



BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 27/13

(Aktenzeichen)

Verkündet am
4. März 2020

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2009 021 457
(hier: Lösungsverfahren S 293/11 Lösch)

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 4. März 2020 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Kortbein, des Richters Dr. Söchtig und des Richters Hermann

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Wortmarke

PLOMBIR

ist am 8. April 2009 angemeldet und am 7. Juli 2009 in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Register eingetragen worden. Die Eintragung wurde am 7. August 2009 veröffentlicht und umfasst die nachfolgenden Waren und Dienstleistungen (beschwerdegegenständliche Waren in Fettdruck):

Klasse 29: Diätetische Erzeugnisse für die nährstoffreduzierte und/oder kalorienkontrollierte Ernährung, nämlich Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Eiweiß; Fleisch, Fisch und nicht lebende Schalentiere, Geflügel und Wild, auch konserviert, zubereitet oder tiefgefroren, konserviertes, getrocknetes oder tiefgefrorenes Obst und Gemüse; Fleischextrakte, Fleisch-, Fisch-, Obst- und Gemüsegelees; Konfitüren und Marmeladen; **Eier, Milch, Milchprodukte, nämlich Butter, Käse, Sahne, Joghurt, Milchpulver für Nahrungszwecke**; Speiseöle und -fette; Fertiggerichte, im Wesentlichen bestehend aus Fleisch, Fisch und nicht lebenden Schalentieren, Geflügel, Wild, Gemüse oder zubereitetem Obst (auch tiefgefroren), **Desserts aus Joghurt, Quark oder Sahne**;

Klasse 30: Diätetische Erzeugnisse für nährstoffreduzierte und/oder kalorienkontrollierte Ernährung, nämlich diätetische Nahrungsmittel nicht für medizinische Zwecke auf der Basis von Kohlenhydraten; Salatsoßen, Mayonnaisen; **Kaffee**, Tee, **Kakao**, Zucker, Reis, Tapioka, Sago, Kaffee- und Tee-Ersatzmittel, Mehle und Getreidepräparate

(ausgenommen Futtermittel), insbesondere Frühstückszerealien; Teigwaren, **Schokolade und Schokoladewaren**, Pralinen, auch mit flüssiger Füllung aus Weinen und/oder Spirituosen, Zuckerwaren, Brot, feine Back- und Konditorwaren, **Speiseeis**, Honig, Melassesirup, Hefe, Backpulver, Salz, nämlich Speise- und Streusalz: Senf, Essig, Soßen (ausgenommen Salatsoßen); Gewürze und Gewürzmischungen; **Aromastoffe (pflanzliche) für Nahrungsmittel (ausgenommen ätherische Öle)**;

Klasse 43: Dienstleistungen zur Verpflegung und Beherbergung von Gästen.

Die Antragstellerin hat am 13. Oktober 2011 die Löschung der Eintragung der Marke für die Waren „Eier, Milch, Milchprodukte, nämlich Butter, Käse, Sahne, Joghurt, Milchpulver für Nahrungszwecke; Desserts aus Joghurt, Quark oder Sahne; Kaffee, Kakao; Schokolade und Schokoladewaren; Speiseeis; Aromastoffe (pflanzliche) für Nahrungsmittel (ausgenommen ätherische Öle)“ beantragt. Sie macht geltend, die Eintragung sei insoweit entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG erfolgt. Diese Schutzhindernisse bestünden immer noch. „PLOMBIR“ sei in Russland zumindest seit Bestehen der Sowjetunion die Gattungsbezeichnung für ein sehr beliebtes, besonders fetthaltiges Sahneeis, welches eine spezielle Zusammensetzung aufweisen müsse. Die konkrete Beschaffenheit der Eissorte „PLOMBIR“ sei in Russland durch den GOST-Standard GOST R 51917-2002 definiert (Anlagen 3 und 4 zum Schriftsatz vom 13. Oktober 2011). Bei dem GOST-Standard handele es sich um eine Zertifizierung für Waren, welche in die Russische Föderation eingeführt würden. Diese Zertifizierungspflicht sei vergleichbar mit den ISO- und DIN-Zertifizierungen in Deutschland (Anlage 5 zum Schriftsatz vom 13. Oktober 2011).

Für die Beurteilung, ob das Wort „PLOMBIR“ von den angesprochenen Verkehrskreisen in Deutschland als Hinweis auf die betriebliche Herkunft oder aber als Angabe der Art, Beschaffenheit oder sonstiger Merkmale der Waren verstanden

werde, sei maßgeblich auf das Verständnis der in Deutschland lebenden ausländischen Bevölkerungsteile abzustellen. In Deutschland, wo die größte Zahl russischer Muttersprachler außerhalb der ehemaligen Sowjetunion lebe, sei Russisch mit rund 3 Millionen Sprechern die nach Deutsch am zweithäufigsten gesprochene Sprache (Anlage 6 zum Schriftsatz vom 13. Oktober 2011). Somit seien die russischsprechenden Teile der Verkehrskreise in Deutschland sowie Händler, die Nahrungsmittel in erster Linie an die russischstämmigen Teile der Abnehmer in Deutschland lieferten und ebenfalls überwiegend russischer Abstammung seien, als maßgebliche Verkehrskreise anzusehen. Diese würden die Bezeichnung „PLOMBIR“ nicht als Hinweis auf die betriebliche Herkunft, sondern auf die Art, auf die Beschaffenheit oder auf sonstige Merkmale der so gekennzeichneten Waren verstehen, wenn es sich hierbei um „Eiscreme“ sowie „Milch und Milchprodukte“ handele. In Verbindung mit den weiteren von dem Teillöschantrag umfassten Waren werde der angesprochene Verkehr den Begriff als Hinweis auf ihren Verwendungszweck, nämlich zur Herstellung des Eises der Sorte „PLOMBIR“ verstehen.

Unerheblich sei in diesem Zusammenhang, ob die betroffenen Waren nach Deutschland importiert würden. Dies sei allenfalls dann von Relevanz, wenn behauptet werde, der als Marke eingetragene Begriff werde als Hinweis auf die geographische Herkunft der Waren verstanden. Anders sei es in vorliegendem Fall, in dem die angesprochenen Verkehrskreise die streitgegenständliche Angabe als Gattungsbezeichnung für eine nach einem ganz bestimmten Rezept zubereitete Eissorte sähen. Hier komme es nicht auf die geographische Herkunft an, sondern darauf, dass es sich um eine Gattungsbezeichnung und mithin um eine Beschaffenheitsangabe handele.

Bemerkenswert sei auch, dass die Markeninhaberin auf ihrer eigenen Internetseite neben anderen Gattungsbezeichnungen wie „Caviar“, „Wodka“ etc. auch die Angabe „Eis Plombir“ verwende (Anlage 7 zum Schriftsatz vom 28. August 2012). Ebenso beschreibe die Markeninhaberin ihre Eiscreme „PLOMBIR“ u. a. wie folgt:

„‘Plombir‘ ist eine typische russische Eiskrem, die man an jeder Ecke in Russland kaufen kann.“ (Anlage 8 zum Schriftsatz vom 28. August 2012).

Darüber hinaus, so die Antragstellerin weiter, handele es sich bei „PLOMBIR“ aus den vorstehenden Gründen auch um eine beschreibende Angabe, der jegliche Unterscheidungskraft fehle.

Der Inhaberin der angegriffenen Marke ist der Löschungsantrag am 10. November 2011 zugestellt worden. Mit beim Deutschen Patent- und Markenamt am 5. Januar 2012 eingegangenem Schriftsatz hat sie der Löschung widersprochen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, der Löschungsantrag sei unbegründet, da der angegriffenen Marke weder die erforderliche Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG fehle, noch das Zeichen freihaltebedürftig gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG sei.

Bei dem Zeichen „PLOMBIR“ handele es sich für die hiesigen Verkehrskreise um eine reine Fantasiebezeichnung, die phonetisch noch nicht einmal Anklänge an ein russisches oder anderssprachliches Wort erkennen lasse. Auch die in Deutschland lebenden Russen bzw. Aus- und Übersiedler würden dem Markenwort „PLOMBIR“ keine warenbeschreibende Bedeutung entnehmen, nicht zuletzt da die Verwendung lateinischer Buchstaben nicht auf ein russisches Wort schließen lasse. Überdies gebe es im Russischen kein Wort bzw. keine Gattungsbezeichnung „PLOMBIR“, nicht einmal in der kyrillischen Transliteration („Пломбир“). Unabhängig von der Schreibweise sei der Begriff „PLOMBIR“ auch im Russischen nur eine bloße Fantasiebezeichnung ohne eine inhaltlich feststehende Bedeutung. Dafür spreche zunächst, dass sich auch die kyrillische Bezeichnung lexikalisch nicht nachweisen lasse (Anlage AG 7 zum Schriftsatz vom 20. April 2012). Ferner werde das Wort „Speiseeis“ im Russischen nicht mit „Пломбир“ übersetzt (Anlage AG 8 zum Schriftsatz vom 20. April 2012). Bestätigt werde dies durch das Ergebnis einer Übersetzungsanfrage, in dem die kyrillische Bezeichnung im Zusammenhang mit Eis nicht

auftaucho (Anlage AG 16 zum Schriftsatz vom 15. November 2012). Die Markeninhaberin hat weiter ausgeführt, nach ihren Erkenntnissen sei die kyrillische Bezeichnung „Пломбир“ in der Sowjetunion allenfalls ein fantasievoller Name für ein in Kugelform portioniertes Eis, der von einigen Herstellern nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion in Russland als Marke bzw. Produktkennzeichen beibehalten worden sei. Die Ergebnisse einer Bilderrecherche zeigten sehr anschaulich einige Produkte, die mit „Пломбир“ in markenmäßiger Form gekennzeichnet seien, und zwar für ganz unterschiedliche Lebensmittel, unter anderem Waffeln und Konfekt (Anlage AG 9 zum Schriftsatz vom 20. April 2012) und für Eiscreme in ganz unterschiedlichen Produktformen und Geschmacksrichtungen (Anlage AG 10 zum Schriftsatz vom 20. April 2012). Insgesamt sei festzustellen, dass zumindest seit dem Zusammenbruch der UdSSR bis heute die Bezeichnung „Пломбир“ als Produktname nur sehr unspezifisch verwendet werde, der weder dazu gedacht noch dazu geeignet sei, auf eine bestimmte Beschaffenheit eines Produktes bzw. die Gattung eines Lebensmittels hinzuweisen, sondern lediglich in der Absicht verwendet werde, ein gewisses nostalgisches Flair zu erzeugen. Allein dieser in Russland möglicherweise von einigen Herstellern für unterschiedliche Waren und Dienstleistungen fortgesetzte Gebrauch eines ehemals sowjetischen Produktnamens schließe die Eintragungsfähigkeit von „PLOMBIR“ als Marke in Deutschland nicht aus, insbesondere wenn der Name wie in der angegriffenen Marke in lateinische Buchstaben transliteriert sei.

