



# BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 42/11

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Markenmeldung 30 2009 031 114.5**

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 5. Juni 2013 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Grabrucker sowie der Richterinnen Kortge und Uhlmann

beschlossen:

Der Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts vom 5. Januar 2011 wird aufgehoben, soweit die Anmeldung zurückgewiesen worden ist für folgende Dienstleistungen der

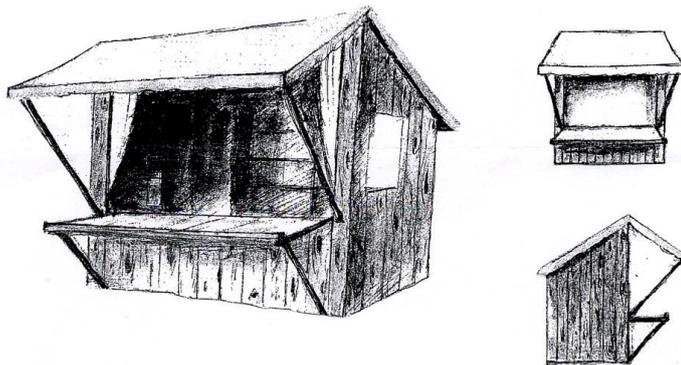
Klasse 35:      Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Büroarbeiten.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

## Gründe

### I.

Das dreidimensionale Zeichen (schwarz, weiß)



ist am 27. Mai 2009 zur Eintragung als Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register angemeldet worden für Dienstleistungen der

- Klasse 35: Werbung; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Büroarbeiten;
- Klasse 41: Erziehung; Ausbildung; Unterhaltung; sportliche und kulturelle Aktivitäten;
- Klasse 43: Dienstleistungen zur Verpflegung und Beherbergung von Gästen.

Mit Beschluss vom 5. Januar 2011 hat die Markenstelle für Klasse 35 die Anmeldung gemäß § 37 Abs. 1 MarkenG wegen des Schutzausschlussgrundes des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG sowie darüber hinaus wegen fehlender Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, die Form des Zeichens sei zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich. Die angemeldete dreidimensionale Formgestaltung stelle nach allgemeinem Erfahrungsschatz sowie einer Internetrecherche des Amtes einen üblichen Verkaufsstand auf Märkten, Volksfesten oder im Rahmen des Straßenverkaufs dar (Anlagen zum angefochtenen Beschluss, Bl. 25 – 29 VA). Es weise die übliche charakteristische Formgebung mit einer (klappbaren) Theke, einem Innenbereich mit Regalablagen und einem (klappbaren) Vordach auf, wobei Vordach und Theke im ausgeklappten Zustand durch Streben abgestützt würden. Dieses markante Aussehen entspringe der üblichen Funktion, auf preiswerte Art und Weise eine Verkaufs- und Ausstellungsfläche zur Verfügung zu stellen und nach Beendigung des Marktgeschehens den Verkaufsstand ohne aufwendige Umbauten wieder verschließen zu können. Vordach und Theke würden hier herunter- bzw. hochgeklappt, so dass die Vorderseite des Verkaufsstands verschlossen werden könne, und die Streben würden an den Verkaufsstand herangeklappt. Diese Funktionsweise bedinge hier die Form. Das dreidimensionale Anmeldezeichen entspreche in ganz wesentlichen Merkmalen dem Erscheinungsbild eines üblichen Verkaufsstands. Da eine aus dem Rahmen der gebräuchlichen Gestaltungsvielfalt fallende Formgebung nicht zu erkennen sei, sei nicht zu erwarten,

