



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 65/17

(Aktenzeichen)

Verkündet am
11. Oktober 2018

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2013 046 788.4

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 11. Oktober 2018 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Knoll, der Richterin Kriener und des Richters Dr. Nielsen

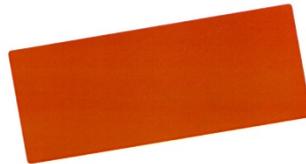
beschlossen:

Die Beschwerde der Anmelderin wird zurückgewiesen.

G r ü n d e

I.

Die nachfolgende in oranger Farbe gehaltene Darstellung



ist am 17. August 2013 zur Eintragung als Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register für die folgenden Waren und Dienstleistungen angemeldet worden:

Klasse 3:

Wasch- und Bleichmittel; Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel; Seifen; Parfümeriewaren, ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Haarwässer; Zahnputzmittel;

Klasse 5:

Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse; Hygienepräparate für medizinische Zwecke, Tampons für hygienische Zwecke, Monatsbinden, Slipeinlagen [Hygieneartikel]; Babywindeln; diätetische Lebensmittel und Erzeugnisse für medizinische oder veterinärmedizinische Zwecke, Babykost; Nahrungsergänzungsmittel für Menschen und Tiere; Pflaster, Verbandmaterial; Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke; Desinfektionsmittel; Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren; Fungizide, Herbizide;

Klasse 21:

Geräte und Behälter für Haushalt und Küche; Käbme und Schwämme; Bürsten und Pinsel (ausgenommen für Malzwecke); Bürstenmachermaterial; Putzzeug; Stahlwolle; rohes oder teilweise bearbeitetes Glas (mit Ausnahme von Bauglas); Glaswaren, Porzellan und Steingut, soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind;

Klasse 28:

Spiele, Spielzeug; Turn- und Sportartikel, soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind; Christbaumschmuck;

Klasse 29:

Fleisch, Fisch, Geflügel und Wild; Fleisch- und Wurstwaren; Fleischextrakte; konserviertes, tiefgekühltes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Eier; Milch und Milchprodukte; sämtliche vorgenannten Waren auch als Fertigericht, Halbfertigericht, Tiefkühlkost und Suppen; Knabberartikel soweit in Klasse 29 enthalten; Gallerten (Gelees), Konfitüren, Kompotte; Speiseöle und -fette;

Klasse 30:

Kaffee, Tee, Kakao und Kaffee-Ersatzmittel; Getränke auf der Basis von Kaffee, Tee, Kakao und Kaffee-Ersatzmitteln; Reis, Tapioka und Sago; Mehle und Getreidepräparate; Nudelgerichte; Teigwaren; Brot, Brote [belegt], feine Backwaren und Konditorwaren; fertige und halbfertige Gerichte, auch konserviert, jeweils im Wesentlichen bestehend aus Teigwaren, Reis, Mehlspeisen, auch unter Zusatz von Gewürzen und Soßen (einschließlich Salatsoßen) und/oder in Verbindung mit Brot oder Brötchen; Süßwaren, Speiseeis; Zucker, Honig, Melassesirup; Hefe, Backpulver; Salz; Senf; Essig, Soßen (Würzmittel); Gewürze; Kühleis;

Klasse 31:

Samenkörner sowie land-, garten- und forstwirtschaftliche Erzeugnisse, soweit sie nicht in anderen Klassen enthalten sind; lebende Tiere; frisches Obst und Gemüse; Sämereien; natürliche Pflanzen und Blumen; Futtermittel; Malz;

Klasse 32:

Biere; Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken;

Klasse 33:

Alkoholische Getränke (ausgenommen Biere);

Klasse 35:

Groß- und Einzelhandelsdienstleistungen betreffend Waren der Klassen 1 – 34.