Eine im Ausland verwendete Bezeichnung sei nach der ständigen Rechtsprechung des Bundespatentgerichts und des Bundesgerichtshofs nicht allein deshalb freihaltebedürftig, weil sie in irgendeiner Sprache einen beschreibenden Bezug aufweise. Erforderlich sei vielmehr, dass es sich um eine Warenangabe handele, die dem inländischen Verbraucher oder dem Handel ohne weiteres geläufig und verständlich sei. Dies sei bei ausländischen Begriffen nur dann der Fall, wenn sie einer Welthandels-sprache angehörten. Russisch sei hingegen weder eine Welthandels- noch eine europäische Amtssprache. Bei Markenwörtern, die keiner Welthandels-sprache angehörten, sei ein Freihaltebedürfnis nur dann zu bejahen, wenn ein tatsächlicher

Warenverkehr feststellbar sei und eine beschreibende Verwendung zumindest naheliege. Dies setze voraus, dass sie im Inland möglich und wahrscheinlich sei, was vorliegend aber gerade nicht der Fall sei.

Der Warenaustausch mit Russland beschränke sich vorwiegend auf Wodka. Hinzu komme, dass der Handel zwischen Deutschland und Russland mit Speiseeis mangels entsprechender Transport- und Kühlmöglichkeiten unwirtschaftlich und mit Milcheis bis heute aus Rechtsgründen verboten sei. Russischen Unternehmen fehlten grundsätzlich die erforderlichen Zulassungen für die Einfuhr von Milch und Milchprodukten in die Europäische Union (Anlagen AG 13 bis AG 15 zum Schriftsatz vom 20. April 2012). Lediglich ausnahmsweise sei drei in Russland ansässigen Betrieben der Import von Milch und Milcherzeugnissen gestattet, von denen lediglich zwei Eisprodukte herstellten (Anlage AG 15a zum Schriftsatz vom 20. April 2012).

Soweit die Antragstellerin auf einen GOST-Standard verwiesen habe, datiere dieser aus dem Jahr 2002 und betreffe mithin nicht den relevanten Zeitraum der Markenmeldung. Im Übrigen werde bestritten, dass dieser jemals in Kraft getreten sei. Zudem sei die Regelung eines GOST für russische Produzenten keineswegs verbindlich, sondern lediglich fakultativ.

Basierend auf vorstehend Gesagtem, so die Inhaberin der angegriffenen Marke abschließend, sei diese auch hinreichend unterscheidungskräftig.

Mit Beschluss vom 12. März 2013 hat die Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts die Löschung der Eintragung der gegenständlichen Marke für die Waren „Eier, Milch, Milchprodukte, nämlich Butter, Käse, Sahne, Joghurt, Milchpulver für Nahrungszwecke; Desserts aus Joghurt, Quark oder Sahne; Kaffee, Kakao; Schokolade und Schokoladewaren, Speiseeis; Aromastoffe (pflanzliche) für Nahrungsmittel (ausgenommen ätherische Öle)“ angeordnet. Zur Begründung hat sie ausgeführt, die angegriffene Marke sei insoweit entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 2

MarkenG eingetragen worden. Das Freihaltebedürfnis bestehe zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag fort.

Die in lateinischen Buchstaben eingetragene Marke „PLOMBIR“ werde transliteriert in kyrillischen Schriftzeichen mit „Пломбир“ wiedergegeben. Letztgenannter Begriff sei lexikalisch nachgewiesen und bedeute übersetzt „Sahneeis“, was ergänzende Rechercheergebnisse belegten. Dies stehe auch im Einklang mit dem Auszug aus dem GOST-Standard R 52175-2003, nach dem sich das Speiseeis der Art „PLOMBIR“ durch einen höheren Fettgehalt von anderen Arten von Speiseeis unterscheide. Die beschreibende Verwendung der Marke für Speiseeis werde bestätigt durch eine weitere Recherche unter dem kyrillischen Begriff, die zu einer Vielzahl verschiedener Darstellungen und Darreichungsformen von Speiseeis führe. Zusammenfassend stehe damit fest, dass die eingetragene Marke eine bestimmte Art von Speiseeis wie auch „Desserts aus Joghurt, Quark oder Sahne“ unmittelbar nach seiner/ihrer Art beschreibe. „Eier, Milch, Milchprodukte, nämlich Butter, Käse, Sahne, Joghurt, Milchpulver für Nahrungszwecke; Kaffee, Kakao; Schokolade und Schokoladewaren; Aromastoffe (pflanzliche) für Nahrungsmittel (ausgenommen ätherische Öle)“ würden als Zutaten von Sahneeis (auch) verwendet, so dass die Marke insoweit ihre Bestimmung beschreibe. Allenfalls bei Käse könnten Zweifel bestehen, ob dieser bei der Herstellung von Sahneeis eingesetzt werde. Unter den Begriff „Käse“ falle jedoch auch Frischkäse, der aufgrund seiner cremig-festen Konsistenz und des Fehlens eines dominanten Eigengeschmacks gern in Desserts, darunter auch Speiseeis, verwendet werde.

Die inländischen Verkehrskreise setzten sich zusammen aus dem am Handel beteiligten Fachverkehr und den Durchschnittsverbrauchern. Selbst wenn nach dem Vortrag der Markeninhaberin die am zwischenstaatlichen Handel beteiligten inländischen Fachkreise vernachlässigt würden, weil nach den Einfuhrregelungen der Europäischen Union kein Handel mit Milchprodukten in nennenswertem Umfang zwischen Deutschland und Russland stattfinde, sei als vorrangige Zielgruppe innerhalb der Endverbraucher eine nicht unbeachtliche Zahl von Spätaussiedlern bzw.

Einwanderern aus dem Gebiet der früheren Sowjetunion zu berücksichtigen. Die zahlenmäßig relevante Gruppe der Spätaussiedler bzw. Einwanderer würden die angegriffene Marke als Transliteration einer kyrillischen Bezeichnung für eine bestimmte Art von Eiscreme erkennen. Dies gelte umso mehr, als es in Deutschland zahlreiche Spezialgeschäfte gebe, in denen aus Russland importierte und/oder nach russischen Rezepten hergestellte Lebensmittel angeboten und verkauft würden. Gerade in diesem Umfeld liege es nahe, dass die verfahrensgegenständliche Marke eine Transliteration darstelle und sie als solche – im Übrigen auch von deutschen Kunden dieser Geschäfte, die der russischen Sprache mächtig seien – erkannt werde.

Im Übrigen, so die Markenabteilung weiter, bestünden Zweifel, ob die am Handel beteiligten Kreise tatsächlich zu vernachlässigen seien, weil nach dem Vortrag der Markeninhaberin selbst die Europäische Union zwischenzeitlich die Einfuhr von Milchprodukten russischer Produzenten zugelassen habe. Soweit diese Zulassung derzeit entfallen sein sollte, sei die Europäische Union nicht gehindert, zukünftig wieder Produzenten aus Russland zuzulassen. In Zeiten der Globalisierung einerseits und unter Berücksichtigung des Trends zu regional geprägten Spezialitäten andererseits sei es technisch weder ausgeschlossen, noch erscheine es – auch unter ökonomischen Gesichtspunkten – fernliegend, selbst Lebensmittel, die einer ununterbrochenen Kühlkette bedürften, aus weit entfernten Regionen, im konkreten Fall aus Russland, zu beziehen.

Das Schutzhindernis habe schon bei der Eintragung im Jahr 2009 vorgelegen und bestehe zum Zeitpunkt der Entscheidung fort. Die dem Beschluss beigefügten Printwörterbuchauszüge stammten aus den Jahren 2000 und 2007. Sie datierten damit aus der Zeit vor Eintragung der Marke. Anhaltspunkte für eine Veränderung des Verkehrsverständnisses nach 2007 lägen ebenfalls nicht vor.

Ob darüber hinaus der Eintragung auch das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft entgegenstehe, so die Markenabteilung abschließend, könne im Ergebnis dahingestellt bleiben.

Gegen diese Entscheidung des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Inhaberin der angegriffenen Marke Beschwerde eingelegt.

Zur Begründung hat sie ausgeführt, bereits die Verwendung der Bezeichnung „Пломбир“ für ganz unterschiedliche Produkte, so etwa für eine Fettglasur „PLOMBIR-Schoko“ (Anlage AG 29 zum Schriftsatz vom 15. Januar 2015), beweise, dass ihr auch im Russischen keine eindeutige Begrifflichkeit im Sinne von Sahneeis beigemessen werden könne. Bestätigt werde dies darüber hinaus durch ein Fachgutachten eines russischen Sprachwissenschaftlers („Fachgutachten W...“ als Anlage AG 30 zum Schriftsatz vom 15. Januar 2015). Auch bei Ermittlung des russischen Wortes für den deutschen Begriff „Sahneeis“ tauche „PLOMBIR“ nicht auf (Anlagen AG 31 bis AG 38 zum Schriftsatz vom 15. Januar 2015).

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat ergänzend auf eine von ihr eingeholte „Verkehrsbefragung über die Bekanntheit und Verbraucherwahrnehmung bezüglich der Bezeichnung ‚Plombir‘ bei russischsprachigen Personen mit russischem Migrationshintergrund in Deutschland“ verwiesen (Anlage AG 39 zum Schriftsatz vom 29. Februar 2016). Aus dieser gehe hervor, so die Markeninhaberin, dass weit über 80 % der hierzulande befragten russischen Verkehrskreise mit Migrationshintergrund keine hinreichend konkrete warenbeschreibende Vorstellung von der Bezeichnung „PLOMBIR“ hätten. Wenn darüber hinaus das Erfordernis berücksichtigt werde, dass der Verkehr zwingend objektiv ein hinreichend konkretes inhaltliches Verständnis von der Bezeichnung haben müsse, liege der Anteil der Befragten, die sich im weitesten Sinne entsprechend der Auffassung der Antragstellerin geäußert hätten, allenfalls bei 7 %. Dies sei jedoch für die Annahme eines Freihaltebedürfnisses nicht ausreichend. Wegen der näheren Einzelheiten der Verkehrsbefragung wird auf die Anlage AG 39 Bezug genommen.

