungsdienstleistungen; Finanzdienstleistungen; Dienstleistungen von Banken und Kreditkartenunternehmen, insbesondere Ausgabe von Kreditkarten, Debitkarten, Zahlungsabbuchungskarten und Guthabekarten; Finanzdienstleistungen zur Durchführung des Devisentransfers und des elektronischen Zahlungsverkehrs, zur Aufladung von Telefonkarten über Bankautomaten, zur Durchführung und Abrechnung von Barauszahlungen sowie Erteilung von Genehmigungen für Transaktionen für Abrechnungen;

Finanzdienstleistungen zur Durchführung und Abrechnung von bargeldlosen Zahlungen mittels Debitkarten- und Kreditkarten über Funkfrequenzerkennungsgeräte (Transpondern); Reiseversicherungen, Scheckprüfung; Ausgabe- und Einlöschungsdienstleistungen in Bezug auf Reiseschecks; Ausgabe von Gutscheinen, nämlich von Reisegutscheinen; Finanzdienstleistungen zur Unterstützung von Einzelhandelsdienstleistungen, die über mobile Telekommunikationsmedien bereitgestellt werden, einschließlich Zahlungsverkehr über drahtlose Geräte; Finanzdienstleistungen zur Unterstützung von Einzelhandelsdienstleistungen, online, über Netz oder andere elektronische Medien unter Verwendung von elektronisch digitalisierten Informationen; Dienstleistungen in Bezug auf den Währungsumtausch, nämlich das Absichern des Umtausch von Währungen, einschließlich elektronischen Zahlungsverfahren über Computernetzwerke auf die über Smartcards zugegriffen werden kann; Online-Banking, insbesondere mittels Nutzung von Webseiten für Rechnungszahlungen; Finanzdienstleistungen per Telefon und über ein weltweites Computernetz oder das Internet; Finanzdienstleistungen über ein weltweites Computernetz oder das Internet; Telekommunikationsdienste; Telekommunikation auf Internet-Basis; elektronische Übermittlung von Daten für Kommunikationszwecke; Bereitstellung von Zahlungsmöglichkeiten zu Online-Informationen über das Internet oder ein anderes Netz; elektronische Datenübertragung über ein globales Netz zur Datenverarbeitung, einschließlich Internet; Dienstleistungen zur Übertragung von Informationen aus einer Computerdatenbank oder aus dem Internet im Bereich der Telekommunikation; Bereitstellung des Zugriffs für Mehrfachnutzer auf ein sicheres computergestütztes Informationsnetz zur Übertragung und Verbreitung einer Palette von Informationen auf dem Gebiet Finanzdienstleistungen; Vermietung von Zugriffszeiten auf Computerdatenban-

ken; elektronische Nachrichtenübermittlung; Übertragung von Daten durch die Verwendung elektronischer Bildverarbeitung über Telefonverbindungen; Übertragung und Ausstrahlung von Rundfunk- und Fernsehsendungen"

zurückgewiesen, weil der angemeldeten Marke für diese Waren und Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft fehle (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG).

Zur Begründung hat die Markenstelle ausgeführt, eine Marke weise dann Unterscheidungskraft auf, wenn sie es ermögliche, die Waren und Dienstleistungen, für die die Eintragung beantragt sei, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Waren und Dienstleistungen von denjenigen anderer Unternehmen nach ihrer Herkunft zu unterscheiden. Bei der Beurteilung dreidimensionaler Marken, die aus der Form der Ware bestehen, seien zwar keine strengeren Kriterien anzuwenden als bei anderen Markenkategorien. Je mehr sich eine angemeldete Gestaltung jedoch der Form annähere, in der die betreffende Ware am Wahrscheinlichsten in Erscheinung trete, um so eher sei zu erwarten, dass dieser Form die Unterscheidungskraft fehle. Nur eine Marke, die erheblich von der Norm oder der Branchenüblichkeit abweiche, besitze Unterscheidungskraft. Dass die angemeldete Gestaltung eine Variante der üblichen Formen darstelle, reiche für die Annahme ihrer Unterscheidungskraft dagegen nicht aus. Maßgeblich seien die besonderen Verhältnisse auf dem jeweiligen Warengbiet, weil der Vergleich der tatsächlich vorhandenen Gestaltungsformen einen Schluss darauf zulasse, ob der Verkehr in der Marke einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Waren und Dienstleistungen sehe. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze weise die angemeldete Marke keine Unterscheidungskraft auf. Bei ihr handele es sich um einen maschinenlesbaren Datenträger in Kartenform mit einem Magnetstreifen. Für die beanspruchten Waren „Magnetkarten und Karten mit integrierten Schaltkreisen („Smartcards“); elektronisch lesbare Abbuchungskarten, Bankkarten, Kreditkarten, Debitkarten und Zahlkarten“ stelle sie lediglich eine Abbildung dieser Waren dar. Bei den übrigen Waren und Dienstleistungen, für die die

