



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 513/18

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2017 024 280.8

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 30. März 2020 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Kortge sowie der Richter Dr. von Hartz und Schödel

beschlossen:

1. Der Beschluss der Markenstelle für Klasse 33 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 4. Januar 2018 wird aufgehoben, soweit die Anmeldung für die Waren der

Klasse 32: Mineralwässer; Fruchtsäfte

zurückgewiesen worden ist.

2. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe

I.

Das Wortzeichen

Popcorn

ist am 25. September 2017 unter der Nummer 30 2017 024 280.8 zur Eintragung als Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register angemeldet worden für Waren und Dienstleistungen der

Klasse 30: Kaffee; Tee; Kakao; Zucker; Reis; Tapioka; Sago; Kaffee-Ersatzmittel; Mehle; Getreidepräparate; Brot; feine Backwaren; Konditorwaren; Pralinen mit und ohne Füllung; Schokoladewaren, soweit in Klasse 30 enthalten; Bonbons; Fruchtgummi; Kaugummi [nicht für medizinische Zwecke]; Zuckerwaren; Speiseeis; Honig; Melassesirup; Hefe; Back-

pulver; Salz; Senf; Essig; Soßen [Würzmittel]; Gewürze; Kühleis; ausgenommen Popcorn und Waren, die Popcorn enthalten und/oder zur Herstellung von Popcorn bestimmt sind;

Klasse 32: Biere; Mineralwässer; kohlenensäurehaltige Wässer; alkoholfreie Getränke; entalkoholisierte Getränke; Fruchtgetränke; Fruchtsäfte; Sirupe für die Zubereitung von Getränken; Präparate für die Zubereitung von Getränken;

Klasse 33: alkoholische Getränke (ausgenommen Biere).

Mit Beschluss vom 4. Januar 2018 hat die Markenstelle für Klasse 33 des DPMA die Anmeldung wegen fehlender Unterscheidungskraft gemäß §§ 37 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, Popcorn werde durch starkes Erhitzen einer speziellen Maissorte hergestellt und könne wahlweise mit Salz oder Zucker vermischt werden. Der vorrangig angesprochene Durchschnittsverbraucher fasse das Anmeldezeichen im Sinne einer Beschaffenheits- oder Bestimmungsangabe dahingehend auf, dass die Waren entweder bei der Herstellung von Popcorn verwendet würden, geschmacklich zu Popcorn passten oder zusammen mit Popcorn verzehrt werden könnten. Die in Klasse 30 vorgenommene Einschränkung „ausgenommen Popcorn und Waren, die Popcorn enthalten und/oder zur Herstellung von Popcorn bestimmt sind“ könne als negative Formulierung das absolute Schutzhindernis nicht überwinden.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin. Sie vertritt die Ansicht, das Anmeldezeichen, das sich aus dem Wort „Pop“ für Popmusik oder Pop Art und „Corn“ für Kornspirituosen zusammensetze, deute in sehr fantasievoller Weise auf ein modernes Kornprodukt hin und sei für die beanspruchten Waren weder glatt beschreibend noch stelle es einen engen beschreibenden Bezug zu ihnen her. Denn sie fänden weder bei der Herstellung oder Zubereitung von Popcorn noch als