Für den Fall, dass der Senat von der Schutzunfähigkeit der angegriffenen Marke ausgehe, hat die Markeninhaberin die Zulassung der Rechtsbeschwerde und die Vorlage an den Europäischen Gerichtshof zur Auslegung des Freihaltebedürfnisses angeregt. Wegen des genauen Wortlautes der Vorlagefrage wird auf den Schriftsatz der Beschwerdeführerin vom 29. Februar 2016 und auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 6. April 2016 verwiesen.

Die Löschantragstellerin ist der Beschwerde entgegengetreten und hat ergänzend vorgetragen, Russland sei seit 2012 Mitglied der WTO, somit sei Russisch auch als Welthandelsprache zu berücksichtigen.

Bei dem vorliegend angesprochenen Verkehr handele es sich – was allein ausreichend sei – um die am Handel mit russischen und osteuropäischen Lebensmitteln beteiligten Fachkreise und darüber hinaus um die mit den Lebensmitteln angesprochenen Endverbraucher. Zu ihnen gehöre eine Vielzahl von „Deutschen aus Russland“ und in Deutschland lebenden Russen und Osteuropäern.

„Пломбир“, so die Antragstellerin weiter, habe die lexikalische Bedeutung „Sahneeis“ (Anlage 14 zum Schriftsatz vom 11. Juni 2015, vgl. auch Anlage 22 zum Schriftsatz vom 24. März 2016). Ausweislich eines entsprechenden Wikipedia-Eintrags (Anlage 15 zum Schriftsatz vom 11. Juni 2015) werde PLOMBIR nach dem GOST 31457-2012 produziert (Anlagen 16 und 18 zum Schriftsatz vom 11. Juni 2015). Aus diesem ergebe sich, dass PLOMBIR eine bestimmte, sehr gehaltvolle Eisart sei, die einen höheren Fettgehalt als Sahneeis aufweise. Da der GOST zwischen Milch-, Sahne- und PLOMBIR-Eis unterscheide, sei eine Verwendung als Gattungsbegriff belegt. Dieser GOST sei auch in Kraft getreten.

Soweit die Inhaberin der angegriffenen Marke vorgetragen habe, dass es einen Handel mit Russland mit Milchprodukten nicht geben würde, sei dies unzutreffend. Die Antragstellerin hat in diesem Zusammenhang auf eine Auflistung der zum Import in die Europäische Union zugelassenen Betriebe verwiesen (Anlage 17 zum

Schriftsatz vom 11. Juni 2015 und Anlage 19 zum Schriftsatz vom 24. Februar 2016). Aus dieser gehe hervor, dass zumindest ein Betrieb seit mindestens 2008 entsprechend zertifiziert sei. Sahneeis werde seit mindestens sieben Jahren zwischen Deutschland und Russland gehandelt.

Die Lösungsreife der angegriffenen Marke ergebe sich schließlich bereits aus dem Umstand, dass diese zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit oder sonstiger Merkmale dienen könne, wovon im Streitfall auszugehen sei. Dies nicht zuletzt unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Wirtschaftsbeziehungen zwischen Russland und Deutschland nach dem Zusammenbruch der UdSSR im Zuge der Öffnung der Grenzen erheblich intensiviert worden seien. Vor diesem Hintergrund sei die Wahrscheinlichkeit groß, dass die Mitbewerber der Markeninhaberin die angegriffene Marke im grenzüberschreitenden Verkehr mit Russland benötigen würden, um die einschlägigen Waren sachgerecht beschreiben zu können.

Der Senat hat mit Beschluss vom 6. April 2016 die Beschwerde zurückgewiesen. Zur Begründung hat der Senat ausgeführt, an der angegriffenen Marke habe zum Zeitpunkt der Anmeldung als auch der Entscheidung über den Lösungsantrag ein Freihaltebedürfnis bestanden. Es sei davon auszugehen, dass zumindest die am Handelsverkehr beteiligten inländischen Fachkreise um die beschreibende Bedeutung der angegriffenen Marke „PLOMBIR“ im Sinne eines speziellen russischen, besonders fetthaltigen Sahneises wüssten. Der Senat hat sich im Rahmen seiner Entscheidung u. a. auf Ausführungen in der Marktstudie „Der Markt für Süßwaren-Halbfabrikate in Russland – Marktstudie im Rahmen der Exportangebote für die Agrar- und Ernährungswirtschaft“ des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft vom September 2014 bezogen, welche den Beteiligten in der mündlichen Verhandlung am 6. April 2016 auszugsweise übergeben worden ist. Wegen der näheren Einzelheiten wird auf die Ausführungen im Beschluss vom 6. April 2016 verwiesen.

Gegen diese Entscheidung hat die Inhaberin der angegriffenen Marke die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde erhoben. Zur Begründung hat sie ausgeführt, der angegriffene Beschluss könne keinen Bestand haben, da er auf einem Gehörsverstoß zu ihren Lasten beruhe. Die einzige relevante Fundstelle, auf welche sich der Senat gestützt habe, nämlich die Marktstudie „Der Markt für Süßwaren-Halbfabrikate in Russland“ sei weder ordnungsgemäß in das Verfahren eingeführt worden, noch sei ihr in gebotener Weise Gelegenheit zur Stellungnahme geboten worden.

Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom 6. Juli 2017 (vgl. BGH GRUR 2018, 111) der Rechtsbeschwerde stattgegeben, den Beschluss des Senats vom 6. April 2016 aufgehoben und die Sache an das Bundespatentgericht zur neuerlichen Entscheidung zurückverwiesen. Zur Begründung hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, der Senat habe das Recht der Inhaberin der angegriffenen Marke auf rechtliches Gehör verletzt, da die Studie „Der Markt für Süßwaren-Halbfabrikate in Russland“ des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft in der mündlichen Verhandlung am 6. April 2016 in das Verfahren eingeführt und vom Senat im Rahmen seiner Entscheidung berücksichtigt worden sei, ohne der Inhaberin der angegriffenen Marke einen Schriftsatznachlass zu gewähren. Der Senat habe damit seine Entscheidung auf Umstände gestützt hat, zu denen sie sich nicht hinreichend äußern können. Die angefochtene Entscheidung beruhe auch auf dem Versagen des rechtlichen Gehörs. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Senat zu einer anderen Beurteilung gelangt wäre, wenn er die von der Rechtsbeschwerde vorgebrachten Umstände berücksichtigt hätte. Der von der Rechtsbeschwerde geltend gemachte geringe Umfang des Exports von Speiseeis nach Deutschland spreche dafür, dass dieser das inländische Verkehrsverständnis nicht maßgeblich beeinflussen können. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 6. Juli 2017 verwiesen.

Nach der Zurückverweisung an den Senat führt die Inhaberin der angegriffenen Marke weiter aus, die vom Senat ermittelte Marktstudie belege eindeutig, dass der Handel mit russischem Speiseeis im relevanten Zeitraum bei weitem zu gering

gewesen sei, um ein etwaiges beschreibendes Verständnis eines relevanten Teils der hiesigen Fachkreise in Bezug auf „PLOMBIR“ zu schaffen. In diesem Zusammenhang weist sie ferner darauf hin, dass auch die vierte Beschwerdekammer des EUIPO mit Entscheidung vom 22. September 2016 den gegen die korrespondierende Unionsmarke gerichteten Löschungsantrag zurückgewiesen habe (vgl. Anlage AG 43 zum Schriftsatz vom 29. März 2018).

Bei „PLOMBIR“ handele es sich nicht um eine Eisgattung in Russland. Aus der Nennung einer Fantasiebezeichnung, wie PLOMBIR, in einem GOST-Standard könne nicht verbindlich darauf geschlossen werden, ob die angesprochenen Verkehrskreise in Russland die ehemals sowjetische Bezeichnung inzwischen als Sachangabe oder weiterhin als Fantasienamen verstünden.

Soweit die Antragstellerin zum Beleg eines feststehenden Begriffsverständnisses von „PLOMBIR“ verschiedene Wörterbuchauszüge vorgelegt habe, fehle es bereits an der notwendigen Synonymität der Einträge. Dies bedeute, dass für „Пломбир“ in der Zielsprache Deutsch zwar „Sahneeis“ oder Vergleichbares angegeben werde, andersherum aber in der Zielsprache Russisch für das (deutsche) Suchwort niemals „Пломбир“ genannt werde.

In den deutschen Fachkreisen habe sich weder im Jahr 2009 noch im Zeitpunkt der Entscheidung ein entsprechendes Verkehrsverständnis durch einen behaupteten Import von Speiseeis gebildet. Entsprechendes ergebe sich weder aus den Antworten der vom Senat befragten Verbände noch aus der vom Senat ermittelten Studie „Der Markt für Süßwaren-Halbfabrikate in Russland“. Schließlich sei auch die bloße Referenz von Zahlenmaterial des statistischen Bundesamtes unergiebig, weil dieses für das Anmeldejahr keine einzige Tonne gehandeltes Eis aus Russland ausweise und die Zahlen darüber hinaus nichts darüber besagten, ob Speiseeis mit der Bezeichnung „PLOMBIR“ oder „Пломбир“ nach Deutschland eingeführt worden sei.

Ein entsprechendes Begriffsverständnis der Fachkreise habe sich auch nicht aufgrund des Handels mit PLOMBIR-Eis aus dem Baltikum ergeben. Es möge zwar sein, dass die Antragstellerin vor zehn Jahren Eis mit den Bezeichnungen „PLOMBIR“ oder „Пломбир“ nach Deutschland importiert habe. Diese seien aber ausschließlich markenmäßig und nicht als Gattungsbegriffe verwendet worden. Der Handel mit diesem Eis könne das Verständnis der Fachkreise schon deshalb nicht im Sinne einer Sachangabe beeinflusst haben. Hinzu komme, dass die Antragstellerin in den Jahren 2007 bis 2010 nur Eis aus Litauen importiert habe, das mit Pflanzenfett hergestellt worden sei und kein Fett aus Milch oder Sahne enthalten habe. Hierdurch habe sie eindeutig dazu beigetragen, dass „PLOMBIR“ bzw. „Пломбир“ nicht im behaupteten Sinne eines Sahneeises mit einem Mindestfettgehalt von 12 % begriffen werde, denn das Eis aus Litauen habe niemals diesen Voraussetzungen entsprochen.

