



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 71/21

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2019 009 688.2

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 19. August 2022 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Kortbein, der Richterin Dr. Rupp-Swienty, LL.M., sowie des Richters kraft Auftrags Staats, LL.M.Eur., beschlossen:

Auf die Beschwerde der Anmelderin werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 13. Juli 2020 und vom 21. Oktober 2021 aufgehoben.

Gründe

I.

Das Wortzeichen

LOVE AND CARE MIX

ist am 23. April 2019 zur Eintragung als Wortmarke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Register für die nachfolgenden 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;

Klasse 30: Aromastoffe [pflanzliche], für Getränke, ausgenommen ätherische Öle; Backpulver; Backwaren [fein]; Biskuits; Bonbons; Brauselutscher; Brioches [Gebäck]; Brot; Brötchen; Butterkekse; Cornflakes; diätetische Nahrungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Kohlenhydraten, unter der Beigabe von Ballaststoffen, Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 30 enthalten; Eiscreme; Eistee; Erdnusskonfekt; Fondants [Konfekt]; Fruchtgummi; Fruchtsaucen; Gebäck; Geleefrüchte [Süßwaren]; Getränke auf der Basis von Tee; Grütze für Nahrungszwecke; Gewürze; Honig; Joghurteis [Speiseeis]; Kaffee; Kakao; Kakaoerzeugnisse; Kakaogetränke; Kandiszucker für Speisezwecke; Karamellen; Kaugummi [nicht für medizinische Zwecke]; Kekse; Kleingebäck; Konditorwaren; Konfekt;

Kracker [Gebäck]; Kuchen; Kuchenmischungen [pulverförmig]; Lakritz [Süßwaren]; Lakritzenstangen [Süßwaren]; Lebkuchen; Lutscher; Makronen [Gebäck]; Maltose; Mandelkonfekt; Marzipan; Milchsokolade [Getränk]; Pastillen [Süßwaren]; Petits Fours [Gebäck]; Pfefferminz für Konfekt; Pudding; Puffmais; Schleckbrause [Süßwaren]; Schokolade; Schokoladetränke; Sorbets [Speiseeis]; Speiseeis; Süßwaren; Schaumgummi [Süßwaren]; Traubenzucker (für Nahrungszwecke) sowohl lose als auch als Komprimat; Waffeln; Weingummi; Zuckermandeln; Zuckerwaren; Zuckerwaren als Christbaumschmuck; Zwieback; Brausepulver [Süßwaren]; Brausepulvermischungen; Puffreis; Puffreis-Kugeln mit Brausebezug; Puffreis-Kugeln mit Brausepulverbezug;

Klasse 32: Brausegranulat (für Getränke); Brausekomprimat (für Getränke); Brausepulver (für Getränke).

Mit Beschluss vom 13. Juli 2020 hat die Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts die Anmeldung vollumfänglich wegen fehlender Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zurückgewiesen. Die dagegen eingelegte Erinnerung wurde mit Beschluss vom 21. Oktober 2021 zurückgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt, das Zeichen bestehe aus den englischen Wörtern „LOVE AND“ für „Liebe und“, „CARE“ für „Sorgfalt, Fürsorge Pflege“ und „MIX“ für „Mischung, Gemisch“, so dass der Wortzusammenstellung in ihrer Gesamtheit die Bedeutung „Liebe und Fürsorge Mischung“ zukomme. In Verbindung mit den beanspruchten Waren vermittele sie eine herkunftsneutrale werblich-anpreisende Sachaussage mit der synonymen Bedeutung „Mit Liebe und Sorgfalt hergestelltes Angebot einer (speziellen) Mischung an Produkten bzw. Produktmischung, die von den Kunden sehr geliebt und geschätzt wird und für das Wohlbefinden wie für die (gesundheitliche) Fürsorge und Pflege sorgen

kann“ (Beschluss vom 13. Juli 2020) bzw. den werblich anpreisenden Hinweis darauf, dass die Mischungen mit Liebe und Sorgfalt zusammengestellt seien und/oder der Verzehr dieser Produkte dem Konsumierenden ein Gefühl der Liebe und Fürsorge vermittele (Beschluss vom 21. Oktober 2021). Dies liege vor allem für die in Klasse 30 angebotenen Süßwaren auf der Hand, die regelmäßig in Mischpackungen angeboten würden. Andererseits seien Produktmischungen der Waren selbst vorstellbar, die vor allem bei den Lebensmitteln nahegelegt seien, die selbst aus Mischungen bestehen könnten, wie etwa Kaffee, Kakao, Maltose und Ähnliches. Ebenso könne das Warenangebot eine Produktmischung oder Vielfalt verkörpern, die von den Kunden sehr geliebt sowie geschätzt werde und - auch unter pflegerischen oder gesundheitlichen Aspekten - für das persönliche Wohlbefinden sorgen könne.