dessen Dekoration Verwendung und würden auch nicht mit Popcorn vermischt vertrieben (vgl. BPatG 25 W (pat) 531/11 – Gummibärchen). Popcorn werde üblicherweise nicht zu alkoholischen Getränken gereicht. Der Verkehr erkenne in dem Anmeldezeichen zwar eine Sachangabe für ein Nahrungsmittel, das durch starkes Erhitzen einer bestimmten Maissorte hergestellt werde. Derartige Waren seien im Warenverzeichnis aber nicht enthalten. Alkoholische Getränke hätten keinen Bezug zu Popcorn. Popcorn habe keinen markanten, schon gar keinen typischen Geschmack. Wenn Verbraucher im Internet von einem Popcorn-Aroma sprächen, werde damit der leicht süßliche Geschmack beschrieben, der auf den Zucker und nicht auf Popcorn zurückzuführen sei. Auch wenn Cocktails mit Popcorn zubereitet oder garniert würden, entstehe dadurch noch kein Popcorngetränk. Popcornmehl möge für die Bierherstellung verwendet werden, bei der Produktion alkoholischer Getränke finde es keine Verwendung. Wegen des offensichtlich sachfremden Sinngehalts sei das Wortzeichen originell. Die Wortfolge „Berry Dessert“ i. S. v. Beeren- nachtisch sei u. a. für „Fruchtgummi“ als eintragungsfähig beurteilt worden, weil es kein typisches Dessertprodukt sei (vgl. BPatG 25 W (pat) 77/09). Auch die Bezeichnungen „Pfefferkorn“ für alkoholische Getränke (BPatG 32 W (pat) 245/02), „HOT CHOCOLATE“ für Tee (BPatG 32 W (pat) 205/01) und „Allgäuer Sahnetorte“ für Käse (BPatG 25 W (pat) 46/01) seien eingetragen worden. Die Unionswortmarken „chicken-popcorn“ (001 522 283), „turkey-popcorn“ (001 523 158), „puten-popcorn“ (001 524 156) und „hähnchen-popcorn“ (001 524 222) jeweils für Geflügelfleisch sowie „Pink Popcorn“ (013 134 416) für frisches Obst und Früchte seien ebenfalls registriert worden.

Die Anmelderin beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 33 des DPMA vom
4. Januar 2018 aufzuheben.

Die Anmelderin ist mit gerichtlichen Schreiben vom 7. Oktober 2019 und 17. Februar unter Beifügung von Recherchebelegen (Anlagen 1 bis 3.5, Bl. 13 – 44

GA sowie Anlagen 4.1 bis 6.9, Bl. 53 - 93 GA) auf die vorläufige Auffassung des Senats hingewiesen worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die nach §§ 64 Abs. 6, 66 Abs. 1 MarkenG statthafte Beschwerde ist zulässig, hat aber nur im tenorierten Umfang Erfolg, weil insoweit weder die Schutzhindernisse des § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG noch das Eintragungshindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG i. V. m. § 37 Abs. 3 MarkenG gegeben sind. Für die übrigen beanspruchten Produkte steht der Eintragung des angemeldeten Wortzeichens „**Popcorn**“ als Marke das Schutzhindernis der Freihaltebedürftigkeit gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegen. Die Markenstelle hat die Anmeldung deshalb insoweit im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen (§ 37 Abs. 1 Abs. 5 MarkenG).

1. a) Nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG sind solche Marken von der Eintragung ausgeschlossen, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geographischen Herkunft, der Zeit der Herstellung der Waren oder der Erbringung der Dienstleistungen oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen dienen können. Mit diesem Schutzhindernis wird das im Allgemeininteresse liegende Ziel verfolgt, dass Zeichen oder Angaben, die Merkmale der angemeldeten Waren oder Dienstleistungen beschreiben, von allen Wirtschaftsteilnehmern frei verwendet werden können und nicht aufgrund ihrer Eintragung als Marke einem Unternehmen vorbehalten werden (EuGH GRUR 2011, 1035 Rdnr. 37 – 1000; BGH GRUR 2017, 186 Rdnr. 38 – Stadtwerke Bremen). Das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG erfordert keinen weiteren Nachweis, dass und in welchem Umfang das fragliche Zeichen bereits im Verkehr bekannt ist

oder bereits tatsächlich zur Beschreibung der angemeldeten Waren oder Dienstleistungen verwendet wird. Vielmehr genügt es, dass es zu diesen Zwecken verwendet werden kann (vgl. EuGH GRUR 1999, 723 Rdnr. 30 – Chiemsee; GRUR 2004, 146 Rdnr. 32 – DOUBLEMINT, GRUR 2004, 674 Rdnr. 98 – Postkantoor; GRUR 2010, 534 – PRANAHAUS). Dies ist bei einem Wortzeichen dann der Fall, wenn es ein oder mehrere Merkmale der in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen bezeichnet (EuGH a. a. O. – DOUBLEMINT).

