



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 10/20

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2009 039 330 – S 71/17 Lösch

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 22. Februar 2022 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Kortge, des Richters Kätker und der Richterin kraft Auftrags Dr. Rupp-Swienty

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 16. Januar 2018 aufgehoben, soweit der Nichtigkeitsantrag für die Waren der

Klasse 3: ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, insbesondere Salben, Seifen und Badezusätze, Parfümeriewaren, Haarwässer;

Klasse 5: Raumsprays, Duftsteine

zurückgewiesen worden ist.

Insoweit wird die angegriffene Marke für nichtig erklärt und das Deutsche Patent- und Markenamt angewiesen, sie zu löschen.

2. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Wortmarke

Kaminfeuer

ist am 6. Juli 2009 angemeldet und am 31. August 2009 unter der Nummer 30 2009 039 330 als Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register eingetragen worden für Waren der

Klasse 3: ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, insbesondere Salben, Seifen und Badezusätze, Parfümeriewaren, Haarwässer;

Klasse 5: Präparate für die Gesundheitspflege; Raumsprays; Duftsteine.

Am 28. April 2017 hat die Beschwerdeführerin die Löschung der angegriffenen Marke wegen absoluter Schutzhindernisse gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 MarkenG beantragt. Zur Begründung hat sie ausgeführt, das aus der Alltagssprache stammende Markenwort „Kaminfeuer“ verstünden die angesprochenen Verkehrskreise in Bezug auf die eingetragenen Waren der Klassen 3 und 5, denen bestimmte Aromen oder Düfte immanent seien, lediglich als Beschreibung des Dufts der Produkte nach dem offenen Feuer eines Kamins. So sei das Publikum beispielsweise bei Sandelholz durchaus an rauchige Aromen gewöhnt, die im Bereich Aromaöle für Räume oder Saunaaufgüsse sehr beliebt seien.

Dem ihr am 24. Mai 2017 zugestellten Löschungsantrag hat die Markeninhaberin am 26. Mai 2017 widersprochen. Hinsichtlich eines parallel gestellten weiteren Löschungsantrags wegen Verfalls nach §§ 49, 53 Abs. 1 MarkenG, dem die Markeninhaberin ebenfalls widersprochen hat, ist der Antragstellerin im Juni 2017

nach § 53 Abs. 4 MarkenG anheimgestellt worden, diesen Löschungsanspruch durch Klage vor dem zuständigen ordentlichen Gericht geltend zu machen.

Nach Ansicht der Antragsgegnerin sei ihre Marke keine unmittelbar beschreibende Angabe, weil der von einem Kaminfeuer verursachte Rauchgeruch für die eingetragenen Waren aus dem Duft-, Gesundheits-, Schönheits- und Körperpflegebereich denkbar ungeeignet sei. Der Verkehr erwarte bei den vorgenannten Produkten einen angenehmen Duft und keine Verbrennungsgerüche. Auch die jeweils mit „Kaminfeuer“ gekennzeichneten Waren der beiden Verfahrensbeteiligten basierten auf Duftnoten wie Zimt, Limone und Cumarin bzw. Orange und Weißtanne und wiesen damit keinen Kaminfeuergeruch auf. Ätherische Öle würden zudem aus Pflanzen gewonnen und könnten daher nicht nach Kaminfeuer riechen. Der Duft von Sandelholz sei „holzig“, aber nicht „rauchig“. Allenfalls würden Assoziationen mit der angenehmen Atmosphäre eines Kaminfeuers geweckt. Identische Wortmarken seien 2009 für Schokolade (30 2009 040 218) und 2016 für Bier (30 2016 231 080) eingetragen worden.

Mit Beschluss vom 16. Januar 2018 hat die Markenabteilung 3.4 des DPMA den Löschungsantrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, das Markenwort „Kaminfeuer“ sei zum Anmeldezeitpunkt für die registrierten Waren unterscheidungskräftig und nicht freihaltebedürftig gewesen. Mittel zur Körper- und Schönheitspflege sowie Präparate für die Gesundheitspflege rächen nicht nach Kaminfeuer und würden nicht besonders oder ausschließlich bei Kaminfeuer angewendet, so dass selbst eine Assoziation an ein Kaminfeuer abwegig und lebensfremd erscheine. Ein holziger Duft, etwa bei Parfümeriewaren sei nicht vergleichbar mit dem Geruch des Rauchs von Kaminfeuer. Es seien auch keine Nachweise für den Zeitpunkt der Anmeldung gefunden worden, die eine beschreibende Verwendung aufgezeigt hätten.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin. Sie trägt vor, bereits ihre kursorische Google-Recherche habe ergeben, dass ätherische Öle, Räucherkegel

