

# BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 43/01

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
1. August 2001

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Markenmeldung 398 33 781.0**

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 1. August 2001 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Schülke, des Richters Kraft und der Richterin Eder

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Anmelderin werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 32 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 15. Oktober 1999 und vom 30. November 2000 aufgehoben.

### **Gründe:**

#### **I.**

Die Markenstelle für Klasse 32 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die für die Waren

"Alkoholische Getränke (ausgenommen Biere), insbesondere weinhaltige Getränke, alkoholische Milchmischgetränke, Cocktails und Aperitifs auf Spirituosen- oder Weingrundlage (Klasse 33);

Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte, Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken (Klasse 32)"

angemeldete Wortmarke

Winzerschorle

hinsichtlich der Waren "Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer" wegen Täuschungsgefahr gemäß § 8 Abs 2 Nr 4 MarkenG und hinsichtlich der übrigen Waren wegen Fehlens jeglicher Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG zurückgewiesen. Die Zurückweisung ist im wesentlichen damit begründet,

daß die angemeldete Marke sprachüblich aus zwei unmittelbar beschreibenden Angaben gebildet sei, welche nicht dazu geeignet seien, als Hinweis auf einen bestimmten Geschäftsbetrieb angesehen zu werden. Während der Bestandteil "-schorle" ein Mischgetränk aus Mineralwasser und Apfelsaft/Wein bezeichne, beschreibe der weitere Bestandteil "Winzer" unmittelbar die Tatsache, daß die betreffenden Produkte von einem Winzer stammten oder nach Art eines Winzers hergestellt worden seien. Die Bezeichnung "Winzer" werde auf kulinarischem Gebiet häufig verwendet, um die Herkunft einer Speise und eines Getränkes von Winzern oder eine bestimmte rustikale Geschmacksnote zu kennzeichnen. So würden zB die Begriffe "Winzersekt", "Winzersalat" oder "Winzeressig" verwendet. Eine Fundstelle im Internet belege, daß "Winzerschorle" auch bereits im genannten Sinn genutzt werde. Weil nach den Vorschriften der Mineral- und Tafelwasser-Verordnung eine Kennzeichnung der Waren "Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer" mit "Winzerschorle" untersagt sei, werde ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs durch die Kennzeichnung "Winzerschorle" in seinen Erwartungen hinsichtlich der verkehrswesentlichen Eigenschaften dieser Waren gemäß § 8 Abs 2 Nr 4 MarkenG getäuscht.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin. Sie geht mit der Markenstelle davon aus, daß die angemeldete Wortmarke aus dem Bestandteil "Winzer", der Bezeichnung für einen Weinbauern, sowie dem Begriff "Schorle", der Bezeichnung für ein Erfrischungsgetränk aus Wein oder Apfelsaft und Mineralwasser, zusammengesetzt ist. Diese Annahme rechtfertige jedoch nicht, der angemeldeten Marke jegliche Unterscheidungskraft abzuspochen, denn der verständige Verbraucher erkenne den Widerspruch, der darin liege, daß ein Winzer gerade dafür bekannt sei, reinen Wein und kein Mischgetränk aus Wein oder Apfelsaft und Mineralwasser herzustellen und zu vertreiben. Damit handele es sich bei der Anmeldung gerade nicht um eine eindeutig beschreibende Angabe über Herkunft, Qualität oder sonstige Produkteigenschaften der beanspruchten Waren, da diese nicht von einem Winzer hergestellt würden. Es komme hinzu, daß der Bestandteil

"Winzer" nicht wie bei sonst üblichen Wortverbindungen wie zB Apfelschorle etc. keine Geschmacksrichtung angebe.

Die Anmelderin, die auf die Waren "Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer" verzichtet, beantragt

die Aufhebung der angefochtenen Beschlüsse.

## II.

Die zulässige Beschwerde erweist sich in der Sache als begründet, denn der begehrten Eintragung stehen keine Schutzhindernisse im Sinne des § 8 Abs 2 MarkenG entgegen.

1. Nach § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG sind nur Marken von der Eintragung ausgeschlossen, die ausschließlich aus Angaben bestehen, die im Verkehr ua zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Bestimmung oder der Bezeichnung sonstiger Merkmale der in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen dienen können. Dabei ist davon auszugehen, daß ein Eintragungshindernis auch dann besteht, wenn eine Benutzung als Sachangabe bisher noch nicht erfolgt ist, eine solche jedoch nach den gegebenen Umständen erfolgen wird (vgl BGH GRUR 1995, 408, 409 – PROTECH). Zu den nach § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG vom Markenschutz ausgeschlossenen Angaben zählen allerdings nicht nur die dort ausdrücklich aufgeführten, sondern auch solche, die für den Warenverkehr wichtige und für den umworbenen Abnehmerkreis irgendwie bedeutsame Umstände mit konkreten Bezug auf die Waren selbst beschreiben (vgl BGH GRUR 1998, 813 – CHANGE; BIPMZ 1999, 410 – FOR YOU). Zu diesen Angaben oder Umständen gehört die angemeldete Bezeichnung "Winzerschorle" jedoch nicht.