Für die Beurteilung der Eignung eines Zeichens als beschreibende Angabe ist auf das Verständnis des Handels und/oder des normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers als maßgebliche Verkehrskreise zum Anmeldezeitpunkt abzustellen (vgl. EuGH GRUR 2006, 411 Rdnr. 24 – Matratzen Concord/Hukla; GRUR 2004, 682 Rdnr. 23 - 25 – Bostongurka; GRUR 1999, 723 Rdnr. 29 – Chiemsee).

b) Ausgehend von diesen Grundsätzen besteht das angemeldete Wortzeichen „**Popcorn**“ ausschließlich aus einer zur unmittelbaren Beschreibung der beanspruchten Waren der Klassen 30, 32 und 33 geeigneten Angabe mit Ausnahme der tenorierten Getränke.

aa) Von den beanspruchten Waren werden breite Verkehrskreise, nämlich sowohl der normal informierte, angemessen aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher als auch der Lebensmittel-, Süßwaren-, Back- und Konditorwaren- sowie Getränkefachhandel und der Gastronomiefachverkehr angesprochen.

bb) Das Anmeldezeichen, das aus dem Wort „Popcorn“ besteht, geht auf das englische Substantiv „popcorn“ zurück, das sich aus den Begriffen „pop“ für „Knall“ und „corn“ für „Mais“ zusammensetzt und mit der Bedeutung „Puffmais“ in die deutsche Sprache eingegangen ist (www.duden.de). „Helle Maiskörner werden erhitzt, dabei platzen sie auf. Das Volumen erhöht sich um das 20- bis 30-fache, weil das enthaltene Eiweiß denaturiert (ausflockt). Es wird ohne Zusatzstoffe hergestellt, gesüßt,

gesalzen, mit Käse, Paprika oder Karamell gewürzt. Popcorn ist weltweit ein beliebter Knabberartikel“ (Rose, Küchenbibel Enzyklopädie der Kulinarik, Wiesbaden 2009, Stichwort: Popcorn, Anlage 1 zum gerichtlichen Hinweis). Der Verkehr hat entgegen der Ansicht der Anmelderin keinen Anlass, den gebräuchlichen Alltagsbegriff „Popcorn“ in „Pop“ für Popmusik oder Pop Art und „Corn“ für Kornspirituosen zu zergliedern.

cc) Vor diesem Hintergrund haben die breiten inländischen Verkehrskreise das Anmeldezeichen **Popcorn** in Bezug auf die beanspruchten Waren der Klassen 30, 32 und 33 mit Ausnahme der tenorierten Produkte schon zum Anmeldezeitpunkt am 25. September 2017 als ausschließlich beschreibende Beschaffenheits- oder Bestimmungsangabe, nicht aber als betrieblichen Herkunftshinweis aufgefasst.

aaa) Die in Klasse 30 beanspruchten Lebensmittel

„Kaffee; Tee; Kakao; Zucker; Reis; Tapioka; Sago; Kaffee-Ersatzmittel; Mehle; Getreidepräparate; Brot; feine Backwaren; Konditorwaren; Pralinen mit und ohne Füllung; Schokoladewaren, soweit in Klasse 30 enthalten; Bonbons; Fruchtgummi; Kaugummi [nicht für medizinische Zwecke]; Zuckerwaren; Speiseeis; Honig; Melassesirup; Hefe; Backpulver; Salz; Senf; Essig; Soßen [Würzmittel]; Gewürze; Kühleis; ausgenommen Popcorn und Waren, die Popcorn enthalten und/oder zur Herstellung von Popcorn bestimmt sind“

können entweder Popcorn oder Popcornaroma enthalten oder sich für die Zubereitung von Popcorn besonders eignen.

(1) Die Nahrungsmittel *„Mehle; Getreidepräparate; Brot; feine Backwaren; Konditorwaren“* können entweder ganz oder teilweise aus Popcornmehl bestehen oder fertig hergestelltes Popcorn als Zutat aufweisen (<https://www.wunderkessel.de/t/popcornbrot.11164/>;

<https://www.henriettewulff.de/single-post/2019/03/16/CroPop-Croissant-Popcorn-mit-Zimt-Zucker;> [https://www.lisbeths.de/popcorn-cookies-mit-schokolade-salzkaramell/;](https://www.lisbeths.de/popcorn-cookies-mit-schokolade-salzkaramell/) <https://www.kochbar.de/rezept/256843/Popcorn-Plaetzchen.html;> [http://www.monsieurmuffin.de/popcorn-torte/\).](http://www.monsieurmuffin.de/popcorn-torte/)