Aufgrund der geschilderten Umstände habe es nachweislich auch kein Bedürfnis gegeben und gebe es auch aktuell nicht, „PLOMBIR“ für den Handel mit Eis aus dem Baltikum freizuhalten, denn man könne im Baltikum jedes beliebige Eis mit „PLOMBIR“ oder „Пломбир“ kennzeichnen. Im Baltikum gebe es nur eine Vorgabe für die Bezeichnung „plombyras“, die nicht mit der Marke „PLOMBIR“ identisch sei.

Soweit das Europäische Gericht mit Urteil vom 13. Dezember 2018 (Az.: ...) die Entscheidung des EUIPO vom 22. September 2018 aufgehoben habe, basiere es auf Rechtsanwendungs- und Verfahrensfehlern. Aus diesem Grund sei gegen das Urteil bereits Rechtsmittel eingelegt worden. Die Inhaberin der angegriffenen Marke verweist in diesem Zusammenhang auf die Rechtsmittelschrift vom 18. Februar 2019 gemäß der Anlage AG 73 zum Schriftsatz vom 19. März 2019. Im Übrigen sei vorgenanntes Urteil für vorliegendes Verfahren ohne Relevanz.

Abschließend rügt die Inhaberin der angegriffenen Marke das Vorbringen der Antragstellerin im Schriftsatz vom 28. März 2018, demzufolge es PLOMBIR-Eis auch im Baltikum gebe und jedenfalls für den Handel mit dem dortigen Eis ein Freihaltebedürfnis bestehe, als verspätet. Zur Begründung führt sie aus, die Antragstellerin habe im Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt ihren Vortrag zunächst darauf beschränkt, dass die russischsprachigen Verkehrskreise „PLOMBIR“ als Sachangabe aus Russland kennen würden. Im Laufe des Verfahrens habe sie ihre Argumentation sodann geändert und auf das Verständnis der Fachkreise abgestellt. Nunmehr habe sie eine erneute Änderung ihrer Argumentation vorgenommen, was die Annahme einer Verspätung rechtfertige. Dies gelte auch für den neuen Vortrag der Antragstellerin zu einem angeblichen Begriffsverständnis von „PLOMBIR“ in der Sowjetzeit und in Russland.

Im Übrigen, so die Inhaberin der angegriffenen Marke, führe die ergänzend geltend gemachte Berücksichtigung des Baltikums und eines zukünftigen Freihaltebedürfnisses zu einer Klageänderung nach § 263 ZPO.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt, den Rechtsstreit dem Europäischen Gerichtshof mit der weiteren Frage vorzulegen, ob Art. 4 Abs. 1 c) der Richtlinie (EU) 2015/2436 dahingehend auszulegen ist, dass bei der Feststellung der angesprochenen Verkehrskreise entscheidungserheblich abgestellt werden kann auf diejenigen Fachkreise, die mit den von der Antragstellerin eines Löschungsverfahrens angebotenen Produkten handeln, oder die Bemessung der Fachkreise von den für die angegriffene Marke geschützten Waren insgesamt abhängt. Des Weiteren regt sie die Vorlage folgender Rechtsfrage an den Europäischen Gerichtshof an: Ist Art. 4 Abs. 1 c) der Markenrechtsrichtlinie dahingehend auszulegen, dass ein künftiges Freihaltebedürfnis auch dann besteht, wenn zum Zeitpunkt der Eintragung der angegriffenen Marke kein beschreibendes Verständnis für eine Ware oder Dienstleistung nachweisbar ist, aber eine gesetzliche Regulierung im Ausland, entsprechend einem GOST-Standard, die Bezeichnung für den Import von Waren in das betreffende Ausland regelt und der Regelungsgehalt der

ausländischen Norm den angesprochenen Verkehrskreisen hierzulande nicht bekannt ist?

Für den Fall, dass der Senat die Fortschreibung der sowjetischen Rechtslage im Rahmen unverbindlicher GOST-Standards in Russland als Lösungsgrund für eine erfolgreiche deutsche Marke, deren angebliche Bedeutung in Deutschland nachweislich noch nicht einmal von russischen Verkehrskreisen erkannt werde, anerkennen und ein abstraktes Freihaltebedürfnis bejahen sollte, beantragt die Inhaberin der angegriffenen Marke erneut die Vorlage des Rechtsstreits an den Europäischen Gerichtshof, um dort klären zu lassen, ob eine außereuropäische GOST-Regulierung einer Bezeichnung, die ihre angebliche Bedeutung bei den russischen Verkehrskreisen in Deutschland zumindest wegen eines massiven Gebrauchs für andersartige Produkte nachweislich eingebüßt hat, trotzdem die Löschung einer nationalen Marke rechtfertigt.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

den Beschluss der Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 12. März 2013 aufzuheben und den Lösungsantrag zurückzuweisen.

Die Beschwerdegegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angegriffene Entscheidung und merkt ergänzend an, sowohl sie als auch die Inhaberin der angegriffenen Marke bezögen das von ihnen vertriebene Speiseeis aus Litauen. Dies liege darin begründet, dass Betriebe aus dem Baltikum

sich an die EU-Hygienevorschriften halten müssten und als EU-Unternehmen keiner gesonderten Zertifizierungspflicht und insbesondere keinen Zollvorschriften unterlägen, was den Handel einfacher, schneller und erheblich billiger mache. Ausweislich einer Statistik des Statistischen Bundesamtes (vgl. Seiten 17 bis 20 des Schriftsatzes vom 28. März 2018 sowie Anlage 57 zum Schriftsatz vom 10. Oktober 2018) habe es schon in der Vergangenheit umfangreiche Einfuhren von Speiseeis seit 2006 aus den Ländern des Baltikums und aus der Russischen Föderation gegeben. Dabei habe sich die Einfuhr insbesondere aus Litauen stetig vergrößert. In Litauen selbst habe der Verkauf von „PLOMBIR“ in der Vergangenheit annähernd 40 % aller Verkaufsmengen von Speiseeis erreicht (vgl. Anlage 48 zum Schriftsatz vom 28. März 2018). In Russland sei „PLOMBIR“ das beliebteste Speiseeis mit einem Anteil von 40,8 % der Eiskremproduktion (vgl. Anlage 52 zum Schriftsatz vom 28. März 2018).

Zum Beleg, dass „PLOMBIR“ die Rezeptur eines besonderen Speiseeises bezeichne, legt die Antragstellerin eine weitere Textanalyse von Frau Dr. L... vor und verweist auf weitere Wörterbuchauszüge (vgl. Anlagen 32 und 49 zum Schriftsatz vom 28. März 2018). Ferner legt sie eine Stellungnahme des Verbands „Russische Union der Eiscremehersteller“ vor, auf die wegen der näheren Einzelheiten verwiesen wird (vgl. Anlage 54 zum Schriftsatz vom 28. März 2018).

Dass es sich bei „PLOMBIR“ um einen einschlägigen russischen Fachbegriff auf dem Gebiet von Speiseeis handele, ergebe sich zudem aus weiteren Gesichtspunkten: So finde sich die Bezeichnung „Пломбир“ für eine Speiseeisvariante bereits im sowjetischen Vorgänger-Standard „Eiscreme“ GOST 119-52 aus dem Jahr 1952 (vgl. Anlage 62 zum Schriftsatz vom 29. März 2019). Ferner habe das zum Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke in Kraft befindliche Föderale Gesetz vom 12. Juni 2008 „Technische Vorschriften für Milch und Milcherzeugnisse“ umfangreiche Definitionen für Milch und Milchprodukte vorgesehen. So sei darin geregelt: „PLOMBIR – Eiscreme (Milcherzeugnis oder Milchmischerzeugnis), bei dem der Massenanteil an Milchfett 12 bis 24 Prozent beträgt“ (vgl. Anlage 64 zum Schriftsatz

vom 29. März 2019). Eine im Jahr 2016 vorgenannte Vorschrift ersetzende Regelung weise eine vergleichbare Definition auf (vgl. Anlage 65 zum Schriftsatz vom 29. März 2019).

Die Antragstellerin weist ferner darauf hin, dass das Europäische Gericht mit Urteil vom 13. Dezember 2018 (Az.: ...) statuiert habe, dass die Unionsmarke „PLOMBIR“ freihaltungsbedürftig und löschungsreif sei (vgl. Anlage 59 zum Schriftsatz vom 18. Dezember 2018).

Schließlich hat die Antragstellerin für den Fall, dass der Senat von der Schutzfähigkeit der angegriffenen Marke ausgehe, die Zulassung der Rechtsbeschwerde angeregt. Darüber hinaus hat sie angeregt, vorliegendes Verfahren dem Europäischen Gerichtshof zur Auslegung des Freihaltebedürfnisses vorzulegen. Wegen des genau vorgeschlagenen Wortlauts wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 7. November 2018 Bezug genommen.

Der Senat hat mit Schreiben vom 4. Mai 2018 den Bundesverband des Deutschen Lebensmittelhandels e. V. sowie den Bundesverband der Deutschen Süßwarenindustrie e. V. um Informationen zum Import von Speiseeis aus osteuropäischen Staaten in den Jahren 2007 bis 2009 ersucht. Die daraufhin erteilten Auskünfte sind der E-Mail des Leiters Lebensmittelrecht des Bundesverbandes des Deutschen Lebensmittelhandels e. V., Herrn H..., vom 9. Mai 2018 sowie dem Schreiben des Geschäftsführers des Bundesverbandes der Deutschen Süßwarenindustrie e. V., Herrn K..., vom 15. Mai 2018 zu entnehmen, auf die vorliegend Bezug genommen wird.

Mit Beschluss vom 30. Januar 2019 hat der Senat die am 7. November 2018 geschlossene mündliche Verhandlung wiedereröffnet. Wegen der näheren Einzelheiten wird auf die Ausführungen in dem Beschluss verwiesen.