Zurückweisung der Anmeldung erfolgt sei, handele es sich um funktionell notwendige Gegenstände und Leistungen, die für die Inbetriebnahme der Karten erforderlich seien bzw. die in engem Zusammenhang mit der Abwicklung von Kartenzahlungen stünden oder bei einer Bezahlung per Karte zum Einsatz kämen. So könnten die versagten Waren der Klasse 16 Karten der angemeldeten Art sein bzw. solche zum Inhalt oder Gegenstand haben. Versicherungsschutz und Mietwagenbuchungen könnten – auch online - über eine Karte der angemeldeten Art getätigt werden bzw. bei einer Kartenzahlung mit eingeschlossen sein. Bei Telekommunikationsdienstleistungen könnten ebenfalls maschinenlesbare Datenträger in Kartenform mit Magnetstreifen zum Einsatz kommen. Auch bei Teleshoppingangeboten in Rundfunk- und Fernsehsendungen sei es üblich, Zahlungen mittels Kreditkarten abzuwickeln. Die angemeldete dreidimensionale Marke weise auch keine gestalterische Besonderheit auf, die ihre Unterscheidungskraft begründen könne. Die starke Abrundung einer Kartenecke sei nicht geeignet, als betriebliche Herkunftskennzeichnung zu wirken. Weitere wesentliche Formelemente seien nicht ersichtlich. Die angemeldete Marke stelle somit lediglich eine Variante der üblichen Kartenformen dar und weiche nicht genügend von der branchenüblichen Grundform entsprechender Karten ab.

Dagegen wendet sich die Anmelderin mit der Beschwerde. Sie ist der Ansicht, der Eintragung der angemeldeten dreidimensionalen Marke stehe weder das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG noch sonst ein Schutzhindernis entgegen. Eine Vielzahl der Waren und Dienstleistungen, für die die Anmeldung zurückgewiesen worden sei, weise keinen oder jedenfalls keinen hinreichend engen Bezug zu Geld- oder Kreditkarten auf. Es fehle insoweit teilweise an einer Begründung dafür, weshalb die angemeldete Marke für diese Waren und Dienstleistungen nicht schutzfähig sein solle. In diesem Zusammenhang verweist die Anmelderin auf die vom BGH in der Entscheidung zur Markenmeldung „BERLIN CARD“ (GRUR 2005, 417) aufgestellten Grundsätze, wonach es eines engen beschreibenden Bezugs zu den einzelnen angemeldeten Waren und Dienstleistungen bedürfe, um die Unterscheidungskraft verneinen zu können. Vor diesem Hintergrund

