



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 510/20

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2019 008 968.1

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 21. Januar 2022 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Kortbein, des Richters Dr. Nielsen und der Richterin kraft Auftrages Fehlhammer beschlossen:

Die Beschwerde der Anmelderin wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

EISBÄR

ist am 12. April 2019 zur Eintragung als Wortmarke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Register für folgende Waren angemeldet worden:

Klasse 5:

Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Kohlenhydraten, Ballaststoffen, unter der Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 5 enthalten; pharmazeutische Zuckerwaren; pharmazeutische Bonbons, auch zuckerfrei;

Klasse 30:

Zuckerwaren; Schokoladenwaren; Bonbons, auch zuckerfrei.

Die Anmeldung wird beim Deutschen Patent- und Markenamt unter der Nummer 30 2019 008 968.1 geführt.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung mit Beschluss vom 20. November 2019 durch einen Beamten des gehobenen Dienstes wegen fehlender Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zurückgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt, dass sich das Anmeldezeichen „EISBÄR“ in einem schlagwortartigen Hinweis auf die äußere Gestaltung der beanspruchten Waren erschöpfe. Das Wort „Eisbär“ bezeichne Bären, die in der Arktis vorkämen und ein weißes Fell hätten. Da keine der beanspruchten Waren an eine besondere Gestaltungsform gebunden sei, könnten diese auch in der Form eines Bären hergestellt und angeboten werden. Dabei seien Waren in Tierform nicht nur im Bereich der Zuckerwaren der Klasse 30 üblich, sondern auch im Bereich der Nahrungsergänzungsmittel der Klasse 5. Zudem sei die Wahl einer weißen Farbe, die derjenigen von Eisbären entspreche, bei der Gestaltung von Bonbons nicht ungewöhnlich. Hiervon ausgehend werde der angesprochene Verkehr das Zeichen „EISBÄR“ als sachbezogenen Hinweis auf die Form und/oder die Farbe der so gekennzeichneten Waren verstehen und nicht auf deren betriebliche Herkunft. Soweit die Anmelderin einwende, dass er bei deren Kauf nur eine geringe Aufmerksamkeit an den Tag lege, gebe dies zu keiner anderen Entscheidung Anlass, da es keiner aufmerksamen Wahrnehmung bedürfe, um die sachbeschreibende Bedeutung des Zeichens „EISBÄR“ zu erfassen.

Hiergegen wendet sich die Anmelderin mit ihrer Beschwerde. Sie ist der Auffassung, dass der Eintragung der angemeldeten Bezeichnung als Marke in Verbindung mit den beanspruchten Waren keine Schutzhindernisse entgegenstünden. Das Zeichen „EISBÄR“ sei weder ein Gattungsbegriff, noch beschreibe es die betreffenden Waren unmittelbar. Der angesprochene Verkehr werde ihm allenfalls nach mehreren Gedankenschritten die von der Markenstelle unterstellten sachbeschreibenden Anklänge entnehmen. Die Markenstelle habe zudem nicht nachweisen können, dass die Verwendung von „eisbärartigen“ Warenformen in den betreffenden Branchen üblich sei. Soweit die Markenstelle sich im angegriffenen Beschluss auf Recherchebelege beziehe, in denen bestimmte Waren als „Bärchen“ bezeichnet

würden, könnten Eisbären wegen ihrer spezifischen Besonderheiten, insbesondere wegen ihrer großen Gefährlichkeit, nicht ohne Weiteres unter den Oberbegriff „Bär“ subsumiert werden. Bei den von der Markenstelle aufgefundenen „Brause-Bonbons“ in „Bärchenform“ handele es sich darüber hinaus nicht um Bonbons im eigentlichen Sinne, sondern um Produkte, das aus Traubenzucker und Brausepulver bestünden. Bonbons würden hingegen durch das Einkochen einer Zuckerlösung hergestellt, wobei es bei dieser Art der Herstellung technisch nicht möglich sei, ihnen die Form eines Bären zu geben. Insofern sei die angemeldete Bezeichnung in Verbindung mit den beanspruchten Waren allenfalls dazu geeignet, gewisse Assoziationen hervorzurufen, was für die Bejahung eines Schutzhindernisses aber nicht ausreiche. Zudem sei zu berücksichtigen, dass das Zeichen „EISBÄR“ im Kontext der besagten Waren eine originelle Anspielung auf ein ausgesprochen gefährliches Raubtier sei.

Die Beschwerdeführerin beantragt sinngemäß,

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts, Markenstelle für Klasse 5, vom 20. November 2019 aufzuheben.

