



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 57/16

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2014 004 283.5

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 21. Dezember 2016 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Kortge sowie der Richter Reker und Schödel

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Das Wort-/Bildzeichen (schwarz/weiß)



ist am 23. Juni 2014 unter der Nummer 30 2014 004 283.5 zur Eintragung in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register angemeldet worden für die Waren der

Klasse 33: Spirituosen.

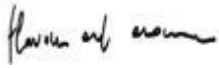

Mit Beschlüssen vom 12. Oktober 2015 und 31. März 2016, von denen letzterer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, hat die Markenstelle für Klasse 33 des DPMA die Anmeldung gemäß §§ 37 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG wegen Freihaltebedürftigkeit zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, das angemeldete Zeichen bestehe ausschließlich aus einer Angabe, die im Verkehr zur Beschreibung der Art oder Beschaffenheit der beanspruchten Waren, nämlich eines mit Wacholderbeeren bzw. deren Auszügen oder Aromen hergestellten Branntweins,

dienen könne. Denn für Wacholderschnaps oder –branntwein sei auch die Kurzform „Wacholder“ gebräuchlich. Die graphische Gestaltung weise keine charakteristischen Merkmale auf, sondern beschränke sich im Wesentlichen auf die Wiedergabe in einer typischen Frakturschrift. In Anbetracht des klar warenbezogenen Charakters des Wortes „Wacholder“ seien an die bildliche Ausgestaltung höhere Anforderungen zu stellen. Dem Internetlexikon Wikipedia zum Stichwort „Fraktur (Schrift)“ sei zu entnehmen, dass Frakturschriften in der Werbung und auf Warenverpackungen auch gegenwärtig noch gebräuchlich seien und Produkte von althergebrachter Art und Qualität signalisierten. Zusätzliche Schlaufen wie hier bei den Buchstaben „W“, „d“ und „r“ seien nicht ungewöhnlich und die Verlängerung des „h“ nach unten sei für die Frakturschrift typisch. Die zu einer Unterstreichung des ganzen Wortes erweiterte Schlaufe stelle in der Werbe-graphik eine gebräuchliche Form der Hervorhebung dar.

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

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 33 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 12. Oktober 2015 und 31. März 2016 aufzuheben.

Sie ist der Ansicht, die Markenstelle dürfe ihre Entscheidung nicht auf ungesicherte Quellen wie Wikipedia stützen. Da die Sütterlinschrift 1941 abgeschafft und seitdem nicht mehr gelehrt worden sei, könne die Bevölkerung sie nicht mehr ohne weiteres lesen. Daher sei diese Schrift auch nicht mehr werbeüblich. Zudem weiche die vorliegend verwendete Schrift durch die Verlängerung des Buchstaben „h“ und die Verzierungen an den Buchstaben „W“, „d“ und „r“ erheblich von der Sütterlin-Standardschrift ab. Die Schriftart ähnele den

beiden Schriftzügen  und , die in der „Gemeinsamen Mitteilung zur Gemeinsamen Praxis zur Unterscheidungskraft –

Wort-/Bildmarken mit beschreibenden/nicht unterscheidungskräftigen Wörtern“ des Europäischen Amtes für Geistiges Eigentum (EUIPO) vom 2. Oktober 2015 als unterscheidungskräftige Beispiele im Bereich veränderter Standardschriftarten angeführt seien. Diese Mitteilung entfalte Rechtsbindungswirkung für die Ämter der Mitgliedstaaten.

Mit gerichtlichem Schreiben vom 14. November 2016 ist die Anmelderin unter Beifügung von Recherchebelegen (Anlagen 1 bis 2, Bl. 20 – 26 GA) darauf hingewiesen worden, dass das angemeldete Wort-/Bildzeichen nicht für schutzfähig erachtet werde.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

Für die beanspruchten Waren der Klasse 33 „*Spirituosen*“ steht dem angemelde-



ten Wort-/Bildzeichen das Eintragungshindernis der fehlenden Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen, so dass die Markenstelle die Anmeldung zu Recht nach § 37 Abs. 1 MarkenG zurückgewiesen hat.

Die hier angesprochenen breiten Verkehrskreise – sowohl der Endverbraucher als auch der Getränkefachhandel – werden im Anmeldezeichen wegen der darin enthaltenen Sachaussage keinen Hinweis auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen erkennen.

1. a) Unterscheidungskraft im Sinne von § 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 oder 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 2016, 934 Rdnr. 9 – OUI; GRUR 2015, 173, 174 Rdnr. 15 – for you). Denn die Hauptfunktion der Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten (EuGH GRUR 2010, 228 Rdnr. 33 - Audi AG/HABM [Vorsprung durch Technik]; BGH a. a. O. – OUI; a. a. O. – 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 a. a. O. – OUI; a. a. O. – for you). 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 a. a. O. Rdnr. 10 – OUI; a. a. O. 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).