und Raumsprays mit der Duftnote „(Knisterndes) Kaminfeuer“ angeboten würden, die entweder als „weihnachtlich“ oder „holzig und wärmend“ bezeichnet werde. Auch wenn die Verbraucher laut den Rezensionen zu ihrem eigenen Produkt unterschiedlicher Ansicht sein mögen, ob das mit „Kaminfeuer“ gekennzeichnetes Aromaöl tatsächlich nach Kaminfeuer rieche, so komme doch klar zum Ausdruck, dass eine Nachfrage nach einer solchen Dufttrichtung bestehe und die Abnehmer feste Vorstellungen davon hätten, wie ein „Kaminfeuer Duftöl“ riechen solle. Eine weitere Google-Recherche belege, dass die Bezeichnung „Kaminfeuer“ im Zeitraum vom 1. Januar 2000 bis zum 12. Juli 2010 tatsächlich zur Beschreibung des Duftes von ätherischen Ölen oder Saunazusätzen verwendet worden sei. Sie eigne sich daher lediglich dazu, eine Ware von einer anderen Ware nach ihrem Duft zu unterscheiden, könne aber nicht als betriebliches Unterscheidungsmittel dienen.

Sie beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenabteilung 3.4 des DPMA vom 16. Januar 2018 aufzuheben, die angegriffene Marke für nichtig zu erklären und das DPMA anzuweisen, sie zu löschen.

Die Markeninhaberin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt den angefochtenen Beschluss und trägt vor, ein Kaminfeuer rieche nach emittierten Rauchgasen, nach dem verwendeten Brennstoff wie Papier oder Holz, nach Anzündhilfen, Ruß oder Asche. Dieser charakteristische Geruch könne nicht in einem Duftöl wiedergegeben werden. Soweit die Antragstellerin aus der Verwendung der angegriffenen Marke durch Dritte ableite, der Verkehr nehme „Kaminfeuer“ als beschreibend wahr, handele es sich zum einen um Verletzungshandlungen, gegen die die Markeninhaberin sich vorbehalten vorzugehen. Zum anderen beschrieben die Anbieter ihre Duftöle mit Ausdrücken wie „weihnachtlich“

oder „holzig und wärmend“, aber nicht als einen mit einem Kaminfeuer vergleichbaren Geruch. Auch das Rechercheergebnis des 27. Senats zeige nur eine Handvoll Beispiele aus der Zeit nach dem Anmeldetag, bei denen es sich um Markenverletzungen oder anpreisende Werbeaussagen handele. Soweit darin behauptet werde, die Produkte würden nach Kaminfeuer riechen, sei dies zu bestreiten, weil diese sicherlich nicht nach Kaminfeuer riechen könnten und der Geruch andernfalls unangenehm und damit nicht verkaufsfähig wäre. Da der Begriff „Kaminfeuer“ unterschiedliche Assoziationen wie „Gemütlichkeit“, „Winterzeit“ oder „Weihnachten“ wecke und die mit „Kaminfeuer“ gekennzeichneten Produkte zahlreiche, völlig unterschiedliche Duftnoten aufwiesen, eigne er sich nicht zur Beschreibung, was für seine Unterscheidungskraft spreche.

Mit gerichtlichem Schreiben des bis zum 31. Dezember 2019 zuständigen 27. Senats vom 12. Oktober 2018 sind die Verfahrensbeteiligten unter Beifügung von Recherchebelegen (Anlagen 1 bis 6, Bl. 53 - 60 GA) darauf hingewiesen worden, dass die Beschwerde erfolgreich sein dürfte. Mit weiterem gerichtlichem Schreiben vom 18. November 2021 hat der inzwischen zuständige erkennende Senat die vorläufige Rechtsauffassung des 27. Senats weitgehend geteilt und weitere Recherchebelege, zumeist aus der Zeit vor dem Anmeldetag, beigefügt (Anlagenkonvolute 1 bis 5, Bl. 114 - 146 GA).

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist nur im tenorierten Umfang begründet.

Der Eintragung der angegriffenen Wortmarke „**Kaminfeuer**“ für die beanspruchten Waren *„ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, insbesondere Salben, Seifen und Badezusätze, Parfümeriewaren, Haarwässer“* der Klasse 3 und

„Raumsprays, Duftsteine“ der Klasse 5 haben schon im Anmeldezeitpunkt die Schutzhindernisse der fehlenden Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) und der Freihaltebedürftigkeit (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG) entgegengestanden, und diese Eintragungshindernisse bestehen auch noch bis zum Entscheidungszeitpunkt fort.

Während des Beschwerdeverfahrens ist das im Streitfall maßgebliche Markenrecht durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2015/2436 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2015 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken mit Wirkung vom 14. Januar 2019 geändert worden. Für die Entscheidung im vorliegenden Verfahren ist § 50 Abs. 1 MarkenG in seiner neuen Fassung anwendbar, da insoweit keine Übergangsregelung gilt (BGH WRP 2021, 1166 Rdnr. 10 f. – Black Friday). Da der Löschungsantrag am 28. April 2017 und damit vor dem 14. Januar 2019 gestellt worden ist, findet § 50 Abs. 2 MarkenG in seiner bis zum 13. Januar 2019 geltenden Fassung Anwendung (§ 158 Abs. 8 MarkenG).

