

BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 201/99

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 396 35 563.3

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 17. Oktober 2001 unter Mitwirkung des Richters Kraft als Vorsitzendem sowie des Richters Reker und der Richterin Eder

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Anmelderin werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 33 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 10. März 1998 und 13. August 1999 aufgehoben.

Gründe

I.

Beim Deutschen Patent- und Markenamt ist die Bezeichnung

"Silberkirsch"

für die verschiedensten Waren und Dienstleistungen der Klassen 16, 33 und 42 angemeldet worden.

Die Markenstelle für Klasse 33 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die angemeldete Bezeichnung teilweise, nämlich für die Waren

"Alkoholische Getränke (ausgenommen Biere); Branntweine; Liköre; Kräuter-, Gewürz- und Bitterliköre; Geiste (Obstgeiste)"

zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, daß die angemeldete Bezeichnung für die Waren "Liköre, alkoholische Getränke, ausgenommen Biere (wegen der davon begrifflich umfaßten Liköre)" eine freizuhaltende Likör-Sortenbezeichnung sei. "Silberkirsch" sei nämlich, was Fundstellen in Standardwerken belegten, eine Likör-Sortenbezeichnung. Zwar seien diese beiden Standardwerke, in denen sich die Bezeichnung nachweisen lasse, aus den Jahren 1952 bzw 1958. Standardwerke der Fachliteratur über die Herstellung von Spirituosen und Likören

besäßen jedoch im allgemeinen eine ausgeprägte Langlebigkeit, weil auf diesem Warengbiet eine gewisse Angebots-Kontinuität vorherrsche; zudem finde vor allem seit der Wiedervereinigung Deutschlands eine erkennbare Rückbesinnung auch auf ältere Spirituosen- und Likör-Sortenbezeichnungen statt. Gerade kleinere und mittlere Hersteller würden aber auf die Veröffentlichung der Likör-Sortenbezeichnung in einem Fachbuch vertrauen und nicht mit einer Behinderung durch Markenrechte Dritter rechnen. Deshalb könne ein aktuelles Freihaltebedürfnis nicht verneint werden. Für die Waren "alkoholische Getränke (ausgenommen Biere) schlechthin; Branntweine; Kräuter-, Gewürz- und Bitterliköre; Geiste (Obstgeiste)" sei die angemeldete Marke ersichtlich zur Täuschung geeignet, weil es sich bei diesen Produkten offenkundig nicht um Liköre der Sorte "Silberkirsch" handle.

Hiergegen wendet sich die Anmelderin mit der Beschwerde. Der angemeldeten Bezeichnung stehe weder eine mangelnde Unterscheidungskraft noch ein Freihaltebedürfnis entgegen. Die von der Markenstelle zitierten Fundstellen seien veraltet. Zudem habe der Landesverband der Bayerischen Spirituosenindustrie e.V. bestätigt, daß die Bezeichnung "Silber-Kirsch" als Gattungsbegriff nicht bekannt sei und der Titel "Silber-Kirsch" für einen Kirschlikör oder einen Kirsch-Branntwein keine dem Verband bekannte oder relevante Bedeutung habe.

Die Anmelderin beantragt sinngemäß,

die angefochtenen Beschlüsse aufzuheben.

II.

Die zulässige Beschwerde der Anmelderin ist begründet. Der Eintragung der Bezeichnung "Silberkirsch" als Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt

geführte Register stehen für die von der Markenstelle zurückgewiesenen Waren die Schutzhindernisse des § 8 MarkenG nicht entgegen.

Nach § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG sind nur Marken von der Eintragung ausgeschlossen, die ausschließlich aus Angaben bestehen, die im Verkehr ua zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Bestimmung oder der Bezeichnung sonstiger Merkmale der in Frage stehenden Waren dienen können. Zu den nach dieser Vorschrift vom Markenschutz ausgeschlossenen Angaben zählen allerdings nicht nur die ausdrücklich aufgeführten, sondern auch solche, die bedeutsame Umstände mit konkretem Bezug auf die betreffenden Waren selbst beschreiben (BGH GRUR 1998, 813, 814 - CHANGE; BGH BIPMZ 1999, 410, 411 - FOR YOU) und die überdies entweder gegenwärtig bereits als Sachangabe benutzt werden oder deren Benutzung als Sachaussage in Zukunft zu erwarten ist (BGH GRUR 1995, 408, 409 – PROTECH). Zu diesen Angaben gehört die angemeldete Marke jedoch nicht.