Mit Beschlüssen vom 7. Juli 2014 und vom 24. Februar 2017 hat die Markenstelle für Klasse 30 des DPMA die unter der Nummer 30 2013 046 788.4 geführte Anmeldung wegen fehlender Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG

zurückgewiesen. Zur Begründung hat die Markenstelle im Wesentlichen ausgeführt, bei dem angemeldeten Zeichen handele es sich um ein schräg gestelltes, orangefarbenes Rechteck. Solche einfachen geometrischen Figuren würden keinerlei unterscheidungskräftige Merkmale aufweisen und seien daher auch nicht zur Herkunftskennzeichnung geeignet. Zwar könnten einfache grafische Gestaltungen auch so phantasievoll in ihrer Schlichtheit sein, dass sie vom Verkehr als Betriebshinweis verstanden werden könnten. Ein derartiger Phantasiegehalt fehle dem angemeldeten Zeichen aber. Das Zeichen wirke wie ein in roter Farbe gehaltenes Etikett. Die Bildgestaltung sei daher nicht geeignet, die von der Anmeldung umfassten Waren oder Dienstleistungen hinsichtlich ihrer Herkunft aus einem Unternehmen von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin. Sie meint, dass nur geläufigen graphischen Mitteln, die üblicherweise in bloß schmückender oder ornamentaler Form verwendet würden, die erforderliche Unterscheidungskraft abzusprechen sei. Soweit es sich aber um eine Verbindung von mehreren, wenn auch einfachen geometrischen Figuren handle, sei eine charakteristische zur Erfüllung der Herkunftsfunktion geeignete farbige Gestaltung erreicht. Zwar bestehe die angemeldete Marke aus einer schlichten graphischen Gestaltung, diese sei aber aus mehreren Einzelementen zusammengesetzt, die in ihrer Gesamtheit zur Schutzfähigkeit des Zeichens führten. Die Anmelderin beantrage nicht Schutz für die abstrakte Einzelfarbe „Orange“ oder für die Darstellung irgendeines Rechtecks, sondern für die Kombination des auf der unteren linken Ecke stehenden orangefarbenen Rechtecks, das zu der Horizontalen eine Neigung von ca. 10° aufweise. Die orangene Farbe des Bildzeichens stelle die „Hausfarbe“ der Beschwerdeführerin dar. Für die Frage, ob eine einfache geometrische Form herkunftshinweisend sein könne, seien die Bezeichnungsgepflogenheiten und die allgemeine Übung auf dem betreffenden Produktgebiet maßgebend. Im einschlägigen Waren- und Dienstleistungsbereich der Lebensmittel sei nicht bekannt und von der Markenstelle auch nicht festgestellt worden, dass ein schräggestelltes orangenes Rechteck üblicherweise als Ausschmückung, Verzierung oder zur Hervorhebung

verwendet werde. Solche Ausschmückungen seien in der Regel gleichgerichtet, so dass allein schon die schräge Stellung der Gestaltung als charakteristisch anzusehen sei. Für die Annahme der Unterscheidungskraft sei es nicht erforderlich, dass grundsätzlich jede denkbare Verwendung eines Zeichens markenmäßig sein müsse, ausreichend sei, dass es praktisch bedeutsame und naheliegende Möglichkeiten gebe, die Bezeichnung so zu verwenden, dass diese von den angesprochenen Verkehrskreisen ohne weiteres als Marke und daher herkunftshinweisend verstanden werde. Dies sei aber vor allem dann der Fall, wenn die Marke beispielsweise auf der Verpackung der Waren oder als Aufkleber ohne Beschriftung schräg gestellt direkt auf den Waren angebracht werde.

Auch sei das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG nicht gegeben, insbesondere habe die Markenstelle nicht belegt, dass ein tatsächliches Freihaltebedürfnis jetzt oder in der Zukunft bestehe.

Die Anmelderin verweist weiter auf diverse aus ihrer Sicht vergleichbare Voreintragungen von Marken in Form eines schwarzen Dreiecks – 30 2011 007 632, eines orangenen Kreuzes – 30 2013 024 780, eines blauen Rechtecks – 30 2015 109 196, eines orangenen Dreiecks – 30 2017 004 909 und insbesondere eines goldenen Kreuzes – 30 2010 030 263, eines blauen Dreiecks – 30 2011 009 557 oder eines geteilten Rechtecks – 30 2010 006 376 bzw. 30 2013 069 753 für mit den Waren der angemeldeten Marke identische bzw. ähnliche Waren. Diese Eintragungen würden zwar keine Bindungswirkung entfalten, müssten aber bei der Prüfung der Anmeldung mit einbezogen werden.

