



BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 512/12

(Aktenzeichen)

Verkündet am
18. Juli 2012

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2011 035 254.2

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 18. Juli 2012 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Klante, der Richterin Dorn und des Richters am Amtsgericht Jacobi

beschlossen:

Der Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts vom 24. November 2011, Markenstelle für Klasse 29, wird insoweit aufgehoben, als die Eintragung des Anmeldezeichens auch für die Waren der

Klasse 29: Fruchtriegel, im Wesentlichen bestehend aus Früchten und Zerealien, Müsli, Getreide, Nüssen und/oder Zucker; Fertiggerichte und Halbfertiggerichte, im Wesentlichen aus Fleisch, Geflügel, Wild, Fisch, Obst, Gemüse, Eiern, Milchprodukten, Hülsenfrüchten und/oder Kartoffeln hergestellt und der

Klasse 30: Kakao, Zucker, Traubenzucker, Reis, Tapioka, Sago, Mehle, Grieß, Getreideflocken (ausgenommen Futtermittel); Traubenzuckerpräparate, Bienenpräparate; Gewürze

versagt worden ist.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe

I.

Das Wortzeichen 30 2011 035 254.2

Bärenkeks

ist am 28. Juni 2011 zur Eintragung als Marke für zahlreiche Waren der Klassen 5, 29, 30 und 32 in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register angemeldet worden.

Die Markenstelle für Klasse 29 hat die Anmeldung mit Beschluss vom 24. November 2011 teilweise zurückgewiesen, nämlich für die Waren der

Klasse 5: diätetische Erzeugnisse für Kinder und Kranke für medizinische Zwecke; Babykost; diätetische Lebensmittel für medizinische Zwecke; Lebensmittel für diätetische Zwecke und Diätzwecke jeweils für medizinische Zwecke (jeweils auch als Tiefkühlkost);

Klasse 29: Fruchtriegel, im Wesentlichen bestehend aus Früchten und Zerealien, Müsli, Getreide, Nüssen und/oder Zucker; Kinderdesserts, insbesondere Süßspeisen, im Wesentlichen bestehend aus Milch und/oder Früchten; Desserts und Süßspeisen, im Wesentlichen bestehend aus Milch, auch unter Verwendung von Bindemitteln jeglicher Art; im Wesentlichen aus Früchten bestehende Desserts und Süßspeisen; Fertiggerichte und Halbfertiggerichte, im Wesentlichen aus Fleisch, Geflügel, Wild, Fisch, Obst, Gemüse, Eiern, Milchprodukten, Hülsenfrüchten und/oder Kartoffeln hergestellt; alle vorgenannten Waren auch als Tiefkühlkost; alle vorgenannten Waren auch für nichtmedizinische diätetische und Diätzwecke; diätetische Lebensmittel und/oder Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Eiweißen und/oder Fetten, jeweils auch unter Beigabe von Vitaminen, Fettsäuren, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination;

Klasse 30: Kakao, Zucker, Traubenzucker, Reis, Tapioka, Sago, Mehle, Grieß, Getreideflocken und Getreidepräparate (ausgenommen Futtermittel), Brot, Biskuits, Kuchen, feine Backwaren, Dauerbackwaren; Snack-Produkte, Konditorwaren, Teigwaren, Schokolade, Zuckerwaren; Traubenzuckerpräparate, Bienenpräparate; Kinderdesserts, insbeson-

dere Süßspeisen, im Wesentlichen bestehend aus Zucker, Kakao, Schokolade und/oder Stärke; Desserts und Süßspeisen, im Wesentlichen bestehend aus Zucker und Schokolade, auch unter Verwendung von Bindemitteln jeglicher Art; Fertiggerichte und Halbfertiggerichte, im Wesentlichen aus Getreidepräparaten, Reis und/oder Teigwaren hergestellt; Gewürze; Müslis, im Wesentlichen bestehend aus Getreide, Früchten, Nüssen und/oder Zucker; Getreideriegel, im Wesentlichen bestehend aus Zerealien, Müsli, Nüssen, Getreide, Früchten und/oder Zucker; tellerfertige Getreidekost, aus Kleie bestehende fertige und halbfertige Nahrung, einschließlich Backwaren; alle vorgenannten Waren auch als Tiefkühlkost; alle vorgenannten Waren auch für nichtmedizinische diätetische und Diätzwecke; diätetische Lebensmittel und/oder Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Kohlehydraten und/oder Ballaststoffen, jeweils auch unter Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination.