(2) Auch die Waren „*Pralinen mit und ohne Füllung; Schokoladewaren, soweit in Klasse 30 enthalten; Zuckerwaren; Speiseeis*“ können sowohl erhitzten Puffmais enthalten als auch mit einem entsprechenden Geschmacksaroma versehen sein (<https://www.kochbar.de/rezept/345894/Popcorn-Pralinen.html;> [https://naschkaterchen.wordpress.com/2017/12/18/schogetten-popcorn/;](https://naschkaterchen.wordpress.com/2017/12/18/schogetten-popcorn/) [https://naschkater.com/2018/02/22/popcorn-als-geschmacksgebende-zutat-in-suesswaren/;](https://naschkater.com/2018/02/22/popcorn-als-geschmacksgebende-zutat-in-suesswaren/) [https://www.fem.com/gesundheit-ernaehrung/rezepte/eis-selber-machen-rezept-popcorn-eiscreme\).](https://www.fem.com/gesundheit-ernaehrung/rezepte/eis-selber-machen-rezept-popcorn-eiscreme)

Popcorn wird bei vielen Nahrungsmitteln, insbesondere aber bei Genuss- und Süßwaren als Geschmacksrichtung angeboten (<https://naschkater.com/2018/02/22/popcorn-als-geschmacksgebende-zutat-in-suesswaren/>). Dabei wird der Geschmack unterschiedlich beschrieben, wie z. B. als Röstaroma, nämlich geröstet bis leicht verbrannt, oder butterig, süß oder salzig. Denn bei einem Popcornaroma geht der Verbraucher nicht von dem reinen ausgeflockten Puffmais aus, der fast geschmacklos ist, sondern verbindet dieses Aroma mit dem fertig gesüßten, gesalzenen oder anderweitig gewürzten Popcorn.

(3) Eine derartige Aromatisierung findet man auch bei den Produkten „*Bonbons; Fruchtgummi; Kaugummi [nicht für medizinische Zwecke]*“ (https://www.sweets-online.com/jelly-belly/jelly-belly-karamell-popcorn-1kg-beutel-bonbon-dragee_107137_3522; <https://www.amazon.de/Haribo-Popcorn-Menge-125g/dp/B00S361304;> [https://www.mikfunshopping.de/Kaugummi-CINEMA-GUMBALLS-mit-Popcorn-Cola-Geschmack\).](https://www.mikfunshopping.de/Kaugummi-CINEMA-GUMBALLS-mit-Popcorn-Cola-Geschmack)

(4) „Kaffee; Tee; Kakao; Reis; Kaffee-Ersatzmittel“ gibt es auf dem deutschen Markt auch in aromatisierter Form, darunter z. B. Instantkaffee und Tee auch schon in der Geschmacksrichtung „Popcorn“ (<https://www.myvitamins.de/vitamine/beanies-karamell-popcorn-geschmack/11509035.html>; <https://tee-fee.de/products/bio-nachtisch-tee-mit-popcorn>); <https://www.quaisud.com/de/cacao-aromatiser-panettone>; <https://www.vinos-barron.de/feinkost/reis/630/rundkornreis-aromatisiert-mit-thymian>; <https://www.theehaus.de/produkt/haselnuss-kaffee-koffeinfrei/>).

(5) „Zucker; Tapioka; Sago; Honig; Melassesirup; Hefe; Backpulver; Salz; Senf; Essig; Soßen [Würzmittel]; Gewürze“ können bei der Zubereitung oder Herstellung von Popcorn zum Einsatz kommen, so dass das Anmeldezeichen den Bestimmungs- und Verwendungszweck der Waren angibt.