Ausgehend hiervon besitzen Wortzeichen dann keine Unterscheidungskraft, wenn ihnen die angesprochenen Verkehrskreise lediglich einen im Vordergrund stehen-

den beschreibenden Begriffsinhalt zuordnen (EuGH GRUR 2004, 674, Rdnr. 86 - Postkantoor; BGH GRUR 2012, 270 Rdnr. 11 - Link economy) oder wenn diese aus gebräuchlichen Wörtern oder Wendungen der deutschen Sprache oder einer bekannten Fremdsprache bestehen, die vom Verkehr - etwa auch wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung - stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werden (BGH a. a. O. Rdnr. 12 – OUI; GRUR 2014, 872, 874 Rdnr. 21 - Gute Laune Drops).

b) Diesen Anforderungen genügt das Anmeldezeichen nicht, das ausschließlich aus dem Substantiv „Wacholder“ besteht. Hierbei handelt es sich um eine Pflanzengattung aus der Familie der Zypressengewächse. Die Beeren sind ein wichtiger Rohstoff bei der Alkoholherstellung. Es entsteht Wacholderschnaps beziehungsweise Gin. Auch Spirituosen wie Krambambuli, Steinhäger und Genever gibt die Wacholderbeere die spezielle Geschmacksnote (www.wikipedia.de, Anlagenkonvolut 1 zum gerichtlichen Hinweis). Das Nomen „Wacholder“ wird auch als Kurzform für Wacholderbranntwein verwendet (www.duden.de; Anlagenkonvolut 1 zum gerichtlichen Hinweis). Damit beschreibt die angemeldete Bezeichnung den Ausgangsstoff bzw. die Geschmacksrichtung für mehrere Waren, die dem Oberbegriff „*Spirituosen*“ in Klasse 33 unterfallen, unmittelbar. Nur so werden die angesprochenen Verkehrskreise das Zeichen ohne weiteres verstehen.




c) Auch die grafische Gestaltung ist nicht geeignet, um dem Zeichen die notwendige Unterscheidungskraft zu verleihen.

aa) Grundsätzlich kann einer Wortelemente enthaltenden Bildmarke, unbeschadet der fehlenden Unterscheidungskraft dieser Wortelemente, als Gesamtheit Unterscheidungskraft zugesprochen werden, wenn die grafischen Elemente ihrerseits charakteristische Merkmale aufweisen, in denen der Verkehr einen Herkunftshinweis sieht (EuGH GRUR 2006, 229 Rdnr. 73 f. - BioID/HABM [BioID]; BGH GRUR

2010, 640 f. - hey!; GRUR 2001, 1153 - anti Kalk). Dabei vermögen allerdings einfache grafische Gestaltungen oder Verzierungen des Schriftbilds, an die sich der Verkehr etwa durch häufige werbemäßige Verwendung gewöhnt hat, eine fehlende Unterscheidungskraft der Wörter ebenso wenig aufzuwiegen, wie derartige einfache grafische Gestaltungselemente auch für sich wegen fehlender Unterscheidungskraft nicht als Marke eingetragen werden können (vgl. BGH WRP 2014, 573 Rdnr. 32 - HOT; GRUR 2014, 376 Rdnr. 18 - grill meister). Es bedarf vielmehr eines auffallenden Hervortretens der grafischen Elemente, um sich dem Verkehr als Herkunftshinweis einzuprägen, bzw. eine den schutzunfähigen Charakter der übrigen Markenteile aufhebende, kennzeichnungskräftige Verfremdung im Gesamteindruck der Marke (BGH a. a. O. 1153, 1154 - anti Kalk). Zudem sind an die Ausgestaltung umso größere Anforderungen zu stellen, je deutlicher der beschreibende Charakter der fraglichen Angabe selbst hervortritt (BGH GRUR 2008, BPatG 29 W (pat) 22/13 - Deutsche Manufakturen e. V.). Diesen Anforderungen wird die vorliegende Grafik in Anbetracht des rein beschreibenden Charakters des Wortbestandteils „Wacholder“ nicht gerecht.