Damit handele es sich im Zusammenhang mit den beanspruchten Lebens- und Nahrungsergänzungsmitteln um eine aus sich heraus verständliche Bezeichnung eines mit Liebe und Sorgfalt zusammengestellten Produktangebots, das aus verschiedenen Lebensmitteln in einem gemeinsamen Angebotspaket bestehe oder um eine Mischung der jeweiligen Ware selbst, deren Verzehr darüber hinaus positive Emotionen hervorrufen solle. Insoweit sei sie ein Hinweis auf eine Verkaufs- oder Angebotsmodalität oder auf die Beschaffenheit bzw. den Zweck der Waren selbst. Der Umstand, dass dem Bestandteil „Care“ eine gewisse Vagheit anhafte, ändere nichts daran, dass es gerade im Hinblick auf die beanspruchten Waren einen sinnvollen und beschreibenden Bedeutungszusammenhang gebe. Denn von einem beschreibenden Begriff könne auch dann ausgegangen werden, wenn ein Zeichenwort verschiedene Bedeutungen habe, sein Inhalt vage sei oder nur eine der möglichen Bedeutungen die Waren beschreibe. Inwieweit die angemeldete Bezeichnung darüber hinaus einem Freihaltebedürfnis unterliege, könne dahingestellt bleiben.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin, mit der sie sinngemäß beantragt,

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 13. Juli 2020 und vom 21. Oktober 2021 aufzuheben.

Zur Begründung ihrer Beschwerde verweist sie insbesondere auf ihren Schriftsatz vom 16. November 2020, mit dem sie ihre Erinnerung vor dem Deutschen Patent- und Markenamt begründet. Darin führt sie u. a. aus, dass mehrere gedankliche Zwischenschritte vorgenommen werden müssten, um mit dem Deutschen Patent- und Markenamt das Zeichen „LOVE AND CARE MIX“ als schutzunfähig ansehen zu können. Aufgrund seiner Kürze, Originalität, Interpretationsbedürftigkeit und Mehrdeutigkeit sei der Slogan als Marke einzutragen. In mehreren ähnlichen Konstellationen habe das Bundespatentgericht die Amtsentscheidung aufgehoben und die betreffende Markenmeldung zur Eintragung zugelassen. Das Deutsche Patent- und Markenamt habe aufgrund bloßer Vermutungen zur möglichen Waren- und Kennzeichenverwendung die Unterscheidungskraft verneint. Das lasse sich mit der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht mehr vereinbaren (unter Verweis auf BGH GRUR 2020, 411 - #darferdas? II). Vielmehr seien sämtliche wahrscheinlichen Verwendungsarten bei der Prüfung der Unterscheidungskraft zu berücksichtigen.

Mit schriftlichem Hinweis vom 24. Juni 2022 hat der Senat der Anmelderin mitgeteilt, dass nach seiner Auffassung dem angemeldeten Wortzeichen „LOVE AND CARE MIX“ in Bezug auf die beanspruchten Waren der Klasse 5 die erforderliche Unterscheidungskraft fehle, die Bezeichnung im Zusammenhang mit den Waren der Klassen 30 und 32 jedoch schutzfähig sei.

Hierauf teilte die Anmelderin mit Schriftsatz vom 28. Juli 2022, eingegangen beim Bundespatentgericht am selben Tag, unter Verweis auf die beigefügte Erklärung gegenüber dem Deutschen Patent- und Markenamt mit, dass die Anmeldung hinsichtlich der Waren der Klasse 5 zurückgenommen worden sei. Diese Änderung ist zwischenzeitlich im Markenregister vollzogen worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die vorgenannten Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts, auf die Schriftsätze der Anmelderin, den schriftlichen Hinweis des Senats vom 24. Juni 2022 nebst der ihm beigefügten Rechercheergebnisse und den weiteren Akteninhalt Bezug genommen.

II.

1. Die gemäß § 66 Abs. 1 Satz 1 MarkenG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat nach der teilweisen Rücknahme der Anmeldung für die ursprünglich beanspruchten Waren der Klasse 5 in der Sache in vollem Umfang Erfolg. In Verbindung mit den weiterhin beanspruchten Waren der Klassen 30 und 32 vermag der Senat kein Schutzhindernis zu erkennen, so dass die angefochtenen Beschlüsse aufzuheben waren.

