



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 29/17

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2016 010 326.0

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 15. November 2018 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Dr. Mittenberger-Huber sowie der Richterinnen Akintche und Seyfarth beschlossen:

ECLI:DE:BPatG:2018:151118B29Wpat29.17.0

Die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 35 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 10. Juni 2016 und 6. Januar 2017 werden aufgehoben.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

Quinaquanone

ist am 8. April 2016 zur Eintragung als Wortmarke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register für nachfolgende Waren und Dienstleistungen angemeldet worden:

Klasse 05: Vitaminpräparate; Nahrungsergänzungsmittel; Diätetische Präparate; Medizinische und veterinärmedizinische Präparate und Artikel;

Klasse 31: Futtermittel;

Klasse 35: Einzel und Großhandelsdienstleistungen auch über das Internet in den Bereichen Vitaminpräparate, Nahrungsergänzungsmittel, Diätetische Präparate, Medizinische und veterinärmedizinische Präparate und Artikel.

Mit Beschlüssen vom 10. Juni 2016 und 6. Januar 2017, von denen letzterer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, hat die Markenstelle für Klasse 35 die Anmeldung gemäß §§ 37 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG zurückgewiesen. Zur Begründung führt sie aus, dass es sich bei der angemeldeten Bezeichnung um einen Fachausdruck der Medizin handle, speziell auf dem Gebiet der Wirkstoffangaben; er stehe für eine weltweit patentierte biologisch verfügbare Form von Vitamin K, welche durch seinen Umbau von fettlöslich in wasserlöslich besser im Körper aufgenommen werden könne. Zwar sei die Bezeichnung „Quinaquanone“ lexikalisch nicht nachweisbar, sie sei aber sprachüblich gebildet und ein nicht unbeachtlicher Teil des relevanten Verkehrs entnehme ihr eine eindeutige Sachinformation bezüglich der beanspruchten Waren und Dienstleistungen. Die Bezeichnung „Quinaquanone“ setze sich zusammen aus dem Begriff „Quina“ - als spanischer Name für Chinarinde - und den englischen Wörtern „qua none“ für „nichts als“. Analysiere man die Bezeichnung „Quinaquanone“ nun ihrer Bedeutung nach, komme man zu der Aussage „nichts als Chinarinde“. Für die hier angesprochenen breiten Verkehrskreise, die sich mit Nahrungsergänzungsmitteln und diätischen Erzeugnissen auch für Tiere beschäftigten, sei das Anmeldezeichen in dieser Bedeutung auch ohne weiteres verständlich. Die Chinarinde habe medizinische Bedeutung auf Grund ihres Chiningehalts. Unter anderem Phyllochinone (K1) und Menachinone (K2), die als das fettlösliche Vitamin K bekannt seien, würden von Pflanzen sowie auch von Bakterien im Verdauungstrakt der Tiere wie auch vom Menschen selbst in geringen Mengen im Darm gebildet. Vitamin K habe einen entscheidenden Einfluss auf die Funktionen des Osteocalcin, welches Mineralien und Proteine im Knochen binde. Vitamin K reguliere nicht nur die Blutgerinnung sondern sei auch maßgeblich am Knochenstoffwechsel beteiligt und werde in Japan schon lange bei der Osteoporose-Behandlung eingesetzt. Der angesprochene Verkehr werde in dem Anmeldezeichen einen Hinweis darauf sehen, dass es sich um Waren handle, die das wasserlösliche Vitamin K mit dem Namen „Quinaquanone“ enthielten. Die Dienstleistungen beruhten auf den Einsatz und Vertrieb dieser Waren mit dem wasserlöslichen Vitamin K-Gehalt. Gerade im Bereich der Nahrungsergänzung für Mensch und Tier spiele die Verabreichung von