dass die angesprochenen Verkehrskreise in diesem Verkaufsstand einen Hinweis auf einen ganz bestimmten Anbieter der beanspruchten Dienstleistungen erkennen könnten. Vielmehr werde das angesprochene Publikum von einem gewöhnlichen Verkaufsstand ausgehen, der als üblicher Erbringungsort der beanspruchten Dienstleistungen fungieren könne. Die beanspruchten „Dienstleistungen zur Verpflegung von Gästen; sportliche und kulturelle Aktivitäten; Unterhaltung“ würden an Imbiss- oder Jahrmarktständen (Schießstände, Büchsenwerfen oder Krippenausstellungen auf Weihnachtsmärkten) erbracht. Bei den „Dienstleistungen zur Beherbergung von Gästen; Erziehung; Ausbildung“ könnten die angesprochenen Verkehrskreise das angemeldete 3-D-Zeichen lediglich als gängigen Ort der Erbringung solcher Dienstleistungen erkennen, sei es, dass in solchen Verkaufsständen Zimmervermittlungen für Hotels und Pensionen oder Vermittlungen von Erziehungs- und Ausbildungsangeboten im Rahmen eines Informationsstandes erfolgten. Im Hinblick auf die Dienstleistungen „Werbung; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung, Büroarbeiten“ sähen sie lediglich den Hinweis, dass es sich um die üblicherweise im Rahmen des Betriebs einer solche Verkaufsstätte zu erbringenden Dienstleistungen handele. Insofern bezögen sich die Unternehmensverwaltungs- und Geschäftsführungstätigkeiten im Wesentlichen auf das Führen eines Imbissstandes. Bei der Dienstleistung „Werbung“ werde der Verkaufsstand selbst als Werbeträger wahrgenommen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin, mit der sie sinngemäß beantragt,

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamtes vom  
5. Januar 2011 aufzuheben.

Sie vertritt die Ansicht, das angemeldete Zeichen bestehe nicht aus einer Form, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich sei. Vielmehr werde sowohl durch die Andeutung eines Giebeldachs als auch durch die gewählte Symmetrie von Dach- und Thekenbereich von der üblichen, die Funktionsweise bedin-

genden Gestaltung abgewichen. Das Anmeldezeichen weise eine charakteristische Gestaltung des Dach- und Thekenbereichs auf, die als ästhetische Gestaltung auf dem entsprechenden Dienstleistungsgebiet unüblich sei und somit eine herkunftshinweisende Wirkung erzeuge. Zudem handele es sich um ästhetische Gestaltungen, welche auf den entsprechenden Dienstleistungsgebieten nicht vorkämen. Das Zeichen sei auch nicht freihaltebedürftig, weil seine Form weder Eigenschaften der Dienstleistungen beschreibe noch sich daraus Angaben über weitere Eigenschaften außer der Form selbst ergäben.

## II.

Die zulässige Beschwerde ist zulässig, hat im tenorierten Umfang Erfolg und ist im Übrigen unbegründet.

Der Eintragung des vorliegenden dreidimensionalen Zeichens als Marke steht für die beanspruchten Dienstleistungen über den tenorierten Umfang hinaus das absolute Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen.

### 1.

Das Bundespatentgericht entscheidet über Beschwerden in Markensachen grundsätzlich im schriftlichen Verfahren (§ 69 MarkenG). Die Anmelderin hat keinen Antrag auf mündliche Verhandlung gestellt und der Senat erachtet diese nicht für erforderlich.

2.

Das angemeldete Zeichen ist als solches nach § 3 Abs. 1 MarkenG markenfähig, ohne dass sein Schutz nach § 3 Abs. 2 MarkenG ausgeschlossen werden kann.

Das Anmeldezeichen besteht aus der schwarz-weiß gestalteten dreidimensionalen Form eines aus Brettern bestehenden Verkaufsstandes in drei verschiedenen Ansichten mit rechteckigem Grundriss, einem zur Rückseite abfallenden Pultdach, einer fensterartigen Öffnung in einer Seitenwand, einer (klappbaren) Theke, einem Innenbereich mit Regalböden und einem (klappbaren) Vordach, wobei Theke und Vordach im ausgeklappten Zustand durch seitliche Streben abgestützt werden.

a)