2. Die Anmelderin hat nach dem Senatsschreiben vom 24. Juni 2022 die Anmeldung teilweise durch Eingabe vom 28. Juli 2022 gegenüber dem Deutschen Patent- und Markenamt zurückgenommen, soweit mit ihr auch die Eintragung des Zeichens „LOVE AND CARE MIX“ für Waren der Klasse 5 beansprucht worden war. Zwar ist die Anmeldung durch Erklärung gegenüber derjenigen Instanz zurückzunehmen, bei der das Verfahren anhängig ist (vgl. BeckOK MarkenR, 30. Ed. vom 1. Juli 2022, MarkenG, § 39 Rn. 2; Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Auflage, § 39 Rn. 1 unter Verweis auf BGH GRUR 2011, 1052 Rn. 3 - Telefonsystem). Doch genügt hierfür nach letztgenannter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die

Übermittlung einer Kopie der Rücknahmeerklärung gegenüber dem Deutschen Patent- und Markenamt mit einer entsprechenden Begleitmitteilung an das Bundespatentgericht.

3. Für die noch beschwerdegegenständlichen Waren weist die angemeldete Bezeichnung „LOVE AND CARE MIX“ die erforderliche Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG auf.

a) Bei Letztgenannter handelt es sich um 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 Rn. 18 - FUSSBALL WM 2006; GRUR 2018, 301 Rn. 11 - Pippi Langstrumpf). Auch das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft ist im Lichte des zugrundeliegenden 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).

Keine Unterscheidungskraft besitzen insbesondere Bezeichnungen, denen der Verkehr im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnet (vgl. BGH GRUR 2006, 850 Rn. 19 - FUSSBALL WM 2006; EuGH GRUR 2004, 674 Rn. 86 - Postkantoor), oder sonst gebräuchliche Wörter der deutschen oder einer bekannten Fremdsprache, die – etwa auch wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung – stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werden (vgl. BGH, a. a. O. - Link economy; GRUR 2009, 778 Rn. 11 - Willkommen im Leben; GRUR 2010, 640 Rn. 13 - hey!). Darüber hinaus fehlt die Unterscheidungskraft aber auch solchen Angaben, die sich auf Umstände beziehen, welche die beanspruchten Produkte zwar nicht unmittelbar betreffen, durch die aber ein enger beschreibender Bezug zu ihnen hergestellt wird (vgl. BGH, a. a. O. – FUSSBALL WM 2006).

b) Bei den englischen Wörtern „Love“ für „Liebe“ und „Care“ für „Pflege“, „Sorge“ bzw. „Sorgfalt“ handelt es sich um in der Werbung für allerlei Waren nahezu unbegrenzt einsetzbare, auf die persönliche sowie emotionale Ebene Bezug nehmende und vielfach bereits verwendete Werbebegriffe. Zusammen mit dem englischen bzw. deutschen Wort „Mix“ im Sinne von Mischung vermittelt das Anmeldezeichen insgesamt die Bedeutung „Liebe und Pflege Mischung“ oder „Mischung aus Liebe und Pflege“. Der von der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts zugrunde gelegte Sinngehalt „Mit Liebe und Sorgfalt hergestelltes Angebot einer (speziellen) Mischung an Produkten bzw. Produktmischung, die von den Kunden sehr geliebt und geschätzt wird und für das Wohlbefinden wie für die (gesundheitliche) Fürsorge und Pflege sorgen kann“, „mit Liebe und Sorgfalt zusammengestellte Mischungen“ bzw. „Vermittlung eines Gefühls der Liebe und Fürsorge beim Verzehr dieser Produkte“ geht über die

Grundbedeutung der Wortfolge „LOVE AND CARE MIX“ deutlich hinaus. Bei dem Wort „Mix“ handelt es sich regelmäßig um einen Hinweis auf die Darbietungsform von Waren im Sinne einer Mischung (= Zusammenstellung) verschiedener Sorten bzw. Arten der Ware, verschiedener Geschmacksrichtungen oder unterschiedlicher Warengestaltungen. Ihm wird häufig ein Substantiv oder Adjektiv vorangestellt, um die besonderen Eigenschaften der Mischung zu erläutern. Ohne weitere Angaben wie vorliegend beziehen sich diese Zusätze auf die Mischung selbst und nicht – wie von der Markenstelle angenommen – auf die Art und Weise ihrer Herstellung oder auf ihre Beliebtheit beim bzw. ihre Auswirkungen auf den Kunden.

c) In der Rechtsprechung sind bereits zahlreiche Zusammensetzungen mit dem Bestandteil „Mix“ für schutzunfähig erachtet worden, so etwa Basic Mix, CoolMix, Crunch Mix, Ecomix, Fun Mix, JELLYMIX, MULTI MIX oder PREMIX. Auf die in der Anlage 2 zum Senatsschreiben vom 24. Juni 2022 übermittelten Auszüge aus der Entscheidungsdatenbank Pavis Proma wird hierbei Bezug genommen. In die eben genannten Begriffsbildungen reiht sich die angemeldete Bezeichnung zwar ein. Allerdings vermittelt sie in ihrer Bedeutung „Liebe und Pflege Mischung“ oder „Mischung aus Liebe und Pflege“ keine Sachaussage in Verbindung mit den verbliebenen Waren der

