



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 35/15

(Aktenzeichen)

Verkündet am
19. Oktober 2016

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2014 008 971.8

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 19. Oktober 2016 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Dr. Mittenberger-Huber, der Richterin Akintche und des Richters Dr. von Hartz

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Anmelderin wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 35 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 7. Mai 2015 aufgehoben.

Gründe

I.

Das Wortzeichen

Immer eine Frische voraus

ist am 15. Dezember 2014 zur Eintragung als Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register für Waren und Dienstleistungen der Klassen 29, 31 und 35 angemeldet worden.

Mit Beschluss vom 7. Mai 2015 hat die Markenstelle für Klasse 35 die Anmeldung teilweise zurückgewiesen und zwar für nachfolgende Waren und Dienstleistungen:

Klasse 29 Fleisch; Wurstwaren; Aufschnitt; Schinken; Fisch, Meeresfrüchte und Weichtiere; Molkereiprodukte und deren Ersatzprodukte; Käse; Vogeleier und Eierprodukte; Öle und Fette; verarbeitetes Obst und Gemüse [einschließlich Nüsse, Hülsenfrüchte] sowie verarbeitete Pilze; Fertiggerichte, Snacks und Desserts [einschließlich Suppen und Brühen], nämlich Vogelnester, Schmorgerichte und Aufläufe, kondensierte Tomaten, Dips, Fisch-Kracker, Pollen, zubereitet für Nahrungszwecke, Snacks aus Schweinefleisch, Sojazubereitungen, Fertiggerichte vorwiegend aus Fleisch, Fisch, Meeresfrüchten oder

Gemüse, Snacks und Beilagen aus Kartoffeln, Suppen und Zubereitungen hierfür, Eintöpfe, Fonds und Brühen, Yucca-Chips

Klasse 31 landwirtschaftliche Erzeugnisse; gartenwirtschaftliche Erzeugnisse; forstwirtschaftliche Erzeugnisse; Erzeugnisse der Aquakultur; frisches Obst und Gemüse; Futtermittel; Tiernahrung; Streu- und Einstreumaterialien für Tiere

Klasse 35 Werbung; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Einzelhandelsdienstleistungen auch im Wege des e-commerce, in Bezug auf alle nachfolgenden Waren: chemische Erzeugnisse für gewerbliche, wissenschaftliche, fotografische, land-, garten- und forstwirtschaftliche Zwecke, Düngemittel, chemische Erzeugnisse zum Frischhalten und Haltbarmachen von Lebensmitteln, Wasch- und Bleichmittel, Seifen, Parfümeriewaren, ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Haarwässer, Zahnputzmittel, pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse, Hygienepräparate für medizinische Zwecke, diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost, Druckereierzeugnisse, Lehr- und Unterrichtsmittel [ausgenommen Apparate], Waren aus Kunststoffen [Halbfabrikate], Dichtungs-, Packungs- und Isoliermaterial, Schläuche [nicht aus Metall], Fleisch, Wurstwaren, Aufschnitt, Schinken, Fisch, Meeresfrüchte und Weichtiere, Geflügel und Wild, Fleischextrakte, konserviertes, tiefgekühltes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse, Gallerten [Gelees], Konfitüren, Kompotte, Eier, Vogeleier und Eierprodukte, Milch und Milchprodukte, Molkereiprodukte und deren Ersatzprodukte, Käse, Speiseöle und fette, verarbeitetes Obst und Gemüse [einschließlich Nüsse, Hülsenfrüchte] sowie verarbeitete Pilze, Fertiggerichte, Snacks und Desserts [einschließlich Suppen und Brühen], nämlich Vogelnester, Schmorgerichte und Aufläufe, kondensierte Tomaten, Dips, Fisch-Kracker, Pollen, zubereitet für Nahrungszwecke, Snacks aus Schweinefleisch, Sojazubereitungen,

Fertiggerichte vorwiegend aus Fleisch, Fisch, Meeresfrüchten oder Gemüse, Snacks und Beilagen aus Kartoffeln, Suppen und Zubereitungen hierfür, Eintöpfe, Fonds und Brühen, Yucca-Chips, Kaffee, Tee, Kakao, Zucker, Reis, Tapioca, Sago, Kaffeeersatzmittel, Mehle und Getreidepräparate, Brot, feine Backwaren und Konditorwaren, Speiseeis, Honig, Melassesirup, Hefe, Backpulver, Salz, Senf, Essig, Soßen [Würzmittel], Gewürze, land-, garten- und forstwirtschaftliche Erzeugnisse sowie Erzeugnisse der Aquakultur und Samenkörner, frisches Obst und Gemüse, Sämereien, lebende Pflanzen und natürliche Blumen, Futtermittel und Tiernahrung, Streu- und Einstreumaterialien für Tiere, Malz, Biere, Mineralwässer und kohlenstoffhaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke, Fruchtgetränke und Fruchtsäfte, Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken, alkoholische Getränke [ausgenommen Biere], Tabak, Raucherartikel.