Zur Begründung hat sie ausgeführt, dem Anmeldezeichen fehle im Umfang der Zurückweisung jegliche Unterscheidungskraft. Das Zeichen beschreibe diese Waren als Kekse in Bärenform bzw. weise darauf hin, dass sie für die Zubereitung von solchen vorgesehen seien. „Bärenkeks“ sei eine nicht unübliche Produktbeschreibung für Kekse für Kinder, die in der Form eines Bären gebacken seien. Der Verkehr sei daran gewöhnt, Getreideerzeugnissen und Lebensmitteln allgemein in Tierform zu begegnen. Sämtliche von der Teilzurückweisung erfassten Waren seien in Bärenform gebackene Kekse oder zur Herstellung von solchen vorgesehene Waren (auch in Form von Backmischungen oder Zucker, Schokolade oder Mehl als Zutaten) oder könnten zusammen mit solchen als Einheit angeboten werden. Da das Zeichen kein Tierfutter der Klasse 31 beanspruche, sei ein Verständnis von „Bärenkeksen“ als Kekse, die für den Verzehr durch Bären vorgesehen seien, ausgeschlossen. Ob daneben noch ein Freihaltebedürfnis bestehe, könne offenbleiben.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin. Zur Begründung trägt sie vor, das angemeldete Zeichen sei für die beanspruchten Waren unterscheidungskräftig. „Bärenkeks“ sei kein gebräuchliches Wort der deutschen Sprache und lexikalisch nicht nachweisbar. Die Argumentation der Markenstelle stelle eine analysierende Betrachtung in mehreren Gedankenschritten dar, die der Verkehr so nicht vornehme. Es sei auch nicht üblich, ein Produkt, das in seiner äußeren Gestalt einer bestimmten Tierform angenähert sei, durch die Nennung der Gattung dieses Tieres näher zu beschreiben. Wegen erfolgter vergleichbarer Voreintragungen („Bären-Speisekuchen“, „Bären-Magenbrot“, „Berliner Bärenkugel“ oder „Bären-Lebkuchen“) hätte die Anmeldung nicht zurückgewiesen werden dürfen.

Sie beantragt,

den versagenden Teil des Beschlusses des Deutschen Patent- und Markenamts, Markenstelle für Klasse 29, vom 24. November 2011 aufzuheben.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Anmelderin hat im tenorierten Umfang Erfolg und ist im Übrigen unbegründet.

1. Der Eintragung des angemeldeten Wortzeichens „Bärenkeks“ als Marke steht in Bezug auf die angemeldeten Waren der Klassen 29 und 30 im tenorierten Umfang kein absolutes Schutzhindernis, insbesondere auch nicht das eines Freihaltebedürfnisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG oder der fehlenden Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen.

a) Bei dem Anmeldezeichen handelt es sich insoweit nicht um eine freihaltebedürftige beschreibende Angabe im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG.

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, 681, Rdnr. 35, 36 - BIOMILD; GRUR 1999, 723, 725, Rdnr. 25 - Chiemsee).

Die Markenstelle hat zutreffend ausgeführt, dass der Ausdruck „Bärenkeks“ einen Hinweis auf die Ware „Keks“, ein Gebäckstück aus meist fetthaltigem Teig mit mehr oder minder süßem Geschmack (vgl. Wikipedia, Die Freie Enzyklopädie, Eintrag „Keks“) und auf die Form dieses Gebäckstückes („Bär“), mithin auf einen „Keks in Bärenform“ gibt. Tierformen, insbesondere Formen von Bären, sind - gerichtsbekannt - auf dem Süßwarenssektor eine beliebte Gestaltungsart (vgl. BPatG 28 W (pat) 187/07 - BIO BÄR; BPatG 32 W (pat) 81/96 - EIS BÄREN; BPatG 32 W (pat) 197/98 - SCHOKO-BÄRCHEN; jeweils in juris.de). Der Senat geht deshalb davon aus, dass das angesprochene Publikum das angemeldete Wortzeichen „Bärenkeks“ in der genannten Bedeutung verstehen wird.