Klasse 30: Aromastoffe [pflanzliche], für Getränke, ausgenommen ätherische Öle; Backpulver; Backwaren [fein]; Biskuits; Bonbons; Brauselutscher; Brioches [Gebäck]; Brot; Brötchen; Butterkekse; Cornflakes; diätetische Nahrungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Kohlenhydraten, unter der Beigabe von Ballaststoffen, Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 30 enthalten; Eiscreme; Eistee; Erdnusskonfekt; Fondants [Konfekt]; Fruchtgummi; Fruchtsaucen; Gebäck; Geleefrüchte [Süßwaren]; Getränke

auf der Basis von Tee; Grütze für Nahrungszwecke; Gewürze; Honig; Joghurteis [Speiseeis]; Kaffee; Kakao; Kakaoerzeugnisse; Kakaogetränke; Kandiszucker für Speisezwecke; Karamellen; Kaugummi [nicht für medizinische Zwecke]; Kekse; Kleingebäck; Konditorwaren; Konfekt; Kracker [Gebäck]; Kuchen; Kuchenmischungen [pulverförmig]; Lakritz [Süßwaren]; Lakritzenstangen [Süßwaren]; Lebkuchen; Lutscher; Makronen [Gebäck]; Maltose; Mandelkonfekt; Marzipan; Milchschokolade [Getränk]; Pastillen [Süßwaren]; Petits Fours [Gebäck]; Pfefferminz für Konfekt; Pudding; Puffmais; Schleckbrause [Süßwaren]; Schokolade; Schokoladetränke; Sorbets [Speiseeis]; Speiseeis; Süßwaren; Schaumgummi [Süßwaren]; Traubenzucker (für Nahrungszwecke) sowohl lose als auch als Komprimat; Waffeln; Weingummi; Zuckermanteln; Zuckerwaren; Zuckerwaren als Christbaumschmuck; Zwieback; Brausepulver [Süßwaren]; Brausepulvermischungen; Puffreis; Puffreis-Kugeln mit Brausebezug; Puffreis-Kugeln mit Brausepulverbezug,

und

Klasse 32: Brausegranulat (für Getränke); Brausekomprimat (für Getränke); Brausepulver (für Getränke).

Sie dienen als Lebensmittel primär nicht der Pflege oder der Fürsorge, sondern der Ernährung. Insofern weist insbesondere der Zeichenbestandteil „CARE“ keinen sachlichen Bezug zu ihnen auf. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass die besagten Waren einer kranken oder pflegebedürftigen Person als Nahrung gereicht werden. Diese Möglichkeit ihrer Verwendung charakterisiert sie jedoch nicht. Auch die Recherchen des Senats haben keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die

Waren vorrangig zum Zwecke der Pflege, Sorge oder Heilung eingesetzt werden. Somit ist von ihrer Grundfunktion, nämlich der Ernährung von Menschen allgemein auszugehen. Hinzu kommt, dass die in Rede stehende Gesamtkombination mit ihrer Bedeutung „Liebe und Sorge/Fürsorge/Pflege-Mix“ einen noch weiteren sachlichen Abstand zu den gegenständlichen Waren aufweist, zumal sie von ihrer Grundfunktion keinen Zusammenhang mit Liebe aufweisen.

Des Weiteren konnte nicht festgestellt werden, dass die Wortfolge „LOVE AND CARE“ rein werblich im Sinne von „Liebe und Pflege/Sorge/Fürsorge“ oder „wir lieben und kümmern uns um die oder mit Hilfe der angebotenen Waren“ verwendet wird. Gerade im Bereich der hier einschlägigen Süßwaren und Getränkezusätze ist davon auszugehen, dass dieses Begriffsverständnis den angesprochenen Durchschnittsverbrauchern eher fernliegt (vgl. auch Anlagen 4 und 5 zum Senatsschreiben vom 24. Juni 2022).

Die Interpretationsvarianten der Markenstelle erfordern – wie bereits ausgeführt – weitere und damit unzulässige Gedankenschritte, so dass auf sie im Rahmen der Beurteilung der Schutzzfähigkeit des Gesamtzeichens nicht abgestellt werden kann. Zudem weisen sie auf Umstände hin, die sich in Verbindung mit den konkret beanspruchten, dem Niedrigpreissektor angehörenden Waren des täglichen Bedarfs zum Zwecke ihrer Anpreisung nicht aufdrängen.

4. Mangels eines beschreibenden Sinngehalts ist auch ein Freihaltebedürfnis gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zu verneinen. Weitere Schutzhindernisse sind nicht verfahrensgegenständlich und erkennbar.