



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZB 85/11

vom

6. Februar 2013

in der Rechtsbeschwerdesache

betreffend die Markenmeldung Nr. 30 2009 009 356.3

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Variable Bildmarke

GG Art. 103 Abs. 1; AEUV Art. 267 Abs. 3; MarkenG § 3 Abs. 1, § 83 Abs. 3 Nr. 1, Nr. 6; MarkenRL Art. 2

Den Anforderungen an ein Zeichen im Sinne von Art. 2 MarkenRL, § 3 Abs. 1 MarkenG genügt es nicht, wenn sich der Gegenstand einer Anmeldung auf eine Vielzahl unterschiedlicher Erscheinungsformen erstrecken können soll und er deshalb nicht hinreichend bestimmt ist. Deshalb fehlt „variable Marken“, mit denen Schutz für eine abstrakt unbestimmte Zahl unterschiedlicher Erscheinungsformen oder allgemeiner Gestaltungsprinzipien beansprucht wird, die für eine Eintragung erforderliche Markenfähigkeit.

BGH, Beschluss vom 6. Februar 2013 - I ZB 85/11 - Bundespatentgericht

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 6. Februar 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Koch und Dr. Löffler

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den am 14. November 2011 an Verkündungs Statt zugestellten Beschluss des 29. Senats (Marken-Beschwerdesenats) des Bundespatentgerichts wird auf Kosten der Anmelderin zurückgewiesen.

Der Gegenstandswert der Rechtsbeschwerde wird auf 50.000 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Die Anmelderin hat beim Deutschen Patent- und Markenamt die Eintragung des Zeichens Nr. 30 2009 009 356 für zahlreiche Waren und Dienstleistungen der Klassen 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 11, 16, 17, 19, 20, 29, 30, 31, 32, 35, 36, 37, 39, 40, 41 und 42 als „sonstige Marke“ mit folgender beispielhafter Wiedergabe



und folgender Beschreibung der zu schützenden Marke begehrt:

Eine violett-purpurfarbene gefüllte, rechteck-ähnliche geometrische Figur der in den unten gezeigten drei Beispielen dargestellten Art mit zwei parallelen geraden Begrenzungslinien in einer Längsrichtung und einer geraden Begrenzungslinie und einer sich nach außen verwölbenden kreisbogenförmigen Begrenzungslinie in einer zur Längsrichtung rechtwinkligen Querrichtung,

wobei das Verhältnis der Abmessung in der Längsrichtung (Länge) der Figur zur Abmessung in der Querrichtung (Breite) der Figur variabel ist,

wobei das Verhältnis der Länge zur Breite zwischen 1:2 (Breite doppelt so groß wie die Länge) und 10:1 (Länge zehnmal so groß wie die Breite) liegt.

- 2 Die Markenstelle des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung wegen fehlender grafischer Darstellbarkeit gemäß § 8 Abs. 1 MarkenG zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Anmelderin hat das Bundespatentgericht zurückgewiesen (BPatG, Beschluss vom 11. Oktober 2011 - 29 W (pat) 173/10, juris).
- 3 Hiergegen wendet sich die Anmelderin mit ihrer zulassungsfreien Rechtsbeschwerde, mit der sie einen Begründungsmangel, eine vorschriftswidrige Gerichtsbesetzung sowie die Versagung rechtlichen Gehörs rügt.
- 4 II. Die Rechtsbeschwerde der Anmelderin hat keinen Erfolg.

5 1. Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Rechtsbeschwerde ist zulässig (§§ 133, 83 MarkenG). Ihre Statthaftigkeit folgt daraus, dass im Gesetz aufgeführte, die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde eröffnende Verfahrensmängel gerügt werden. Die Rechtsbeschwerde beruft sich auf eine Versagung des rechtlichen Gehörs und einen Begründungsmangel. Außerdem macht sie geltend, das Bundespatentgericht sei nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen. Diese Rügen hat die Rechtsbeschwerde im Einzelnen begründet. Auf die Frage, ob die erhobenen Rügen durchgreifen, kommt es für die Statthaftigkeit des Rechtsmittels nicht an (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 26. Juni 2010 - I ZB 40/09, GRUR 2010, 1034 Rn. 9 = WRP 2010, 1034 - LIMES LOGISTIK).