könne es nicht ausreichen, dass die betreffenden Waren und Dienstleistungen lediglich in irgendeinem Zusammenhang mit dem Einsatz einer Kreditkarte oder sonstiger Zahlkarten stünden oder dass es sich, wie z. B. bei Versicherungsdienstleistungen, um Zusatzleistungen handele, die bei einem Karteneinsatz zusammen mit der Hauptleistung angeboten würden. Auch bei der Ausstrahlung von Rundfunk- und Fernsehsendungen fehle es an einem hinreichend engen beschreibenden Bezug, weil es sich bei einer Kreditkarte nicht um ein spezifisch auf Zahlungsvorgänge im Rahmen des Teleshopping ausgerichtetes Zahlungsmittel handele und die Kunden zudem die Wahl zwischen einer Kartenzahlung und anderen Zahlungsmöglichkeiten hätten. Auch die Dienstleistung „Telekommunikation“ sei nicht zwingend an den Einsatz maschinenlesbarer Datenträger in Kartenform gebunden. Aber auch soweit die Eintragung der angemeldeten Marke für Servicekarten und Finanzdienstleistungen begehrt werde, sei die erforderliche Unterscheidungskraft gegeben. Die angemeldete Marke stelle nicht nur eine Variante der branchenüblichen Form von Kredit- und Zahlungskarten dar, sondern weiche erheblich davon ab. Die physischen Merkmale von Plastikidentifikationskarten, wozu auch Kreditkarten zählten, seien insbesondere in Bezug auf deren Abmessungen und den Radius der Eckenrundung international normiert. Bei Karten im Format einer Kredit- oder Zahlungskarte gehe der Normgeber von einer einheitlichen Gestaltung aller vier Ecken aus. Eine hiervon abweichende Abschrägung der unteren rechten Kartenecke sei nur für die in Mobiltelefonen verwendeten sog. SIM-Karten vorgesehen. Die als Marke angemeldete Kartenform weise selbst bei oberflächlicher Betrachtungsweise eine stärker gerundete Ecke und damit eine erhebliche Abweichung von der Normvorgabe auf, die sogar zu teilweisen Funktionseinschränkungen führe. Zudem sei für die Beurteilung der Unterscheidungskraft auch auf die besonderen Verhältnisse auf dem jeweiligen Warengebiet abzustellen. Insoweit sei festzustellen, dass sowohl bei Kreditkarten als auch bei den sonstigen Kunden-, Rabatt- und Servicekarten ausschließlich rechteckige Karten mit gleichmäßig gerundeten Ecken verwendet würden. Alle bisher verwendeten Karten unterschieden sich nur durch die Art ihrer Bedruckung, seien aber in ihrer Form vollkommen identisch. Damit unterscheide sich die angemel-

dete Kartenform wesentlich von allen übrigen verwendeten Karten und sei geeignet, die versagten Waren und Dienstleistungen ihrer betrieblichen Herkunft nach zu unterscheiden.

Die Anmelderin beantragt sinngemäß,

den angefochtenen Beschluss der Markenstelle im Umfang der Versagung aufzuheben.

Hilfsweise regt sie die Zulassung der Rechtsbeschwerde an.

## II

Die zulässige Beschwerde erweist sich als unbegründet. Der angemeldeten dreidimensionalen Marke fehlt für die Waren und Dienstleistungen, für die die Markenstelle die Eintragung versagt hat, die Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG).

Zutreffend hat die Markenstelle in dem von der Anmelderin mit der Beschwerde angegriffenen Beschluss im rechtlichen Ausgangspunkt festgestellt, dass eine Marke (nur) dann Unterscheidungskraft im Sinne der vorgenannten Bestimmung aufweist, wenn sie die Eignung besitzt, die von der Markenmeldung erfassten Waren und Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und so diese Waren und Dienstleistungen von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden sowie deren Ursprungsidentität zu gewährleisten (EuGH GRUR 2002, 804, 806, Nr. 35 – Philips; GRUR 2006, 233, 235, Nr. 45 – Standbeutel). Für die Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken sind dabei keine strengeren rechtlichen Maßstäbe anzulegen als bei sonstigen Marken. Unbeschadet dieser rechtlichen Gleichstellung bestehen jedoch wesentliche tatsächliche Unterschiede zwischen Warenformmarken und den

sonstigen Markenformen, die bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft zu berücksichtigen sind. Ein wesentlicher Unterschied ist insoweit darin zu sehen, dass der Verkehr – also der Durchschnittsverbraucher der fraglichen Waren und Dienstleistungen – Marken, die aus der Form einer Ware bestehen, erfahrungsgemäß tatsächlich nicht in gleicher Weise auffasst wie Wort- bzw. Bildmarken, weil der Durchschnittsverbraucher aus der Form der Ware gewöhnlich nicht auf die betriebliche Herkunft der Waren schließt, sondern sie zunächst nur als funktionelle oder ästhetische Gestaltung versteht (EuGH a. a. O., Nr. 28 – Standbeutel; BGH GRUR 2008, 505, 508, Nr. 25 – TUC-Salzcracker). Dementsprechend begründet ein bloßes Abweichen von der Norm oder der Branchenüblichkeit noch nicht die Unterscheidungskraft einer Warenformmarke. Vielmehr erfüllt eine solche Marke die erforderliche Herkunftsfunktion nur dann, wenn sie von Norm und Branchenüblichkeit erheblich abweicht (EuGH a. a. O., Nr. 31 – Standbeutel; GRUR Int. 2008, 43, 45, Nr. 37 – rot-weiße rechteckige Tablette mit blauem ovalem Kern) und der Verkehr die gewählte Form nicht nur ganz allgemein dem Bemühen zuschreibt, ein ästhetisch ansprechendes Design zu schaffen (EuGH GRUR Int. 2005, 135, 139, Nr. 68 – Maglite; BGH GRUR 2008, 71, 73, Nr. 24 – Fronthaube).