Die Markenfähigkeit eines Zeichens ist nach § 3 Abs. 1 MarkenG abstrakt, d. h. ohne Bezug zu den angemeldeten Waren und Dienstleistungen allein danach zu prüfen, ob das Zeichen als solches geeignet ist, Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen eines anderen Unternehmens zu unterscheiden (EuGH GRUR 2002, 804, 806 Rdnr. 30 ff. - Philips; BGH GRUR 2004, 507, 508 - Transformatorengehäuse). Die Form eines Verkaufsstands kann dazu geeignet sein.

b)

Den Schutzausschließungsgründen nach § 3 Abs. 2 MarkenG unterfallen Zeichen, die ausschließlich aus einer Form bestehen, die durch die Art der Ware selbst bedingt ist, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist oder die der Ware einen wesentlichen Wert verleiht. Diese Vorschrift schließt es im öffentlichen Interesse aus, dass der Inhaber des Markenrechts technische Lösungen oder Eigenschaften einer Ware für sich monopolisieren und dadurch Mitbewerber auf Grund seiner Markeneintragung daran hindern kann, ihre Waren mit diesen technischen Lösungen oder Eigenschaften zu versehen (EuGH GRUR 2002, 804, 809 Rdnr. 78 - Philips). § 3 Abs. 2 MarkenG erfasst daher ausschließlich **produktbezogene Formmarken**, also **Warenformmarken** und bestimmte **Warenverpackungs-**

formmarken (EuGH GRUR a. a. O. Rdnr. 79 - Philips; GRUR 2004, 428, 430 Rdnr. 35 - Henkel). Das angemeldete Zeichen beansprucht jedoch keinen Schutz für Waren, sondern ausschließlich für **Dienstleistungen**, so dass § 3 Abs. 2 MarkenG nicht anwendbar ist.

3.

Dem angemeldeten Zeichen fehlt jedoch für die beanspruchten Dienstleistungen über den tenorierten Umfang hinaus jegliche Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

a)

Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einem Zeichen innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden, welches die in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und diese Waren oder Dienstleistungen somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet. Da allein das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft ein Eintragungshindernis begründet, ist ein großzügiger Maßstab anzulegen, so dass jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft genügt, um das Schutzhindernis zu überwinden (BGH MarkenR 2012, 19, Rdnr. 8 - Link economy; GRUR 2010, 1100, Rdnr. 10 - TOOR!; GRUR 2010, 825, 826, Rdnr. 13 - Marlene-Dietrich-Bildnis II; GRUR 2006, 850, 854, Rdnr. 18 - FUSSBALL WM 2006). 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, Rdnr. 24 - Matratzen Concord/Hukla; GRUR 2004, 943, 944, Rdnr. 24 - SAT 2; BGH a. a. O. - 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 einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (EuGH GRUR 2004, 428, 431

Rdnr. 53 -Henkel; BGH GRUR 2001, 1151, 1152 - marktfrisch; MarkenR 2000, 420, 421 - RATIONAL SOFTWARE CORPORATION).

Die Unterscheidungskraft einer (produkt)abstrakten Formmarke richtet sich nach den für Bildmarken aufgestellten Kriterien.

Bei Bildmarken, die sich in der bloßen Abbildung der Ware erschöpfen, für die der Schutz in Anspruch genommen wird, wird im allgemeinen die erforderliche (konkrete) Unterscheidungseignung fehlen. Soweit die Elemente eines Bildzeichens nur die typischen Merkmale der in Rede stehenden Waren darstellen oder sich in einfachen dekorativen Gestaltungsmitteln erschöpfen, an die sich der Verkehr etwa durch häufige Verwendung gewöhnt hat, wird einem Zeichen im allgemeinen wegen seines bloß beschreibenden Inhalts die konkrete Eignung fehlen, die mit ihm gekennzeichneten Waren von denjenigen anderer Herkunft zu unterscheiden. Weist das in Rede stehende Zeichen dagegen nicht nur die Darstellung von Merkmalen, die für die Ware typisch oder lediglich von dekorativer Art sind, sondern darüber hinausgehende charakteristische Merkmale auf, in denen der Verkehr einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft sieht, so kann die Unterscheidungskraft nicht verneint werden (BGH GRUR 2011, 158 Rdnr. 8 – Hefteinband; GRUR 2005, 257, 258 – Bürogebäude; GRUR 2004, 683, 684 - Farbige Arzneimittelkapsel; GRUR 2001, 239, 240 – Zahnpastastrang; GRUR 2001, 1153 - antiKalk).