„Zucker; Honig; Melassesirup“ sind typische Süßungsmittel für Popcorn. Als geschmackgebende Zutaten kommen auch „Salz; Senf; Essig; Soßen [Würzmittel]; Gewürze“ in Betracht. „Tapioka; Sago“ als Verdickungsmittel sowie „Hefe; Backpulver“ als Backtriebmittel finden insbesondere bei der industriellen Produktion von Popcorn Verwendung.

bbb) Soweit für alle Waren der Klasse 30 die Beschränkung erklärt worden ist „ausgenommen Popcorn und Waren, die Popcorn enthalten und/oder zur Herstellung von Popcorn bestimmt sind“ ist dieser negativ formulierte Disclaimer nicht geeignet, aus dem Schutzhindernis der Freihaltebedürftigkeit herauszuführen.

(1) Die Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses gemäß § 39 Abs. 1 MarkenG muss dem Gebot der Rechtssicherheit entsprechen (EuGH GRUR 2004, 674 Rdnr. 114 - 117 – Postkantoor; BGH GRUR 2009, 778 Rdnr. 9 – Willkommen im Leben). Dieses gebietet, dass der Umfang des Markenschutzes für Dritte und insbesondere Konkurrenten aus dem Waren- und Dienstleistungsverzeichnis klar und eindeutig hervorgehen muss (EuGH GRUR 2012, 822 Rdnr. 46 ff. – IP

TRANSLATOR). Dazu muss die Einschränkung die allgemeinen und objektiven Eigenschaften und Zweckbestimmungen der Waren und Dienstleistungen in einer wirtschaftlich nachvollziehbaren und damit rechtlich abgrenzbaren Weise betreffen, wobei es auf dauerhafte charakteristische Kriterien ankommt (BGH GRUR 2002, 340 Rdnr. 29 – Fabergé; GRUR 2013, 725 Rdnr. 33 – Duff Beer). Nicht zulässig ist es, sich darauf zu beschränken anzugeben, dass die fraglichen Waren oder Dienstleistungen ein bestimmtes Merkmal nicht aufweisen.

(2) Um einen solchen unzulässigen negativen Disclaimer handelt es sich hier. Bei der Formulierung „*ausgenommen Popcorn und Waren, die Popcorn enthalten und/oder zur Herstellung von Popcorn bestimmt sind*“ wird die Anmeldung in der Art und Weise eingeschränkt, dass die Waren der Klasse 30 ein bestimmtes durch die Marke beschriebenes Merkmal nicht aufweisen, dass sie nämlich kein Popcorn enthalten und/oder nicht zur Herstellung von Popcorn bestimmt sind. Eine solche Einschränkung würde zu Rechtsunsicherheit hinsichtlich des Umfangs des Markenschutzes führen.

(3) Auf die Unzulässigkeit dieses erst im Rahmen des patentamtlichen Anmeldeverfahrens vorgenommenen Disclaimers ist die Beschwerdeführerin mit gerichtlichem Schreiben von 7. Oktober 2019 ausdrücklich hingewiesen worden. Da sie diesen nicht zurückgenommen hat, kommt eine Schutzfähigkeit für die Ware „*Kühleis; ausgenommen Popcorn und Waren, die Popcorn enthalten und/oder zur Herstellung von Popcorn bestimmt sind*“ schon aus formellen Gründen nicht in Betracht.

ccc) Das Anmeldezeichen dient auch dazu, Merkmale der angemeldeten Waren der Klasse 32 „*Biere; kohlensäurige Wässer; alkoholfreie Getränke; entalkoholisierte Getränke; Fruchtgetränke; Sirupe für die Zubereitung von Getränken; Präparate für die Zubereitung von Getränken*“ unmittelbar zu beschreiben.

(1) „*Biere*“ sind schon vor dem Anmeldezeitpunkt, dem 25. September 2017, aus Popcornmehl gebraut worden (s. Anlagen 4.2 und 4.3 zum zweiten gerichtlichen Hinweis). Ferner ist seit langem aromatisiertes Bier zumindest als Importware erhältlich (vgl. zu Fruchtaromen: BPatG 26 W (pat) 550/12 – Sanddorn; 25 W (pat) 544/13 – Wilder Kirschen-Mix; 26 W (pat) 546/10 – Cayenne; 26 W (pat) 25/14 – Bro-Secco). Zeitnah zum Anmeldezeitpunkt ist auch in Internetforen darüber berichtet worden, dass Bier unterschiedliche Aromen haben kann, wie z. B. Fruchtaromen oder das Aroma von Kirschlikör oder Mon Chéri. Sogar von einem Popcorn-Aroma ist dort die Rede gewesen: „Diese dunkelgoldene Ale, wo der Schaum sehr schnell verschwindet, wird von einer leicht süßlichen Getreide- bzw. Popcorn-Aroma begleitet. Sehr leckeres und gefährlich süßiges Ale.“ (s. Anlage 4.1 zum zweiten gerichtlichen Hinweis). Damit gibt das Anmeldezeichen einen Inhaltsstoff oder die Geschmacksrichtung der „*Biere*“ an.