Eine gegenwärtige Verwendung der angemeldeten Bezeichnung als beschreibende Angabe haben weder die Markenstelle noch der Senat zu belegen vermocht. Von einem auf gegenwärtiger Benutzung als Sachangabe beruhenden Freihaltebedürfnis kann deshalb nicht ausgegangen werden. Der Nachweis der Bezeichnung "Silberkirsch" in zwei Nachschlagewerken aus den Jahren 1952 und 1958 ist kein ausreichender Beleg für eine aktuelle, konkret beschreibende Verwendung der angemeldeten Bezeichnung. Diese beiden Fundstellen definieren den Begriff "Silberkirsch" nämlich uneinheitlich. Während das Lexikon der Spirituosen- und alkoholfreien Getränke-Industrie von Dr. Hans Goettler (1958) dem "Silberkirsch" lediglich Kirschmutteraft, Mandeln und Spirit im Destillat zusetzt, enthält das Rezeptbuch für Destillateure von Dobislaw zusätzlich noch eine Reihe von Gewürzen (Zimt, Nelken, Bisamkörner). Hinzu kommt, daß das Bestimmungswort "Silber-" bei Goettler mit dem Zusatz von Blattsilber begründet wird, während Dobislaw dieses mit der Abfüllung in silberbronzierte Bordeaux- oder Portweinflaschen tut. Bereits diese nach ihrem Inhalt deutlich unterschiedlichen

Zutaten- und Verpackungsangaben lassen die Bezeichnung "Silberkirsch" uneinheitlich und mehrdeutig erscheinen. Hinzu kommt, daß die Bezeichnung "Silberkirsch" nach dem Jahr 1958 nicht mehr nachweisbar ist. Auch umfangreiche Recherchen des Senats im Internet haben nicht zum Auffinden des Begriffs "Silberkirsch" geführt. Auch der Landesverband der Bayerischen Spirituosenindustrie e.V. hat schriftlich bestätigt, daß ihm ein Gattungsbegriff "Silberkirsch" unbekannt ist. Damit besteht kein gegenwärtiges Freihaltebedürfnis an dem angemeldeten Begriff. Auch ein zukünftiges Freihaltebedürfnis ist nicht ersichtlich. Weder bestehen für eine solche Annahme sichere und konkrete Anhaltspunkte (BGH GRUR 1995, 408 – PROTECH; 1998, 813 – CHANGE) noch besteht auch bloß die Möglichkeit, daß eine entsprechende beschreibende Verwendbarkeit der fraglichen Angabe vernünftigerweise in der Zukunft erwartet werden kann (EuGH GRUR 1999, 723 – Chiemsee). Einer zukünftigen Verwendbarkeit steht zum einen entgegen, daß die angemeldete Bezeichnung bereits in den Jahren 1952 bzw 1958 nicht klar und eindeutig definiert war (vgl oben), was bereits als solches gegen eine mögliche beschreibende Verwendung spricht. Zum anderen spricht der zwischen den Jahren 1952/1958 und der Gegenwart liegende (lange) Zeitraum gegen die Möglichkeit, daß diese bisher nicht (mehr) benötigte Bezeichnung in der Zukunft als beschreibende Angabe benötigt werden wird. Allein die Ausführungen der Markenstelle, daß kleinere und mittlere Unternehmen zu einer Rückbesinnung auf ältere Spirituosen- und Likörbezeichnungen neigten, können für die Annahme eines künftigen Freihaltebedürfnisses keine ausreichenden Anhaltspunkte liefern.

Der angemeldeten Marke fehlt auch nicht jegliche Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG. Unterscheidungskraft ist die einer Marke innewohnende konkrete Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die der Anmeldung zugrunde liegenden Waren eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefaßt zu werden. Dabei ist grundsätzlich ein großzügiger Maßstab anzulegen, dh jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft reicht aus, um dieses Schutzhindernis zu überwinden, zumal der Verkehr ein als Marke verwendetes Zeichen in aller Regel so aufnimmt, wie es ihm entgegentritt, und er

es keiner analysierenden Betrachtungsweise unterzieht (BGH aaO – PROTECH). Kann demnach einer Wortmarke kein für die beanspruchten Waren im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsinhalt zugeordnet werden und handelt es sich auch nicht um ein gebräuchliches Wort der deutschen oder einer bekannten Fremdsprache, das vom Verkehr - etwa auch wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung (BGH WRP 1998, 495 - Today) - stets nur als solches und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird, so gibt es keinen tatsächlichen Anhalt dafür, daß einem als Marke verwendeten Wortzeichen diese Unterscheidungseignung und damit jegliche Unterscheidungskraft fehlt (BGH MarkenR 1999, 349 – YES; GRUR 2000, 722 - LOGO).

Davon ausgehend kann der angemeldeten Bezeichnung "Silberkirsch" nicht die erforderliche Unterscheidungskraft abgesprochen werden. Sie ist keine warenbeschreibende Sachaussage, die auf bestimmte Eigenschaften der Waren selbst Bezug nimmt (vgl die Ausführungen zu § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG). Ebenso wenig handelt es sich um eine gebräuchliche Aussage der Alltagssprache, die der Verkehr infolge einer entsprechenden Verwendung in der Werbung nur als eine schlagwortartige Angabe versteht.

Da die Bezeichnung "Silberkirsch" bereits keinen konkret warenbeschreibenden Sinngehalt hat, bedürfte es keines Eingehens auf die von der Markenstelle angenommene Täuschungsgefahr der angemeldeten Bezeichnung hinsichtlich derjenigen Waren, die von dem angenommenen beschreibenden Gehalt nicht umfaßt wurden.

Kraft

Reker

Eder

prä