



# BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 7/23

---

**(AktENZEICHEN)**

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Markenmeldung 30 2022 214 498.4**

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 8. Januar 2024 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Kortbein, der Richterin Dr. Rupp-Swienty, LL.M., sowie der Richterin am Landgericht Butscher

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## Gründe

### I.

Das Zeichen

#### **Schneegestöber**

ist am 14. April 2022 zur Eintragung als Wortmarke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Register für die nachfolgenden Waren angemeldet worden:

Klasse 30:

Pralinen aus Schokolade; Vanillesoßen; Schokoladensoßen; Schokolade; Fruchtsoßen; Soßen für Eiscreme; Eis, Eiscreme, gefrorener Joghurt, Sorbets;

Klasse 32:

Alkoholfreie Getränke;

Klasse 33:

Alkoholische Getränke, ausgenommen Bier.

Mit Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamtes, Markenstelle für Klasse 30, vom 7. Dezember 2022, besetzt mit einer Beamtin des höheren Dienstes, ist die Anmeldung gemäß § 37 Abs. 1 und Abs. 5 MarkenG mit Ausnahme der Waren „Pralinen aus Schokolade“ wegen Fehlens der Unterscheidungskraft zurückgewiesen worden. Zur Begründung wird ausgeführt, der angesprochene inländische Verkehr habe das gegenständliche Zeichen schon zum Anmeldezeitpunkt nur als beschreibendes Schlagwort, nicht dagegen als betrieblichen Herkunftshinweis aufgefasst. Der Begriff „Schneegestöber“ sei lexikalisch nachweisbar und bezeichne einen von heftigem Wind verwirbelten starken Schneefall bzw. die durch starken Wind, Luftsog oder starke Erschütterung verursachte lokale Häufung aufwirbelnder Schneeflocken in der Luft, wie sie hinter einem großen Fahrzeug oder bei einem Lawinenabgang auftreten könnten. Merkmal eines Schneegestöbers sei das heftige

Durcheinanderwirbeln von fallenden Schneeflocken. Im Lebensmittel- und Getränkebereich seien bereits vor dem Anmeldezeitpunkt mit dem Begriff „Schneegestöber“ Speisen und Getränke benannt worden, die durch ihre Beschaffenheit äußerlich durch Wind verwirbeltem Schnee gleichen würden. Dies beruhe insbesondere auf der Hinzufügung von Eischnee oder anderen weißen bzw. weiß-gelblichen Bestandteilen, wie Sahne, Quark, Joghurt, Mascarpone oder Eierlikör. Im maßgeblichen Warenbereich sei es zudem üblich, spezielle auf die Jahreszeit abgestimmte Produkte anzubieten, so dass dem Verkehr im Winter häufig schlagwortartige Produktbezeichnungen mit den Elementen „Winter-“, „Schnee-“ oder „Glüh-“ begegneten, die auf die Geeignetheit des Verzehrs in der kalten Jahreszeit hindeuteten. Die beanspruchten Waren „Alkoholfreie Getränke“ und „Alkoholische Getränke, ausgenommen Bier“ könnten durch entsprechende Zubereitung oder die Verwendung bestimmter Zutaten äußerlich wie ein „Schneegestöber“ erscheinen oder als Inhaltsstoffe von „Schneegestöber“-Getränken (z. B. Eierlikör, Sekt) eingesetzt werden. Auch in Verbindung mit den beanspruchten Waren der Klasse 30 - mit Ausnahme von „Pralinen aus Schokolade“ - vermittele das Anmeldezeichen einen sofort erkennbaren Aussagegehalt. Zwar habe nicht festgestellt werden können, dass sie selbst mit „Schneegestöber“ bezeichnet werden. Jedoch könnten die Waren für die Herstellung und Zubereitung von „Schneegestöber“-Speisen bzw. „-Getränken“ bestimmt sein.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin vom 2. Januar 2023. Zu ihrer Begründung trägt sie vor, das Anmeldezeichen weise keinen beschreibenden Bezug zu den von der Zurückweisung der Anmeldung umfassten Waren auf. Zwar bezeichne der Begriff „Schneegestöber“ bestimmte Süßspeisen, die aus Sahne, Himbeeren sowie kleinen Baisers bestünden und daher einem Schneegestöber ähnelten. In Verbindung mit den beanspruchten Waren „Alkoholische Getränke“ komme ihm aber Kennzeichnungskraft zu, zumal er nicht geeignet sei, diese zu beschreiben. Es existierten andere Wortmarken mit dem Bestandteil „Schnee“ bzw. „Snow“, denen Schutz für Waren der Klasse 33 gewährt worden sei. Auch Namen von Dessert- oder Kuchenklassikern seien bereits für alkoholische Getränke eingetragen worden. Die Markenstelle habe keinen Nachweis geliefert, dass die Bezeichnung „Schneegestöber“ zur Beschreibung alkoholischer Getränke verwendet werde. Wenn in einem einzigen Eintrag im Internet der Begriff „Schneegestöber“ in Verbindung mit

einem Cocktail verwendet werde, sei dies kein Indiz dafür, dass es sich hierbei um eine gängige Bezeichnung handele. Er bestehe ausweislich des veröffentlichten Rezepts aus Eierlikör, Tonic, Amaretto und Grenadinesirup. Diese Mischung und ein Schneegestöber seien aber nicht ähnlich.