Mit weiterem Beschluss vom 24. September 2019 hat der Senat die am 29. Mai 2019 geschlossene mündliche Verhandlung wiedereröffnet. Auch insoweit wird wegen näherer Einzelheiten auf die Ausführungen in dem Beschluss Bezug genommen.

Ergänzend wird auf den Akteninhalt verwiesen.

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Die Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamtes hat zu Recht die Löschung der Eintragung der streitgegenständlichen Marke der Beschwerdeführerin für die verfahrensgegenständlichen Waren gemäß §§ 54, 50 Abs. 1, Abs. 2 a. F. i. V. m. § 158 Abs. 8 Satz 2 MarkenG, § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG angeordnet.

1. Die Verspätungsrüge der Inhaberin der angegriffenen Marke greift nicht durch. Als verspätet zurückweisen kann der Senat in das Verfahren eingeführte Angriffs- und Verteidigungsmittel nach § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG i. V. m. §§ 282 Abs. 2, 296 Abs. 2 ZPO, wenn eine Verzögerung des Verfahrens eintreten würde und die Verspätung auf grober Nachlässigkeit beruht. Das betrifft nicht jedes Vorbringen, das gegenüber dem im Amtsverfahren neu ist. Präklusion kommt im Beschwerdeverfahren vor dem Bundespatentgericht vielmehr nur eingeschränkt in Betracht. Die Beteiligten müssen durch richterliche Anordnung (etwa in der Ladung) gehalten gewesen sein, die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze oder durch zu Protokoll der Geschäftsstelle abzugebende Erklärungen gemäß § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG i. V. m. 129 Abs. 2 ZPO vorzubereiten (BGH GRUR 2010 859 - Malteserkreuz III). Der Senat hat den Beteiligten im Vorfeld der mündlichen Ver-

handlungen am 7. November 2018, am 29. Mai 2019 sowie am 4. März 2020 entsprechende Fristen gesetzt. Dass die Antragstellerin diese nicht eingehalten hätte, hat die Inhaberin der angegriffenen Marke – insoweit zutreffend – nicht vorgetragen. Allein der Wechsel in der Argumentation zur Begründung des Löschungsantrags sowie die Vorlage neuer Belege zu einem nach Auffassung der Antragstellerin bereits seit geraumer Zeit bestehenden russischen Fachbegriff „PLOMBIR“ – zumal ohne Verstoß gegen eine Fristsetzung – vermag eine Verspätung nicht zu begründen.

2. Auch handelt es sich bei dem Wechsel der Begründung des Löschungsantrags nicht um einen neuen Verfahrensgegenstand und somit auch nicht um eine Antragserweiterung, auf welche die Vorschriften über die Klageänderung gemäß § 263 ZPO Anwendung finden würden (vgl. BGH GRUR 2003, 342 - Winnetou). Davon ausgehend ist zu berücksichtigen, dass die Gesamtheit von Antrag und Antragsbegründung den Streitgegenstand darstellt (vgl. BeckOK ZPO, 35. Edition, Stand 01.01.2020, § 2, Rdnr. 4). Eine Klageänderung liegt grundsätzlich nur vor, wenn der Kläger einen anderen Streitgegenstand zur Entscheidung stellt. Auf der Grundlage der von der Rechtsprechung verwendeten Definition des Streitgegenstandes kann dies durch Änderung des Klageantrags oder durch Änderung des Klagegrundes geschehen, also dadurch, dass der Kläger sein Begehren auf einen anderen Lebenssachverhalt stützt (vgl. BGH NJW 2011, 3653). Neuer Vortrag zum Klagegrund ist nur dann als Klageänderung anzusehen, wenn durch neue Tatsachen der Kern des in der Klage angeführten Lebenssachverhalts verändert wird. Ebenfalls keine Klageänderung liegt vor, wenn der Kläger zur Begründung seines Begehrens neue Anspruchsgrundlagen anführt, ohne dass sich der zu beurteilende Lebenssachverhalt ändert. Unterschiedliche Lebenssachverhalte liegen vor, wenn die materiell-rechtliche Regelung die zusammentreffenden Ansprüche durch eine Verselbständigung der einzelnen Lebensvorgänge erkennbar unterschiedlich ausgestaltet (vgl. BeckOK ZPO, a. a. O., § 263, Rdnr. 2 ff).

Ausgehend von vorgenannten Grundsätzen liegt vorliegend keine Antragsänderung vor. Die Antragstellerin hat ihren Antrag während des gesamten Verfahrens stets auf die Löschung der Eintragung der angegriffenen Marke gerichtet. Der Löschungsantrag ist mithin stets unverändert geblieben. Als Lösungsgrund hat sie sich fortwährend darauf gestützt, dass der Eintragung des Anmeldezeichens ein Freihaltebedürfnis gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegengestanden habe und auch noch aktuell entgegenstehe (Lebenssachverhalt). Soweit sie im Rahmen ihres Vortrags ihre tatsächlichen oder rechtlichen Ausführungen ergänzt oder berichtigt hat, berührt dies weder den Lösungsantrag noch den Lösungsgrund. Damit handelt es sich analog § 264 Nr. 1 ZPO nicht um eine Antragsänderung (vgl. Musielak/Voit/Foerste, ZPO, 16. Auflage, 2019, § 264, Rdnr. 2).

3. Nach § 50 Abs. 1, Abs. 2 a. F. i. V. m. § 158 Abs. 8 Satz 2 MarkenG wird die Eintragung einer Marke wegen Nichtigkeit u. a. gelöscht, wenn sie entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG eingetragen worden ist und das Schutzhindernis zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag auf Löschung noch besteht.

Diese Voraussetzungen liegen vor. Bei dem Zeichen „PLOMBIR“ handelt es sich hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Waren um eine Freihaltebedürftige beschreibende Angabe bzw. um eine solche, die hierzu dienen kann.

Dem Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG unterfallen solche Marken, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Bestimmung oder sonstiger Merkmale der angemeldeten Waren oder Dienstleistungen dienen können. Mit diesem Schutzhindernis wird das im Allgemeininteresse liegende Ziel verfolgt, dass alle Zeichen oder Angaben, die Merkmale der angemeldeten Waren oder Dienstleistungen beschreiben, von allen Unternehmen frei verwendet werden können und nicht aufgrund ihrer Eintragung als Marke einem Unternehmen vorbehalten werden (vgl. EuGH GRUR 2004, 680, Rdnr. 35 f. - BIOMILD; GRUR 1999, 723, Rdnr. 25 - Chiemsee). Als

beschreibend im Sinne dieser Vorschrift können dabei auch sprachliche Neuschöpfungen angesehen werden, die aus mehreren Bestandteilen zusammengesetzt sind, wenn für die Neuschöpfung selbst in ihrer Gesamtheit ein beschreibender Charakter feststellbar ist (EuGH a. a. O., Rdnr. 37 - BIOMILD). Ferner gebietet das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG die Versagung der Eintragung auch dann, wenn die fragliche Benutzung als Sachangabe noch nicht zu beobachten ist, eine solche Verwendung aber jederzeit in Zukunft erfolgen kann (BGH GRUR 2012, 276, Rdnr. 1 - Institut der Norddeutschen Wirtschaft e.V.).

Das Vorliegen eines Freihaltebedürfnisses im maßgeblichen Zeitpunkt der Anmeldung setzt voraus, dass der Begriff „PLOMBIR“ in Verbindung mit den verfahrensgegenständlichen Waren von den angesprochenen Verkehrskreisen als Sachangabe aufgefasst wird oder zukünftig als eine solche dienen kann. Bei den beteiligten Verkehrskreisen, auf deren Kenntnisse abzustellen ist, handelt es sich um den Handel und/oder den normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher (EuGH GRUR 2006, 411, Rdnr. 24 - Matratzen Concord/Hukla). Insoweit können bereits die Kenntnisse eines kleinen Teils aller beteiligten Verkehrskreise einer Markeneintragung entgegenstehen (Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Auflage, 2018, § 8, Rdnr. 515).

a) Die in lateinischen Buchstaben eingetragene Wortmarke „PLOMBIR“ ist die Transliteration des aus kyrillischen Schriftzeichen bestehenden Wortes „Пломбир“, das ins Deutsche mit „Sahneeis“ übersetzt wird. Dies wird durch die von der Antragstellerin vorgelegten lexikalischen Nachweise (Anlage 9 zu ihrem Schriftsatz vom 28. August 2012 und Anlage 22 zu ihrem Schriftsatz vom 24. März 2016) sowie durch die von der Markenabteilung ergänzend vorgelegten Rechercheergebnisse (Anlage 1 zum Beschluss vom 12. März 2013) belegt. Nämliches ergibt sich auch aus der Textanalyse von Dr. L... gemäß Anlage 32 zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 28. März 2018.

b) Die konkrete inhaltliche Zusammensetzung, welche ein Sahneeis „PLOMBIR“ aufweisen muss, ergibt sich aus einem eigenen GOST-Standard für „PLOMBIR-Eis“ (GOST 31457-2012), der von der Antragstellerin als Anlage 16 zu ihrem Schriftsatz vom 11. Juni 2015 und als Anlage 18 zu ihrem Schriftsatz vom 24. Februar 2016 eingereicht worden ist. Im Rahmen dieser staatlichen Normierung wird u. a. in Russland (vgl. Seite 2 der Anlage 18 zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 24. Februar 2016) im Speiseeisbereich zwischen „Milcheis“, „Sahneis“ sowie „Plombir“ differenziert (vgl. Seite 5 der Anlage 18 zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 24. Februar 2016). Letzteres zeichnet sich dadurch aus, dass es nicht weniger als 36 % trockene Stoffe, nicht weniger als 12 % Milchfett und nicht weniger als 2,2 % Milcheiweiß enthält (vgl. Seite 4 der Anlage 18 zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 11. Juni 2015). Die Antragstellerin hat zudem belegt, dass die angegriffene Marke auch nach dem Ende der Sowjetunion nicht zu einer Fantasiebezeichnung geworden ist. So findet sich in Artikel 4 Ziffer 70 des zum Anmeldezeitpunkt der angegriffenen Marke in Kraft befindlichen Föderalen Gesetzes vom 12. Juni 2008 „Technische Vorschrift für Milch und Milcherzeugnisse“ folgende Definition: „Plombir – Eiscreme (Milcherzeugnis oder Milchmischerzeugnis), bei dem der Massenanteil an Milchfett 12 bis 24 Prozent beträgt“ (vgl. Seiten 7 f. des Schriftsatzes der Antragstellerin vom 29. März 2019 sowie die dazugehörige Anlage 64). Die Antragstellerin hat ferner dargetan, dass auch die Nachfolgeregelung vorgenannten Gesetzes eine vergleichbare Definition enthält (vgl. Seiten 9 f. des Schriftsatzes vom 29. März 2019 sowie die dazugehörige Anlage 65). Dies wird bestätigt durch die Stellungnahme der „Russischen Union der Eiscremehersteller“ vom 25. Januar 2016. So heißt es dort u. a. „Das Eis ‚Plombir‘ ist eine der verbreitetsten Eissorten, das wie in der Russischen Föderation so auch im Ausland bekannt ist. ... In der Russischen Föderation wird Plombir seit 1937 hergestellt. ... seit 1942 (*wird es*) auf der Grundlage der staatlichen Norm GOST 119-41 ‚Eiscreme‘ produziert. 2005 ist eine neue Norm für Russische Föderation GOST R 52175-2003 ‚Milch- und Sahneis und Plombir. Spezifikation‘ in Kraft getreten. Später wurde diese Norm auf dem Gebiet der Zollunion einheitlich eingeführt. Eissorten, unter anderem auch Plombir, wurden in den technischen Richtlinien der Zollunion ‚Sicherheit von Milch und Milcherzeugnissen‘, die

am 01. Januar 20016 (*richtig wohl: 2016*) in Kraft getreten sind, festgelegt“ (vgl. Anlage 54 zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 28. März 2018).