Vitamin K eine entscheidende Rolle. Die Internetrecherche der Markenstelle habe ergeben, dass speziell der Wirkstoff „Quinaquanone“ auf Grund seiner Eigenschaft wasserlöslich zu sein, einen Hauptbestandteil vieler Futtermittel und Nahrungsergänzungsmittel ausmache und häufig als beschreibender Sachhinweis eingesetzt werde. Selbst wenn die Bezeichnung vom Anmelder geprägt worden sei und sich die Verwendungsnachweise auf ihn beziehen sollten, vermöge dies die markenrechtliche Schutzfähigkeitsprüfung nicht zu beeinflussen. Denn es handle sich um eine sprachüblich gebildete und als Fachangabe verständliche Wortneuschöpfung, die zudem gattungsmäßige Verwendung finde und sich in der Fachwelt durchgesetzt habe. Der Markenschutz kenne kein auf den jeweiligen Erfinder bezogenes Leistungsschutzrecht. Als ohne weiteres verständliches, nur allgemein anpreisendes oder die Aufmerksamkeit des Publikums weckendes, reines Werbeversprechen sei das angemeldete Wort „Quinaquanone“ daher nicht geeignet, die beanspruchten Waren und Dienstleistungen hinsichtlich ihrer Herkunft aus einem Unternehmen von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Zudem stelle der angemeldete Begriff eine rein beschreibende Angabe in Form eines Fach bzw. Gattungsbegriffes dar, so dass auch ein Freihaltebedürfnis bestehe.

Gegen die Zurückweisung ihrer Anmeldung haben die Anmelder unter Zahlung einer Gebühr Beschwerde eingelegt.

In seinen Schreiben vom 20. Juni 2017 und 27. Juli 2017 hat der Senat die Anmelder auf das Erfordernis der fristgerechten Zahlung von zwei Beschwerdegebühren und auf bestehende Zweifel an der eindeutigen Zuordnung der gezahlten Gebühr auf einen der Beschwerdeführer hingewiesen. Die Anmelder haben beantragt, die Beschwerdegebühr dem Anmelder N... zuzuordnen und die Beschwerde für diesen weiterzuführen. In seinem Verfahrenshinweis vom 18. Dezember 2017 hat der Senat unter Hinweis auf die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) den Anmeldern mitgeteilt, dass die Beschwerde des Anmelders N... für zulässig erachtet werde.

Der Beschwerdeführer macht in der Sache geltend, dass die Markenstelle unzutreffend davon ausgehe, dass es sich bei „Quinaquanone“ um einen Arzneistoff handele. Die patentierte Form von Vitamin K, die unter dem Markennamen „Quinaquanone“ gehandelt werde, durchlaufe kein Zulassungsverfahren und sei auch nicht als Arzneistoff im Sinne eines internationalen Freinamens registriert und gerade kein gemeinfreier Name. Die Bezeichnung „Quinaquanone“ sei also keineswegs ein verständliches, nur allgemein anpreisendes oder die Aufmerksamkeit des Publikums weckendes Werbeversprechen. „Quinaquanone“ sei fantasievoll und lasse allenfalls mit dem Bezug zum Mittelteil „Aqua“ einen Hinweis auf die Wasserlöslichkeit zu. Es stelle bereits einen Widerspruch dar, dass „Quinaquanone“ ein Fachausdruck der Medizin, speziell auf dem Gebiet der Wirkstoffangaben sein solle, dieser jedoch lexikalisch nicht nachweisbar sei. Gemäß den Leitlinien des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte und des Paul-Ehrlich-Instituts zur Bezeichnung von Arzneimitteln mit Stand vom 15. Februar 2016 erfolge die Angabe jedes Wirkstoffes gemäß europäischem Recht als INN (International Nonproprietary Name), sog. „Freiname“, und werde von der WHO auf Antrag vergeben. Liege ein solcher Freiname nicht vor, könne die Angabe des Wirkstoffes durch einen „gebräuchlichen, wissenschaftlichen Namen“ ersetzt werden. Bei einem solchen gebräuchlichen wissenschaftlichen Namen wäre dann aber eine lexikalische Nachweisbarkeit gegeben, die hier nicht vorliege. Entgegen der Auffassung der Markenstelle sei bei der Bezeichnung auch nicht von einer sprachüblichen Bildung auszugehen. Die Kombination des spanischen Begriffes „Quina“ mit zwei weiteren nicht-spanischen Begriffen „qua“ und „none“ sei den Verbrauchern bzw. Fachkreisen nicht ohne weiteres als „nichts als Chinarinde“ verständlich; vielmehr setze dies eine denksportartige Transferleistung voraus. Die zergliedernde Betrachtung der Markenstelle werde dem Gesamtzeichen nicht gerecht; so wäre auch eine Unterteilung in die Einzelbegriffe „quin“, „aqua“ und „none“ denkbar, was für die relevanten Verkehrskreise sogar näherliege. Das Gesamtzeichen ergebe keine nachvollziehbare Aussage. Die von der Markenstelle im Rahmen einer Internetrecherche ermittelten Treffer stünden alle im Zusammenhang mit den Anmeldern bzw. ihren Kunden. Der Name