Die Beschwerdeführerin beantragt sinngemäß,

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts, Markenstelle für Klasse 30, vom 7. Dezember 2022 aufzuheben.

Mit schriftlichem Hinweis vom 6. Juli 2023 hat der Senat der Anmelderin mitgeteilt, dass nach seiner vorläufigen Auffassung dem angemeldeten Wortzeichen in Verbindung mit den gegenständlichen Waren die erforderliche Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG fehle.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angegriffenen Beschluss, den schriftlichen Hinweis des Senats vom 6. Juli 2023 nebst der ihm beigefügten Rechercheergebnisse und den weiteren Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Die gemäß § 66 Abs. 1 Satz 1 MarkenG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg. Der Eintragung des angemeldeten Wortzeichens

### **Schneegestöber**

als Marke steht in Verbindung mit den beschwerdegegenständlichen Waren das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen. Die Markenstelle hat die Anmeldung daher zu Recht zurückgewiesen (§ 37 Abs. 1 und Abs. 5 MarkenG).

1. Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist 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 2010, 1100 Rn. 10 - TOOOR!; 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, die - etwa auch wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung - stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werden (vgl. BGH GRUR 2009, 778 Rn. 11 - Willkommen im Leben; GRUR 2010, 640 Rn. 13 - hey!). Darüber hinaus fehlt die Unterscheidungskraft u. a. 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 dem betreffenden Produkt hergestellt wird (vgl. BGH GRUR 2006, 850 Rn. 19 - FUSSBALL WM 2006).

Zumindest unter Zugrundelegung des letztgenannten Gesichtspunkts fehlt der angemeldeten Bezeichnung im Zusammenhang mit den beschwerdegegenständlichen Waren, die sich sowohl an den Fachverkehr als auch an die allgemeinen Verbraucher im Inland wenden, die Unterscheidungskraft.

2. Das angemeldete, lexikalisch nachweisbare Kompositum setzt sich aus den Nomen „Schnee“ sowie „Gestöber“ zusammen und beschreibt dicht fallende, wirbelnde Schneeflocken bei heftigem Wind (vgl. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 3. Auflage, Seite 1342). Mit ihm werden darüber hinaus bestimmte Süßspeisen bezeichnet (vgl. Online-Enzyklopädie „Wikipedia“ unter „<https://de.wikipedia.org/wiki/Schneegestöber>“). Dieser Bedeutung ist auch die Anmelderin nicht entgegengetreten. Vielmehr hat sie die Zutaten der Süßspeise „Schneegestöber“ wie folgt angegeben: Sahne, Himbeeren und kleine Baisers.

3. Davon ausgehend weist das Anmeldezeichen zu allen von der Zurückweisung betroffenen Waren zumindest einen engen sachlichen Bezug auf:

a) Die Waren der Klasse 30

„Vanillesoßen; Schokoladensoßen; Schokolade; Fruchtsoßen; Soßen für Eiscreme; Eis, Eiscreme, gefrorener Joghurt, Sorbets“

können Zutaten sein, aus denen die Süßspeise „Schneegestöber“ hergestellt wird. Wie sich den Rechercheunterlagen der Markenstelle entnehmen lässt, gibt es verschiedene Rezepte im Internet, nach denen nicht nur Sahne, Himbeeren und Baisers, sondern auch andere Bestandteile wie Quark, Joghurt und Mascarpone für die Zubereitung Verwendung finden. Selbst wenn die beanspruchten Produkte „Vanillesoßen; Schokoladensoßen; Schokolade; Fruchtsoßen; Soßen für Eiscreme“ in den Rezeptvorschlägen nicht ausdrücklich genannt sind, so liegt es nahe, dass sie der Verkehr als Bestandteile des Desserts „Schneegestöber“ ansieht, zumal sie üblicherweise für die Verfeinerung von Süßspeisen eingesetzt werden. Dies gilt

insbesondere auch für Schokolade, die beispielsweise in Form von weißen Schokoladenraspeln auf die aus Sahne, Himbeeren und kleinen Baisers bestehende Mischung aufgestreut werden kann.

Die auffindbaren Rezeptvorschläge sehen zudem die Verwendung von tiefgekühlten Früchten vor (vgl. „Dr. Oetker ... Schneegestöber ... Ein schnelles und einfaches Dessert im Glas mit tiefgekühlten Himbeeren, einer leckeren Creme und zartem Baiser“ als Anlage 1 zum gerichtlichen Hinweis vom 6. Juli 2023). Sie lassen sich aufgrund der gleichen Konsistenz und ähnlichen Geschmacksrichtung ohne Weiteres durch die angemeldeten Waren „Eis, Eiscreme, gefrorener Joghurt, Sorbets“ ersetzen.

b) Ein Sachbezug ist weiterhin zu den Waren

„Klasse 32:

Alkoholfreie Getränke“

und

„Klasse 33:

Alkoholische Getränke, ausgenommen Bier“

zu bejahen. Sie können zum einen im Rahmen der Herstellung des Desserts „Schneegestöber“ zum Einsatz kommen. Es bietet sich beispielsweise an, die ausgewählten Früchte, die in bestimmten Jahreszeiten oftmals wenig Geschmack aufweisen, durch vorheriges Einlegen in Sirup oder Alkohol zu aromatisieren.