6 2. Die Rechtsbeschwerde ist jedoch unbegründet.

7 a) Ohne Erfolg rügt die Rechtsbeschwerde, die Annahme des Bundespatentgerichts, die in der Wiedergabe des streitgegenständlichen Zeichens beschriebene Variabilität des Längen- und Breitenverhältnisses entspreche nicht den Anforderungen an die Kriterien „leicht zugänglich“ und „verständlich“, sei im Sinne von § 83 Abs. 3 Nr. 6 MarkenG nicht hinreichend mit Gründen versehen.

8 aa) Die Vorschrift des § 83 Abs. 3 Nr. 6 MarkenG soll allein den Anspruch der Beteiligten auf Mitteilung der Gründe sichern, aus denen ihr Rechtsbegehren keinen Erfolg hat. Es kommt deshalb nur darauf an, ob erkennbar ist, welcher Grund für die Entscheidung maßgebend gewesen ist. Dagegen ist insoweit nicht entscheidend, ob die Beurteilung in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht fehlerfrei ist. Dem Erfordernis einer Begründung ist daher schon genügt, wenn die Entscheidung zu jedem selbständigen Angriffs- und Verteidigungsmittel Stellung nimmt (BGH, Beschluss vom 20. Mai 2009 - I ZB 53/08, GRUR 2009, 992 Rn. 25 = WRP 2009, 1104 - Schuhverzierung, mwN).

- 9 bb) Diesen Anforderungen genügt der angefochtene Beschluss, dessen Begründung in seiner Gesamtheit in den Blick zu nehmen ist. Das Bundespatentgericht hat seine Annahme, die Anforderungen der Kriterien „leicht zugänglich“ und „verständlich“ seien nicht erfüllt, damit begründet, dass das angemeldete Zeichen - anders als eine durch Bezugnahme auf eine Farbskala objektiv festgelegte abstrakte Farbmarke - in seinen Längen- und Breitenverhältnissen variabel sei und in einer Vielzahl von Größenverhältnissen unterschiedlich in Erscheinung treten könne. Die Begründung ist weder inhaltsleer noch verworren oder widersprüchlich. Ob das Bundespatentgericht seine tatrichterliche Würdigung zutreffend vorgenommen hat, ist im Rahmen des § 83 Abs. 3 Nr. 6 MarkenG unerheblich.
- 10 b) Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde ferner geltend, das Bundespatentgericht habe den Anspruch der Anmelderin auf rechtliches Gehör verletzt.
- 11 aa) Das Gebot rechtlichen Gehörs verpflichtet ein Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Art. 103 Abs. 1 GG ist allerdings erst verletzt, wenn sich im Einzelfall klar ergibt, dass das Gericht dieser Pflicht nicht nachgekommen ist. Denn grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Gerichte das von ihnen entgegengenommene Parteivorbringen zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen haben. Sie sind dabei nicht verpflichtet, sich mit jedem Vorbringen in den Entscheidungsgründen ausdrücklich zu befassen. Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG setzt deshalb voraus, dass im Einzelfall besondere Umstände deutlich machen, dass tatsächliches Vorbringen eines Beteiligten entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder doch bei der Entscheidung nicht erwogen worden ist. Geht das Gericht in seinen Entscheidungsgründen auf den wesentlichen Kern des Tatsachenvortrags einer Partei zu einer Frage

nicht ein, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, so lässt dies auf die Nichtberücksichtigung des Vortrags schließen, sofern er nicht nach dem Rechtsstandpunkt des Gerichts unerheblich oder offensichtlich unsubstantiiert war (BVerfG, NJW 2009, 1584 f. mwN).