„Quinaquanone“ gehe auf Dr. B... und Dr. R... zurück, die in Australien entsprechenden Markenschutz hätten. Die von ihnen entwickelte Methode, bisher nur fettlösliches Vitamin K in ein wasserlösliches, UV-stabiles Produkt zu bringen, sei als „Verfahren zur Erhöhung der Knochendichte und/oder Verringerung von Osteochondralen Defekten bei einem Tier und Vitamin K enthaltene Zusammensetzung“ zum Patent bzw. Gebrauchsmuster angemeldet worden; auf Seite 3 der Gebrauchsmusterschrift werde der Name „Quinaquanone“ als Trademark gekennzeichnet. Weitere Patente bzw. Gebrauchsmuster bestünden in Kanada, USA sowie als europäische Patente bzw. PCT-Anmeldungen. Eine weitere Verwendung sei als „Mittel enthaltend Vitamin K zur Verbesserung des Wohlbefindens von Tieren“ angemeldet worden. Die von den hiesigen Anmeldern geführte Firma habe die exklusiven Verkaufsrechte des in Australien exklusiv hergestellten Produktes „Quinaquanone“ für Europa erworben. Sie hätten als Geschäftspartner der australischen Schutzrechtsinhaber und in Abstimmung mit diesen die Markenmeldung in Deutschland durchgeführt und ein unmittelbares wettbewerbsrechtliches Interesse daran, dass dieser Markenname für das patentierte Produkt auch gegen Wettbewerber geschützt werde. Den Wettbewerbern sei es zuzumuten, auf andere Bezeichnungen z. B. auf den Begriff „Vitamin K“ auszuweichen.

Der Beschwerdeführer beantragt,

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 35 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 10. Juni 2016 und 6. Januar 2017 aufzuheben.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

II.

Die nach § 66 MarkenG zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

1. Die Beschwerde des Anmelders N... ist wirksam eingelegt worden. Nach § 66 Abs. 2 MarkenG ist die Beschwerde innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses schriftlich beim DPMA einzulegen. Bei der Beschwerde handelt es sich nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 PatKostG um eine sonstige Handlung im Sinne von § 6 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 PatKostG, für die innerhalb dieser Frist auch die dafür vorgesehene Gebühr zu zahlen ist (vgl. BGH GRUR 2017, 1286 Rn. 12 – Mehrschichtlager; GRUR 2015, 1255 Rn. 10 – Mauersteinsatz). Nach § 6 Abs. 2 PatKostG gilt die Handlung als nicht vorgenommen, wenn die Gebühr nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig gezahlt wird. Für die vorliegende Beschwerde ist nach Nr. 401 300 des Gebührenverzeichnisses zum Patentkostengesetz eine Gebühr in Höhe von 200.- Euro zu entrichten. Nach Abs. 1 der Vorbemerkung zu Teil B des Gebührenverzeichnisses werden bestimmte Gebühren, darunter die Beschwerdegebühr, „für jeden Antragsteller gesondert“ erhoben. Hieraus ergibt sich, dass bei Einlegung einer Beschwerde, die von mehreren Personen erhoben wird, die Gebühr entsprechend der Anzahl der Beschwerdeführer mehrfach zu entrichten ist (BGH a. a. O. Rn. 13 – Mehrschichtlager; BGH a. a. O. Rn. 11 – Mauersteinsatz). Hierauf ist in der Rechtsmittelbelehrung zu dem angegriffenen Beschluss vom 6. Januar 2017 – wie auch bereits in dem Erstbeschluss vom 10. Juni 2016 – ausdrücklich hingewiesen worden.