(2) Letzteres ist auch bei den Produkten „*kohlensäurige Wässer; alkoholfreie Getränke; entalkoholisierte Getränke; Fruchtgetränke; Sirupe für die Zubereitung von Getränken; Präparate für die Zubereitung von Getränken*“ der Fall. Bereits vor dem Anmeldezeitpunkt sind eine Limonade mit Popcorngeschmack sowie Fruchtttees mit Popcorngeschmack im Internet beworben worden (s. Anlagen 5.2 bis 5.4 zum zweiten gerichtlichen Hinweis). In der Produktbeschreibung zu einem Tee heißt es: „Der leckere Geschmack von knusprig-süßem Popcorn zaubert euch jede Menge Spaß in die Tasse“ (s. Anlage 5.2 zum zweiten gerichtlichen Hinweis). In der Geschmacksrichtung „Popcorn“ ist auch Sirup für die Zubereitung von Getränken angeboten worden. Dessen Aroma ist wie folgt beschrieben worden: „Intensiver Duft von stark buttrigem Popcorn mit runden Röstaromen im Nachgeschmack“ (vgl. Anlage 2.3 zum ersten gerichtlichen Hinweis).

ddd) Bei den beanspruchten Waren der Klasse 33 „*alkoholische Getränke [ausgenommen Biere]*“ weist das Anmeldezeichen ebenfalls auf eine Zutat oder auf ein entsprechendes Aroma hin.

Im Jahr 2012 ist darüber berichtet worden, wie der klassische Cocktail „Daiquiri“ mit selbst gemachtem Popcorn neu interpretiert worden sei (s. Anlage 6.1 zum zweiten gerichtlichen Hinweis). Schon 2014 ist ein Rezept für einen Cocktail aus Cola und Rum entdeckt worden, bei dem der Rum zuvor in komplexen Verfahren mit Popcorn-Aromen angereichert worden war (s. Anlage 6.2 zum zweiten gerichtlichen Hinweis). Auf einer Meisterschaft im Cocktail-Mixen 2016 ist das Rezept eines Cocktails mit dem Rum „Bombay-Popcorn Infusion“ vorgestellt worden (s. Anlage 6.4 zum zweiten gerichtlichen Hinweis). Seit dem Juli 2013 gibt es von der Spirituosenmarke „Kleiner Feigling“ auch die Geschmacksrichtung „American Popcorn“ (s. Anlage 6.5 zum zweiten gerichtlichen Hinweis). Schließlich hat man auch schon vor dem Anmeldezeitpunkt bei Wein von einem Popcornaroma gesprochen. Das Aroma eines italienischen Weins von 2016 ist wie folgt beschrieben worden „Intensiv, komplex und verführerisch in der Nase mit Aromen von Popcorn, Honig und Butters toast sowie blumigen Noten und einem Hauch von Menthol“ (<https://www.alfavin.ch/de/weine-aus-italien/956-renzo-2016.html>). Französische Weine von 2016 sind angepriesen worden mit: „Ein tolles zartduftiges Bouquet mit vegetabilen Noten, Mango und salzigem Popcorn bezaubert, es folgt ein frischer und mineralisch-erdiger Gaumen“ (<https://www.vicampo.de/zimmermann-rhine-hill-chardonnay-trocken>) oder „Das blumige, opulente Bukett erinnert an Maiglöckchen, Flieder und Veilchen. Es folgen Gebäck- und Röstaromen von Short Bread und Popcorn. ...“ (<https://www.vinocentral.de/weine/weissweine/6069/domaine-francois-villard-saint-peray-version-2016/>).

