



# BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 516/21

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Markenmeldung 30 2020 101 144.6**

hat der 30. Senat (Marken- und Design-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 7. Juli 2022 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Hacker sowie der Richterin Dr. Weitzel und des Richters Merzbach

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Die am 28. Januar 2020 angemeldete Wortmarke

## **NEXT LEVEL**

soll für die Waren

„Klasse 29: Verarbeitetes Obst und Gemüse [einschließlich Nüsse, Hülsenfrüchte] sowie verarbeitete Pilze; Vegetarische und vegane wurstähnliche sowie fleisch-, geflügel- und fischähnliche Produkte; Fleisch-, Geflügel-, Wurst- und Fischersatzprodukte auf Soja- oder Tofubasis; Fleisch-, Geflügel-, Wurst- und Fischersatz auf Gemüsebasis; Fleisch-, Geflügel-, Wurst- und Fischersatzprodukte auf pflanzlicher Basis; Fleisch-, Geflügel-, Wurst- und Fischersatzprodukte auf der Basis von Pilz- oder Bakterienkulturen gewonnenen Eiweißstoffen; Fleisch-, Geflügel-, Wurst- und Fischersatz auf Getreidebasis; vegetarische Brotaufstriche auf der Basis von Hülsenfrüchten, Soja, Tofu, oder anderen pflanzlichen Produkten; Vegetarische Fleischersatzprodukte; vegane Fleischersatzprodukte; Vegetarische Wurstwaren; vegane Wurstwaren; Vegetarische Bratlinge; vegane Bratlinge; geformte texturierte Pflanzenproteine zur Verwendung als Fleischersatz; Vegetarische und vegane Gerichte, hergestellt auf der Basis von Hülsenfrüchten, Soja, Tofu oder anderen pflanzlichen Produkten, auch konserviert, getrocknet, gekocht, in Konserven oder gefroren;

Tofu und Tofuprodukte, auch konserviert, getrocknet, gekocht, in Konserven oder gefroren; Fertiggerichte, Snacks und Desserts [einschließlich Suppen und Brühen]; Suppen und Brühen, hauptsächlich aus pflanzlichen Stoffen bestehend; Fruchtriegel als Snacks; Fruchtschnitten als Snacks; Snacks auf Soja- oder Tofubasis; vorwiegend aus Fleischersatz bestehende Fertiggerichte; vorwiegend aus Geflügelersatz bestehende Fertiggerichte; vorwiegend aus Gemüse bestehende Fertiggerichte; zubereitete Salate; Molkereiprodukte und deren Ersatzprodukte einschließlich Käseersatz, pflanzliche Milch; Getränke als Ersatzmittel für Milch, Sahneersatz, Sauermilchersatz, Joghurtersatz; Eiersatzstoffe; Gallerten und Gelees, Konfitüren, Kompotte, Frucht- und Gemüseaufstriche; Speiseöle und -fette

Klasse 30: Back- und Konditoreiwaren; Gebäck, Kuchen, Torten und Kekse; Teigwaren; Brot; Toastbrote; Brötchen; Baguettes; Brezeln; Pitabrote; Wraps [Sandwich]; Schokolade; Desserts; Eis, Eiscreme, gefrorener Joghurt, Sorbets [einschließlich vegane Eiscreme]; Eiscreme auf Pflanzenbasis; Kaffee, Tee, Kakao und Ersatzstoffe hierfür; Pikante Saucen, Chutneys und Pasten; Vegane Mayonnaise; Vegane Remoulade; Cerealien; Riegel; Energieriegel“

in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Register eingetragen werden.

Nach Beanstandung wegen absoluter Schutzhindernissen nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 u. 2 MarkenG durch Bescheid vom 9. März 2020 hat die mit einem Beamten des gehobenen Dienstes besetzte Markenstelle für Klasse 29 die Anmeldung mit Beschluss vom 8. Januar 2021 zurückgewiesen, weil es der angemeldeten Bezeichnung an der erforderlichen Unterscheidungskraft fehle (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG).