A. Der Löschungsantrag ist zulässig.

1. Nach § 50 Abs. 1 MarkenG wird die Eintragung einer Marke auf Antrag, der von jedermann gestellt werden kann (§ 54 Abs. 1 Satz 2 MarkenG), nach rechtzeitig erhobenem Widerspruch für nichtig erklärt und gelöscht, wenn die Marke entgegen §§ 3, 7 oder 8 MarkenG eingetragen worden ist. Nach § 50 Abs. 2 Satz 1 MarkenG a. F. müssen Schutzhindernisse gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 bis 9 MarkenG a. F. sowohl im Zeitpunkt der Anmeldung der Marke bestanden haben als auch im Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag bestehen. Dabei obliegt es nach der jüngsten Rechtsprechung des BGH (NJW 2021, 1526 Rdnr. 37 ff. im Anschluss an EuGH GRUR 2014, 776 Rdnr. 70 – Oberbank u. a. [Farbmarke-Rot]; GRUR 2020, 1301 – Ferrari [testarossa]) dem Markeninhaber, im Löschungsverfahren diejenigen Umstände nachzuweisen, aus denen sich der (Fort-)Bestand seiner Marke ergibt. Soweit der Löschungsantrag auf Schutzhindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 bis 3

MarkenG gestützt wird, kommt eine Löschung gemäß § 50 Abs. 2 Satz 2 MarkenG a. F. nur in Betracht, wenn der Antrag innerhalb von zehn Jahren seit dem Tag der Eintragung gestellt worden ist.

2. Der Löschantrag ist den Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin am 24. Mai 2017 gemäß § 94 Abs. 1 i. V. m. § 5 Abs. 4 VwZG gegen Empfangsbekanntnis zugestellt worden. Die zweimonatige Widerspruchsfrist gemäß § 54 Abs. 2 Satz 2 MarkenG hat mit der Antragszustellung am 24. Mai 2017 zu laufen begonnen und mit Ablauf des 24. Juli 2017 geendet (§§ 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG, 222 ZPO i. V. m. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB). Der am 26. Mai 2017 beim DPMA eingegangene Widerspruch der Antragsgegnerin ist daher rechtzeitig erfolgt.

3. Der am 28. April 2017 beim DPMA eingegangene Löschantrag ist innerhalb der seit der Eintragung der angegriffenen Marke am 31. August 2015 laufenden Zehnjahresfrist gestellt worden (§ 50 Abs. 2 Satz 2 MarkenG).

B. Der Löschantrag hat überwiegend Erfolg.

1. Der angegriffenen Marke „**Kaminfeuer**“ hat für die Waren der Klasse 3 „*ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, insbesondere Salben, Seifen und Badezusätze, Parfümeriewaren, Haarwässer*“ und die Produkte „*Raumsprays, Duftsteine*“ der Klasse 5 schon zum Anmeldezeitpunkt, dem 6. Juli 2009, die erforderliche Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG gefehlt und dieses Schutzhindernis besteht bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt fort.

a) Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden, das die in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und diese Waren oder Dienstleistungen somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet (EuGH GRUR 2015, 1198 Rdnr. 59 f. – Nestlé/Cadbury [Kit Kat]; BGH GRUR 2018, 932

Rdnr. 7 – #darferdas? I; GRUR 2018, 301 Rdnr. 11 – Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR 2016, 934 Rdnr. 9 – OUI). Denn die Hauptfunktion der Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten (EuGH GRUR 2010, 228 Rdnr. 33 – Audi AG/HABM [Vorsprung durch Technik]; BGH a. a. O. – #darferdas? I; a. a. O. – OUI). Da allein das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft ein Eintragungshindernis begründet, ist ein großzügiger Maßstab anzulegen, so dass jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft genügt, um das Schutzhindernis zu überwinden (BGH a. a. O. – Pippi-Langstrumpf-Marke). Ebenso ist zu berücksichtigen, dass der Verkehr ein als Marke verwendetes Zeichen in seiner Gesamtheit mit allen seinen Bestandteilen so aufnimmt, wie es ihm entgegentritt, ohne es einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (EuGH GRUR 2004, 428 Rdnr. 53 – Henkel; BGH a. a. O. Rdnr. 15 – Pippi-Langstrumpf-Marke).

Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft zum relevanten Anmeldezeitpunkt (BGH GRUR 2013, 1143 Rdnr. 15 – Aus Akten werden Fakten) sind einerseits die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen und andererseits die Auffassung der beteiligten inländischen Verkehrskreise, wobei auf die Wahrnehmung des Handels und/oder des normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der fraglichen Waren oder Dienstleistungen abzustellen ist (EuGH GRUR 2006, 411 Rdnr. 24 – Matratzen Concord/Hukla; BGH GRUR 2014, 376 Rdnr. 11 – grill meister).

Ausgehend hiervon besitzen Wortzeichen dann keine Unterscheidungskraft, wenn ihnen die angesprochenen Verkehrskreise lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnen (EuGH GRUR 2004, 674, Rdnr. 86 – Postkantoor; BGH a. a. O. Rdnr. 8 – #darferdas? I; GRUR 2012, 270 Rdnr. 11 – Link economy) oder wenn diese aus gebräuchlichen Wörtern oder Wendungen der deutschen Sprache oder einer bekannten Fremdsprache bestehen, die vom Verkehr – etwa auch wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung – stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werden (BGH

a. a. O. – #darferdas? I; a. a. O. Rdnr. 12 – OUI; GRUR 2014, 872 Rdnr. 21 – Gute Laune Drops). Darüber hinaus besitzen keine Unterscheidungskraft vor allem auch Angaben, die sich auf Umstände beziehen, die die beanspruchte Ware oder Dienstleistung zwar selbst nicht unmittelbar betreffen, durch die aber ein enger beschreibender Bezug zu diesen hergestellt wird und deshalb die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Verkehr den beschreibenden Begriffsinhalt ohne weiteres erfasst und in der Bezeichnung kein Unterscheidungsmittel für deren Herkunft sieht (BGH a. a. O. – #darferdas? I; a. a. O. – Pippi-Langstrumpf-Marke). Hierfür reicht es aus, dass ein Wortzeichen, selbst wenn es bislang für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen nicht beschreibend verwendet wurde oder es sich gar um eine sprachliche Neuschöpfung handelt, in einer seiner möglichen Bedeutungen ein Merkmal dieser Waren und Dienstleistungen bezeichnen kann (EuGH GRUR 2004, 146 Rdnr. 32 – DOUBLEMINT; BGH GRUR 2014, 569 Rdnr. 18 – HOT); dies gilt auch für ein zusammengesetztes Zeichen, das aus mehreren Begriffen besteht, die nach diesen Vorgaben für sich genommen schutzunfähig sind. Der Charakter einer Sachangabe entfällt bei der Zusammenfügung beschreibender Begriffe jedoch dann, wenn die beschreibenden Angaben durch die Kombination eine ungewöhnliche Änderung erfahren, die hinreichend weit von der Sachangabe wegführt (EuGH MarkenR 2007, 204 Rdnr. 77 f. – CELLTECH; BGH GRUR 2014, 1204 Rdnr. 16 – DüsseldorfCongress).

b) Diesen Anforderungen an die Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG hat die Streitmarke „**Kaminfeuer**“ für die eingetragenen Waren mit Ausnahme von „*Präparaten für die Gesundheitspflege*“ der Klasse 5 schon zum Anmeldezeitpunkt, dem 6. Juli 2009, nicht genügt.

aa) Von den tenorierten Produkten der Klassen 3 und 5 werden breite Verkehrskreise, nämlich sowohl der normal informierte, angemessen aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher als auch der Drogerie- und Haushaltswaren-

fachhandel, angesprochen. Die registrierten Waren „*Präparate für die Gesundheitspflege*“ wenden sich darüber hinaus auch an medizinisches Fachpersonal und den Fachhandel für medizinische Produkte.

bb) Die angegriffene Marke besteht aus dem Wort „Kaminfeuer“, das in sprachüblicher Weise aus den beiden Substantiven „Kamin“ mit den Bedeutungen „offene Feuerstelle mit Rauchabzug in Wohnräumen bzw. Zimmern; Schornstein“ und „Feuer“ im Sinne von „Verbrennung mit Flammenentwicklung bei Licht- und Wärmeabgabe“ zusammengesetzt ist. Diese Wortkombination, die selbst ein geläufiges Wort der deutschen Alltagssprache darstellt, bezeichnet ein offenes Feuer, das in einem Kamin brennt (Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, 3. Aufl. 1999, Band 5, S. 2039 u. Band 3, S. 1222; Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 8. Aufl. 2006, S. 516 u. 805; Anlagenkonvolut 1 zum gerichtlichen Hinweis vom 18. November 2021, im Folgenden genannte Anlagen beziehen sich auf diesen Hinweis).

cc) Bei seiner ergänzenden Internetrecherche hat der Senat festgestellt, dass Hersteller von Duftwaren, Journalisten und Konsumenten auch schon vor dem Anmeldetag der angegriffenen Marke, dem 6. Juli 2009, und in unmittelbarer zeitlicher Nähe beschreibend darauf hingewiesen haben, dass Parfümeriewaren, Duftöle, Körperpflegeprodukte, Seifen und Raumdüfte den Geruch von Kaminfeuer vermitteln, an ein Kaminfeuer erinnern oder zu einem Kaminfeuer passen (Anlagenkonvolut 2):