Mehrere Anmelder einer Marke sind mehrere Antragsteller im Sinne dieser Regelung (BGH a. a. O. Rn. 13 – Mehrschichtlager zu mehreren Einsprechenden und mehreren Patentinhabern; a. A. BPatG, Beschluss vom 10.01.2017, 25 W (pat) 19/15 – Cevita), so dass die Anmelder zwei Beschwerdegebühren innerhalb der Beschwerdefrist – und auch schon zwei Erinnerungsgebühren, vgl. Abs. 2 der Vorbemerkung zu Teil A des Gebührenverzeichnisses zum

PatKostG – hätten einzahlen müssen, und nicht lediglich eine Rechtsmittel- bzw. eine Rechtsbehelfsgebühr. Unter diesen Umständen ist nach der höchst-richterlichen Rechtsprechung zunächst zu prüfen, ob die entrichtete Gebühr einem der Anmelder zugeordnet werden kann; eine solche Zuordnung einer gezahlten Gebühr kommt beispielsweise in Betracht, wenn nur der Name eines Beteiligten auf dem Überweisungsformular oder der Einzugsermächtigung angegeben ist (vgl. BGH a. a. O. Rn. 27 – Mehrschichtlager).

Da vorliegend sowohl der Beschwerdeschriftsatz und der Erinnerungsschriftsatz als auch das jeweils eingereichte Zahlungsformular („Angaben zum Verwendungszwecks des Mandats“/SEPA-Mandat) beide Anmelder nennen, wobei in den SEPA-Mandaten einmal Herr N... und einmal Frau N1... zuerst genannt ist, ist eine eindeutige Zuordnung nicht möglich.

Die in den Senatshinweisen 20. Juni 2017 und 27. Juli 2017 entsprechend dargestellten Bedenken, ob zumindest eine der Beschwerden der Markenmelder wirksam eingelegt worden ist, haben sich durch die danach ergangene Entscheidung des BGH vom 19. September 2017 aber erledigt.

Denn der Bundesgerichtshof hat seine frühere Rechtsprechung aufgegeben, nach der bei Zahlung nur einer Beschwerdegebühr in einem derartigen Fall die Beschwerde sämtlicher Beteiligten als nicht erhoben gelte, sofern eine Zuordnung der Gebühr nicht möglich sei (so noch BGH a. a. O. Rn. 16 ff. – Mauersteinsatz). Er hat demgegenüber zuletzt entschieden, dass die Einreichung einer Beschwerdeschrift, auf der zwei Beteiligte genannt sind, im Zweifel dahin auszulegen sei, dass die Beschwerde, falls sie mangels Entrichtung einer ausreichenden Zahl von Gebühren nicht für beide Beteiligte in zulässiger Weise erhoben wurde, für den im Rubrum der angefochtenen Entscheidung an erster Stelle Genannten erhoben sein soll. Denn die Beteiligten würden durch die Zahlung eines Betrags in Höhe einer Beschwerdegebühr deutlich machen, dass ihr Interesse auf eine gerichtliche Überprüfung der Entscheidung des DPMA ge-

richtet sei, so dass ihre Erklärung für den Fall, dass der eingezahlte Betrag nicht für beide Beteiligten ausreiche, dahin auszulegen sei, dass das Beschwerdeverfahren zumindest für einen von ihnen durchgeführt werden solle (BGH a. a. O. Rn. 30 f. – Mehrschichtlager).

Die Anwendung dieser eindeutigen Auslegungsregel führt im vorliegenden Fall zwangsläufig zu dem Ergebnis, dass die gezahlte Beschwerdegebühr dem Anmelder N... zuzuordnen ist, denn dieser ist sowohl im Erst- wie auch Erinnerungsbeschluss als erster im Rubrum aufgeführt. Mit dieser rechtzeitigen Gebühreinzahlung ist die Beschwerde des Anmelders wirksam erhoben. Die weitere Anmelderin N1... ist (nur) als notwendige Streitgenossin am Verfahren beteiligt.

2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Der Eintragung der angemeldeten Bezeichnung „Quinaquanone“ stehen für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen keine Schutzhindernisse nach §§ 37, 8 Abs. 2 MarkenG entgegen, so dass die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 35 aufzuheben waren.
 - a) Insbesondere fehlt es dem Anmeldezeichen entgegen der Auffassung der Markenstelle nicht an der erforderlichen Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

Unterscheidungskraft im Sinne des § 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 und Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und diese Waren oder Dienstleistungen somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet (EuGH GRUR 2010, 228 Rn. 33 – Audi AG/ HABM [Vorsprung durch Technik]; GRUR 2008, 608 Rn. 66 f. – EUROHYPO; BGH GRUR 2016, 934 Rn. 9 – OUI; GRUR 2015, 173 Rn. 15 – for you; GRUR 2013,

731 Rn. 11 – Kaleido; GRUR 2012, 1143 Rn. 7 – Starsat). Denn die Hauptfunktion der Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu gewährleisten (EuGH a. a. O. – 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 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 Rn. 53 – Henkel; BGH a. a. O. Rn. 10 – OUI; a. a. O. Rn. 16 – for you; BGH GRUR 2001, 1151 – marktfrisch; MarkenR 2000, 420 – RATIONAL SOFTWARE CORPORATION).

Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft zum relevanten Anmeldezeitpunkt (BGH GRUR 2013, 1143 Rn. 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 Rn. 24 – Matratzen Concord/Hukla; GRUR 2004, 943 Rn. 24 – SAT 2; BGH WRP 2014, 449 Rn. 11 – grill meister).

Ausgehend hiervon besitzen Wortzeichen dann keine Unterscheidungskraft, wenn ihnen die angesprochenen Verkehrskreise lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnen (EuGH GRUR 2004, 674, Rn. 86 – Postkantoor; BGH GRUR 2012, 1143 Rn. 9 – Starsat; GRUR 2012, 270 Rn. 11 – Link economy) oder die Zeichen sich auf Umstände beziehen, welche die beanspruchten Waren und Dienstleistungen zwar nicht unmittelbar

betreffen, durch die aber ein enger beschreibender Bezug zu diesen hergestellt wird und die sich damit in einer beschreibenden Angabe erschöpfen (BGH GRUR 2014, 1204 Rn. 16 – DüsseldorfCongress; a. a. O. Rn. 16 – Gute Laune Drops; a. a. O. Rn. 23 – TOOOR!). Hierfür reicht es aus, dass ein Wortzeichen, selbst wenn es bislang für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen nicht beschreibend verwendet wurde oder es sich gar um eine sprachliche Neuschöpfung handelt, in einer seiner möglichen Bedeutungen ein Merkmal dieser Waren und Dienstleistungen bezeichnen kann (EuGH GRUR 2004, 146 Rn. 32 – DOUBLEMINT; 674 Rn. 97 – Postkantoor; GRUR 2004, 680 Rn. 38 – BIOMILD; GRUR 2003, 58 Rn. 21 – Companyline); dies gilt auch für ein zusammengesetztes Zeichen, das aus mehreren Begriffen besteht, die nach diesen Vorgaben für sich genommen schutzunfähig sind. Der Charakter einer Sachangabe entfällt bei der Zusammenfügung beschreibender Begriffe nur dann, wenn die beschreibenden Angaben durch die Kombination eine ungewöhnliche Änderung erfahren, die hinreichend weit von der Sachangabe weg- führt (EuGH MarkenR 2007, 204 Rn. 77 f. – CELLTECH; a. a. O. Rn. 98 – Postkantoor; a. a. O. Rn. 39 f. – BIOMILD; a. a. O. Rn. 28 – SAT 2; BGH, a. a. O. – DüsseldorfCongress).

b) Gemessen an diesen Grundsätzen ist das Anmeldezeichen unterscheidungskräftig. Der Senat konnte weder feststellen, dass die Angabe „Quinaquanone“ in Bezug zu den hier beanspruchten Waren und Dienstleistungen von Haus aus einen (unmittelbar) beschreibenden Bedeutungsgehalt aufweist noch, dass sie sich zu einem Gattungsbegriff, insbesondere zu einer üblichen Wirkstoffbezeichnung, entwickelt hat.

aa) Maßgebliche Verkehrskreise sind hier neben fachlich gebildeten bzw. (tier)medizinisch geschulten Kreisen, den jeweiligen gewerblichen Abnehmern aus dem Bereich der pharmazeutischen Produkte, Nahrungsergänzungsmittel und Futtermittel auch der allgemeine Endverbraucher, der jedoch im Hinblick auf die Art der (gehandelten) Produkte erhöhte Aufmerksamkeit aufwendet.

bb) Der Senat kann sich der Auffassung der Markenstelle, die Bezeichnung sei bereits von Haus aus unmittelbar und ohne weiteres verständlich im Sinne von „nichts als Chinarinde“ beschreibend, nicht anschließen. Ein solches Verständnis bedürfte vielmehr einiger Analyse des Begriffs, zu welcher der Verkehr schon nicht neigt.