Der Senat hat die Anmelderin mit Schreiben vom 16. Juni 2021 darauf hingewiesen, dass die Beschwerde nach seiner vorläufigen Auffassung keine Aussicht auf Erfolg habe. Die Anmelderin hat auf diesen Hinweis ihren Antrag auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung mit Schriftsatz vom 28. Dezember 2021 zurückgenommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss der Markenstelle, den rechtlichen Hinweis des Senats vom 16. Juni 2021 nebst Anlagen, die Schriftsätze der Anmelderin und auf den übrigen Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die gemäß § 64 Abs. 6 Satz 1 i. V. m. § 66 Abs. 1 Satz 1 MarkenG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Der Eintragung der angemeldeten Bezeichnung „EISBÄR“ als Marke steht in Verbindung mit den beanspruchten Waren der Klassen 5 und 30 jedenfalls das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen. Die Markenstelle hat die Anmeldung daher zu Recht zurückgewiesen (§ 37 Abs. 1 MarkenG).

1. Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einem Zeichen innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als betrieblicher Herkunftshinweis aufgefasst zu werden. Denn die Hauptfunktion einer Marke liegt darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu gewährleisten (vgl. BGH GRUR 2014, 569 Rn. 10 - HOT; GRUR 2013, 731 Rn. 11 - Kaleido; GRUR 2012, 1143 Rn. 7 - Starsat; GRUR 2012, 270 Rn. 8 - Link economy; GRUR 2010, 1100 Rn. 10 - TOOOR!; GRUR 2010, 825 Rn. 13 - Marlene-Dietrich Bildnis II; GRUR 2006, 850, 854 Rn. 18 - FUSSBALL WM 2006; GRUR 2018, 301 Rn. 11 - Pippi Langstrumpf-Marke; BGH GRUR 2018, 932 Rn. 7 - #darferdas). Auch das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft ist im Lichte des zugrunde liegenden Allgemeininteresses auszulegen, wobei dieses darin besteht, die Allgemeinheit vor ungerechtfertigten Rechtsmonopolen zu bewahren (vgl. EuGH GRUR 2003, 604 Rn. 60 - Libertel; BGH GRUR 2014, 565 Rn. 17 - Smartbook). Bei der Beurteilung von Schutzhindernissen ist maßgeblich auf die Auffassung der beteiligten inländischen Verkehrskreise abzustellen, wobei dies alle Kreise sind, in denen die fragliche Marke Verwendung finden oder Auswirkungen haben kann. Dabei kommt es auf die Sicht des normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers im Bereich der einschlägigen Waren und Dienstleistungen (vgl. EuGH GRUR 2006, 411 Rn. 24 - Matratzen Concord/Hukla; GRUR 2004, 943, 944 Rn. 24 - SAT 2; GRUR 2004, 428 Rn. 30 f. - Henkel; BGH GRUR 2006, 850 - FUSSBALL WM 2006) zum Zeitpunkt

der Anmeldung des Zeichens an (vgl. BGH GRUR 2013, 1143, 1144 Rn. 15 - Aus Akten werden Fakten; GRUR 2014, 872 Rn. 10 - Gute Laune Drops; GRUR 2014, 482 Rn. 22 - test; EuGH MarkenR 2010, 439 Rn. 41 bis 57 - Flugbörse). Hiervon ausgehend besitzen Bezeichnungen keine Unterscheidungskraft, denen die maßgeblichen Verkehrskreise im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnen (vgl. BGH GRUR 2006, 850 Rn. 19 - FUSSBALL WM 2006; EuGH GRUR 2004, 674 Rn. 86 - Postkantoor). Von mangelnder Unterscheidungskraft ist ferner dann auszugehen, wenn die Wortfolge für sich genommen oder im Zusammenhang mit produktbeschreibenden Angaben lediglich Anpreisungen und Werbeaussagen allgemeiner Art enthält (vgl. BGH GRUR 2013, 522 Rn. 9 - Deutschlands schönste Seiten). Darüber hinaus fehlt die Unterscheidungskraft u. a. auch solchen Angaben, die sich auf Umstände beziehen, welche die beanspruchten Produkte zwar nicht unmittelbar betreffen, durch die aber ein enger beschreibender Bezug zu dem betreffenden Produkt hergestellt wird (vgl. BGH GRUR 2006, 850 - FUSSBALL WM 2006; GRUR 2010, 1100 Rn. 23 - TOOOR!).