12 bb) Die Rechtsbeschwerde macht vergeblich geltend, das Bundespatentgericht habe das Vorbringen der Anmelderin unberücksichtigt gelassen, die Darstellung gemäß der Markenmeldung sei leicht zugänglich, da sie sich mit grafischen Standardverfahren, beispielsweise gedruckt oder auf Computerbildschirmen, ohne weiteres anzeigen oder ausdrucken lasse. Ferner habe die Anmelderin vorgetragen, die grafische Darstellung sei auch für die Benutzer des Markenregisters verständlich, weil die Wiedergabe der Marke textliche Erläuterungen und drei Beispiele enthielten. Damit werde dem durchschnittlich informierten Registerbenutzer klar, welche Art die rechteck-ähnliche geometrische Figur sein solle, die als konkrete Ausprägungs- oder Verwendungsform der Marke angesehen werden könne.

13 cc) Das Bundespatentgericht hat dieses Vorbringen nicht unter Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör übergangen. Das als übergangen gerügte Vorbringen war nach dem Rechtsstandpunkt des Bundespatentgerichts nicht erheblich. Das Bundespatentgericht ist davon ausgegangen, dass das als variable Bildmarke angemeldete Zeichen aufgrund der beanspruchten Variabilität des Längen- und Breitenverhältnisses nicht den für die grafische Darstellbarkeit zu fordernden Kriterien „leicht zugänglich“ und „verständlich“ entspreche. Außerdem könne die angemeldete geometrische Figur aufgrund ihrer variablen Ausbreitung in Länge und Breite - trotz der in der Markenbeschreibung erfolgten Eingrenzung des Abmessungsverhältnisses - in einer Vielzahl von Größenverhältnissen unterschiedlich in Erscheinung treten. Hierdurch werde der Schutzzumfang in das Belieben der Anmelderin gestellt. Dies genüge nicht

den Anforderungen des § 3 MarkenG, der die Markenfähigkeit zwar auf gegenständliche, nicht jedoch auf abstrakte, nur unbestimmt angegebene Erscheinungsformen erweitere. Das angemeldete Zeichen sei auch nicht mit einer abstrakten Farbmarke vergleichbar, weil deren Schutzgegenstand nicht variabel, sondern stets derselbe sei.

14 Für das Bundespatentgericht war mithin nicht die grafische Darstellbarkeit mittels grafischer Standardverfahren oder die durch die Eintragung vermittelte Verständlichkeit der Art der angemeldeten geometrischen Figur entscheidungserheblich, sondern die beanspruchte Variabilität der Figur und die damit verbundene Unbestimmtheit des Schutzgegenstands.

15 c) Ohne Erfolg rügt die Rechtsbeschwerde, das Bundespatentgericht sei nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen, weil es gegen die Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV verstoßen habe (§ 83 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG). Zwar mag die Rüge einer Verletzung der Vorlagepflicht die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde nach § 83 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG eröffnen. Im Streitfall hat das Bundespatentgericht indessen seine Vorlagepflicht nicht verletzt.

16 aa) Das Bundespatentgericht unterliegt im markenrechtlichen Beschwerdeverfahren der Vorlagepflicht des Art. 267 Abs. 3 AEUV, wenn es die Rechtsbeschwerde nicht zulässt. Abzustellen ist nicht darauf, ob ein Gericht generell letztinstanzlich tätig ist, sondern darauf, ob gegen die Entscheidung des Gerichts im konkreten Fall ein ordentliches Rechtsmittel gegeben ist (sog. konkrete Theorie; vgl. Kotzur in Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl., Art. 267 Rn. 17; Karpenstein in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Stand: Nov. 2012, Art. 267 Rn. 52; vgl. EuGH, Urteil vom 4. Juni 2002 - C-99/00, Slg. 2002, I-4839 = EuZW 2002, 476 Rn. 16 - Lyckeskog). Im Ge-