Die angemeldete Wortfolge **NEXT LEVEL** bedeute „nächster Schritt, nächste Stufe“. Mit dieser Bedeutung diene die angemeldete Wortfolge in Zusammenhang mit Waren und Dienstleistungen dazu, die nächsthöhere bzw. nächstbessere Qualitätsstufe dieser Waren und Dienstleistungen zu bezeichnen. Auch die vorliegend beanspruchten Waren könnten zB eine aufgrund ökologischer oder nachhaltiger Anbaumethoden oder Herstellungsverfahren verbesserte Qualität aufweisen. In diesem Sinne werde die angemeldete Marke in Zusammenhang mit den vorliegend relevanten Waren bereits verwendet. Demnach werde die Anmelde­marke **NEXT LEVEL** von den hier angesprochenen Verkehrskreisen als Hinweis auf eine nächsthöhere Qualitäts- oder auch Entwicklungsstufe verstanden und stelle daher eine nicht unterscheidungskräftige Qualitätsbezeichnung dar. Einen Hinweis, der geeignet wäre, das Zeichen einem bestimmten Geschäftsbetrieb zuzuordnen, könne die Marke hingegen nicht vermitteln.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin, mit der sie im Wesentlichen geltend macht, dass die Wortfolge **NEXT LEVEL** dem Verkehr allenfalls aus dem IT- und Computerbereich und dort insbesondere in Zusammenhang mit (Computer-)Spielen bekannt sei, bei denen die Wortfolge auf eine nächste/nächsthöhere Spielebene hinweise, dieser Wortfolge jedoch in Zusammenhang mit den vorliegend beanspruchten Waren aus dem Lebensmittelbereich jedenfalls nicht ohne Auslegung und Interpretation ein beschreibender Aussagegehalt entnommen werden könne. Üblicherweise würden Lebensmittelprodukte zB anhand ihrer Basisinhaltsstoffe bzw. der verwendeten Zutaten oder anhand der Inhaltsstoffe, welche nicht in dem Produkt enthalten sind bezeichnet. **NEXT LEVEL** bezeichne jedoch keine solche Eigenschaften der beanspruchten Waren. Dies gelte selbst dann, wenn man die Wortfolge in dem von der Markenstelle angenommenen Sinne interpretieren würde. Denn die vorliegend relevanten Waren würden weder nach ihrer „Qualitäts- oder Entwicklungsstufe“ beschrieben noch würde der Begriff „Level“ zur Bezeichnung „neuer, kreativer Rezepturen und Zubereitungen“ verwendet.

Das Anmeldezeichen **NEXT LEVEL** beschreibe daher weder eine

Zubereitungsstufe noch werde es als Beschaffenheitshinweis verstanden. Von einem „Level“ in Bezug auf Lebensmittel bzw. deren Zubereitung zu sprechen, sei vielmehr lebensfremd.

Die von der Markenstelle als Beleg für eine beschreibende Verwendung von **NEXT LEVEL** übermittelten Fundstellen seien ungeeignet, da die angemeldete Bezeichnung darin entweder mit erläuternden Zusätzen oder zur Bezeichnung einer pflanzenbasierten Ernährungsweise bzw. chemischer, physischer oder psychischer Reaktionen des Körpers auf gewisse Lebensmittel, nicht jedoch als Beschreibung von Lebensmitteln, verwendet werde.

Bei **NEXT LEVEL** handele es sich auch nicht um einen gängigen Ausdruck der Umgangs- oder Werbesprache, der nur als solcher mit einem bestimmten Sinn- und Bedeutungsgehalt verstanden werde; jedenfalls im Lebensmittelbereich lasse sich eine entsprechende werbesprachliche und/oder beschreibende Verwendung von **NEXT LEVEL** nicht nachweisen; die dazu seitens der Markenstelle herangezogenen Belege seien ausnahmslos auf die Anmelderin zurückzuführen und verdeutlichten damit dessen Eignung als betrieblicher Herkunftshinweis.

Dementsprechend seien auch eine Reihe Marken mit dem Bestandteil **NEXT LEVEL** eingetragen worden.