Die Anmelderin und Beschwerdeführerin beantragt sinngemäß,

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 7. Juli 2014 und vom 24. Februar 2017 aufzuheben.

An der auf den Antrag der Anmelderin hin durchgeführten mündlichen Verhandlung vom 11. Oktober 2018, zu der die Anmelderin mit Schreiben vom 22. August 2018 (zugestellt am 29. August 2018) geladen worden war, hat die Anmelderin nicht teilgenommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die angefochtenen Beschlüsse der Markenstelle, die Schriftsätze der Anmelderin, den der Anmelderin mit der Ladung vom 22. August 2018 erteilten rechtlichen Hinweis nebst Anlagen, das Protokoll der nicht öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 11. Oktober 2018 und auf den übrigen Akteninhalt verwiesen.

II.

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



als Marke steht für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen jedenfalls das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen. Die Markenstelle hat der angemeldeten in oranger Farbe angemeldeten Gestaltung daher zu Recht die Eintragung versagt (§ 37 Abs. 1 MarkenG).

Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einem Zeichen innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als betrieblicher Herkunftshinweis aufgefasst zu werden. Denn die Hauptfunktion einer Marke liegt darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu gewährleisten (vgl. BGH, GRUR 2014, 569 Rn. 10 – HOT; GRUR 2013, 731 Rn. 11 – Kaleido; GRUR 2012, 1143 Rn. 7 – Starsat; GRUR 2012, 270 Rn. 8 – Link economy; GRUR 2010, 1100 Rn. 10 – TOOOR!; GRUR 2010, 825 Rn. 13

– Marlene-Dietrich-Bildnis II; GRUR 2006, 850, 854 Rn. 18 – FUSSBALL WM 2006; GRUR 2018, 301 Rn. 11 – Pippi Langstrumpf). Auch das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft ist im Lichte des zugrundeliegenden Allgemeininteresses auszulegen, wobei dieses darin besteht, die Allgemeinheit vor ungerechtfertigten Rechtsmonopolen zu bewahren (vgl. EuGH, GRUR 2003, 604 Rn. 60 – Libertel; BGH, GRUR 2014, 565 Rn. 17 – Smartbook). Bei der Beurteilung von Schutzhindernissen ist maßgeblich auf die Auffassung der beteiligten inländischen Verkehrskreise abzustellen, wobei dies alle Kreise sind, in denen die fragliche Marke Verwendung finden oder Auswirkungen haben kann. Dabei kommt es auf die Sicht des normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers im Bereich der einschlägigen Waren und Dienstleistungen (vgl. EuGH, GRUR 2006, 411 Rn. 24 – Matratzen Concord/Hukla; GRUR 2004, 943, 944 Rn. 24 – SAT 2; GRUR 2004, 428 Rn. 30 f. – Henkel; BGH, GRUR 2006, 850 – FUSSBALL WM 2006) zum Zeitpunkt der Anmeldung des Zeichens an (vgl. BGH, GRUR 2013, 1143, 1144 Rn. 15 – Aus Akten werden Fakten; GRUR 2014, 872 Rn. 10 – Gute Laune Drops; GRUR 2014, 482 Rn. 22 – test; EuGH, MarkenR 2010, 439 Rn. 41 – 57 – Flugbörse).

Diese Grundsätze finden auch bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft von Bildmarken in gleicher Weise Anwendung. Bildmarken, die sich in einfachen Gestaltungselementen mit lediglich dekorativer Wirkung erschöpfen, fehlt im Allgemeinen die erforderliche (konkrete) Unterscheidungseignung. Denn soweit die Bestandteile eines Bildzeichens nur die typischen Merkmale der in Rede stehenden Waren darstellen oder sich in einfachen dekorativen Gestaltungsmitteln erschöpfen, an die der Verkehr etwa durch häufige Verwendung gewöhnt ist, wird es nicht als Herkunftshinweis der so gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen angesehen werden können. Weist das in Rede stehende Zeichen dagegen nicht nur die Darstellung von Merkmalen, die für die Ware oder Dienstleistung typisch oder lediglich von dekorativer Art sind, sondern darüber hinausgehende charakteristische Merkmale auf, in denen der Verkehr einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft sieht, ist auch die erforderliche Unterscheidungskraft gegeben (BGH GRUR 2001, 239 f. – Zahnpastastrang; GRUR 2001, 734, 735 – Jeanshosenta-

sche; GRUR 2004, 331, 332 – Westie-Kopf; GRUR 2004, 683, 684 – Farbige Arzneimittelkapsel; GRUR 2005, 257, 258 – Bürogebäude; GRUR 2011, 158 Rn. 8 – Hefteinband).