Eine Verwendung der um Schutz nachsuchenden Bezeichnung vor dem Zeitpunkt der Anmeldung am 17. Juni 1998 als eindeutig beschreibende Angabe hat die

Markenstelle nicht belegt. Soweit der Erstprüfer in diesem Zusammenhang auf die It-Fundstelle "<http://home.t-online.de/home/ulrichedenhofer/mann.htm>" verweist, läßt sich dieser Fundstelle nicht entnehmen, wann und mit welchem Sinngehalt die Wortfolge "Winzerschorlen" verwendet wurde. Der Senat vermag diesen Beleg deshalb nicht als Nachweis für eine Verwendung von "Winzerschorle" für eine eindeutige, konkrete Beschreibung der beanspruchten Getränke zu werten. Soweit der Senat selbst eine Verwendung von "Winzerschorle" ermitteln konnte, handelte es sich zB bei "Augusta Winzerschorle" ausschließlich um einen markenmäßigen Gebrauch von "Winzerschorle". Auch in den einschlägigen Nachschlagewerken wie zB dem Oetker Lebensmittellexikon ist "Winzerschorle" nicht etwa als Gattungsbezeichnung für ein bestimmtes Mischgetränk aufgeführt. Von einem auf gegenwärtiger Benutzung als Sachangabe für alkoholische oder alkoholfreie Getränke beruhenden Freihaltebedürfnis kann deshalb nicht ausgegangen werden. Ebenso wenig liegen Anhaltspunkte vor, daß im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren in Zukunft eine Benutzung der Marke als Sachangabe erfolgen könnte. Selbst wenn mit der Markenstelle davon ausgegangen wird, daß der angesprochene Verkehr der Anmeldung "Winzerschorle" die Bedeutung "Mischgetränk aus Mineralwasser und Apfelsaft oder Wein, das von einem Winzer stammt", bemißt, sagt dieser Sinngehalt nichts eindeutiges darüber aus, aus welchen Obst-säften oder Weinsorten das betreffende Winzergetränk zusammengesetzt ist. Die Bezeichnung "Winzerschorle" ist mithin nicht geeignet, etwa als Gattungsbezeichnung für ein bestimmtes Mischgetränk zu dienen. Soweit sich Begriffe wie "Winzersalat" und "Winzeressig" sowie "Bauernbrot" und "Bauernschinken" eingebürgert haben, die eine Berufsbezeichnung mit einem bestimmten Lebensmittel verbinden, stellen diese Wortverbindungen keine hinreichende Anhaltspunkte dafür dar, daß im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren in Zukunft eine Benutzung der angemeldeten Bezeichnung als eindeutige Sachangabe erfolgen könnte, denn üblicherweise wird dem ein Mischgetränk anzeigenden Bestandteil "Schorle" eine Obst- oder Weinsorte (zB Apfelsaftschorle, Rieslingschorle), nicht aber eine Berufsbezeichnung vorangestellt. Schließlich liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, daß der Markenbestandteil "Winzer" allgemein mit "Wein" gleichgesetzt

wird. Dagegen spricht, daß Winzer auch über Obstplantagen verfügen können und deshalb auch Getränke aus Obstsäften und Mineralwasser herstellen und vertreiben können.

2. Ebenso wenig kann der Marke jegliche Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG abgesprochen werden. Unterscheidungskraft im Sinne dieser Vorschrift ist die einer Marke innewohnende konkrete Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die der Anmeldung zugrundeliegenden Waren eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefaßt zu werden. Hierbei ist grundsätzlich ein großzügiger Maßstab anzulegen, dh jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft reicht aus, um dieses Schutzhindernis zu überwinden, zumal der Verkehr ein als Marke verwendetes Zeichen in aller Regel so aufnimmt, wie es ihm entgegentritt und er es keiner analysierenden Betrachtungsweise unterzieht. Kann einer Wortmarke kein für die beanspruchten Waren im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsinhalt zugeordnet werden und handelt es sich auch nicht um eine gebräuchliche Bezeichnung, die vom Verkehr – etwa auch wegen einer entsprechenden Verwendung der Werbung (vgl BGH WRP 1998, 495 – TODAY) – stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird, gibt es keinen tatsächlichen Anhalt dafür, daß einem als Marke verwendeten Wortzeichen die Unterscheidungseignung und damit jegliche Unterscheidungskraft fehlt, (vgl BGH MarkenR 1999, 349 – YES).

Hiervon ausgehend kann der Bezeichnung "Winzerschorle" nicht die erforderliche Unterscheidungseignung abgesprochen werden. Eine warenbeschreibende Sachaussage, die auf bestimmte Eigenschaften (hier: Zusammensetzung des Mischgetränks) der in Frage stehenden alkoholischen und alkoholfreien Getränke selbst Bezug nimmt, stellt diese Bezeichnung – wie erörtert – nicht dar. Ebenso wenig liegen Anhaltspunkte dafür vor, daß der Verkehr etwa durch eine Verwendung der

angemeldeten Bezeichnung in der Werbung als schlagwortartige Aussage daran gewöhnt sein könnte, in ihr keine Marke mehr zu sehen.

Schülke

Eder

Kraft

Na