- „The One“ von Dolce & Gabbana ... Der Duft lässt in seiner Konsistenz an ein sexy Kaminfeuer denken, in dem Amber und Vanille lodern, dann aber hin und wieder Pflaumen, Bergamotte und Litschis ihre explosive Funken sprühen. ...“ (28. Februar 2007, <https://sz-magazin.sueddeutsche.de/duftprobe/the-one-von-dolce-and-gabbana-74254>);

- „Pierre Cardin POUR FEMME / POUR HOMME WINTER Edition ... Zwei raffinierte Düfte, die den Winter herbei sehnen lassen und kuschelige Stunden zu zweit am knisternden Kaminfeuer heraufbeschwören. ...“ (16. Juli 2008, (<https://www.pinkmelon.de/magazin/pressemitteilungen/pierre-cardin-pour-femme-pour-homme-winter-edition.html>));
- „POLO ist ein Herrenduft der Dufffamilie chypre-holzige. Eine prachtvolle Mischung aus Klassik und Originalität: kräftig, aber unaufdringlich, reichhaltig, eindeutig männlich, klassisch, raffiniert und von langer Haltbarkeit. POLO duftet nach frisch gemähtem Rasen, nach Pfefferminz, nach Unterholz im Frühling ... und nach der Wärme von Torf, nach Kaminfeuer, nach altem Armagnac...“ (www.douglas.de/douglas/Düfte/Herrendüfte/Ralph-Lauren-Polo_productbrand_2001005024.html = Snapshot vom 24. Juni 2009 in archive.org);
- „Beautyjunkies - Treffpunkt für Kosmetikverrückte - Thema: parfum das nach weihnachten riecht? ... Ich empfinde als weihnachtliche Düfte: ... Diptyque „Essence of John Galliano“ (Kategorie „Kaminfeuer“) ...“ (Kommentar von „laureley“ am 10.12.2008, <https://www.beautyjunkies.de/forum/threads/74342-parfum-das-nach-weihnachten-riecht>);
- „DERSTANDARD - LIFESTYLE - Verduftende Brennstoffe ... O’Rioll Duftöl-Set 3x10ml um € 4,99 (Libro) - Vielleicht ist ja allseits bekannt, wie viele Tropfen Duftöl welcher Wassermenge beizufügen sind – ich weiß es nicht und die Packung verrät das ebenso wenig wie die Duftnoten, die sich hinter den romantischen Namen „Winterzauber“, „Weihnachten“ und „Kaminfeuer“ verbergen. Immerhin: „Kaminfeuer“ weckt tatsächlich Assoziationen mit einem solchen, und das ebenso rasch wie intensiv. In meiner Keramik-Duftlampe mit Teelicht reichen zehn Tropfen Öl in ...“ (16. November 2007, <https://www.derstandard.at/story/3114657/verduftende-brennstoffe>);

- "Scenti Masterbatch Duftsortimente 2007/2008 ... Sweet Christmas 2007/ Marzipan-Nuss ... Dieser warme, sinnliche Duft mit herben, an Hölzer und Gewürze erinnernden Facetten passt zu einem langen Winterabend am knisternen Kaminfeuer. ..." (<https://docplayer.org/72672408-Scenti-masterbatch-duftsortimente-2007-2008.html>);
- „Beautyjunkies - Treffpunkt für Kosmetikverrückte - Thema: PARTYLITE Kerzen & Co ... Kaminfeuer ist der absolute Hammer! Lecker! ...“ (Kommentar von „schnurbel“ am 12.11.2007, <https://www.beautyjunkies.de/forum/threads/26315-PARTYLITE-Kerzen-amp-Co/page25>);
- „Finnsa Katalog 2008 – Duftwelten... – Ambiente Haus & Wellness – Überzeugen Sie sich von der Qualität unserer Sauna-Duftkonzentrate! ... Kaminfeuer: Winterstimmung und gemütliche Atmosphäre, harmonisierend. ...“; (<https://www.yumpu.com/de/document/read/11143899/finnsa-katalog-2008-duftwelten-ambiente-haus-wellness>);
- „Kaminfeuer“-Duschseife ... habe ich meine erste Seife mit Körperbutter-Einlage gesiedet. ...“ (27. Oktober 2007, <https://bruellen.blogspot.com/2007/10/kaminfeuer-duschseife.html>);
- „KUGEL SAUNA - Ihr Sauna-Händler aus Wildberg – Schreiber Duft-Konzentrat 500 ml Kaminfeuer – ... fruchtig, rauchig, weihnachtlich“ (28. Februar 2003, Anlagenkonvolut 4);
- „Produkt der Woche: Byredo „Gipsy Water“ ... Ein weicher und warmer Duft, für mich dominiert die Vanille. Genau richtig zum Kuscheln am Kaminfeuer. Ein Parfum, das gut in den Herbst und Winter passt. ... (25. August 2009, BRIGITTE.de, Anlagenkonvolut 4);
- „JB-s-Petit-Prix – Weihnachtsöle – ... Aromaöl – Duftöl Kaminfeuer, 10 ml ... Duftrichtung: Kaminfeuer ...“ (4. August 2009, www.jb-s-petit-prix.de).