Der Senat hat bereits Zweifel, dass der angesprochene inländische Verkehr das Einwortzeichen in die Elemente „Quina“, „qua“ und „none“ aufspaltet. Selbst wenn dies unterstellt würde, so ist davon auszugehen, dass die Verkehrskreise weder die Bedeutung des Elements „Quina“ als spanische Bezeichnung der „Chinarinde“ (neben anderen Bezeichnungen wie „Casarilla, Costrona, Crespilla, Hoja de capulí, Hoja de lucma, corteza de quina“) noch die englischen Wörter „qua“ (= „als/qua“) und „none“ (= „keine(r, s)“) als „nichts als...“ erkennt und der Bezeichnung den Begriffsinhalt „nichts als Chinarinde“ beimisst. Denn die Wortzusammensetzung ist sprachunüblich. Zwar ist die aus dem Lateinischen kommende Redewendung „sine qua non“ im Sinne von „unabdingbare Voraussetzung, notwendige Bedingung“ auch im englischsprachigen Raum in Gebrauch, nicht aber die Kombination der „englischen“ Begriffe „qua none“, insbesondere nicht in der von der Markenstelle interpretierten Bedeutung „nichts als...“. Schließlich dürfte selbst für den inländischen Fachverkehr die Aneinanderreihung des spanischen Trivialnamens der Chinarinde „Quina“ und einer (vermeintlich) englischen Begriffskombination ungewöhnlich erscheinen (vgl. BPatG, Beschluss vom 2.07.2015, 30 W (pat) 547/13 – physioup; Beschluss vom 17.11.2009, 24 W (pat) 95/07 – HELIOCARE; Beschluss vom 27.09.2006, 32 W (pat) 50/05 – linguadict).

Ob, wie der Beschwerdeführer unter Hinweis auf das bekannte Wort „aqua“ geltend macht, eine Aufspaltung der angemeldeten Bezeichnung in die Elemente „Quin-aqua-none“ näher liegt, kann dahinstehen. Denn auch insoweit liegt eine unübliche Kombination bzw. ein Kunstwort vor. Im Zusammenhang mit dem hier in Frage kommenden wasserlöslichen Vitamin K vermittelt der Be-

griff „aqua“ als - auch für den allgemeinen Verbraucher ohne weiteres verständliche - Bezeichnung für „Wasser“ durchaus beschreibende Anklänge. Zumindest bei dem Fachverkehr könnten zudem die Wortelemente „Quin“ und „none“, die durch Einfügung des Begriffs „aqua“ getrennt werden, den biochemischen Fachbegriff „Quinone“ als englische Bezeichnung für „Chinone“ in Erinnerung rufen. Chinone (englisch Quinones/Qui-none: [kwɪ'nəʊn, 'kwɪnəʊn, Am -noun]) sind eine große und wichtige Gruppe organischer Verbindungen, die als Oxidationsprodukte von Aromaten, insbesondere von Phenolen, aufgefasst werden können. Der Name Chinon leitet sich von der Chinasäure (der Chinarinde-*Cinchona pubescens* aus der Familie der Rubiaceae) ab, deren Oxidation u. a. zu 1,4-Benzochinon führt (vgl. Römpp, Lexikon Chemie, 10. Auflage). Bekannte Chinone sind u. a. die K-Vitamine (Phyllochinon, Menachinon). Phyllochinon oder Vitamin K1 gehört zu den fettlöslichen K-Vitaminen. Menachinon (MK) oder Vitamin K2 ist ein fettlösliches Vitamin, welches gemeinsam mit der Gruppe der Phyllochinone oder Phyllochinon-ähnlichen Substanzen, aus historischen Gründen gesamthaft als Vitamin K bezeichnet wird. Wegen dieser Fachbegriffe, die aus der angemeldeten Bezeichnung durchscheinen, mag der Fachverkehr beschreibende Vorstellungen in die – schon allein im Hinblick auf die Aufteilung des Begriffs „Quinone“ und den zusätzlich enthaltenen Buchstaben „n“ – ungewöhnliche Wortbildung hineinlesen.