Ausgehend von diesen rechtlichen Grundsätzen kommt der angemeldeten dreidimensionalen Marke auch unter Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens für die versagten Waren und Dienstleistungen nicht die erforderliche Unterscheidungskraft zu.

Wie die zur Darstellung der beanspruchten dreidimensionalen Marke eingereichten allseitigen Abbildungen zeigen, besteht die angemeldete Marke aus einer Karte in rechteckiger Grundform mit abgerundeten Ecken, die auf einer Seite in ihrem oberen Bereich einen Streifen an einer Stelle und in einer Form aufweist, wie er bei Magnetstreifen üblich ist. Dies sowie die Tatsache, dass die Karte die für Kreditkarten oder sonstige Karten mit Bezahlungsfunktion üblichen Abmessungen aufweist (sog. Scheckkartenformat), lässt den Schluss zu, dass es sich bei der

angemeldeten Marke um eine Kredit- bzw. eine sonstige für Zahlungszwecke bestimmte Karte handelt, wie sie auch im Waren- und Dienstleistungsverzeichnis der Anmeldung in den Klassen 9 und 16 explizit aufgeführt sind. Auch die Anmelderin stellt dies nicht in Abrede. In Bezug auf die von der Markenstelle versagten Waren der Klasse 9 „Magnetkarten und Karten mit integrierten Schaltkreisen („Smartcards“); elektronisch lesbare Abbuchungskarten, Bankkarten, Kreditkarten, Debitkarten und Zahlkarten“ sowie in Bezug auf die weiterhin versagten Waren der Klasse 16 „Kreditkarten und Debitkarten“ handelt es sich damit bei der angemeldeten Marke um eine Abbildung der Ware selbst. Gleiches gilt in Bezug auf die in der Klasse 16 aufgeführten Waren „Druckereierzeugnisse“ bzw. „Druckereierzeugnisse, alle in Bezug auf das Bankwesen“, da unter diese weiten Oberbegriffe auch Kredit- und Debitkarten fallen, die farblich und textlich unterschiedlich bedruckt werden.

In Bezug auf die vorstehend genannten Waren würde der Verkehr nach den Grundsätzen der zuvor dargestellten Rechtsprechung in der angemeldeten Marke nur dann einen Hinweis auf deren Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen sehen, wenn festgestellt werden könnte, dass die Form der Marke – und somit der Ware selbst – erheblich von der Norm oder der Branchenüblichkeit abweicht und der Verkehr die gewählte Form nicht nur ganz allgemein dem Bemühen zuschreibt, ein ästhetisch ansprechendes Design zu schaffen.

Die angemeldete dreidimensionale Marke weicht jedoch nicht so deutlich von der üblichen Kartenform ab, dass der Verkehr von Haus aus darin ein Merkmal zur Unterscheidung der betrieblichen Herkunft der fraglichen Waren sehen wird. Die als Marke beanspruchte Kartenform stimmt nämlich mit der bei solchen Karten gebräuchlichen Grundform in den Abmessungen (Länge, Breite, Dicke) vollständig überein und weist weiterhin an der üblichen Stelle und in der üblichen Größe sowie Form einen Magnetstreifen auf, der sie sofort und ohne weitere gedankliche Analyse als Bezahlkarte kenntlich macht. Das einzige Merkmal, das die angemeldete Kartenform von anderen Karten mit Bezahlfunktion unterscheidet, ist die

Formgebung der - in Vorderansicht - rechten unteren Ecke, die gerundeter ist als die übrigen Ecken. Diese von der üblichen Formgebung solcher Karten abweichende Formgebung wird der Verkehr angesichts der ansonsten gängigen Ausgestaltung der Karte nur als den Versuch einer neuartigen, ansprechenden Kartengestaltung sehen. Maßgeblich für die Beurteilung der Verkehrsauffassung zur Unterscheidungskraft einer Formmarke ist nämlich stets der Gesamteindruck, den eine Marke vermittelt. Deshalb kann aus dem Umstand, dass sich eine Marke durch eines ihrer Merkmale von den üblichen Formen abhebt, noch nicht ohne weiteres auf deren Unterscheidungskraft geschlossen werden (EuGH GRUR Int. 2006, 842, 844, Nr. 31 – Form eines Bonbons II).