Zur Begründung führt die Markenstelle aus, das angemeldete Zeichen sei hinsichtlich der in Frage stehenden Waren und Dienstleistungen glatt beschreibend. Deshalb sei es nicht geeignet, die Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Der Verkehr werde den Begriff „Immer eine Frische voraus“ als werbemäßigen Hinweis darauf verstehen, dass es sich bei den in Frage stehenden Waren um besonders frische handele, frischer als die der Mitbewerber, und die Dienstleistungen dem Vertrieb dieser besonders frischen Waren dienten oder deren Frischhaltung. Die Wortkombination sei sprachüblich gebildet aus Begriffen der deutschen Alltagssprache. Sie werde daher von den ebenfalls angesprochenen breiten Verkehrskreisen unmittelbar im oben genannten Sinne verstanden werden. Es komme auch nicht darauf an, ob der Begriff lexikalisch nachweisbar sei oder in dem Zusammenhang häufig verwendet werde. Alle zurückgewiesenen Waren könnten besonders frisch sein und die Dienstleistungen dem Vertrieb der außergewöhnlich frischen Waren dienen oder sich damit beschäftigen, wie Waren optimal frisch gehalten werden. Was

alles unter besonders frischen Produkten zu verstehen sei, müsse nicht genau definiert werden, da dies naturgemäß sehr umfassend sein könne. Der Begriff könne bewusst weit gefasst sein, um ein möglichst breites Feld abzudecken.

Die Gesamtheit des angemeldeten Markenbegriffs enthalte keine über die Bedeutung der Einzelbestandteile hinausgehende schutzfähige Aussage. Eine schutzbegründende Mehrdeutigkeit sei ebenfalls nicht ersichtlich, da der Verkehr stets von der für ihn naheliegenden Bedeutung ausgehe. Es reiche aus, wenn eine der denkbaren Bedeutungen beschreibend sei. Die Bedeutungen von Frische im Sinne von Rüstigkeit oder körperlicher und geistiger Leistungsfähigkeit seien hier in dem Zusammenhang eher abwegig. Dem Verkehr sei auch bekannt, dass Frische selbst nicht „voraus“ sein könne, sondern nur der Anbieter von frischen Produkten seiner Konkurrenz.

Die Markenstelle führt ferner aus, dass die vergleichbaren Begriffe „Immer eine Idee voraus“, „Immer eine Innovation voraus“, „Immer einen Bogen voraus“ (für Dienstleistungen einer Druckerei), „Immer eine Pfote voraus“ (für Hundesport), „Stets frische Fahrt voraus“ (für Kühltransporte frischer Lebensmittel) und „Immer eine frische Idee voraus“ (für gefrorene Backwaren) bereits im oben genannten Sinn verwendet würden. Die angesprochenen Verkehrskreise gingen deshalb auch nicht davon aus, dass es nur ein Unternehmen geben könne, das besonders frische Waren anbiete. Die um Schutz nachsuchende Bezeichnung weise daher nicht zwingend auf die Anmelderin hin.

Die Beschwerde der Anmelderin richtet sich gegen den teilzurückweisenden Beschluss des DPMA.

In der mündlichen Verhandlung hat die Anmelderin auf einen Teil der in dem Anmeldeverzeichnis enthaltenen und im Beschwerdeverfahren noch verfahrensgegenständlichen Waren und Dienstleistungen verzichtet. Sie verfolgt ihr Rechtsschutzbegehren nur noch in Bezug auf folgende Waren und Dienstleistungen:

„Streu- und Einstreumaterialien für Tiere; Werbung; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Einzelhandelsdienstleistungen auch im Wege des e-commerce, in Bezug auf alle nachfolgenden Waren: chemische Erzeugnisse für gewerbliche, wissenschaftliche, fotografische, land-, garten- und forstwirtschaftliche Zwecke, Düngemittel, pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse, Hygienepräparate für medizinische Zwecke, diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke; Druckereierzeugnisse, Lehr- und Unterrichtsmittel [ausgenommen Apparate], Waren aus Kunststoffen [Halbfabrikate], Dichtungs-, Packungs- und Isoliermaterial, Schläuche [nicht aus Metall]; Streu- und Einstreumaterialien für Tiere; Tabak, Raucherartikel“.