Diese Grundsätze gelten auch für Bildmarken, welche die Herkunft der Dienstleistungen bezeichnen sollen. Auch hier ist zu fragen, ob das Bildzeichen in der Bildsprache die Dienstleistung selbst oder einzelne ihrer Merkmale beschreibt oder ob es darüber hinausgehende graphische Gestaltungselemente enthält, in denen der Verkehr einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft sieht (GRUR 2005, 257, 258 – Bürogebäude).

Die Form eines Gebäudes oder - wie hier - eines Verkaufsstandes wird von den angesprochenen Verkehrskreisen regelmäßig nur in ihrer technischen Funktion

und ästhetischen Gestaltung und nicht als Hinweis auf die Herkunft von Waren oder Dienstleistungen wahrgenommen (BGH GRUR 2005, 419, 421 Räucherkafe). Dem vorliegenden dreidimensionalen Formzeichen kommt daher Unterscheidungskraft zu, wenn es über charakteristische Merkmale verfügt, die erheblich von der Norm oder Branchenüblichkeit abweichen, und es sich daher in Bezug auf die beanspruchten Dienstleistungen als betrieblicher Herkunftshinweis eignet.

b)

Nach diesen Maßstäben fehlt dem Anmeldezeichen in Bezug auf den überwiegenden Teil der in Rede stehenden Dienstleistungen die erforderliche Unterscheidungskraft.

aa)

Bei der Beurteilung von Schutzhindernissen ist maßgeblich auf die Auffassung der beteiligten inländischen Verkehrskreise abzustellen, wobei dies alle Kreise sind, in denen die fragliche Bezeichnung Verwendung finden oder Auswirkungen haben kann. Mit den Dienstleistungen der Klassen 41 und 43 wird die Allgemeinheit angesprochen, während sich die Dienstleistungen der Klasse 35 an Unternehmerinhaber und Angehörige der unternehmerischen Führungsebene richten.

bb)

Das angemeldete, schwarz-weiß gestaltete dreidimensionale Formzeichen entspricht in seinen wesentlichen Merkmalen dem üblichen Erscheinungsbild eines auf Märkten, Volksfesten oder bei Straßenverkäufen verwendeten Verkaufsstandes. Das Zeichen besteht im Wesentlichen aus einem aus Brettern angefertigten Verkaufsstand mit einer (klappbaren) Theke, einem Innenbereich mit Regalen und einem (klappbaren) Vordach. Wie die dem angefochtenen Beschluss beigefügten Belege der Internetrecherche des Amtes zeigen, weicht dieses Form vom gängigen Formenschatz solcher Verkaufsstände nicht erkennbar ab. Weder die von der Anmelderin herausgestellte Andeutung eines Giebeldachs noch die gewählte Symmetrie von Dach- und Thekenbereich stellen derart markante Merkmale dar,

die sie bei der gegebenen Vielfalt als etwas Individuelles herausheben und kennzeichnen könnten, die angemeldete Gestaltung ist damit nur als eine weitere Variante im vorhandenen Formenschatz anzusehen. Die angesprochenen Verkehrskreise werden daher in Bezug auf die auf Märkten, Volksfesten oder bei Straßenverkäufen üblicherweise angebotenen Dienstleistungen allein aus der Gestaltung des vorliegenden Verkaufsstandes noch keinen Hinweis auf einen bestimmten Anbieter erkennen können.

aaa)