Einen ohne weiteres verständlichen, von Haus aus beschreibenden Aussagegehalt – sei es im Sinne von „nichts als Chinarinde“ sei es als „wasserlösliches Vitamin K/Chinon“ – hat die Bezeichnung damit aber nicht. Allenfalls sehr vage beschreibende Anklänge können dem Kunstwort zugemessen werden; dies setzt aber eine analysierende Betrachtung und mehrere gedankliche Zwischenschritte voraus. Im Rahmen der Beurteilung der Unterscheidungskraft ist eine derartige analysierende Betrachtungsweise aber unzulässig, weil sich aus ihr keine in den Vordergrund drängende, für den Durchschnittsverbraucher ohne weiteres ersichtliche Beschreibung der Waren ergibt (vgl. BGH

GRUR 2014, 565 Rn. 24 – smartbook; GRUR 2012, 270 Rn. 12 – Link economy).

cc) Bei dem Anmeldezeichen „Quinaquanone“ handelt es sich nicht um einen lexikalisch erfassten Fachbegriff. Der Beschwerdeführer weist zutreffend darauf hin, dass das Anmeldezeichen als Wirkstoff für Arzneimittel nicht als sog. Freiname (INN= International Nonproprietary Name) aufgeführt ist. Auch in der Liste der für Futtermittel zugelassenen Zusatzstoffe des Bundesamtes für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit findet sich die Bezeichnung nicht, ebenso wenig wie als zugelassenes Tierarzneimittel. Auch ansonsten ist eine lexikalische Nachweisbarkeit nicht festzustellen.

dd) Schließlich sind keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür zu erkennen, dass das Kunstwort „Quinaquanone“ schon vor oder um den Zeitpunkt der Anmeldung von Dritten im inländischen Geschäftsverkehr in einem solchem Umfang als beschreibende Angabe oder gar Synonym für wasserlösliches Vitamin K verwendet worden wäre, dass es von den beteiligten Verkehrskreisen nur noch als Fachbegriff verstanden würde.

Die Entwicklung der von Haus aus nicht unmittelbar und ohne weiteres verständlichen Wortbildung zu einem Fachbegriff ist dann anzunehmen, wenn vor dem Anmeldezeitpunkt eine verbreitete beschreibende Verwendung nachweisbar ist (vgl. BGH GRUR 2014, 565 Rn. 19 – smartbook; WRP 2003, 384, 388 – Feldenkrais). Eine derartige übliche beschreibende Verwendungsweise kann vorliegend aber nicht festgestellt werden.

Bei „Quinaquanone“ handelt es sich - wie die Recherche des Senats ergeben hat und der Beschwerdeführer auch selbst ausführt – um eine patentierte Form von Vitamin K. In den vom Beschwerdeführer genannten Gebrauchsmuster- bzw. Patentschriften ist die Bezeichnung „Quinaquanone“ auch mit einem Schutzrechtshinweis („trademarked as...“ bzw. „Wz“) versehen. Die Bezeich-

nung ist in Australien als Marke für die Firma AGRICURE PLY LTD., deren Inhaber die Erfinder und Anmelder der technischen Schutzrechte sind, seit 2008 u. a. für Waren der Klasse 5 geschützt; mit kleineren Einschränkungen beim Warenverzeichnis ist am 10. Juli 2018 der Schutz der Marke auf die USA erstreckt worden. Dagegen wurde vom EUIPO am 13. Oktober 2017 eine vorläufige Schutzverweigerung ausgesprochen und – nachdem die IR-Markeninhaberin offensichtlich dort keinen Vertreter benannt und keine Stellungnahme eingereicht hatte – die Schutzerstreckung auf die Europäische Union am 21. Dezember 2017 endgültig verweigert. In dem Bescheid des EUIPO sind als Nachweise für eine sachbeschreibende Verwendung Ausführungen aus drei englischen Internetseiten zu den „neuen“ Ergänzungsfuttermittelprodukten „Bonafide“ und „Bonekare“, die jeweils „Quinaquanone“ enthalten, zitiert. Diese Verwendungsbeispiele wie auch die von der Markenstelle für Klasse 35 des DPMA als Beleg für einen Fachausdruck recherchierten Produktbeschreibungen reichen für die Schlussfolgerung, das Kunstwort „Quinaquanone“ habe sich zu einem rein beschreibenden Begriff oder einem Synonym für wasserlösliches Vitamin K entwickelt, nicht aus.