Sie beantragt nunmehr,

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts vom 7. Mai 2015 aufzuheben.

Sie ist der Auffassung, die Wortfolge des angemeldeten Zeichens sei mehrdeutig und interpretationsbedürftig und durch das Wortspiel mit dem Begriff „voraus“ insbesondere auch einprägsam und originell – mithin insgesamt schutzfähig. Durch das Adverb „Voraus“ werde der Verkehr sein Augenmerk auf eine unbestimmte Zeit- oder Längenangabe, und zwar in räumlicher und zeitlicher Hinsicht, richten. Dies rufe bei ihm eine Unklarheit hervor, wie denn „Frische“ voraus sein könne. Da der Verkehr ein als Marke verwendetes Zeichen in seiner Gesamtheit mit allen seinen Bestandteilen so aufnehme, wie es ihm entgegentrete, ohne es einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen, sei der angemeldeten Wortfolge daher in Bezug auf die nach dem Verzicht noch verfahrensgegenständlichen Waren und Dienstleistungen der Klassen 31 und 35 kein eindeutiger Begriffsinhalt zu entnehmen, da ihnen jeglicher beschreibende oder anpreisende Bezug fehle. Sie wiesen insbesondere keine Eigenschaft von „Frische“ auf. Es bedürfe mithin meh-

rerer gedanklicher Zwischenschritte, um auf den von der Markenstelle unterstellten Sinngehalt zu kommen.

Ohne weitere interpretatorische Gedankenschritte nicht nachvollziehbar und außerdem willkürlich sei die Feststellung der Markenstelle, der Verbraucher schließe vom Anmeldezeichen auf den Inhaber, der als Anbieter frischer Waren seiner Konkurrenz voraus sei. Der Verkehr müsse dazu zunächst die Wortfolge „Immer eine Frische voraus“ gedanklich mit den Redewendungen „Immer einen Schritt voraus“ oder „Immer eine Nasenlänge voraus“ und der üblichen Verwendung des Wortes „voraus“ in Verbindung bringen. Sodann müsse er sich den Sinngehalt dieser Redewendungen ins Gedächtnis rufen und ihn auf die angemeldete Wortfolge mit ihrem ungewöhnlichen Bezugspunkt der Frische übertragen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die gemäß § 66 MarkenG zulässige, insbesondere form- und fristgerechte Beschwerde der Anmelderin ist nach der Einschränkung des Waren- und Dienstleistungsverzeichnisses begründet. Der Eintragung des angemeldeten Zeichens „Immer eine Frische voraus“ steht für die im Beschwerdeverfahren nunmehr noch verfahrensgegenständlichen Waren und Dienstleistungen kein Schutzrechtshindernis gemäß §§ 37 Abs. 1, 8 Abs. 2 MarkenG entgegen.

1.

Die Anmelderin hat gemäß § 39 Abs. 1 2. Var. MarkenG das in der Anmeldung enthaltene Waren- und Dienstleistungsverzeichnis wirksam eingeschränkt, indem sie in der mündlichen Verhandlung vorbehaltlos erklärt hat, in Bezug auf welche konkreten Waren und Dienstleistungen sie ihr Rechtsschutzbegehren auf Aufhebung des Beschlusses des DPMA, mithin die Eintragung des angemeldeten Zei-

chens, weiter verfolgen möchte. Diese Erklärung kann auch noch im Beschwerdeverfahren abgegeben werden.

2.

Dem Anmeldezeichen fehlt insoweit nicht die erforderliche Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

a)

Unterscheidungskraft in diesem Sinne ist die einem Zeichen innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden, das die in Rede stehenden Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und diese Dienstleistungen somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet (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 WRP 2016, 1109 Rn. 9 – OUI; GRUR 2014, 569 Rn. 10 - HOT; GRUR 2013, 731 Rn. 11 – Kaleido; GRUR 2010, 640 Rn. 10 – hey!). 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 2012, 270 Rn. 8 - Link economy; GRUR 2009, 778 Rn. 11 - Willkommen im Leben).