Was die in Klasse 35 beanspruchte Dienstleistung „Werbung“ betrifft, sind in diesem Bereich beschreibende Bezeichnungen nach Art des Mediums oder der Branchen üblich, auf die die Werbeleistungen bezogen sind (BGH GRUR 2009, 949, 951 Rdnr. 24 - My World). Ein Verkaufsstand in der angemeldeten Form kommt als Werbeträger und damit als Medium in Betracht. Denn an Verkaufsständen können Werbeflächen angeboten, Werbeplakate angebracht oder Werbezetteln bzw. -zeitungen ausgelegt werden.

bbb)

Die in Klasse 41 angemeldeten Dienstleistungen „Unterhaltung; sportliche und kulturelle Aktivitäten“ sowie die in Klasse 43 beanspruchten „Dienstleistungen zur Verpflegung von Gästen“ werden, wie schon die Markenstelle zutreffend festgestellt hat, gewöhnlich an Imbiss- oder Jahrmarktständen (Glühweinstände, Schießstände, Wurfspielstände oder Krippenausstellungen auf Weihnachtsmärkten) erbracht, so dass die angesprochenen Verkehrskreise das angemeldete 3-D-Zeichen lediglich als üblichen Ort der Erbringung solcher Dienstleistungen erkennen.

ccc)

Einen zumindest engen Sachbezug weist das dreidimensionale Zeichen auch für die in Klasse 43 angemeldeten „Dienstleistungen zur Beherbergung von Gästen“ und die in Klasse 41 aufgeführten Dienstleistungen „Erziehung; Ausbildung“ auf. Zwar werden diese Dienstleistungen in der Regel nicht unmittelbar an solchen

Verkaufsständen erbracht, sondern beispielsweise in Kindergärten, Schulen, Bildungseinrichtungen, Sportstätten, kulturellen Instituten oder Museen. Aber die angesprochenen Verkehrskreise sind daran gewöhnt, dass in solchen als Informationsstand genutzten Marktbuden Hotelzimmer und Pensionen vermittelt oder Erziehungs- und Ausbildungsangebote, z. B. einer Ballettschule, eines Sportvereins oder eines Internats, unterbreitet werden.

cc)

Da es dem angemeldeten 3-D-Zeichen hinsichtlich der vorgenannten Dienstleistungen an jeglicher Unterscheidungskraft mangelt, kann dahingestellt bleiben, ob seiner Eintragung auch ein schutzwürdiges Interesse der Mitbewerber an ihrer freien Verwendbarkeit entgegen steht (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG).

c)

Hinsichtlich der übrigen Dienstleistungen der Klasse 35 „Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Büroarbeiten“ weist das angemeldete dreidimensionale Zeichen weder einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsgehalt auf, noch kann es einen engen funktionalen Bezug zu ihnen herstellen. Insoweit kann dem Anmeldezeichen daher die Unterscheidungskraft nicht abgesprochen werden.

Die Geschäftsführungs- und Unternehmensverwaltungsdienstleistungen sowie die „Büroarbeiten“ wenden sich hauptsächlich an Unternehmensinhaber und Angehörige der unternehmerischen Führungsebene und werden üblicherweise in dafür geeigneten Büros mit entsprechender Ausstattung, aber nicht in Verkaufsständen nach Art einer Marktbude erbracht. Es ist auch nicht üblich, dass dort die gewerbsmäßige Hilfe beim Betrieb oder bei der Leitung eines Unternehmens oder Büroarbeiten als solche angeboten werden. Ferner stellt ein solcher Marktstand aufgrund des übersichtlichen Geschäftsaufkommens auch kein Unternehmen dar, das einer von Dritten angebotenen Verwaltung oder Geschäftsführung oder von dritter Seite aus zu erbringender Büroarbeiten bedarf.

d)

Wegen der fehlenden Eignung zur Beschreibung der Dienstleistungen „Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Büroarbeiten“ kann bei dem Anmeldezeichen insoweit auch ein Freihaltebedürfnis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG nicht bejaht werden.

Grabrucker

Kortge

Richterin Uhlmann ist wegen Urlaubs an der Unterzeichnung gehindert.

Grabrucker

Hu