Im Ergebnis ist festzustellen, dass bereits zum Anmeldezeitpunkt der angegriffenen Marke im Jahr 2009 mit „PLOMBIR“ in Russland ein spezielles, besonders fetthaltiges Sahneeis mit nicht weniger als 12 % Milchfett bezeichnet wurde, welches Gegenstand technischer Vorschriften über die Sicherheit von Milch- und Milcherzeugnissen zum damaligen Zeitpunkt gewesen und aktuell noch ist. Es ist nach der Anmeldung der angegriffenen Marke zum Gegenstand eines sogenannten GOST-Standards geworden. Hiervon ist im Ergebnis zutreffend auch das Europäische Gericht in seiner Entscheidung vom 13. Dezember 2018 (Az.: T-830/16) ausgegangen.

c) Selbst wenn davon ausgegangen wird, dass die angesprochenen GOST-Standards nur den Import von Speiseeis nach Russland betreffen, stünde dies dem dargestellten dortigen Verkehrsverständnis nicht entgegen. Die Aufnahme einer Bezeichnung wie vorliegend „PLOMBIR“ in eine entsprechende Regelung mit Definition der Anforderungen an ein solches Produkt im Falle seiner Einfuhr dient regelmäßig dem Schutz der russischen Bevölkerung. Diese ist nämlich besonders schutzbedürftig, wenn sie ein bestimmtes Verständnis von der Zusammensetzung von Eis mit der Bezeichnung „PLOMBIR“ hat. Die genannte gesetzliche Regelung soll folglich sicherstellen, dass auch nach Russland importierte Produkte diese Beschaffenheit aufweisen.

Ein abweichendes Verkehrsverständnis des angegriffenen Zeichens in Russland ergibt sich auch nicht aus dem seitens der Beschwerdeführerin vorgelegten „Fachgutachten W...“ (Anlage AG 30 zu ihrem Schriftsatz vom 15. Januar 2015).

Zunächst ist die gutachterliche Feststellung, dass es sich bei „PLOMBIR“ nicht um einen Begriff der deutschen Sprache handelt, unerheblich. Dies ist zwischen den Beteiligten unstrittig. Allein entscheidend ist die Frage, ob diesem Begriff in seiner

kyrillischen Transliteration ein beschreibender Bedeutungsgehalt für die angesprochenen Verkehrskreise in Russland zukommt, der gegebenenfalls auf das Verständnis des maßgeblichen Verkehrs in der Bundesrepublik Deutschland Einfluss haben kann. Ohne Relevanz ist ferner die weitere Feststellung, dass es Nachweise von unterschiedlichen Verwendungsarten des Begriffs in Russland gibt. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die vom Gutachter angeführten Verwendungen für „Pralinen“, „Torten“ und „Speiseeis“ eine gewisse inhaltliche Nähe zu „Sahneeis in einer bestimmten Zusammensetzung (Speiseeis)“ aufweisen. Auch die Markenabteilung hat in ihrem angegriffenen Beschluss zutreffend darauf hingewiesen, dass eine solche Verwendung einen beschreibenden Hinweis auf einen Bestandteil oder den Verwendungszweck geben kann.

Soweit der Gutachter in seiner Stellungnahme ferner angemerkt hat, das Wort „PLOMBIR“ könne ins Deutsche ohne Erläuterungen nicht eindeutig mit „Speiseeis“ oder „Sahneeis“ übersetzt werden, vermag auch dies nicht zu überzeugen. Die lexikalischen Nachweise mit Übersetzungen sind bereits angesprochen worden. In diesem Zusammenhang gilt es besonders zu berücksichtigen, dass es sich bei „PLOMBIR“ in Russland (beziehungsweise in der vormaligen Sowjetunion) nicht um ein beliebiges Sahneeis handelt, sondern um ein solches, welches bestimmte inhaltliche Kriterien und dabei insbesondere einen hohen Fettanteil aufweisen muss. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf obige Ausführungen verwiesen.

d) Die Annahme eines Freihaltebedürfnisses im Geltungsbereich der deutschen Marke „PLOMBIR“ setzt voraus, dass die angesprochenen Verkehrskreise im Inland im Zeitpunkt der Anmeldung um die vorstehend angeführte beschreibende Bedeutung der angegriffenen Marke in Verbindung mit den verfahrensgegenständlichen Waren wussten bzw. dass das Zeichen im Inland als entsprechende Sachangabe zu dienen geeignet war (vgl. EuGH, a. a. O., Rdnr. 26 - Matratzen Concord/Hukla).

Hiervon ist zumindest hinsichtlich des Verkehrskreises des Handels auszugehen.

(1) Bei den verfahrensgegenständlichen Waren handelt es sich um solche, die sich an den allgemeinen Verbraucher richten und von diesem regelmäßig erworben werden, so dass beim Verkehrskreis des Handels auf den allgemeinen Lebensmittelhandel abzustellen ist.

Bei den am internationalen Handelsverkehr beteiligten inländischen Fachkreisen kann unterstellt werden, dass sie grundsätzlich in der Lage sind, eindeutig beschreibende Angaben auch in fremder Sprache zu erkennen. Davon ist jedenfalls bei Sprachen fremder Staaten auszugehen, mit denen Handelsbeziehungen im Bereich der einschlägigen Waren und Dienstleistungen bestehen (Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 8, Rdnr. 518).

Vorliegend gilt es zu berücksichtigen, dass die Wirtschaftsbeziehungen zwischen Deutschland und Russland seit dem Zusammenbruch der UdSSR im Zuge der Öffnung der Grenzen erheblich intensiviert worden sind. Der Handel mit den baltischen Staaten und Russland expandiert aufgrund entsprechender Handelsabkommen und Wirtschaftsvereinbarungen, wovon auch der Lebensmittelbereich in ansteigendem Maße profitiert (BPatG 26 W (pat) 210/01 - ЖИГУЛЁВСКОЕ). Dies war bereits bei der Anmeldung und ist – ungeachtet der aktuellen Krimkrise und der daraus resultierenden politischen Spannungen zwischen der Russischen Föderation und westlichen Staaten – auch im Entscheidungszeitpunkt der Fall (vgl. auch BPatG 28 W (pat) 578/12 - Omas Gurken).

Hierauf basierend ist davon auszugehen, dass der Lebensmittelfachhandel um die beschreibende Bedeutung des Zeichens „PLOMBIR“ im Sinne eines besonderen Sahneises (nach russischer Herkunft beziehungsweise Rezeptur) weiß (so auch BPatG 25 W (pat) 88/17 - Plombir Sovjetskij). Soweit die Inhaberin der angegriffenen Marke vorgebracht hat, dass beispielsweise der Betreiber eines kleinen Kiosks

den beschreibenden Sinngehalt der Bezeichnung „PLOMBIR“ nicht kennen dürfte, vermag dies ein anderweitiges Ergebnis nicht zu rechtfertigen. Nicht notwendig ist nämlich, dass alle angesprochenen Verkehrsteilnehmer ein Zeichen als beschreibende Angabe auffassen. Würde eine solch ungeteilte Sichtweise des Verkehrs gefordert werden, wäre praktisch jedes Zeichen als Marke schutzfähig, denn es ist nicht auszuschließen, dass einige Verkehrsteilnehmer das Zeichen doch als Herkunftshinweis verstehen. Demzufolge reicht es aus, wenn ein „erheblicher“ bzw. „wesentlicher“ Teil der angesprochenen Verkehrskreise das Zeichen nicht als Unterscheidungsmittel in Verbindung mit den beanspruchten Waren oder Dienstleistungen ansieht (vgl. BeckOK Markenrecht, 20. Edition, Stand: 01.01.2020, § 8, Rdnr. 110), wovon vorliegend auszugehen ist.

Bei den verfahrensgegenständlichen Waren handelt es sich um solche, die in ihrer überwiegenden Anzahl über den Lebensmitteleinzelhandel, hier insbesondere über Discounter und große Supermärkte, vertrieben werden. Diese zeichnen sich wiederum dadurch aus, dass sie ihren Einkauf zentral steuern, so dass große Mengen der Waren zentral eingekauft und nachfolgend an die einzelnen angeschlossenen Filialen ausgeliefert werden. Dabei ist unter Berücksichtigung des vorstehend Gesagten davon auszugehen, dass diese Großeinkäufer schon wegen der großen Bevölkerungsteile mit russischen Wurzeln mit den Kennzeichnungsgewohnheiten auf dem russischen Lebensmittelmarkt vertraut sind und daher um die beschreibende Bedeutung von „PLOMBIR“ im Sinne eines besonders fetthaltigen Speiseeises wissen.