Ebenso ist vorliegend 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 – unzulässigen – analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (EuGH GRUR 2004, 428 Rn. 53 – Henkel KGaA [Henkel]; BGH GRUR 2014, 564 Rn. 24 - smartbook; a. a. O. Rn. 10 – OUI; a. a. O. Rn. 11 – HOT). Allerdings schließt der Grundsatz der Gesamtbetrachtung es nicht aus, dass die einzelnen Markenbestandteile zunächst getrennt geprüft werden (EuGH GRUR 2010, 534 Rn. 43 Prana Haus GmbH/HABM [PRANAHAUS]; Ströbele in: Ströbele/Hacker, MarkenG, 11. Aufl., § 8 Rn. 186).

Der beschreibende Charakter einer Sachangabe kann insbesondere bei einem aus mehreren beschreibenden Wörtern zusammengesetzten Zeichen dann entfallen, wenn die beschreibenden Angaben durch die Kombination eine ungewöhnliche Änderung erfahren, die hinreichend weit von der Sachangabe wegführt (EuGH GRUR 2010, 931 Rn. 61 ff. – Lancôme parfums et beauté & Cie SNC/HABM [COLOR EDITION]; GRUR 2004, 674 Rn. 99 – Koninklijke KPN Nederland NV/Benelux-Merkenbureau [Postkantoor]; BGH GRUR 2014, 1204 – Rn. 18 – DüsseldorfCongress; GRUR 2009, 949 Rn. 13 – My World).

Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft ist die Auffassung der beteiligten inländischen Verkehrskreise, wobei auf die Wahrnehmung des Handels und/oder des normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der fraglichen Dienstleistungen abzustellen ist (EuGH GRUR 2006, 411 Rn. 24 - Matratzen Concord AG/Hukla Germany SA [Matratzen Concord/Hukla]; BGH a. a. O. Rn. 11 - Kaleido; a. a. O. Rn. 8 - Link economy).

Ausgehend hiervon besitzen Wortzeichen dann keine Unterscheidungskraft, wenn das Zeichenwort eine für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen im Vordergrund stehende Sachaussage darstellt, es sich um ein gebräuchliches Wort der deutschen Sprache oder einer bekannten Fremdsprache handelt, das vom angesprochenen Publikum stets nur als solches und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird oder das Zeichen, sich auf Umstände bezieht, 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 (EuGH GRUR 2004, 674 Rn. 86 – Koninklijke KPN Nederland NV/Benelux-Merkenbureau [Postkantoor]; BGH a. a. O. Rn. 21 – Gute Laune Drops; a. a. O. Rn. 11 – Link economy; a. a. O., Rn. 14 – HOT; GRUR 2010, 1100 Rn. 23 – TOOOR!; GRUR 2006, 850 Rn. 28 f. – FUSSBALL WM 2006).

An die Beurteilung der Unterscheidungskraft von Wortfolgen und Slogans sind keine strengeren Maßstäbe anzulegen als bei sonstigen Wortzeichen (EuGH MarkenR 2012, 304 Rn. 25 - Smart Technologies/HABM [WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH]; BGH, a. a. O. Rn. 14 - Gute Laune Drops; a. a. O. Rn. 14 - smartbook). Gleichwohl werden Wortmarken in Form von Werbeslogans vom Verkehr nicht notwendig in gleicher Weise wahrgenommen wie andere Markenkategorien. Insoweit ist bei Slogans, die eine im Vordergrund stehende Werbefunktion ausüben, dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der angesprochene Verkehrskreis aus solchen Slogans gewöhnlich nicht auf die Herkunft der Waren oder Dienstleistungen schließt (EuGH a. a. O. Rn. 26 – Smart Technologies/HABM [WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH]). Werbesprüche werden in aller Regel weniger konkret beschreibende Aussagen, sondern eher allgemeine Anpreisungen enthalten (vgl. BGH a. a. O. Rn. 13 – hey!; BPatG, Beschluss vom 29.03.2011, 27 W (pat) 574/10). Wortfolgen, die nach Art eines Slogans gebildet sind, wird der Verkehr daher als eine Beschreibung oder Anpreisung des Inhalts oder Gegenstands entsprechender Waren und Dienstleistungen auffassen (vgl. EuGH GRUR 2004, 1027 Rn. 35 - Erpo Möbelwerk/HABM [Das Prinzip der Bequemlichkeit]). Demgegenüber können Indizien für die Eignung als betrieblicher Herkunftshinweis - auch wenn sie keine notwendige Voraussetzung für die Feststellung der Unterscheidungskraft darstellen - die Kürze, eine gewisse Originalität sowie die Prägnanz einer Wortfolge sein. Auch die Mehrdeutigkeit und Interpretationsbedürftigkeit einer Wortfolge kann einen Anhaltspunkt für eine hinreichende Unterscheidungskraft bieten (vgl. BGH GRUR 2000, 321, 322 - Radio von hier; GRUR 2000, 323, 324 - Partner with the Best; GRUR 2002, 1070, 1071 - Bar jeder Vernunft). Was jedoch im Verkehr ausschließlich als Werbung verstanden wird, stellt keine eintragungsfähige Marke dar (EuGH GRUR Int. 2011, 255 Rn. 52 – Metro-Saturn-Holding/HABM [BEST BUY]; BPatG, Beschluss vom 19.03.2014, 26 W (pat) 534/12).