bb) Gerade auch von Spirituosenherstellern wird die Frakturschriftart vielfach verwendet, um ihrer Unternehmenstradition, ihrer Herstellererfahrung und der hohen Qualität ihrer Produkte Ausdruck zu verleihen. Beispielhaft sind die bekannten Spi-

rituosenlogos  und  zu nennen. Dass die bei dem Zei-

chen  verwendete Frakturschrift von einer gängigen Gestaltung erheblich abweicht, kann nicht festgestellt werden, zumal verschiedene Formen der Fraktur bestehen (s. hierzu die unterschiedlichen Schriftbeispiele bei www.wikipedia.de, Anlage 2 zum gerichtlichen Hinweis; vgl. auch BPatG, 30 W (pat) 539/12 – Lawyering). Da bei den jeweiligen Schriftbeispielen deren

unmittelbare Quelle genannt wird, kann das Heranziehen des Internetlexikons Wikipedia nicht beanstandet werden. Gestalterische Merkmale, die dem Anmeldezeichen das für die Unterscheidungskraft erforderliche Mindestmaß an optischer Eigenart und Prägnanz verleihen könnten, weist der angemeldete Schriftzug





nicht auf, zumal er der Microsoft Word-Computerschriftart „OLD English Text MT“ sehr nahe kommt, in der das Wort „Wacholder“ in vergleichbarer

Größe wie folgt dargestellt wird: **Wacholder**. Die zusätzlichen Schlaufen

bei den Buchstaben „W“, „d“ und „r“ des beanspruchten Bildbestandteils

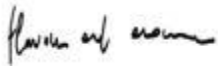



sind kleine, eher unauffällige Verzierungen, die nicht geeignet sind, einen ungewöhnlichen Eindruck zu vermitteln. Auch dass der Kleinbuchstabe „h“ über eine Unterlänge verfügt, ist eine für die Frakturschrift typische Erscheinung (www.wikipedia.de, Anlage zum angefochtenen Erinnerungsbeschluss, Seite 3). Sowohl die Unterlegung von Text mit einer Linie als auch die Verlängerung eines oder mehrerer Buchstabens zwecks Unterstreichung des gesamten Wortelements wie hier durch die teils schlaufenartige Prolongation der Unterlänge des Buchstabens „h“ stellen zudem in der Werbegraphik gebräuchliche Formen der Hervorhebung dar (vgl. BPatG 27 W (pat) 56/11 - ; 28 W (pat) 534/12 - ).

cc) Da es sich bei „Wacholder“ um eine warenbeschreibende Angabe handelt, vermögen die genannten werbeüblichen Grafikelemente - auch in ihrer Kombination - den Schutz der Anmeldung nicht zu begründen. Für die angesprochenen Verkehrskreise steht die beschreibende Angabe „Wacholder“ derart im Vordergrund, dass der bildlichen Gestaltung daneben keine über das Werbeübliche hin-

ausgehende Besonderheit beigemessen wird (vgl. BGH a. a. O. – antiKALK; BPatG, 30 W (pat) 539/12 – Lawyering).

d) Das Anmeldezeichen ist auch nicht mit den beiden von der Anmelderin vorgelegten, als unterscheidungskräftig beurteilten Schriftbeispielen der „Gemeinsamen Mitteilung zur Gemeinsamen Praxis zur Unterscheidungskraft – Wort-/Bildmarken mit beschreibenden/nicht unterscheidungskräftigen Wörtern“ des EUIPO vom 2. Oktober 2015 vergleichbar.

aaa) Der erste Schriftzug  ähnelt einer schlecht leserlichen, charaktervollen Handschrift und stellt keine Druckschrift dar, wie sie hier vorliegt.

bbb) Der zweite Schriftzug  weist außergewöhnliche Auslassungen im Schriftbild einzelner Buchstaben auf wie der fehlende Auf- und Abstrich in dem Buchstaben „N“ in „AND“, während der angemeldete Schriftzug keine Unterbrechungen oder sonstige Fehler aufweist.

ccc) Bei dieser Mitteilung handelt es sich im Übrigen um eine Verwaltungsvorschrift, die das Bundespatentgericht nicht bindet. Selbst die im Ausland, in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union auf der Grundlage des harmonisierten Markenrechts oder vom Europäischen Amt für Geistiges Eigentum aufgrund der Unionsmarkenverordnung getroffenen Entscheidungen über absolute Eintragungshindernisse sind für nachfolgende Verfahren in anderen Mitgliedstaaten unverbindlich (EuGH GRUR 2004, 428 Rdnr. 63 – Henkel; GRUR 2004, 674 Rdnr. 43 f. - Postkantoor). Sie vermögen nicht einmal eine Indizwirkung zu entfalten (BGH GRUR 2014, 569 Rdnr. 30 - HOT; GRUR 2009, 778 Rdnr. 18 – Willkommen im Leben).

2. Da schon das Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG vorliegt, kann dahinstehen, ob das angemeldete Zeichen darüber hinaus gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG für die beanspruchten Waren freihaltungsbedürftig ist.

III.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diesen Beschluss ist das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde nur gegeben, 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 Rechtsbeschwerdeschrift muss von einer beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältin oder von einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet und innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe eingereicht werden. Die Frist kann nicht verlängert werden.

Kortge

Reker

Schödel

prä