Hinzu kommt, dass auch und gerade die Inhaberin der angegriffenen Marke selbst von dem beschreibenden Sinngehalt der Bezeichnung „Plombir“ im Rahmen ihrer eigenen Internetpräsenz ausgeht. So heißt es dort u. a.: „Plombir ist eine typisch russische Eiscreme, die man an jeder Ecke in Russland kaufen kann. ... Hergestellt aus frischer Vollmilch und nach original russischer Rezeptur, ...“ (Anlage 29 zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 24. März 2016). Auf Grund der Tatsache, dass sich die Beschwerdeführerin mit ihrem Internetauftritt insbesondere auch an die

Fachkreise richtet, trägt sie zur Verfestigung eines entsprechenden Verkehrsverständnisses des Handels bei.

(2) Für die Annahme eines beschreibenden Begriffsverständnisses des Handels im vorgenannten Sinne ist es hingegen nicht zwingend erforderlich, dass die dem Handel angehörenden Verkehrskreise auch und gerade russisches Speiseeis nach Deutschland importieren oder zum Zeitpunkt der Anmeldung importiert haben. Aus diesem Grund kann es im Ergebnis dahinstehen, ob und bejahendenfalls in welchem Umfang Speiseeis, insbesondere der Gattung „PLOMBIR“, vor dem Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke sowie danach aus Russland bzw. aus osteuropäischen Staaten nach Deutschland importiert worden ist.

Zunächst ist davon auszugehen, dass auf Grund der vorstehend beschriebenen Handelsbeziehungen zwischen Deutschland und Russland die vorliegend in Rede stehenden Fachkreise auch Kenntnis von beschreibenden Waren- respektive Produktangaben auf dem russischen Lebensmittelsektor haben, selbst wenn sie diese nicht direkt aus Russland importieren. Dies gilt umso mehr, als gerade Zentraleinkäufer großer Handelskonzerne regelmäßig einen generellen Überblick über die von ihnen verantworteten ausländischen Märkte haben müssen, um schnell auf Verbraucherwünsche sowie aufkommende Trends reagieren und ihr Sortiment danach ausrichten zu können.

Der Import von Speiseeis aus Russland ist für das Verständnis der inländischen Fachkreise auch deshalb nicht erforderlich, weil entsprechend fetthaltiges Eis mit den beschriebenen Inhaltsstoffen beziehungsweise einer entsprechenden Zusammensetzung ebenso in Deutschland produziert und sodann als „PLOMBIR-Eis“ verkauft werden kann.

Dass der Import von Speiseeis aus Russland keine zwingende Voraussetzung für die Etablierung eines entsprechenden Verkehrsverständnisses des Handels ist,

zeigt sich auch und gerade an den geschäftlichen Aktivitäten der Beteiligten vorliegenden Verfahrens. Beide importieren seit vielen Jahren mit „PLOMBIR“ bezeichnetes Speiseeis aus dem Baltikum nach Deutschland (unabhängig von der jeweils konkreten Zusammensetzung der Produkte). Die Gründe, entsprechende Produkte nicht unmittelbar aus Russland zu importieren, sind dabei vielschichtig und reichen von (vormaligen) Exportbeschränkungen, zollrechtlichen Schwierigkeiten bis hin zu Kostengesichtspunkten (Herstellungskosten).

(3) Bei Speiseeis handelt es sich um ein gängiges Produkt aus dem Lebensmittelbereich, welches nahezu jedes einschlägige Geschäft in seinem Sortiment hat. Es ist mithin davon auszugehen, dass der jeweilige Händler (respektive (Zentral-)Einkäufer), der sich mit dem russischen Lebensmittelhandel beschäftigt, die Bezeichnungen sowie die gesetzlichen Normierungen auch zu anderen „Standardprodukten“ aus dem Lebensmittelbereich kennt. Hiervon ist hinsichtlich der Bezeichnung „PLOMBIR“ für ein besonderes Sahneeis auch im Jahr 2009 auszugehen, da sich diese bereits zu diesem Zeitpunkt in Russland als Sachangabe etabliert hatte, was durch die nachfolgende Statuierung eines entsprechenden GOST-Standards seinen Ausdruck gefunden hat.

Dass die angesprochenen Fachkreise um die beschreibende Bedeutung des Zeichens „PLOMBIR“ für ein besonders fetthaltiges russisches Speiseeis wussten, wird schließlich durch die Marktstudie „Der Markt für Süßwaren-Halbfabrikate in Russland“ des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft vom September 2014 belegt. Dort heißt es unter der Überschrift: „Der Speiseeismarkt“ auf Seite 91 u. a.: „Die beliebtesten Geschmacksrichtungen sind: Plombir (Sahneeis) ...“. Auch in dieser an inländische Fachkreise gerichteten Publikation wird PLOMBIR mithin beschreibend für ein besonderes russisches Sahneeis verwendet. Selbst wenn die vorgenannte Studie ausweislich ihres Untertitels im Zusammenhang mit Exportangeboten für die Agrar- und Ernährungswirtschaft erstellt worden ist, belegt

sie doch den beschreibenden Charakter des Zeichens „PLOMBIR“ für die inländischen Fachkreise.

e) Die gegenständliche Marke wies bereits zum Zeitpunkt ihrer Anmeldung im Jahr 2009 den geschilderten beschreibenden Sinngehalt auf. „PLOMBIR“ wird seit vielen Jahren als Bezeichnung für ein besonderes Sahneeis in Russland bzw. in der ehemaligen Sowjetunion verwendet, was zum einen durch die Festlegung eines GOST-Standards zum Ausdruck kommt. Zum anderen wird dies durch das Föderale Gesetz vom 12. Juni 2008 „Technische Vorschrift für Milch und Milcherzeugnisse“ deutlich, dessen Artikel 4 Ziffer 70 folgende Definition enthält: „Plombir – Eiscreme (Milcherzeugnis oder Milchmischerzeugnis), bei dem der Massenanteil an Milchfett 12 bis 24 Prozent beträgt“ (Seiten 7 f. des Schriftsatzes der Antragstellerin vom 29. März 2019 i. V. m. der dortigen Anlage 64). Auch wenn darin ausgeführt wird, dass es sich hierbei um die Fassung des Gesetzes vom 22. Juli 2010 handelt, steht dies der Annahme eines beschreibenden Sinngehalts bereits zum Zeitpunkt der Markenmeldung nicht entgegen. So kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch die Vorgängerfassung eine inhaltsgleiche Regelung aufgewiesen hat, was im Übrigen auch die Inhaberin der angegriffenen Marke nicht in Abrede gestellt hat. Zudem ist davon auszugehen, dass sich entsprechende technische Regelungen, speziell im Lebensmittelbereich zunächst über einen langen Zeitraum hinweg etablieren müssen, um nachfolgend ihre gesetzliche Umsetzung zu erfahren.

f) Entgegen dem Vorbringen der Inhaberin der angegriffenen Marke kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass sich das inländische Verkehrsverständnis zu „PLOMBIR“ alleine deshalb geändert hat, weil die Antragstellerin (unterstelltermaßen) in Deutschland ein Eis unter der Bezeichnung „PLOMBIR“ vertrieben hat, welches ausschließlich Pflanzenfett beinhaltet hat. Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat nämlich selber vorgetragen, mit ihrer Marke „PLOMBIR“ im Segment der

(für den Handel relevanten) Speiseeis-Multipacks (Gebinde aus mehreren Portionspackungen) deutschlandweit unter den Markenanbietern auf den zweiten Platz vorgerückt zu sein (vgl. Seiten 2 f. des Schriftsatzes vom 10. Oktober 2018 i. V. m. Anlage AG 44). Mit ihrem umsatzstärksten „PLOMBIR“-Produkt, „Vanilleeis im Waffelbecher im Multipack“, so die Inhaberin der angegriffenen Marke weiter, komme sie unter Einrechnung der Handels-Marken deutschlandweit im Umsatzranking auf Platz 11 und im Absatzranking auf Platz 20. Höhere Umsätze hätten in Deutschland im Lebensmitteleinzelhandel einschließlich Handels-Eigenmarken mit Multipacks lediglich einige wenige andere Produkte erreicht (vgl. Seite 3 des Schriftsatzes vom 10. Oktober 2018 i. V. m. Anlage 45). Da die Antragstellerin mit ihren „PLOMBIR-Produkten“ in den von der Inhaberin der angegriffenen Marke vorgelegten Marktübersichten nicht auftaucht, erscheint es ausgeschlossen, dass sich die konkrete Zusammensetzung gerade der Produkte von Erstgenannter in irgendeiner Weise auf das Verständnis der inländischen Fachkreise ausgewirkt haben kann.

g) Da die Kenntnis des relevanten Fachverkehrs von der Bedeutung der Bezeichnung „PLOMBIR“ als Sachangabe vorausgesetzt werden kann, kann es im Ergebnis dahingestellt bleiben, ob dies gleichermaßen für den weiteren Verkehrskreis der Verbraucher gilt. Dies gilt ebenfalls für die weitere Frage, ob hinsichtlich dieses Verkehrskreises auf die allgemeinen Verbraucher oder gegebenenfalls nur auf solche mit russischen Sprachkenntnissen oder russischer Herkunft abzustellen ist. Insofern ist eine vertiefte Auseinandersetzung mit der von der Inhaberin der angegriffenen Marke vorgelegten Verkehrsbefragung nicht geboten.