b)

Gemessen an diesen Grundsätzen verfügt die angemeldete Bezeichnung „Immer eine Frische voraus“ für die noch verfahrensgegenständlichen Waren und Dienstleistungen über das erforderliche Mindestmaß an Unterscheidungskraft. „Frische“ ist weder eine Produkteigenschaft noch stellt sie ein Qualitäts- oder Gütemerkmal dar, das der angesprochene Verkehrskreis erwarten würde.

aa)

Die um Schutz nachsuchende Angabe „Immer eine Frische voraus“ setzt sich aus einfachen Wörtern der deutschen Sprache zusammen.

Der Bestandteil „eine Frische“ beziehungsweise die „Frische“ weist im allgemeinen Sprachgebrauch eine Mehrzahl an Bedeutungen auf. So kann „Frische“ als frische Beschaffenheit eines verderblichen Gegenstands, körperliche und geistige Leistungsfähigkeit, Regsamkeit, Rüstigkeit, als ein Frischsein, ein subjektives Gefühl der Sauberkeit, als ein gesundes, blühendes Aussehen sowie eine Lebhaftigkeit, Leuchtkraft verstanden werden (DUDEN, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, 3. Aufl., Stichwort: Frische; BPatG, Beschluss vom 09.10.2012, 24 W (pat) 502/11 - Frischeperlen). Mit dem Begriff „Frische“ ist allgemein ein Wertversprechen verbunden (vgl. Wörterbuch der Werbesprache, Stuttgart 1991, Stichwort: Frische). Insbesondere für Nahrungs- und Reinigungsmittel bezeichnet „Frische“ eine Beschaffenheit, die für den Kunden als Käufer der Ware einen (vorteilhaften) Gütezustand bedeutet, der u. a. in optischer, geschmacklicher, olfaktorischer oder gesundheitsfördernder Hinsicht als besonders positiv wahrgenommen wird.

Den weiteren Bestandteil des Anmeldezeichens „immer“ versteht der angesprochene Verkehr in Sinne von „ständig, stets, andauernd, jedes Mal“, was insbesondere in Aussagesätzen verstärkend wirkt (DUDEN, a. a. O. Stichwort: immer). Der Begriff „voraus“ steht für „vor anderen an der Spitze; vorn; voran; vorwärts“ bzw. „besserein“ (Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 6. Aufl., Stichwort: voraus; DUDEN,

a. a. O. Stichwort: voraus; vgl. auch BPatG, Beschluss vom 19.02.2013, 24 W (pat) 504/11 – Mit Sicherheit einen Schritt voraus). Bezeichnet wird damit u. a. eine Konkurrenzsituation zwischen Personen und/oder Unternehmen gegenüber Dritten in Bezug auf Waren und/oder Dienstleistungen hinsichtlich eines Produkt-/Dienstleistungsmerkmals. Der Begriff „voraus“ kann allerdings auch, aber nicht ausschließlich, eine Distanz- bzw. Längenangabe in räumlicher oder zeitlicher Hinsicht im Sinne von „voraus sein“ bzw. einen Vorsprung in zeitlicher Hinsicht bedeuten.