Eine Wertung der angemeldeten Marke durch die beteiligten Verkehrskreise als Versuch einer neuartigen ästhetischen Kartengestaltung ohne Hinweiskraft auf ein einzelnes Unternehmen liegt auch deshalb nahe, weil es dem Verkehr bekannt ist, dass sich die zur Unterscheidung eines Kartenanbieters von anderen Anbietern notwendigen Angaben üblicherweise in Form von dort aufgedruckten Wort- und/oder Bildelementen auf der Kartenvorderseite finden und nicht in der Kartenform zu suchen sind, die regelmäßig bestimmten technischen Anforderungen genügen muss. Dass die von der Anmelderin als Marke begehrte Kartenform möglicherweise die Einsatzmöglichkeiten der Karte eher einschränkt als erweitert, ist dem Nutzer solcher Karten hingegen im Allgemeinen nicht bekannt und kann schon deshalb für die Beurteilung der Unterscheidungskraft der angemeldeten Kartenform nicht entscheidend sein. Angesichts der zuvor dargestellten Umstände steht auch unter Berücksichtigung des bei Bezahlkarten weitgehend einheitlichen Formenschatzes nicht zu erwarten, dass ein normal informierter und angemessen aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher in der angemeldeten Kartenform einen Hinweis auf die Herkunft solcher Karten aus einem bestimmten Unternehmen sehen wird.

Auch für die übrigen Waren und Dienstleistungen, für die die Markenstelle die Eintragung der angemeldeten Marke versagt hat, fehlt dieser die Unterscheidungskraft.

Für diese weiteren Waren und Dienstleistungen stellt die angemeldete Marke zwar nicht deren naturgetreue Wiedergabe dar. Die Unterscheidungskraft kann aber außer Warendarstellungen auch sonstigen sachbezogenen Abbildungen fehlen, die vom Verkehr aus anderen Gründen lediglich als Hinweis auf die einschlägigen Waren selbst und nicht auf deren betriebliche Herkunft verstanden werden. Dies gilt z. B. für Darstellungen, die lediglich mittelbar auf die einschlägigen Waren und Dienstleistungen hinweisen, z. B. auf deren Bestimmung. Soweit das Bild nur aus der Darstellung eines Gegenstands besteht, auf den sich eine Ware oder Dienstleistung unmittelbar bezieht, fehlt ihm i. d. R. jegliche Unterscheidungskraft, wobei es unerheblich ist, ob dieser Gegenstand besonders auffällig oder originell ausgestaltet ist (BGH GRUR 2005, 257, 258 – Bürogebäude). Dies gilt in gleicher Weise auch für dreidimensionale Warenformen, da diese einerseits und zweidimensionale Abbildungen von Waren im Rechtssinne nicht unterschiedlich behandelt werden können (EuGH GRUR 2006, 1022, 1023, Nr. 29 – Wicklerform).

Vor diesem rechtlichen Hintergrund lässt die Zurückweisung der angemeldeten Marke durch die Markenstelle auch für die übrigen Waren und Dienstleistungen keine Rechtsfehler erkennen. Für die versagte Computerhardware und –software und die sonstigen Telekommunikations- und Prüfausrüstungen und –geräte der Klasse 9 bringt die für den Durchschnittsverbraucher ohne weiteres als Magnetstreifenkarte erkennbare angemeldete Marke nur zum Ausdruck, dass so bezeichnete Programme und Geräte dazu geeignet und bestimmt sind, Magnetstreifenkarten und darauf gespeicherte Daten zu verarbeiten. Im Hinblick auf Druckerzeugnisse der Klasse 16 stellt die angemeldete Marke einen Hinweis auf deren Thematik dar, beispielsweise in Form von Nutzungsanleitungen für den Karteneinsatz. Im Zusammenhang mit sämtlichen beanspruchten Finanzdienstleistungen wird der Verkehr die angemeldete Marke nur als Hinweis darauf verstehen, dass