Entgegen dem anderslautenden Vorbringen der Beschwerdeführerin verbieten sich auch etwaige Rückschlüsse eines sich aus der Verkehrsbefragung (vermeintlich) ergebenden Verkehrsverständnisses der dort zu Grunde gelegten „russischsprachigen Personen mit russischem Migrationshintergrund in Deutschland“ auf das Verständnis des Fachhandels. Selbst wenn nämlich eine korrekte Methodik sowie eine zutreffende Auswertung der Ergebnisse der vorgelegten Verkehrsbefragung zu

Gunsten der Beschwerdeführerin unterstellt wird, können die dortigen Ergebnisse nicht auf den Handel übertragen werden. Auch wenn der Verkehrskreis der „russischsprachigen Personen mit russischem Migrationshintergrund in Deutschland“ – unterstelltermaßen – nicht um eine beschreibende Bedeutung der Bezeichnung „PLOMBIR“ weiß, gilt dies nicht zwangsläufig auch für den Verkehrskreis des Handels. Dieser zeichnet sich dadurch aus, dass sich die entsprechenden Verkehrsteilnehmer – ob der sich immer weiter intensivierenden Handelsbeziehungen mit osteuropäischen Staaten, insbesondere zu Russland – intensiv mit den dortigen Marktgegebenheiten beschäftigen. Dies gilt insbesondere auch und gerade für dort existierende marktübliche Bezeichnungen für entsprechende „Standardprodukte“ sowie etwaige hierfür existierende gesetzliche Standards. Dies ist hingegen bei dem Verkehrskreis der „russischsprachigen Personen mit russischem Migrationshintergrund in Deutschland“ jedoch nicht der Fall, da diese Personen ihre Heimat oftmals bereits vor längerer Zeit verlassen haben oder als Abkömmlinge russischer Eltern – mögen sie auch der russischen Sprache mächtig sein – zu keiner Zeit in Russland ansässig waren.

h) Selbst wenn entgegen vorstehenden Ausführungen nicht davon ausgegangen wird, dass die angegriffene Marke bereits zum Zeitpunkt ihrer Anmeldung von den angesprochenen Fachkreisen als Sachangabe aufgefasst worden ist, würde dies am Ergebnis nichts ändern. Ausreichend für die Annahme eines Freihaltebedürfnisses gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist nämlich, dass die Verwendung einer Bezeichnung als Sachangabe jederzeit erfolgen kann (vgl. BGH GRUR 2012, 276 - Institut der Norddeutschen Wirtschaft). Dies ist vorliegend der Fall. Im Zuge des schon seit dem Jahr 2009 bestehenden Trends zur zunehmenden Internationalisierung und Spezialisierung auf dem Gebiet des Lebensmittelsektors war es bereits zum Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke naheliegend, die Bezeichnung einer der ältesten und beliebtesten russischen Speiseeissorte auch im Inland als Sachangabe zu verwenden. Dies gilt nicht zuletzt unter Berücksichtigung der

nicht unerheblichen Anzahl in Deutschland lebender Personen mit russischem Migrationshintergrund.

i) Dem Schutzhindernis des Bestehens eines Freihaltebedürfnisses gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG unterfallen alle verfahrensgegenständlichen Waren. Sie werden mit der Bezeichnung „PLOMBIR“ entweder unmittelbar benannt („Speiseeis; Desserts aus Joghurt, Quark oder Sahne“) oder können eine Zutat von Sahneeis sein („Eier, Milch, Milchprodukte, nämlich Butter, Käse, Sahne, Joghurt, Milchpulver für Nahrungszwecke; Kaffee, Kakao; Schokolade und Schokoladewaren; Aromastoffe (pflanzliche) für Nahrungsmittel (ausgenommen ätherische Öle“).

4. Erweist sich der angegriffene Beschluss schon auf Grund des Bestehens eines Freihaltebedürfnisses an der gegenständlichen Marke in Verbindung mit den verfahrensgegenständlichen Waren als begründet, kann im Ergebnis dahingestellt bleiben, ob der Eintragung auch das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegenstand.

5. Für die von der Inhaberin der angegriffenen Marke angeregte Zulassung der Rechtsbeschwerde ist kein Grund ersichtlich. Weder ist vorliegend über eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden (§ 83 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG), noch ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 83 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG).

Die Entscheidung des Senats steht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechungspraxis des Bundespatentgerichts in vergleichbaren Fällen. Auf die angeführten Nachweise wird verwiesen.

Auch das Vorbringen der Beschwerdeführerin vermag die Zulassung der Rechtsbeschwerde nicht zu rechtfertigen. Dies gilt zunächst für die vermeintlich zu klärende Frage, ob insbesondere außerhalb des Geltungsbereichs des nationalen Markengesetzes gegebenenfalls auch noch nach der Markenmeldung vorgenommene Normierungsbemühungen in Bezug auf die Verwendung einer bestimmten Bezeichnung außerhalb des betreffenden Mitgliedstaates in diesem Mitgliedstaat ein Eintragungshindernis begründen. Der Senat geht unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (vgl. EuGH, a. a. O., Rdnr. 26 - Matratzen Concord/Hukla) davon aus, dass Rechts- und Verwaltungsakte in einem Drittstaat zur Regelung der Benutzung bestimmter Bezeichnungen nur dann zu einem Schutzhindernis im Anwendungsbereich des Markengesetzes führen, wenn sie in diesem Einfluss auf das Verkehrsverständnis der relevanten Verkehrskreise genommen haben. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung der Senate des Bundespatentgerichts (vgl. u. a. BPatG 24 W (pat) 503/13 - СЕРПЕТ
КРАСОТЫ).

Die weiter seitens der Beschwerdeführerin aufgeworfene Fragestellung einer prozentualen Mindestgröße des generischen Verständnisses eines Begriffs innerhalb einer als schutzwürdig zu betrachtenden Minderheit für die Annahme eines generellen Freihaltebedürfnisses vermag ebenfalls die Zulassung der Rechtsbeschwerde nicht zu begründen. Sie bezieht sich auf das vorgelegte Verkehrsgutachten, auf das es für die Entscheidung jedoch nicht ankommt.

Entsprechend verhält es sich schließlich hinsichtlich der abschließend aufgeworfenen Fragestellung, inwieweit es mit dem verfassungsrechtlich verbürgten Eigentumsschutz zu vereinbaren sei, eine etablierte Marke mit einem hohen Marktanteil aus dem Register zu löschen und damit einem Wettbewerber, der über zahlreiche vergleichbare Markeneintragungen verfügt, so das freie Feld zu überlassen. Ein Löschungsantrag kann von jedermann gestellt werden und dient damit dem öffentlichen Interesse, dass nur solche Marken im Register eingetragen sind, die keinem absoluten Schutzhindernis unterliegen. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung der Senate des Bundespatentgerichts, dass ein Löschungsantrag nicht

bereits dann rechtsmissbräuchlich ist, weil der Antragsteller selbst das fragliche oder ein damit vergleichbares Zeichen als Marke angemeldet hat (vgl. BPatG 25 W (pat) 9/09 - Winter Apfel; BPatG 27 W (pat) 213/09 - Physio-Fit; Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 54, Rdnr. 6).

Da – wie vorstehend bereits näher ausgeführt – aus einem (unterstellten) Verkehrsverständnis eines Teils der angesprochenen Verbraucher nicht zugleich auf ein korrespondierendes Verständnis des Handels geschlossen werden kann, ist mangels Entscheidungserheblichkeit (vgl. hierzu Streinz, EUV/AEUV, 2. Auflage, 2012, Art. 267, Rdnr. 34 ff.) auch für die seitens der Beschwerdeführerin hierzu angeregte Vorlage an den Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 267 Abs. 2 AEUV kein Raum.

Bereits höchstrichterlich geklärt ist weiterhin die von der Inhaberin der angegriffenen Marke ebenfalls aufgeworfene Frage, ob bei der Feststellung der angesprochenen Verkehrskreise entscheidungserheblich abgestellt werden kann auf diejenigen Fachkreise, die mit den von der Antragstellerin eines Lösungsverfahrens angebotenen Produkten handeln, oder ob die Bestimmung der Fachkreise von den für die angegriffene Marke insgesamt geschützten Waren abhängt. Es entspricht der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, dass auch das Verständnis der am Handel beteiligten Fachkreise für sich allein von ausschlaggebender Bedeutung sein kann (vgl. die Nachweise bei Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 8, Rdnr. 46). Bei den Fachkreisen handelt es sich namentlich um den Handel (vgl. hierzu BeckOK Markenrecht, a. a. O., § 8, Rdnr. 107), der sich auf die vom Lösungsantrag umfassten Waren bezieht. Auch diesbezüglich ist für eine Vorlage kein Raum.

Soweit die Inhaberin der angegriffenen Marke eine weitere Vorlage zur Auslegung des Bestehens eines künftigen Freihaltebedürfnisses in den Fällen anregt, in denen zum Zeitpunkt der Eintragung der angegriffenen Marke kein beschreibendes Verständnis für eine Ware oder Dienstleistung nachweisbar ist, aber eine gesetzliche Vorschrift im Ausland (GOST-Standard) die Bezeichnung für den Import von Waren

regelt, fehlt es an der Entscheidungserheblichkeit. Der Senat hat ausführlich dargelegt, dass zum Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke von einem beschreibenden Verständnis der angesprochenen inländischen Fachkreise auszugehen ist (mithin bereits zum damaligen Zeitpunkt ein aktuelles Freihaltebedürfnis bestanden hat), was einer Vorlage entgegensteht.

Dies gilt schließlich gleichermaßen für die von der Inhaberin der angegriffenen Marke angestrebte Klärung der Frage, „ob eine außereuropäische GOST-Regulierung einer Bezeichnung, die ihre angebliche Bedeutung bei den russischen Verkehrskreisen in Deutschland zumindest wegen eines massiven Gebrauchs andersartiger Produkte nachweislich eingebüßt hat, trotzdem die Löschung einer nationalen Marke rechtfertigen kann“. Aus vorstehenden Ausführungen ist ersichtlich, dass das Freihaltebedürfnis an der angegriffenen Marke nicht alleine auf dem GOST-Standard für PLOMBIR-Eis in Russland basiert, sondern dieser lediglich ein Indiz für das Verkehrsverständnis des russischen Verkehrs darstellt, welches seinerseits Auswirkungen auf das Verkehrsverständnis der inländischen Verkehrskreise haben kann. Da der Senat zur Begründung des Vorliegens des in Rede stehenden Schutzhindernisses ausschließlich auf den Fachverkehr abgestellt hat, ist das Verständnis der inländischen russischen (respektive russischsprachigen) Verkehrskreise für vorliegende Entscheidung ohne Belang, was auch insoweit der Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage entgegensteht. Dass der (unterstellte) Import von ausschließlich Pflanzenfett enthaltenem „PLOMBIR-Eis“ keinen Einfluss auf das inländische Verkehrsverständnis gehabt hat, ist bereits ausgeführt worden. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf obige Ausführungen verwiesen.

6. Hinsichtlich der Kosten des Beschwerdeverfahrens verbleibt es bei der gesetzlichen Regelung des § 71 Abs. 1 Satz 2 MarkenG, da Billigkeitsgründe für die Auflegung der Kosten auf einen Beteiligten weder vorgetragen noch ersichtlich sind.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss steht den am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. 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 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 ist nur gewahrt, wenn die Rechtsbeschwerde vor Fristablauf beim Bundesgerichtshof eingeht. Die Frist kann nicht verlängert werden.

Kortbein

Söchtig

Hermann