dd) Zudem enthalten bestimmte Brennholzarten, wie z. B. Birken-, Buchen- oder Eschenholz, selbst ätherische Öle, die beim Verbrennen freigegeben werden und einen häufig als angenehm empfundenen Duft verbreiten. Es werden auch Tipps gegeben, wie man durch Zugabe weiterer Pflanzen(-reste), z. B. getrocknete Stängel von Kräuterpflanzen oder Orangenschalen, den Geruch von Kaminfeuer verbessern kann (Anlagenkonvolut 3):

- „LIFESTYLE - FEUERHOLZ - So heizen Sie zu Hause ordentlich ein - ... Für einen guten Duft und besonders schönes Feuer sorgt Birkenholz, das durch seine ätherischen Öle helle, leicht bläuliche Flammen erzeugt. Es wird auch deshalb gern für offene Kamine verwendet, weil es im trockenen Zustand kaum Funkenflug verursacht. ... Ähnliche Eigenschaften hat auch Buchenholz, das gern zum Räuchern von Lebensmitteln verwendet wird. ...“ (veröffentlicht am 22.01.2009, <https://www.welt.de/104176050>);

- „Kaminholz für offene Kamine – natürliche Aromen und Wohlfühlwärme im eigenen Zuhause ... Das Knistern von Kaminholz und die beim Verbrennen des Holzes freigesetzten ätherischen Öle duften im Raum und wirken entspannend auf Körper und Geist. ... Kaminholz mit wohltuenden Aromen von Birke, Buche und Esche. ... Dabei gibt es etwas für alle Sinne, denn während sich beim Brennen des Birkenholzes im Kamin eine in Blau schimmernde Flamme entwickelt, werden auch die im Kaminholz enthaltenen ätherischen Öle freigesetzt und verströmen einen aromatischen und natürlichen Duft. ...“ (Pressemitteilung von HolzAS – Kaminholzlieferservice vom 30.12.2013, https://www.openpr.de/amp/pressemitteilung/kaminholz-fuer-offene-kamine-natuerliche-aromen-undwohlfuehlwaerme-im-eigenen-zuhause_7688);

- „KRÄUTERGARTEN IM DEZEMBER - Würzige Kräuterdüfte für das Kaminfeuer ... Mit Bast umwickelt, sind die duftenden aromatischen Bündel eine wunderbare Zutat für winterliche Kaminfeuer. Dafür eignen sich besonders Lavendel, Minze, Melisse, Zitronenverbene, Rosmarin, Thymian und Lorbeer.“ (31.12.2009,

[https://www.livingathome.de/balkon-garten/garten-terrasse/5575-rtkl-kraeutergarten-im-dezember-wuerzige-kraeuterduefte-fuer-das, schon am 27. August 2004 veröffentlicht, Anlagenkonvolut 4\);](https://www.livingathome.de/balkon-garten/garten-terrasse/5575-rtkl-kraeutergarten-im-dezember-wuerzige-kraeuterduefte-fuer-das-schon-am-27.-August-2004-veroeffentlicht,-Anlagenkonvolut-4);)

- „Kaminfeuer: 12 Pflege- & Reinigungs-Tipps für Kaminöfen ... Duftendes Kaminfeuer mit getrockneten Orangen- oder Zitronenschalen - Wenn Sie alte Orangen- oder Zitronenschalen im Haus haben, können Sie diese als Duftspender im offenen Kamin nutzen. Dazu müssen Sie die getrockneten Schalen nur ins offene Feuer werfen und schonen verbreiten die darin enthaltenen Öle einen wunderbaren Duft im Zimmer. ...“ (<https://www.philognosie.net/haus-garten/kaminfeuer-pflege-tipps-fuer-kaminoefen>, schon am 14. Dezember 2006 veröffentlicht, Anlagenkonvolut 4).