diese mittels des Einsatzes einer Magnetstreifenkarte in Anspruch genommen werden können. Gleiches gilt auch für die beanspruchten Versicherungsdienstleistungen, die – nicht nur als Nebenleistungen – z. B. über Versichertenkarten in Anspruch genommen werden können und für deren Abrechnung ebenfalls zunehmend Magnetstreifenkarten vonnöten sind, sowie für die versagten Telekommunikationsdienstleistungen, für deren Nutzung ebenfalls Magnetstreifenkarten, z. B. als Zugangsberechtigungskarten oder als Bezahlkarten in öffentlichen Fernsprechgeräten, zum Einsatz kommen. Auch für den Rundfunk- und Fernsehbereich fehlt es entgegen der Ansicht der Anmelderin nicht an dem geforderten engen sachlichen Bezug der angemeldeten Marke zu den dort erbrachten Dienstleistungen, da auch auf diesem Wege erbrachte Leistungen und angebotene Waren durch Einsatz einer Magnetstreifenkarte bestellt und bezahlt werden können. Dass bei solchen Angeboten auch eine Bezahlung auf andere Weise eröffnet ist, schließt den erforderlichen engen sachlichen Bezug der angemeldeten Marke zu diesen Dienstleistungen nicht aus, da auch in diesem Fall die Darstellung oder das Zeigen einer Magnetstreifenkarte für den normal informierten Verbraucher nur einen Sachhinweis darauf darstellt, dass der Kauf einer Ware oder die Inanspruchnahme einer Dienstleistung mittels einer Kreditkarte oder einer sonstigen Zahlkarte erfolgen kann.

Bei dieser Sachlage hat die Markenstelle der angemeldeten Marke die Eintragung zu Recht für die im Zurückweisungsbeschluss im Einzelnen aufgeführten Waren und Dienstleistungen teilweise wegen fehlender Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG versagt.

Der Eintragung der angemeldeten Marke steht überdies – ohne dass es darauf angesichts des vorstehend festgestellten Schutzhindernisses des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG noch entscheidend ankäme – jedenfalls für die Waren der Klasse 9 „Magnetkarten und Karten mit integrierten Schaltkreisen („Smartcards“); elektronisch lesbare Abbuchungskarten, Bankkarten, Kreditkarten, Debitkarten und Zahlkarten“ sowie die Waren der Klasse 16 „Druckereierzeugnisse alle in Bezug auf

das Bankwesen, Kreditkarten und Debitkarten“ auch das – von der Markenstelle im Beanstandungsbescheid angeführte, jedoch letztlich dahingestellt gelassene - Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegen.

Soweit sich eine dreidimensionale Marke darin erschöpft, die Form der beanspruchten Ware wiederzugeben, beschreibt sie unmittelbar die Eigenschaften dieser Ware, nämlich deren äußere Gestaltung (BGH GRUR 2006, 679, 682, Nr. 21 – Porsche Boxster; GRUR 2008, 71, 74, Nr. 28 – Fronthaube). Dabei ist das Freihaltungsbedürfnis der Mitbewerber an der beanspruchten Warenform um so höher zu bewerten, je beschränkter die Möglichkeiten einer Variierung der Produktgestaltung sind (BGH GRUR 2004, 329, 331 – Käse in Blütenform; GRUR 2004, 502, 504 f. – Gabelstapler).

Hiervon ausgehend beschreibt die angemeldete Marke die äußere Form und Gestaltung der vorstehend im Einzelnen aufgeführten Waren, bei denen es sich durchweg um Magnetstreifenkarten handelt bzw. handeln kann. Das Freihaltungsbedürfnis an der als Marke beanspruchten Form ist dabei als überdurchschnittlich hoch zu bewerten, weil es angesichts der Normierung der Größe, der Dicke und der Grundform von Magnetstreifenkarten kaum Möglichkeiten für eine Variierung der Gestaltung dieses Produkts gibt, ohne dass dadurch die praktische Verwendbarkeit solcher Karten eingeschränkt wird. Bei dieser Sachlage ist der angemeldeten Marke die Eintragung für die zuvor aufgeführten Karten auch gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zu versagen.

Für die von der Anmelderin angeregte Zulassung der Rechtsbeschwerde besteht kein Raum, da nicht über eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, sondern auf Grund der tatsächlichen Umstände des Einzelfalls auf der Grundlage der angeführten höchstrichterlichen Rechtsprechung zu entscheiden war und auch nicht von der Rechtsprechung anderer Senate oder Gerichte abgewichen worden ist. Bei dieser Sachlage ist die Zulassung der Rechtsbeschwerde zum Bundesge-

richtshof auch nicht zur Rechtsfortbildung oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich.

Dr. Fuchs-Wisseemann

Lehner

Reker

Bb