gensatz zur - im Rechtszug nach dem Markengesetz nicht eröffneten - Nichtzulassungsbeschwerde stellt die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde nach § 83 Abs. 3 MarkenG kein ordentliches Rechtsmittel in diesem Sinne dar, weil sie dem Rechtsbeschwerdegericht auch im Falle des Erfolgs nicht die Möglichkeit einer sachlichen Prüfung und damit die Möglichkeit eines eigenen Vorabentscheidungsersuchens eröffnet (vgl. Kotzur in Geiger/Khan/Kotzur aaO Rn. 18; Karpenstein in Grabitz/Hilf/Nettesheim aaO Rn. 53).

- 17 bb) Eine Verletzung des Grundsatzes des gesetzlichen Richters im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG wegen eines Verstoßes gegen die Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV setzt voraus, dass die Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union willkürlich unterblieben ist, weil das Unterlassen der Vorlage bei Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist (BVerfGE 82, 159, 194 f.; BGH, GRUR 2009, 994 Rn. 11 - Vierlinden). Davon ist auszugehen, wenn ein letztinstanzliches Gericht zur Klärung der Auslegung einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift eine Vorlage überhaupt nicht erwägt, obwohl es Zweifel an der zutreffenden Beurteilung der entscheidungserheblichen Auslegungsfrage hat oder das Bestehen einer Vorlagepflicht jedenfalls naheliegt (vgl. BVerfG [Kammer], GRUR 2010, 999 Rn. 50; BGH, MarkenR 2011, 177 Rn. 9 - Ivadal II). Der Grundsatz des gesetzlichen Richters ist ferner dann verletzt, wenn das erkennende Gericht bewusst von einer Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union abweicht, ohne vorzulegen und es den ihm insoweit notwendig zukommenden Beurteilungsrahmen dadurch in unvertretbarer Weise überschreitet (BVerfG [Kammer], NJW 2010, 1268, 1269). Dabei kommt es für die Prüfung einer Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht in erster Linie auf die Vertretbarkeit der fachgerichtlichen Auslegung des für den Streitfall maßgeblichen materiellen Unionsrechts an, sondern auf die Vertretbarkeit der Handhabung der Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV (BVerfG

[Kammer], GRUR 2010, 999 Rn. 48; BGH, Beschluss vom 28. Oktober 2010 - I ZB 13/10, MarkenR 2011, 177 Rn. 9 - Ivadal II, jeweils mwN). Um die Kontrolle seiner Entscheidung zu ermöglichen, hat das letztinstanzliche Gericht in seiner Entscheidung Gründe anzugeben, die zeigen, ob es sich hinsichtlich des europäischen Rechts ausreichend kundig gemacht und es eine Vorlage überhaupt in Erwägung gezogen hat (BVerfG [Kammer], GRUR 2010, 999 Rn. 49 f. - Drucker und Plotter; BGH, Beschluss vom 28. Oktober 2010 - I ZB 13/10, MarkenR 2011, 177 Rn. 9 - Ivadal II).

18 cc) Diese Voraussetzungen einer Verletzung der Vorlagepflicht sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt.

19 Das Bundespatentgericht hat eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union ausdrücklich erwogen und seine Entscheidung auch nicht in bewusster Abweichung von der Rechtsprechung des Gerichtshofs getroffen. Es hat von einer Vorlage vielmehr mit der Begründung abgesehen, die im Streitfall aufgeworfenen Rechtsfragen seien bereits durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Bundesgerichtshofs zu neuen Markenformen hinreichend geklärt. Zudem habe der Gerichtshof der Europäischen Union mit der Entscheidung in der Rechtssache „Dyson“ (Urteil vom 25. Januar 2007 - C-321/03, Slg 2007, I-687 = GRUR 2007, 231 Rn. 37) bereits entschieden, dass der Gegenstand einer Anmeldung, die sich auf eine Vielzahl unterschiedlicher Erscheinungsformen erstrecken solle, zu unbestimmt sei, um als Marke eingetragen werden zu können.