ee) Waren, die für einen angenehmen Raumduft sorgen sollen, wie etwa ätherische Öle, Parfümeriewaren, zu denen auch Produkte für die Raumparfümierung gehören, Raumsprays und Duftsteine, aber auch klassische Parfüms und parfümierte Körper- und Schönheitspflegeprodukte können daher bestimmte angenehme Geruchsnoten eines Kaminfeuers abgeben, bei denen gemeinhin als unangenehm empfundene Gerüche, wie z. B. Anzündhilfen, Asche etc. „herausgefiltert“ bzw. nicht in der Duftmischung enthalten sind. Selbst wenn einige der in den Recherchebelegen aufgeführten Produkte tatsächlich nicht nach Kaminfeuer riechen bzw. dessen Geruch nicht exakt nachbilden, wird der Begriff „Kaminfeuer“ jedenfalls als malerische Umschreibung für die mit „Kaminfeuer“ verbundene Vorstellung von Wärme, Behaglichkeit und winterlicher Jahreszeit sowie Aspekte wie heimelig, kuschelig, gemütlich usw. verwendet. Der Verkehr erwartet daher zumindest eine ungefähre Duftrichtung, die diesen Vorstellungen entspricht. Ferner haben die Recherchen gezeigt, dass mehrere Hersteller das Wort „Kaminfeuer“ zur Bezeichnung ihres Duft- oder Körperpflegeprodukts verwenden, so dass es nicht mehr auf die Herkunft der Ware aus einem ganz bestimmten Betrieb hinweisen kann, sondern nur noch der Unterscheidung von Produkten verschiedener Duftrichtungen aus dem

Sortiment des jeweiligen Anbieters dient. Aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise hat sich die angegriffene Marke daher schon zum Anmeldezeitpunkt in einer unmittelbar beschreibenden Angabe erschöpft.

c) Das gilt auch für den gegenwärtigen Zeitpunkt, wie das nachfolgende Rechercheergebnis gezeigt hat:

- „Air Wick Freshmatic Max SET "Kaminfeuer" sorgt an kalten Tagen für eine behagliche Atmosphäre in Ihren Räumen durch den Geruch von Kaminfeuer, durchsetzt vom Duft von Orangen und Zimt. ...“ (aktuell: <https://www.drugcos.de/air-wick-freshmatic-max-set-kaminfeuer-250ml>; 2018: „... Das Raumspray verbreitet eine wärmende Duftmischung aus brennenden Kaminholz, Orangen und Zimt. ...“, <https://www.ebay.de/>, Anlage 1 zum Hinweis des 27. Senats vom 12. Oktober 2018);
- „Raumspray Feu de Bois/Kaminfeuer - Duftfamilie: Holzig - ... Warm und vertraut transportiert Feu de Bois einen raffinierten Akkord aus seltenen holzigen Essenzen und einem flackernden Kaminfeuer an einem langen Winterabend (aktuell: https://www.diptyqueparis.com/de_eu/p/raumspray-feu-de-bois-kaminfeuer.html; 2018: „JADES24 ... Verleihen Sie Ihren eigenen vier Wänden maximalen Cosiness-Faktor mit dem traumhaft duftenden „Feu de Bois Raumspray“ von Diptyque! Das Spray beinhaltet 150ml und duftet herrlich nach Kaminfeuer. Holzige Noten kreieren Wohlfühl-Momente, die daran erinnern eingekuschelt vor dem Ofen zu liegen und zu Relaxen. ...“, https://www.jades24.com/de/produkt/women/Accessories_woman/..., Anlage 2 zum Hinweis des 27. Senats vom 12. Oktober 2018);
- „... Die Duftkerze - Duftkerze „Bois brulée“ von Dior. Riecht nach Kaminfeuer. ...“ (<https://www.modepilot.de/2015/04/22/basics-wenn-ich-bei-null-anfangen-muesste->, Anlage 4 zum Hinweis des 27. Senats vom 12. Oktober 2018);

- „Winterlicher Duft und Schutz – Hands! ... Die Produktlinie „Hands!Up“ von alessandro International präsentiert für den Herbst/Winter 2011/12 die limitierte Handcreme „Hands!Up Harmony Bar“. Die sanft pflegende und schützende Creme hilft der besonders in der kalten Jahreszeit beanspruchten Haut der Hände. Zugleich verführt sie mit raffinierten Duftvarianten, die symbolhaft für Winter stehen. „Der Winter duftet nach Kaminfeuer ...“ (www.parfümerienachrichten.de, Anlage 5 zum Hinweis des 27. Senats vom 12. Oktober 2018);
- „Aroma Manufaktur Premiumöl ätherisch Kaminfeuer 10ml - rauchig, würziger Duft aus Zedernholz, Fichtennadel, Nelke und Orange (<https://www.amazon.de/Aroma-Manufaktur-Premiumöl-ätherisch-Kaminfeuer/dp/B075HVQXR9>);
- „Duftöl Kaminfeuer - gute Qualität - günstig im Preis. ... 1 x Duftöl 10 ml in der Duftrichtung Kaminfeuer (mit leichter Tannennote)“ (<https://www.grubauer.de/Kaminfeuer-Duftoel-10ml::2559.html>).