Der angemeldete Bezeichnung fehle es daher weder an Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) noch stehe ihr ein Freihaltebedürfnis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegen.

Die Anmelderin beantragt,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 29 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 8. Januar 2021 aufzuheben.

Der Senat hat der Anmelderin weitere Rechercheergebnisse zur Verwendung der Wortfolge **NEXT LEVEL** in Zusammenhang mit (veganen) Lebensmitteln übersandt. Die Anmelderin hat mit Schriftsatz vom 24. Juni 2022 beantragt, den Termin zur mündlichen Verhandlung vom 7. Juli 2022, welcher auf den von ihr hilfsweise gestellten Antrag anberaumt worden war, aufzuheben und im schriftlichen Verfahren zu entscheiden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Denn der angemeldeten Marke fehlt es in Bezug auf die beanspruchten Waren an Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr 1 MarkenG. Die Markenstelle hat die Anmeldung daher zu Recht zurückgewiesen (§ 37 Abs. 1 MarkenG).

1. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG schließt von der Eintragung als Marke Zeichen aus, denen für die in der Anmeldung beanspruchten Waren und Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft fehlt. Unterscheidungskraft ist die einem Zeichen zukommende Eignung, die von der Anmeldung erfassten Waren bzw. Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und so diese Waren und Dienstleistungen von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. u. a. EuGH MarkenR 2012, 304 Rn. 23 – Smart Technologies/HABM [WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH]; GRUR 2010, 228 Rn. 33 – Audi AG/HABM [Vorsprung durch Technik]; BGH GRUR 2018, 932 Rn. 7 – #darferdas? I; GRUR 2018, 301 Rn. 11 – Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR 2016, 934 Rn. 9 – OUI; GRUR 2014, 569 Rn. 10 – HOT; GRUR 2013, 731 Rn. 11 – Kaleido; GRUR 2012, 1143 Rn. 7 – Starsat). Denn die Hauptfunktion einer Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten (EuGH GRUR 2008, 608 Rn. 66 Eurohypo AG/HABM [EUROHYPO]; GRUR 2006, 229 Rn. 27 – BioID AG/HABM [BioID]; BGH GRUR 2016, 934 Rn. 9 – OUI; GRUR 2014, 565 Rn. 12 – smartbook).

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 GRUR 2018, 301 Rn. 11 – Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR 2016, 934 Rn. 9 – OUI).

Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft zum relevanten Anmeldezeitpunkt (BGH GRUR 2013, 1143 Rn. 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 2019, 1194 Rn. 20 – AS/DPMA [#darferdas?]; GRUR 2008, 608 Rn. 67 – Eurohypo AG/HABM [EUROHYPO]; GRUR 2006, 411 Rn. 24 – Matratzen Concord AG/Hukla Germany SA [MATRATZEN]; BGH GRUR 2014, 376 Rn. 11 – grill meister).

Keine Unterscheidungskraft besitzen insbesondere Zeichen, die einen beschreibenden Begriffsinhalt aufweisen, der für die in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen ohne Weiteres und ohne Unklarheiten als solcher erfasst wird (EuGH GRUR 2004, 674 Rn. 86 – Koninklijke KPN Nederland NV/Benelux-Merkenbureau [Postkantoor]; BGH GRUR 2018, 932 Rn. 8 – #darferdas? I). Auch Angaben, die sich auf Umstände beziehen, die die Ware oder die Dienstleistung selbst nicht unmittelbar betreffen, fehlt die Unterscheidungskraft, wenn durch die Angabe ein enger beschreibender Bezug zu den angemeldeten Waren oder Dienstleistungen hergestellt wird und deshalb die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Verkehr den beschreibenden Begriffsinhalt als solchen ohne Weiteres und ohne Unklarheiten erfasst und in der Bezeichnung nicht ein Unterscheidungsmittel für die Herkunft der angemeldeten Waren oder Dienstleistungen sieht (BGH GRUR 2018, 301 Rn. 15 – Pippi-Langstrumpf-Marke;

GRUR 2014, 569 Rn. 10 – HOT; GRUR 2012, 1143 Rn. 9 – Starsat; GRUR 2009, 952 Rn. 10 – DeutschlandCard).