Zum anderen besteht die Möglichkeit, dass mit dem Anmeldezeichen das Aussehen der Getränke zum Ausdruck gebracht wird. So finden sich entgegen den Ausführungen der Anmelderin in den Rechercheunterlagen der Markenstelle viele Rezeptvorschläge für Alkohol enthaltende Cocktails, die aufgrund ihres weiß-beigen Farbtons und der teilweisen Beigabe von geschlagener Sahne mit dem Begriff „Schneegestöber“ bezeichnet werden. Sie bestehen beispielsweise aus

- Sekt und Eierlikör (vgl. „<https://www.frag-mutti.de/schneegestoeber-getraenk-sekt-eierlikoer>“),
- Sekt, Eierlikör, Eis und Früchten (vgl. „<https://www.chefkoch.de/rezepte/>“),
- Pfirsich, Wodka, Sekt, Fruchtsaft und Vanilleeis (vgl. „<https://www.kochbar.de/rezept/275783/Getraenk-Schneegestoeber.html>“)

oder

- Eis, Zitronensaft, Goldwasser, Gin und Curacao (vgl. „<https://ddr-rezepte.net/schneegestoeber/>“).

Schließlich lässt sich dem Anmeldezeichen in Verbindung mit sowohl alkoholfreien als auch alkoholischen Getränken eine Aussage über deren Geschmacksrichtung entnehmen. Es war und ist üblich, die Bezeichnung einer Süßspeise als Geschmacksangabe für andere Produktkategorien zu verwenden. So wird „Tiramisu“, der Name eines der bekanntesten Desserts aus der italienischen Region Venetien, nicht nur als Hinweis auf den Geschmack von Oblaten, Kakao oder Pralinen, sondern auch von alkoholischen Getränke gebraucht (vgl. Google-Recherche zu „Produkte mit Tiramisu-Geschmack“ und „Baileys Tiramisu“ unter „<https://www.baileys.com/de-de/produkte/baileys-tiramisu>“ als Anlagen 5 und 6 zum gerichtlichen Hinweis vom 6. Juli 2023). Entsprechendes gilt für den ebenfalls italienischen Nachtisch „Zabaione“, dessen Geschmack beispielsweise Mandeln oder Eis aufweisen sollen (vgl. Google-Recherche zu „Produkte mit Zabaione-Geschmack“ als Anlage 7 zum gerichtlichen Hinweis vom 6. Juli 2023). Demzufolge kann das angemeldete Zeichen auch dahingehend verstanden werden, dass die Getränke den Geschmack eines Schneegestöber-Desserts haben.

4. Soweit sich die Anmelderin auf Voreintragungen berufen hat, ergibt sich hieraus kein Anspruch auf Eintragung. Es wird insoweit auf die dazu ergangene umfangreiche und gefestigte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (vgl. GRUR 2009, 667 Rn. 13 ff. - Bild.T-Online u. ZVS unter Hinweis u. a. auf die Entscheidungen EuGH GRUR 2006, 229 Rn. 47 bis 51 - BioID; GRUR 2004, 674 Rn. 42 bis 44 - Postkantoor), des Bundesgerichtshofs (vgl. GRUR 2008, 1093 Rn. 18 - Marlene-Dietrich-Bildnis I) und des Bundespatentgerichts (vgl. GRUR 2009, 1175 - Burg Lissingen; GRUR 2010, 425 - VOLKSFLAT und die Senatsentscheidung MarkenR 2010, 145 - Linuxwerkstatt) verwiesen, wonach weder eine Bindungs- noch eine Indizwirkung gegeben ist. Die Entscheidung über die Schutzfähigkeit ist keine Ermessens-, sondern eine (an das Gesetz) gebundene Entscheidung, wobei selbst identische Voreintragungen nach ständiger Rechtsprechung nicht zu einem Anspruch auf Eintragung führen. Insofern gibt es auch im Rahmen der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen wie der Unterscheidungskraft keine Selbstbindung der Markenstellen des Deutschen Patent- und Markenamts und erst recht keine irgendwie geartete Bindung für das Bundespatentgericht. Jeder Einzelfall ist eigenständig zu prüfen und danach eine Entscheidung zu treffen.

Für Voreintragungen ausländischer Behörden oder Gerichte gilt dies erst recht (vgl. EuGH GRUR 2006, 229 Rn. 47 bis 51 - BioID; GRUR 2004, 674 Rn. 42 bis 44 - Postkantoor).

5. Da schon das Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG vorliegt, kann dahinstehen, ob die angemeldete Bezeichnung darüber hinaus gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG für die fraglichen Waren Freihaltebedürftig ist.

**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 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, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe, durch eine beim Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwältin oder einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt in elektronischer Form einzulegen.