Im Zusammenhang mit den Waren Klasse 29: „Fruchtriegel, im Wesentlichen bestehend aus Früchten und Zerealien, Müsli, Getreide, Nüssen und/oder Zucker; Fertiggerichte und Halbfertiggerichte, im Wesentlichen aus Fleisch, Geflügel, Wild, Fisch, Obst, Gemüse, Eiern, Milchprodukten, Hülsenfrüchten und/oder Kartoffeln hergestellt“ sowie der Klasse 30: „Kakao, Zucker, Traubenzucker, Reis, Tapioka, Sago, Mehle, Grieß, Getreideflocken (ausgenommen Futtermittel); Trauben-

zuckerpräparate, Bienenpräparate; Gewürze“ ist der Begriff „Bärenkeks“ hinsichtlich Art und Form der Ware nicht unmittelbar beschreibend. „Kakao, Zucker, Traubenzucker, Reis, Tapioka, Sago, Mehle, Grieß, Getreideflocken und Getreidepräparate (ausgenommen Futtermittel); Traubenzuckerpräparate, Bienenpräparate; Gewürze“ sind allenfalls mögliche Zutaten für Kekse, aber nicht nur für solche und erst recht nicht nur für solche in Bärenform. Nicht um Gebäck handelt es sich bei den Waren „Fertiggerichte und Halbfertiggerichte, im Wesentlichen aus Fleisch, Geflügel, Wild, Fisch, Obst, Gemüse, Eiern, Milchprodukten, Hülsenfrüchten und/oder Kartoffeln hergestellt“ - diese sind damit nicht als bzw. begleitet von einem „Keks in Bärenform“ vorstellbar. Unter einem „Fruchtriegel“ stellt sich der Durchschnittsverbraucher etwas rechteckig Geformtes jedoch keine Ausformung als Bär vor, so dass das Anmeldezeichen auch insoweit nicht als beschreibend angesehen werden kann.

b) Wegen der fehlenden Eignung zur Beschreibung dieser Waren kann bei dem Anmeldezeichen auch die Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG nicht verneint werden.

Zwar besitzen keine Unterscheidungskraft auch Zeichen, die sich auf Umstände beziehen, welche die beanspruchten Waren und Dienstleistungen zwar nicht unmittelbar betreffen, durch die aber ein enger beschreibender Bezug zu diesen hergestellt wird und die sich damit in einer beschreibenden Angabe erschöpfen (BGH GRUR 2006, 850, Rdnr. 19, 28 f. - FUSSBALL WM 2006).

Dass „Kakao, Zucker, Traubenzucker, Reis, Tapioka, Sago, Mehle, Grieß, Getreideflocken und Getreidepräparate (ausgenommen Futtermittel); Traubenzuckerpräparate, Bienenpräparate; Gewürze“ als Zutaten für einen „Keks in Bärenform“ in Betracht kommen, ist zur Annahme eines engen beschreibenden Bezugs jedoch nicht ausreichend. Damit eignet sich das angemeldete Wortzeichen für die im Tenor genannten Waren als betrieblicher Herkunftshinweis.

2. Eine andere Beurteilung ist jedoch für die weiteren noch beanspruchten Waren der Klassen 5, 29 und 30 angezeigt: Für diese ist die Bezeichnung „Bärenkeks“ mit der Bedeutung „Keks in Bärenform“ beschreibend i. S. v. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, so dass die Markenstelle die Eintragung insoweit zu Recht abgelehnt hat.