Der Beschwerdeführer weist darauf hin, dass seine Firma die ausschließlichen Verkaufsrechte des in Australien hergestellten Produkts „Quinaquanone“ für Europa erworben hat; dieses verkauft er als Konzentrat oder er stellt hieraus ein Folgeprodukt her. Bei dem Ergänzungsfuttermittel „Bonekare/BoneKare“ handelt es sich – wie der Beschwerdeführer geltend macht und auch belegt – um ein solches von seiner Firma vertriebenes (Folge)Produkt. In dem von der Markenstelle in Bezug genommenen Verwendungsbeispiel ist über das Produkt folgendes zu lesen: 'Der Wirkstoff in BoneKare ist „Quinanone“, eine weltweit patentierte biologisch verfügbare Form von Vitamin K.'. Auch in anderen – u. a. vom Senat selbst recherchierten – Produktbeschreibungen zu „BoneKare“ ist das Anmeldezeichen vielfach in Anführungszeichen gesetzt und es ist ein Hinweis darauf enthalten, dass es sich um eine patentierte Wirkstoffkombination handelt; nicht zuletzt sind häufig konkrete Schutzrechtshinweise wie ® oder TM

angefügt. Gleiches gilt für die übrigen Verwendungsbeispiele zu weiteren Produkten mit dem Inhaltsstoff „Quinaquanone“ wie z. B. „Greenheart Bones for Life“, „julo.vet“, „Meprodion soluble“ und „DentalKare“, dort finden sich z. B. folgende Erläuterungen: 'Die Wirkstoffkombination in diesem Supplement ist „Quinaquanone“, eine weltweit patentierte biologisch verfügbare Form von Vitamin K1.'; 'Enthält „Quinaquanone“, eine weltweit patentierte biologisch verfügbare Form von Vitamin K'; 'Das „NEUE“ Vitamin K (Quinaquanone) ist ein in Australien weiterentwickeltes Vitamin K, das durch seinen Umbau von „fettlöslich“ in „wasserlöslich“ deutlich besser vom Körper aufgenommen wird.'. Die Verwendung der angemeldeten Bezeichnung erfolgt überwiegend durchaus kennzeichenmäßig.

Soweit darüber hinaus in den gefundenen Nachweisen vereinzelt die Angabe „Quinaquanone“ als Bestandteil der Ergänzungsfuttermittel ohne Hinweis auf die Markeneintragung benutzt worden sein mag, spricht dies allein noch nicht dafür, dass der Begriff einen rein beschreibenden Charakter angenommen hätte, und dass diese Entwicklung zum Anmeldezeitpunkt bereits absehbar oder gar abgeschlossen gewesen wäre. Nicht zuletzt muss es dem Inhaber einer Marke bzw. seinen Geschäftspartnern unbenommen sein, die Produkte, die er unter seiner Marke anbietet, zu erläutern, um sie dem Publikum in seinem eigenen legitimen Geschäftsinteresse nahe zu bringen. Derartige vereinzelt Beschreibungen lassen aber nicht den Rückschluss zu, ein Markeninhaber wolle die entsprechende Bezeichnung als Freizeichen der Öffentlichkeit zur Verfügung stellen.

Nach alledem kann nicht festgestellt werden, dass das Anmeldezeichen „Quinaquanone“ bereits zu einer geläufigen Bezeichnung für einen Wirkstoff, nämlich ein wasserlösliches Vitamin K oder einer Vitamin K-Wirkstoffkombination, geworden ist. Eine entsprechende Merkmalsbezeichnung für die hier in Rede stehenden Waren oder eine Sortimentsbeschreibung für die Handelsdienstleistungen liegt daher nicht vor.

Mangels im Vordergrund stehender produktbeschreibender Sachaussage kann dem Anmeldezeichen nicht die Eignung als betrieblicher Herkunftshinweis abgesprochen werden.

- c) Schließlich ist auch ein Freihaltebedürfnis gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zu verneinen, denn das angemeldete Zeichen „Quinaquanone“ erschöpft sich nicht in einer Bezeichnung, die in sprachüblicher Weise auf die Merkmale der beanspruchten Waren und Dienstleistungen hinweist. Ausreichende Anhaltspunkte für ein im Anmeldezeitpunkt bestehendes zukünftiges Freihaltebedürfnis sind ebenfalls nicht erkennbar.

Dr. Mittenberger-Huber

Akintche

Seyfarth

Pr