20 Mit dieser Beurteilung hat das Bundespatentgericht den Beurteilungsrahmen, der einem letztinstanzlichen Gericht bei der Prüfung der Vorlagepflicht nach § 267 Abs. 3 AEUV zukommt, nicht in unvertretbarer Weise überschritten. Es ist vielmehr rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die sich im Streitfall

stellende Frage nach der Eintragungsfähigkeit von Marken, deren Schutzgegenstand eine Variable aufweist, durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union bereits hinreichend geklärt ist.

21

Den Anforderungen an ein Zeichen im Sinne von Art. 2 MarkenRL genügt es nach der insoweit maßgebenden Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht, wenn sich der Gegenstand einer Anmeldung auf eine Vielzahl unterschiedlicher Erscheinungsformen erstrecken können soll und er deshalb nicht hinreichend bestimmt ist (EuGH, GRUR 2007, 231 Rn. 37 ff. - Dyson). Auch der Senat geht davon aus, dass der Gegenstand der Anmeldung nicht beliebig oder sonst unbestimmt sein darf, sondern hinreichend klar, eindeutig und in sich abgeschlossen, mithin nicht lediglich abstrakt, sondern konkret festgelegt sein muss (BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2006 - I ZB 73/05, BGHZ 169, 175 Rn. 17; Beschluss vom 5. Oktober 2006 - I ZB 86/05, GRUR 2007, 55 Rn. 13 f. = WRP 2007, 73 - Farbmarke gelb/grün II; Urteil vom 19. Februar 2009 - I ZR 195/06, GRUR 2009, 783 Rn. 31 = WRP 2009, 965 - UHU; vgl. auch Kirschneck in Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Aufl., § 3 Rn. 17, 74; Lange, Marken- und Kennzeichenrecht, 2. Aufl., § 3 Rn. 453; Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl., § 3 Rn. 9). Daraus ergibt sich, dass „variable Marken“, mit denen Schutz für eine abstrakt unbestimmte Zahl unterschiedlicher Erscheinungsformen oder allgemeiner Gestaltungsprinzipien beansprucht wird, bereits die erforderliche Markenfähigkeit im Sinne von Art. 2 MarkenRL, § 3 Abs. 1 MarkenG fehlt (vgl. Kirschneck in Ströbele/Hacker aaO § 3 Rn. 74; Ingerl/Rohnke aaO § 3 Rn. 9, § 8 Rn. 96; Lange aaO § 3 Rn. 453; aA Fezer, MarkenR, 4. Aufl., § 3 Rn. 423 ff.). Die von der Rechtsbeschwerde als klärungsbedürftig geltend gemachte Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen zusätzlichen Voraussetzungen eine variable Bildmarke, insbesondere eine solche mit variablem Abmessungsverhältnis, grafisch darstellbar im Sinne von

§ 8 Abs. 1 MarkenG, Art. 2 MarkenRL ist, ist damit nicht entscheidungserheblich.

22 Eine Vorlagepflicht bestand im Streitfall entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde auch nicht deswegen, weil es sich bei der beanspruchten Marke um eine „neue Markenform“ handelte, zu der es denklogisch noch keine einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung geben kann. Gegenstand der Anmeldung ist eine Bildmarke, mithin eine bereits nach dem Warenzeichengesetz anerkannte Markenform. Eine bekannte Markenform wird nicht deswegen zur neuen Markenform, weil der angemeldete Gegenstand nicht den für die Zeichenfähigkeit maßgebenden Bestimmtheitsanforderungen genügt.

23 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 90 Abs. 2 Satz 1 MarkenG.

Bornkamm

Pokrant

Büscher

Koch

Löffler

Vorinstanz:

Bundespatentgericht, Entscheidung vom 11.10.2011 - 29 W(pat) 173/10 -