dd) Der Umfang der nachgewiesenen Verwendung des Begriffs „Popcorn“ vor dem Anmeldezeitpunkt reicht aus, um eine generelle Beschreibungseignung anzunehmen. Er ist zudem ein bedeutendes Indiz für das erhebliche Interesse der Mitbewerber daran, diese Bezeichnung weiterhin ungestört von Markenrechten Dritter nutzen zu können. Soweit die Eignung zur Beschreibung festgestellt worden ist, bedarf es entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin für die Begründung des Eintragungshindernisses der Freihaltebedürftigkeit keines weiteren lexikalischen oder sonstigen

Nachweises, dass und in welchem Umfang die angemeldete Marke als beschreibende Angabe bereits bekannt ist oder verwendet wird. Es genügt, wie sich schon aus dem Wortlaut des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ergibt, dass die Zeichen oder Angaben diesem Zweck „dienen können“.

2. Da schon das Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG vorliegt, kann es dahinstehen, ob dem angemeldeten Wortzeichen darüber hinaus gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG die Unterscheidungskraft für die in Rede stehenden Waren fehlt.

3. Schließlich rechtfertigen weder die von der Beschwerdeführerin angeführten Entscheidungen noch die Voreintragungen eine andere Beurteilung.

a) Die genannten bundespatentgerichtlichen Beschlüsse sind mit der vorliegenden Fallgestaltung nicht vergleichbar.

aa) Die Wortmarke „Berry Dessert“ (BPatG 25 W (pat) 77/09) ist für Frucht-, Schaum- und Weingummi als schutzfähig angesehen worden, weil es sich bei diesen Waren weder selbst um typische Nachspeisen noch um gebräuchliche Zutaten dafür handele, so dass die Verwendung des Begriffs „Dessert“ ungewöhnlich und eigentümlich erscheine. Im Gegensatz dazu weist das Anmeldezeichen „Popcorn“ unmissverständlich und in sprachüblicher Weise auf einen Inhalts- oder Geschmacksstoff der hier in Rede stehenden Produkte hin.

bb) Bei der Wortmarke „Pfefferkorn“ (BPatG 32 W (pat) 245/02) hat der Senat im Gegensatz zum vorliegenden Fall nicht feststellen können, dass eine solche Geschmacksrichtung für alkoholische Getränke verwendet wird.

cc) Da die Wortmarke „HOT CHOCOLATE“ (BPatG 32 W (pat) 205/01) mit „heiße Schokolade“ übersetzt wird und damit auf ein kakaohaltiges Getränk hinweist, enthält diese Bezeichnung keine Sachangabe für die Ware „Tee“, während sich das

Anmeldezeichen „Popcorn“ zur unmittelbaren Beschreibung der beanspruchten Produkte eignet.

dd) Die Wortmarke „Allgäuer Sahnetorte“ (BPatG 25 W (pat) 46/01) ist nur deshalb als unterscheidungskräftig beurteilt worden, weil die Bezeichnung „Torte“ nur für Quark oder Rahmfrischkäse wegen deren Verwendung in Käsesahnetorten, nicht aber für den noch beanspruchten Weich- und Schmelzkäse als Sachangabe aufgefasst werde. Demgegenüber eignet sich das vorliegende Anmeldezeichen als Merkmalsangabe für die fraglichen Waren.

ee) Die Entscheidung zur Schutzfähigkeit der Wortmarke „Gummibärchen“ (BPatG 25 W (pat) 531/11) für teilweise identische Produkte in Klasse 30 ist nicht vergleichbar, weil diese im Gegensatz zu „Popcorn“ nicht bei der Herstellung oder Zubereitung von „Gummibärchen“ Verwendung finden und zum anderen nicht mit einem unzulässigen Disclaimer verbunden sind.

b) Auch die von der Beschwerdeführerin angeführten Unionswortmarken „chicken-popcorn“ (001 522 283), „turkey-popcorn“ (001 523 158), puten-popcorn (001 524 156) und „hähnchen-popcorn“ (001 524 222) jeweils für Geflügelfleisch sowie „Pink Popcorn“ (013 134 416) für frisches Obst und Früchte führen zu keiner anderen Einschätzung.