Zudem sprechen sowohl der Bedeutungsgehalt des allgemein geläufigen Wortes „Kaminfeuer“, das eine alte, traditionelle Art der Erzeugung von Heizungswärme bezeichnet, als auch die seit langem allgemein bekannte und gerühmte Behaglichkeit dieser Heizungswärme dafür, dass ein entsprechendes Verkehrsverständnis bereits zum Anmeldezeitpunkt bestanden hat und auch heute noch besteht.

2. Wegen ihres unmittelbar produktbeschreibenden Charakters hat der angegriffenen Marke „Kaminfeuer“ bereits zum Anmeldetag auch das Eintragungshindernis der Freihaltebedürftigkeit nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegengestanden, das heute noch besteht. Das Markenwort „Kaminfeuer“ war und ist, wie bereits eingehend dargelegt worden ist, geeignet, Merkmale der tenorierten Waren, nämlich deren Duft oder ungefähre Duftrichtung, zu bezeichnen.

3. Schließlich führen auch die von der Markeninhaberin genannten Voreintragungen zu keiner anderen Einschätzung.

a) Die Wortmarke „Kaminfeuer“ (30 2009 040 218) für Schokoladen-, Zucker- und Backwaren der Klasse 30 ist inzwischen gelöscht worden.

b) Die am 22. Dezember 2016 erfolgte Eintragung der identischen Wortmarke (30 2016 231 080) für Biere und Brauereiprodukte der Klasse 32 bezieht sich auf andere Waren, hat im Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke noch nicht existiert, kann als einzige Markeneintragung keine Eintragungspraxis begründen und ihr kann noch ein abweichendes Verkehrsverständnis zugrunde gelegt worden sein. Falls es sich um eine rechtswidrig vorgenommene Eintragung handeln sollte, ist darauf hinzuweisen, dass sich niemand auf eine fehlerhafte Rechtsanwendung zugunsten eines anderen berufen kann, um eine identische Entscheidung zu erlangen (EuGH GRUR 2009, 667, 668 Rdnr. 18 – Volks.Handy, Volks.Camcorder, Volks.Kredit und SCHWABENPOST). Für die erforderliche Bereinigung des Markenregisters sieht das Gesetz das Nichtigkeitsverfahren vor, das von jedermann eingeleitet werden kann.

4. Für die eingetragenen Produkte der Klasse 5 „*Präparate für die Gesundheitspflege*“ ist die angegriffene Marke „**Kaminfeuer**“ hingegen weder freihaltebedürftig (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG), noch fehlt ihr die erforderliche Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG). Dies gilt auch für den Anmeldezeitpunkt. Hinweise darauf, dass Eigenschaften solcher Präparate mit dem Begriff „Kaminfeuer“ beschrieben werden, haben sich nicht auffinden lassen. Hierzu ist auch nichts vorgetragen worden. Zudem wird Kaminfeuer wegen der Feinstaubbelastung und der Gefahr des Austretens und Einatmens schädlicher Gase eher als gesundheitsgefährdend eingestuft, was auch vor der Anmeldung der angegriffenen Marke der Fall gewesen ist (Anlagenkonvolut 5):

- „Umwelt+Natur - Die Nebenwirkungen der Gemütlichkeit - ... fanden die Forscher heraus: Offene und geschlossenen Holzöfen sind eine weitere wichtige Quelle von Feinstaub, ... Selbst bei einem gut betriebenen Holzofen müssen wir davon ausgehen, dass die Abgase mindestens genauso gefährlich sind wie bei einem

Dieselfahrzeug. ...“ (22. Januar 2009, <https://www.wissenschaft.de/umwelt-natur/die-nebenwirkungen-der-gemueticlichkeit/>);

- „Kaminrauch und Feinstaubbelastung: Dem Risiko auf der Spur ... Immerhin blasen Kaminöfen seit 2008 mehr Feinstaub in die Luft als Dieselfahrzeuge. ...“ (<https://www.hagebau.at/beratung-offenes-kaminfeuer-und-gesundheit/>);
- „Kaminöfen - Mehr als nur gemütlich ... Klassische offene Kaminfeuer sind nicht mehr Stand der Technik. Sie belasten nicht nur Raumluft und Gesundheit, sondern haben auch einen sehr schlechten Wirkungsgrad. ...“ (27.09.2007, <https://www.test.de/Kaminoefen-Mehr-als-nur-gemueticlich-1577977-2577977/>).

Ein beschreibender oder rein werblicher Bedeutungsgehalt des Markennamens ist für die Waren „*Präparate für die Gesundheitspflege*“ daher nicht erkennbar.

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 eine Richterin oder ein Richter mitgewirkt haben, die von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt waren,
3. einer beteiligten Person das rechtliche Gehör versagt war,

4. eine beteiligte Person im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern sie 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

Kätker

Dr. Rupp-Swienty

ob