Das ist im vorliegenden Fall aber nicht gegeben.

Bei der angemeldeten Gestaltung handelt es sich um ein Bildzeichen, das aus einem orangenen Rechteck besteht. Sehr einfachen bildlichen bzw. grafischen Gestaltungselementen mit lediglich dekorativer Wirkung fehlt in der Regel die Unterscheidungskraft (siehe dazu Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl., § 8 Rn. 292 ff., insbesondere Rn. 294 mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen). Zu solchen Gestaltungen gehören einfache geometrische Formen oder Figuren, die üblicherweise in bloß schmückender oder ornamentaler Form verwendet werden. Als unterscheidungskräftig erweist sich die Gestaltung nur dann, wenn sie darüber hinausgehende charakteristische Merkmale aufweist, die eine Herkunftsfunktion begründen können. Derartige Charakteristika fehlen vorliegend aber völlig. Die Abbildung des angemeldeten Vierecks entspricht der Gestaltung eines ganz üblichen Preisschildes oder Etikettes, das unmittelbar auf die Waren aufgeklebt oder an diesen hängend angebracht wird (vgl. die Anlage 1 der mit dem Ladungszusatz der Anmelderin vom 22. August 2018 übermittelten Rechercheergebnisse). Einer derartigen einfachen Gestaltung eines orangen Vierecks kommt aus Sicht der angesprochenen Endverbraucher im Zusammenhang mit den angemeldeten Waren keine herkunftshinweisende Bedeutung zu.

Auch der Hinweis der Anmelderin, dass die angemeldete Schrägstellung des Vierecks als charakteristisch anzusehen sei, führt nicht zum Erfolg. Zweifel bestehen schon dahingehend, ob die Schrägstellung des beanspruchten Rechtecks – sofern sie als solche wahrgenommen wird – überhaupt markenmäßig berücksichtigt werden kann, weil entsprechende Bezugspunkte bzw. Bezugszeichen, die eine solche Schrägstellung offenbaren lassen, auf der Marke selbst fehlen (zum Beispiel ein entsprechender gerader in entsprechendem Winkel platzierter Schriftzug). Auch eine entsprechende Beschreibung zur Schrägstellung im Sinne einer Positionsmarke ist der Markenmeldung nicht beigefügt. Aber selbst wenn die Schräg-

stellung des Rechtecks berücksichtigt wird, führt dies zu keiner anderen Beurteilung. Für das entsprechende Verständnis macht es auch keinen Unterschied, ob das dargestellte Viereck auf der rechten Seite leicht nach oben verschoben ist, denn auch in einer derartigen Anordnung des Schildes werden die angesprochenen Verbraucher keinen Herkunftshinweis, sondern ein nachlässiges Anbringen des „Etiketts/Preisschildes“ oder aber ein bewusstes Verschieben vermuten, um Lässigkeit, Lockerheit und Dynamik zu vermitteln.

Auch im Zusammenhang mit den Dienstleistungen der Klasse 35 der angemeldeten Groß- und Einzelhandelsdienstleistungen wirkt das orangene Rechteck als einfaches Dekorationsmittel und Gestaltungselement nicht aber als Herkunftshinweis. So wird mit entsprechenden Schildern am Ladeneingang (Schaufenster) oder im Laden selbst häufig auf Sonderaktionen (Hinweis auf Sale oder bestimmte Rabattaktionen), auf die Öffnungszeiten oder auf sonstige Umstände, die mit dem Verkauf der Waren im Zusammenhang stehen, hingewiesen (vgl. die Anlage 2 der mit dem Ladungszusatz der Anmelderin am 22. August 2018 übermittelten Rechercheergebnisse). Auch der Umstand, dass das angemeldete Rechteck keine Verkaufs- oder Preisangebote und keinen Werbetext enthält, führt zu keiner anderen Beurteilung, weil der angesprochene Verkehr erwarten wird, dass entsprechende Preisangebote bzw. ein entsprechender (Werbe)Text noch folgen wird.