Zumindest unter dem letztgenannten Gesichtspunkt fehlt der angemeldeten Bezeichnung in Verbindung mit den beanspruchten Waren der Klassen 5 und 30 die Unterscheidungskraft. Der angesprochene Verkehr wird sie im einschlägigen Produktzusammenhang unmittelbar und ohne gedankliche Zwischenschritte dahingehend verstehen, dass die so bezeichneten Waren die Form und/oder die Farbe von Eisbären aufweisen.

a) Hierfür ist nicht die Feststellung erforderlich, dass zum maßgeblichen Anmeldezeitpunkt die Verwendung von „eisbärartigen“ Formen oder Farben im Bereich der angemeldeten Waren der Klassen 5 und 30 bereits üblich war. Entscheidungserheblich ist vielmehr der Umstand, dass die betreffenden Waren grundsätzlich in allen denkbaren Formen und Farben hergestellt und angeboten werden. Damit können die Waren ohne Weiteres auch in solchen Formen und/oder Farben hergestellt werden, die an die charakteristischen Merkmale von Eisbären erinnern. Entgegen

der Auffassung der Anmelderin ist es für die Bejahung eines Schutzhindernisses nicht erforderlich, dass die Waren in einer Form hergestellt werden können, die der Form von Eisbären in jeder Einzelheit entspricht. Der angesprochene Verkehr ist vielmehr an Warenformen gewöhnt, die bestimmte Tiere stark abstrahiert bzw. auf bestimmte charakteristische Merkmale reduziert darstellen. So erkennt der Verkehr in „Gummibären“ oder „Schokoladenosterhasen“ ohne Weiteres die jeweilige Tierart, ohne dass die Warenformen Bären oder Hasen anatomisch korrekt wiedergeben. Für den Bereich der Zucker- und Schokoladenwaren reicht es zur Verneinung der Unterscheidungskraft nach ständiger Rechtsprechung aus, dass die Waren die charakteristischen Merkmale der bezeichneten Objekte wiedergeben (vgl. OLG Köln GRUR-RR 2020, 308 – Clowns; BPatG 25 W (pat) 20/13 – Taschengeld; 25 W (pat) 561/19 – Glücksherzen; die Entscheidungen des Bundespatentgerichts sind über dessen Homepage öffentlich zugänglich). Deshalb kann als nicht entscheidungserheblich dahingestellt bleiben, ob es sich bei den Waren, auf die sich die Rechercheergebnisse der Markenstelle beziehen, nämlich „Brause-Bonbons“, um „Bonbons“ oder um ein Produkt aus Traubenzucker und Brausepulver handelt. Für die Waren der Klasse 5 „pharmazeutische Zuckerwaren; pharmazeutische Bonbons, auch zuckerfrei“ gilt nichts Anderes, weil sie sich von den Waren der Klasse 30 „Zuckerwaren“ bzw. „Bonbons, auch zuckerfrei“ lediglich durch ihre Inhaltsstoffe und ihren Verwendungszweck, nicht jedoch durch ihre Farbe oder Form unterscheiden.

Darüber hinaus können auch die weiteren Waren der Klasse 5, nämlich „Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Kohlenhydraten, Ballaststoffen, unter der Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 5 enthalten“ in Form von Bonbons, Presslingen oder Fruchtgummis angeboten werden. Insoweit überschneiden sich die Produktbereiche „Zuckerwaren“ einerseits und „Nahrungsergänzungsmittel“ andererseits erheblich. So werden herkömmlichen Zuckerwaren, wie Bonbons oder Fruchtgummis, Stoffe zugesetzt, die regelmäßig in Nahrungsergän-

zungsmitteln verwendet werden, wie beispielsweise Vitamin C. Gleichzeitig entsprechen die Formen und Farben von Nahrungsergänzungsmitteln nicht mehr nur denen von Arzneimitteln, sondern auch denen, die im Lebensmittelbereich, insbesondere bei Süßwaren, üblich sind.

b) Über die abstrakte Eignung der Bärenform zur Gestaltung von Nahrungsergänzungsmitteln, von Zucker- und Schokoladenwaren sowie von Bonbons hinausgehend lässt sich zudem feststellen, dass sie - gerade bei spezifisch für Kinder bestimmte Waren - tatsächlich in diesen Branchen beliebt ist. So wird für Nahrungsergänzungsmittel, Zuckerwaren und Bonbons mit folgenden Aussagen geworben:

- „Die Fruchtgummi-Bärchen sind angereichert mit hochwertigen Zutaten zur Unterstützung der Schönheit von innen.“ (vgl. „Yummy Vitamin Beauty Gelee“ unter „<https://www.ricardam.com/yummy-vitamin-beauty-gelee.html>“ als Anlage 4 zum schriftlichen Hinweis des Senats vom 16. Juni 2021),
- „Lutschtabletten mit Zitronengeschmack in Bärchenform mit Vitamin C“ (vgl. „Müller Bärchen Tabletten“ unter „<https://www.muller-pharma.de/eshop/mullerovimedvidci/mullerovi-medvidci-tablety-s-prichuti-citronu-a-vit-c-205-p.html>“ als Anlage 5 zum schriftlichen Hinweis des Senats vom 16. Juni 2021),
- „20 leckere Bärchen zum Lutschen und Kauen“ (vgl. „Mivolis Multivitamine für Kinder, Lutschtabletten“ unter „<https://www.dm.de/mivolis-multivitamine-fuer-kinder-lutschtabletten-20-st-p4058172694301.html>“ als Anlage 6 zum schriftlichen Hinweis des Senats vom 16. Juni 2021) und
- „Meine Haare haben sich positiv verändert, auch im Geschmack sind die süßen Bärchen unschlagbar“ (vgl. „Ah-mazing Haar Vitamine mit Biotin“ unter „<https://www.bears-with-benefits.com/>“ als Anlage 7 zum schriftlichen Hinweis des Senats vom 16. Juni 2021).