2. Ausgehend von den vorgenannten Grundsätzen weist die angemeldete Marke **NEXT LEVEL** in Bezug auf die beanspruchten Waren keine Unterscheidungskraft i.S.d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG auf.

a. Dabei kann letztlich offen bleiben, ob es – wie die Anmelderin geltend macht - einiger gedanklicher Überlegungen und Zwischenschritte bedarf, um die aus gängigen Wörtern der englischen Sprache gebildete Wortfolge **NEXT LEVEL** auf Grundlage ihrer wortsinngemäßen und dem Verkehr ohne weiteres verständlichen Bedeutung „nächste (höhere) Stufe/Ebene“ (vgl. dazu BPatG 26 W (pat) 33/11 – Packaging .Next level, veröffentlicht in PAVIS PROMA) bereits aus sich heraus in Zusammenhang mit Lebensmitteln als Hinweis auf eine „nächsthöhere bzw. nächstbessere Qualitätsstufe“ zu verstehen (bejahend in Bezug auf Waren der Klassen 9 und 16 sowie verschiedene Dienstleistungen BPatG 33 W (pat) 143/00 – Next Level, veröffentlicht in PAVIS PROMA).

b. Denn jedenfalls belegen einige der seitens der Markenstelle ermittelten und der Anmelderin mit dem Beanstandungsbescheid übersandten Fundstellen sowie vor allem die der Anmelderin mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung übermittelte ergänzende Recherche des Senats, dass die Wortfolge **NEXT LEVEL** auf Grundlage ihrer wortsinngemäßen Bedeutung „nächste (höhere) Ebene“ auch bereits zum Zeitpunkt der Anmeldung in Zusammenhang mit Produkten aus dem Lebensmittelbereich dazu verwendet wurde, um auf eine aufgrund ökologischer oder nachhaltiger Anbaumethoden oder Herstellungsverfahren bzw. neuer, kreativer Rezepturen und Zubereitungsmethoden fortentwickelte, ausgewogene Ernährung „auf einem nächsten (höheren) Level“ hinzuweisen und dabei insbesondere vegane, d.h. aus pflanzlichen Stoffen hergestellte Lebensmittelprodukte, die als Ersatz für Fleisch angeboten werden, sowie proteinhaltige Nahrungs(ergänzungs)mittel und – getränke gegenüber herkömmlichen Lebens- und Nahrungsmitteln als qualitativ weiterentwickelte, innovative und damit gleichsam auf eine „nächste (höhere) Ebene“ gebrachte Produkte in werblich-anpreisender Form hervorzuheben.

Verwiesen werden kann dazu zunächst auf die seitens der Markenstelle ermittelte, nicht auf die Anmelderin zurückzuführende und zeitlich vor Anmeldung der Marke veröffentlichte und im angefochtenen Beschluss benannte Fundstelle <https://heavenlynnhealthy.de/next-level-ofengemuese-mit-chimichurri-welche-lebensmittel-gegen-muedigkeit-helfen/> vom 6. März 2019, wie unter der Überschrift „NEXT-LEVEL OFENGEMÜSE MIT CHIMICHURRI & WELCHE LEBENSMITTEL GEGEN MÜDIGKEIT HELFEN“ u.a. ausgeführt wird: „Heute geht die Fenchelreise weiter: mit einem Ofengemüse, das wirklich „Next-Level“ ist.“, weiterhin auf den unter dem 31. August 2016 im Internet auf der Seite <https://www.estrategymagazin.de/e-commerce/artikel/think-tank-denkfabrik-next-generation-food-001120.html> veröffentlichten Artikel „Think Tank. Denkfabrik. NEXT GENERATION FOOD“, in welchem ein Absatz mit der Überschrift „FOOD COMMERCE – Bring Food to the next level“ versehen ist, sowie weiterhin auf die seit dem 24. Januar 2018 abrufbare Internet-Seite <https://www.gymondo.com/magazin/de/neu-bei-gymondo/food-trends-2018>, auf der es unter der Überschrift „Food Trends 2018 - die musst Du kennen!“ zu Ziff. 1 u.a. heisst „Plant based – next level“. Zu der letztgenannten Fundstelle hat die Anmelderin auf Seite 4 ihrer Beschwerdebegründung (Bl. 26 dA) selbst ausgeführt, dass **NEXT LEVEL** darin der Bezeichnung einer pflanzenbasierten (veganen) Ernährungsweise diene.