Vor diesem Hintergrund wird der Verkehr die angemeldete Bildgestaltung im Zusammenhang mit allen beanspruchten Waren und Dienstleistungen ohne weiteres als bloßes dekoratives Schild verstehen, so dass der Gedanke an einen betrieblichen Herkunftshinweis bei der angemeldeten Bildmarke im Zusammenhang mit den beanspruchten Produkten fernliegt.

Auch eignet sich der Hinweis der Anmelderin, wonach bei einer Verwendung als Marke das angemeldete Zeichen jedenfalls auch herkunftshinweisend verstanden werde, nicht dazu, die mangelnde Unterscheidungskraft zu überwinden. Denn eine Anbringung eines Zeichens in der Art einer Marke auf der Ware oder hinsichtlich

der Dienstleistungen beispielsweise am Ort der Erbringung, dem Gebäude selbst, führt nicht ausnahmslos dazu, dass der Verkehr es auch als Herkunftshinweis versteht. Abgesehen davon, dass solche Überlegungen in einem Registerverfahren rein spekulativ sind und nach Auffassung des Senats eigentlich keine Berücksichtigung finden sollten, führt auch dies zu keiner anderen Beurteilung. Die Argumentation, dass ein Zeichen als Marke verstanden werden kann, wenn es nur an der Stelle angebracht ist, wo üblicherweise Marken angebracht werden, darf im Endergebnis jedenfalls nicht zur Negierung von Schutzhindernissen überhaupt führen. Die hier vorliegende Bildgestaltung wird der Verkehr auch bei dieser Art der Anbringung unabhängig von der konkreten Präsentation auf der Ware, auf Etiketten, Anhängern, Aufnähern oder der Verpackung bzw. dem Eingang eines Dienstleistungsunternehmens jeweils nur in einem beschreibenden oder dekorativen Sinn auffassen und ihm deshalb keinen Herkunftshinweis entnehmen (vgl. zu dieser Problematik auch BGH GRUR 2012, 1044 Rn. 20 – Neuschwanstein; GRUR 2009, 411 Rn. 13 – STREETBALL; BGH GRUR 2010, 1100 Rn. 30 – TOOOR!). Maßgebend sind die üblichen Kennzeichnungsgewohnheiten auf dem in Rede stehenden Warenssektor (vgl. BGH GRUR 2012, 1044 Rn. 20 – Neuschwanstein, GRUR 2008, 1093 Rn. 22 – Marlene-Dietrich-Bildnis I). Daher kann es nach der Rechtsprechung von der tatsächlichen Art und Weise der Anbringung auf oder im Zusammenhang mit der betreffenden Ware oder Dienstleistung abhängen, ob ein Zeichen von den angesprochenen Verkehrskreisen im Einzelfall als betrieblicher Herkunftshinweis verstanden wird. Die Annahme der Unterscheidungskraft erfordert es nicht, dass grundsätzlich jede denkbare Verwendung des Zeichens markenmäßig sein muss. Es genügt, wenn es praktisch bedeutsame und naheliegende Möglichkeiten gibt, das Zeichen bei den Waren und Dienstleistungen, für die es Schutz beansprucht, so zu verwenden, dass es vom Verkehr ohne weiteres als Marke verstanden wird (vgl. BGH GRUR 2014, 1204, Rn. 21 – DüsseldorfCongress; GRUR 2012, 1044 Rn. 20 – Neuschwanstein; GRUR 2010, 825 – Marlene-Dietrich-Bildnis II; GRUR 2010, 1100 Rn. 28 – TOOOR!). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist die Prüfung auf die wahrscheinlichste und naheliegendste Verwendungsform zu be-