Die Waren „diätetische Erzeugnisse für Kinder und Kranke für medizinische Zwecke; diätetische Lebensmittel für medizinische Zwecke; Lebensmittel für diätetische Zwecke und Diätzwecke jeweils für medizinische Zwecke (jeweils auch als Tiefkühlkost); diätetische Lebensmittel und/oder Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Eiweißen und/oder Fetten, jeweils auch unter Beigabe von Vitaminen, Fettsäuren, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination; Brot, Biskuits, Kuchen, feine Backwaren, Dauerbackwaren; Snack-Produkte, Konditorwaren, Teigwaren, Schokolade, Zuckerwaren; diätetische Lebensmittel und/oder Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Kohlehydraten und/oder Ballaststoffen, jeweils auch unter Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination“ sind in Gestalt eines „Kekses in Bärenform“ denkbar. „Kinderdesserts, insbesondere Süßspeisen, im Wesentlichen bestehend aus Milch und/oder Früchten; Desserts und Süßspeisen, im Wesentlichen bestehend aus Milch, auch unter Verwendung von Bindemitteln jeglicher Art; im Wesentlichen aus Früchten bestehende Desserts und Süßspeisen; Kinderdesserts, insbesondere Süßspeisen, im Wesentlichen bestehend aus Zucker, Kakao, Schokolade und/oder Stärke; Desserts und Süßspeisen, im Wesentlichen bestehend aus Zucker und Schokolade, auch unter Verwendung von Bindemitteln jeglicher Art; Fertiggerichte und Halbfertiggerichte, im Wesentlichen aus Getreidepräparaten, Reis und/oder Teigwaren hergestellt; Müslis, im Wesentlichen bestehend aus Getreide, Früchten, Nüssen und/oder Zucker; Getreideriegel, im Wesentlichen bestehend aus Zerealien, Müsli, Nüssen, Getreide, Früchten und/oder Zucker; tellerfertige Getreidekost, aus Kleie bestehende fertige und halbfertige Nahrung, einschließlich Backwaren; alle vorgenannten Waren

auch als Tiefkühlkost; alle vorgenannten Waren auch für nichtmedizinische diätetische und Diätzwecke“ können „Kekse in Bärenform“ enthalten. Insbesondere bei den Desserts und Süßspeisen gibt es auf dem Markt bereits Produkte, bei denen etwa ein Joghurt oder Pudding - in verschiedenen Abteilungen einer Packung - zusammen mit etwas zum Knabbern verkauft wird (z. B. von der Molkerei Müller: <http://www.muellermilch.de/joghurt/joghurt-mit-der-ecke/>). Die Knabberzutat eines solchen Produkts ist auch in Form eines „Bärenkekses“ denkbar. „Babykost“ gibt es auch in Form von „Babykeksen“ (z. B. von Milupa: „Ab dem 8. Monat hat Ihr Baby allmählich schon seine ersten Zähnen und möchte an allem lutschen und kauen. Der milupa Kinder-Getreidekeks ist mit seiner babygerechten Zusammensetzung und Beschaffenheit speziell auf die Bedürfnisse von Kindern ab dem 8. Monat abgestimmt.“, vgl. http://www.milupa.de/mil/de/home/produkte/detailseiten/produktdetails_4595.jsp oder von Nestlé Alete: „Kinder Keks ab dem 8. Monat“, vgl. www.amazon.de) sind mithin auch als oder garniert mit einem „Keks in Bärenform“ denkbar.

Da das Anmeldezeichen für die vorgenannten, Waren unmittelbar beschreibend, mithin freihaltebedürftig ist, kann dahingestellt bleiben, ob es dem Zeichen insoweit darüber hinaus an Unterscheidungskraft fehlt (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG).

Soweit sich die Beschwerdeführerin auf Voreintragungen berufen hat, sind diese nicht vergleichbar, da sie schon zu lange zurückliegen (DE 802689 „Bären-Speisekuchen“, eingetragen am 6. April 1965; DE 807966 „Bären-Magenbrot“, eingetragen am 9. August 1965; DE 971563 „Berliner Bärenkugel“, eingetragen am 29. Mai 1978; DE 1115735 „Bären-Lebkuchen“, eingetragen am 17. Dezember 1987). Im Übrigen ließe sich allein aus einer oder wenigen vorangegangenen Entscheidungen noch nicht der Vorwurf einer willkürlichen Ungleichbehandlung ableiten. Niemand kann sich auf eine fehlerhafte Rechtsanwendung zugunsten eines anderen berufen, um eine identische Entscheidung zu erlangen (EuGH GRUR 2009, 667, 668, Rdnr. 18 - C-39/08 - Bild digital). Für die erforderliche

Bereinigung des Markenregisters sieht das Gesetz das Lösungsverfahren vor, das von jedermann eingeleitet werden kann.

Klante

Dorn

Jacobi

Me