Ein entsprechender Sprachgebrauch zum Zeitpunkt der Anmeldung wird weiterhin durch die der Anmelderin mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung übermittelten Fundstelle <https://baketotheroots.de/halloumi-burger-mit-gegrilltem-gemuese-und-brava-sosse/> vom 27. August 2019 belegt, wo in Zusammenhang mit einem Rezept für einen veganen Burger ausgeführt wird: „Für einen richtigen „Burger Day“ erwarten die meisten wohl einen ordentlichen Burger mit einem schönen, gegrillten Fleischpatty auf dem Teller. So einen hatten wir bei uns allerdings schon eine ganze Weile nicht mehr. Wir essen mittlerweile lieber die veganisierte Version davon – incredible, impossible, wonder, next level und wie sie nicht alle heißen ....“; ferner durch die seit dem 15. Oktober 2018 abrufbare Webseite

[this.org/herbstsalat-mit-next-level-walnuss-miso-dressing/](https://justinekeptcalmandwentvegan.com/2019/09/kuerbis-rezepte-vegan/) zu einem „Herbstsalat mit Next Level Walnuss-Miso-Dressing“. Als weitere Fundstelle kann die seit dem 30. September 2019 in das Internet eingestellte Webseite <https://justinekeptcalmandwentvegan.com/2019/09/kuerbis-rezepte-vegan/> herangezogen werden, auf welcher es zu einem Rezept für ein „Kürbis-Kartoffel-Gnocchi mit gerösteten Sonnenblumenkernen und Spinat“ u.a heisst: „Es geht einfach nichts über selbst gemachte Gnocchi. Die Kartoffelvariante allein ist schon der Knüller. Verfeinert mit Kürbis sind es dann sozusagen Next Level Gnocchi.“

Es handelt sich daher bei **NEXT LEVEL** um einen bereits zum Zeitpunkt der Anmeldung gängigen und gebräuchlichen Begriff zur Bezeichnung einer pflanzenbasierten (veganen) Ernährungsweise oder auch einfach neuer, kreativer Rezepturen und Zubereitungsmethoden.

c. Die Bezeichnung **NEXT LEVEL** wird daher vom Verkehr in Zusammenhang mit den beanspruchten Waren, welche ausnahmslos Lebensmittel betreffen und Bestandteil einer veganen Ernährung sein können, auch ohne einen erläuternden bzw. die Wortfolge vervollständigenden Zusatz wie zB „NEXT-LEVEL-FOODS“ lediglich als schlagwortartiger Hinweis darauf verstanden, dass es sich bei diesen um innovative vegetarische/ (vegane) bzw. unter (ernährungs)wissenschaftlichen Gesichtspunkten fortentwickelte, auf eine „nächste (höhere) Ebene“ gebrachte Produkte handelt bzw. die betreffenden Produkte für eine innovative, auf „nächster (höherer) Ebene“ angesiedelte vegetarische/ (vegane) Ernährung geeignet sind bzw. einer solchen Ernährungsweise dienen können.

Die Bezeichnung **NEXT LEVEL** erschöpft sich damit in Zusammenhang mit den vorliegend beanspruchten Waren in einer die Beschaffenheit der Produkte schlagwortartig bezeichnenden Sachangabe, welcher der Verkehr keinen betrieblichen Herkunftshinweis entnehmen wird.

3. Die angemeldete Marke ist damit nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG von der Eintragung ausgeschlossen, so dass die Beschwerde zurückzuweisen war.

### III.

#### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Beschluss steht der Anmelderin das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. 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, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich einzulegen.

Dr. Hacker

Merzbach

Dr. Weitzel