schränken (vgl. EuGH GRUR 2013, 519 Rn. 55 – Deichmann SE [umsäumter Winkel]; siehe auch: BGH BIPMZ, 321, 324 – #darferdas?). Die naheliegendste Verwendung der angemeldeten Bildgestaltung dürfte bei den beanspruchten Waren das Anbringen als Aufdruck auf der Ware selbst oder deren Verpackung und bei den Einzelhandelsdienstleistungen die Verwendung auf (Werbe)Prospekten, auf Schildern oder am Eingang des Einkaufsmarktes sein. Da sich an den genannten Orten häufig nicht nur die Marke selbst, sondern auch weitere beschreibende Angaben (Preisangaben, Rabatthinweise) oder ansprechende dekorative Ausgestaltungen befinden, gibt es wegen dieser üblichen Verbindung von Sachangaben mit markenmäßigen Kennzeichen und dekorativen Ausgestaltungen am selben Ort für den Verkehr aber keine Veranlassung, allein aufgrund des Anbringungsortes dort befindliche Angaben stets als Marke und nicht als Sachangabe aufzufassen. Da die angemeldete Gestaltung sich in der Abbildung einer einem Preisschild entsprechenden Gestaltung bzw. einem dekorativen Schild eines Einzelhandelsunternehmens erschöpft, werden die Verbraucher die angemeldete Bezeichnung nicht als Herkunftshinweis wahrnehmen.

Soweit die Anmelderin sich zwar nicht auf eine Indizwirkung aber auf eine Berücksichtigung von aus ihrer Sicht vergleichbaren Voreintragungen berufen hat, ist auf die dazu ergangene umfangreiche und gefestigte Rechtsprechung des EuGH (vgl. GRUR 2009, 667 – Bild.T-Online u. ZVS unter Hinweis u. a. auf die Entscheidungen EuGH GRUR 2008, 229 Rn. 47–51 – BioID; GRUR 2004, 674 Rn. 42–44 – Postkantoor), des BGH (vgl. GRUR 2008, 1093 Rn. 18 – Marlene-Dietrich-Bildnis I) und des BPatG (vgl. z. B. GRUR 2009, 1175 – Burg Lissingen; MarkenR 2010, 139 – VOLKSFLAT und die Senatsentscheidung MarkenR 2010, 145 – Linuxwerkstatt) zu verweisen, wonach weder eine Bindungs- noch eine Indizwirkung gegeben ist (vgl. auch Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl., § 8 Rn. 72 ff. mit zahlreichen weiteren Rechtsprechungsnachweisen). Die Entscheidung über die Schutzfähigkeit ist keine Ermessensentscheidung, sondern eine (an das Gesetz) gebundene Entscheidung, wobei selbst identische Voreintragungen nach ständiger Rechtsprechung nicht zu einem Anspruch auf Eintragung führen.

Insofern gibt es auch im Rahmen von unbestimmten Rechtsbegriffen keine Selbstbindung der Markenstellen des DPMA und erst recht keine irgendwie geartete Bindung für das Gericht. Das Gericht und auch das Patentamt haben in jedem Einzelfall eigenständig zu prüfen und danach eine Entscheidung zu treffen. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, dass die genannten Voreintragungen, die zum Teil für sehr spezifische Waren und Dienstleistungen eingetragen worden sind, was dementsprechend zu der Eintragung geführt haben mag, mit der angemeldeten Bezeichnung vergleichbar wären.

Soweit die Anmelderin darauf verweist, bei der angemeldeten Bezeichnung handle es sich um ihre „Hausfarbe“ und damit auf eine mögliche Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs. 3 MarkenG hinweisen möchte, fehlt jeglicher substantiiertes Vortrag, der auch nur im Sinne einer Anfangsglaubhaftmachung verstanden werden kann und Anlass für weitere Ermittlungen gibt.

Nach alledem war die Beschwerde daher zurückzuweisen.

Es konnte auch in der mündlichen Verhandlung vom 11. Oktober 2018 entschieden werden. Die Anmelderin bzw. ihr Verfahrensbevollmächtigter war form- und fristgerecht am 29. August 2018 zu diesem Termin geladen worden. Nachvollziehbare relevante Gründe dafür, den Termin vom 11. Oktober 2018 auf einen späteren Zeitpunkt zu vertagen, hat der Verfahrensbevollmächtigte in dem am Terminstag geführten Telefonat nicht angegeben.

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 einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form einzulegen.

Knoll

Kriener

Dr. Nielsen

Fa