Denn die im Ausland, in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union auf der Grundlage des harmonisierten Markenrechts oder vom Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) aufgrund der Unionsmarkenverordnung getroffenen Entscheidungen über absolute Eintragungshindernisse sind für Verfahren in anderen Mitgliedstaaten unverbindlich (EuGH GRUR 2004, 428 Rdnr. 63 – Henkel; GRUR 2004, 674 Rdnr. 43 f. – Postkantoor). Sie vermögen nicht einmal eine Indizwirkung zu entfalten (BGH a. a. O. Rdnr. 30 – HOT; GRUR 2009, 778 Rdnr. 18 – Willkommen im Leben).

4. Für die beanspruchten Waren der Klasse 32 „*Mineralwässer; Fruchtsäfte*“ ist das angemeldete Wortzeichen „**Popcorn**“ weder freihaltebedürftig (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG), noch vermittelt es den angesprochenen breiten Verkehrskreisen einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt, noch stellt es einen engen beschreibenden Bezug zu ihnen her (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 MarkenG).

Denn diese Getränke dürfen aufgrund der Mineral- und Tafelwasserverordnung vom 1. August 1984 (BGBl. I S. 1036, zuletzt geändert durch Art. 25 der Verordnung vom 5. Juli 2017, BGBl. I S. 2272) sowie der Fruchtsaft- und Erfrischungsgetränkeverordnung vom 24. Mai 2004 (BGBl. I S. 1016, zuletzt geändert durch Art. 12 der Verordnung vom 5. Juli 2017, BGBl. I S. 2272) weder Popcorn noch ein entsprechendes Aroma enthalten (vgl. BPatG 26 W (pat) 512/16 – juicefresh; 26 W (pat) 546/10 – Cayenne).

5. Das Anmeldezeichen „Popcorn“ stellt für „*Mineralwässer; Fruchtsäfte*“ der Klasse 32 auch keine täuschende Angabe im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG dar.

Nach der Bestimmung des § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG sind Marken von der Eintragung ausgeschlossen, die geeignet sind, das Publikum insbesondere über die Art, die Beschaffenheit oder die geografische Herkunft der Waren oder Dienstleistungen zu täuschen. Die Täuschungseignung muss dabei ersichtlich sein (§ 37 Abs. 3 MarkenG). Diese Eignung ist hier zu verneinen.

Da der Handel mit „Mineralwässern“ und „Fruchtsäften“ in Deutschland durch die oben genannten Verordnungen reglementiert wird, haben die Endverbraucher keine Veranlassung anzunehmen, dass diese Produkte mit Popcorn oder entsprechenden Geschmacksstoffen versetzt oder angeboten werden könnten (vgl. BPatG 26 W (pat) 516/11 – aloe to go; 26 W (pat) 546/10 – Cayenne; 26 W (pat) 552/14 – Venezianischer Spritzer). Denn der normal informierte, angemessen aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher dieser Waren weiß aufgrund entspre-

chender Unterrichtung in den Medien, vor allem in Verbraucher- und anderen Zeitschriften, im Fernsehen und im Internet, dass Mineralwässer und Fruchtsäfte keine Zusätze enthalten (vgl. BPatG 26 W (pat) 516/16 – Hopfentraum). Deshalb kann er durch das Anmeldezeichen auch nicht irreführt werden. Dies gilt erst recht für den vorliegenden Fachverkehr, dessen Verständnis allein von ausschlaggebender Bedeutung sein kann (EuGH MarkenR 2013, 110 Rdnr. 71 – Abbott Laboratories/HABM [RESTORE]; GRUR 2010, 534 – PRANAHAUS; GRUR 2006, 411 Rdnr. 24 – Matratzen Concord/Hukla; GRUR 2004, 682 Rdnr. 26 – Bostongurka; BPatG 26 W (pat) 507/17 – SMART SUSTAINABILITY; 24 W (pat) 18/13 – CID; 26 W (pat) 550/10 – Responsible Furniture; MarkenR 2007, 527, 529 f. – Rapido).

III.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde nur gegeben, 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 kann nicht verlängert werden.

Kortge

Dr. von Hartz

Schödel

prä