Darüber hinaus haben die Verbraucherzentrale Baden-Württemberg, die Stiftung Warentest und die AOK die Vorteile von Nahrungsergänzungsmitteln kritisch hinterfragt, die als „lustige Bärchen“ angeboten werden und damit von Kindern konsumiert werden sollen (vgl. „<https://www.verbraucherzentrale-bawue.de/>“, „<https://www.test.de/>“ und „<https://www.aok.de/>“ als Anlagen 1 bis 3 zum schriftlichen Hinweis des Senats vom 16. Juni 2021).

c) Soweit die Anmelderin die Auffassung vertritt, dass es mehrerer Gedankenschritte bedürfe, um einen beschreibenden Zusammenhang zwischen der angemeldeten Bezeichnung und den beanspruchten Waren herzustellen, teilt der Senat diese Auffassung nicht. Vielmehr weist Erstgenannte einen engen beschreibenden Bezug zu Letztgenannten auf, der angesichts der Branchenüblichkeit der Bärenform ausgesprochen naheliegend ist. Es ist daher kein Denkprozess erforderlich, um die Bezeichnung „EISBÄR“ als Sachhinweis auf ein Produkt zu verstehen, das in Bärenform und/oder in weißer Farbe ausgestaltet ist.

Auch der Einwand der Anmelderin, dass Eisbären wegen ihrer spezifischen Besonderheiten und körperlichen Merkmale nicht ohne Weiteres als „Bärchen“ bezeichnet oder mit anderen Bärenarten gleichgesetzt werden könnten, gibt zu keiner anderen Entscheidung Anlass. Da sich Eisbären im Hinblick auf ihre Form - jedenfalls aus der Sicht der angesprochenen Verbraucher - nicht wesentlich von anderen Bären unterscheiden, wird der Verkehr die Bezeichnung „EISBÄR“ im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren ganz allgemein als Hinweis auf eine Bärenform verstehen. Der Gedanke, dass Eisbären anatomische Unterschiede aufweisen oder als hochgefährliche Raubtiere möglicherweise nicht die Bezeichnung „Bärchen“ verdienen, wird sich dem angesprochenen Verkehr allenfalls im Zuge einer vertieften analysierenden Betrachtung aufdrängen, die jedoch für die Prüfung der Unterscheidungskraft nicht maßgeblich ist. Auch wird der Verkehr die angemeldete Marke „EISBÄR“ ohne Weiteres dahingehend verstehen, dass die damit gekennzeichneten Waren weiß oder zumindest sehr hell sind, ohne in weiteren Gedankenschritten

zu erwägen, dass die charakteristische Farbe des Eisbärfells tatsächlich einen leicht gelblichen Farbton aufweist.

Wegen des verständlichen sachbeschreibenden Sinngehalts der Bezeichnung „EISBÄR“ kommt es nicht entscheidungserheblich auf die Frage an, ob diese im Kontext der beanspruchten Waren besonders originell erscheint.

2. Inwieweit der Eintragung der angemeldeten Bezeichnung „EISBÄR“ als Marke im Zusammenhang mit den hier maßgeblichen Waren zudem das Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegensteht, kann unter Zugrundelegung der Ausführungen unter Ziffer 1. als nicht entscheidungserheblich dahingestellt bleiben.

3. Der Senat konnte ohne mündliche Verhandlung entscheiden, nachdem die Anmelderin ihren hilfsweise gestellten Antrag auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung mit Schriftsatz vom 28. Dezember 2021 zurückgenommen hat (§ 69 Nr. 1 MarkenG). Die Anberaumung der mündlichen Verhandlung erschien auch aus Sicht des Senats nicht sachdienlich (§ 69 Nr. 3 MarkenG).

III.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss kann die am Beschwerdeverfahren Beteiligte das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde einlegen. 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 Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe, durch eine beim Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwältin als Bevollmächtigte oder einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten in elektronischer Form einzulegen.

Kortbein

Nielsen

Fehlhammer

ob