In seiner Gesamtheit hat das Anmeldezeichen den Charakter einer Werbeaussage und dient lediglich dazu, die Aufmerksamkeit auf Produkte zu lenken, bei denen die Frische eine positive Gütevorstellung erzeugt.

Auch wenn der um Schutz nachsuchenden Angabe kein einzig konkreter Sinngehalt zu entnehmen ist, da „Immer eine Frische voraus“ keine in sich inhaltlich abgeschlossene Aussage über konkrete Eigenschaften von Waren und Dienstleistungen aufweist, bleibt die Werbebotschaft zu Produkten und Dienstleistungen erhalten. Die Wortfolge vermittelt dem angesprochenen Verkehrskreis auf der Grundlage des durch den Begriff „Frische“ erzeugten Wertversprechens, dass die vertriebenen Produkte eine besondere Güte und Qualität zu vergleichbaren Produkten anderer Personen oder Unternehmen aufweisen (vgl. BGH GRUR 2001, 1151, 1152 – marktfrisch). Bei den angesprochenen Verkehrskreisen – je nach konkreter Ware und Dienstleistung der Endverbraucher, der Unternehmer sowie leitende Angestellte oder auch der Fachverkehr – löst die Wortfolge gerade keinen Denkprozess aus, um den Sinngehalt zu erfassen. Dem angesprochenen Verkehrskreis erschließt sich die Gesamtbedeutung des um Schutz nachsuchenden Zeichens ohne weiteres aus dem Zusammenwirken der Worte.

bb)

Die beanspruchten Waren „*Streu- und Einstreumaterialien für Tiere*“ der Klasse 31 weisen keinen hinreichend beschreibenden Bezug zu Nahrungs- und Reini-

gungsmitteln und deren Gütezustand „Frische“ auf. Es sind keine Produkte, bei denen es dem Endverbraucher oder Unternehmer auf die Frische(lieferung) und damit auf die Haltbarkeit der Ware ankommt. Eine dahingehende Recherche des Senats konnte eine Verwendung des Anmeldezeichens als werbliche Anpreisung insoweit nicht belegen.

Gleiches gilt für die noch beanspruchten Dienstleistungen der Klasse 35 „*Werbung, Geschäftsführung, Unternehmensverwaltung*“. Merkmale dieser Dienstleistungen werden nicht durch die angemeldete Bezeichnung beschrieben. Zwar kann die angemeldete Wortfolge Gegenstand von Werbedienstleistungen sein, es entspricht aber nicht den Branchengewohnheiten, die Dienstleistung „*Werbung*“ für Dritte durch einen Werbeslogan zu charakterisieren. Üblich ist etwa eine Bezeichnung nach Art des Mediums oder der Branche, auf die die Werbedienstleistung bezogen ist (BGH GRUR 2009, 949 Rn. 24 – My World; BPatG, Beschluss vom 27.11.2013, 29 W (pat) 523/12). Das um Schutz nachsuchende Zeichen vermittelt indes keinen Hinweis auf die Art des Werbemediums oder der Werbeplattform. Die Frische als solche eignet sich im Übrigen nicht zur Beschreibung von Werbedienstleistungen, die nicht nach ihrem ursprünglichen Zustand (frisch, neu, unverbraucht) und einem Veränderungsprozess (alt, verdorben, verbraucht) kategorisiert werden. Gleiches gilt entsprechend für die Dienstleistungen „*Geschäftsführung, Unternehmensverwaltung*“. Die angemeldete Wortfolge beschreibt auch keine Gütevorstellung dieser Dienstleistungen.

Nichts anderes gilt für die noch verfahrensgegenständlichen Einzelhandelsdienstleistungen („*Einzelhandelsdienstleistungen auch im Wege des e-commerce, in Bezug auf alle nachfolgenden Waren: chemische Erzeugnisse für gewerbliche, wissenschaftliche, fotografische, land-, garten- und forstwirtschaftliche Zwecke, Düngemittel, pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse, Hygienepräparate für medizinische Zwecke, diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke; Druckereierzeugnisse, Lehr- und Unterrichtsmittel [ausgenommen Apparate], Waren aus Kunststoffen [Halbfabrikate], Dichtungs-, Packungs- und Isolier-*

material, Schläuche [nicht aus Metall]; Streu-und Einstreumaterialien für Tiere; Tabak, Raucherartikel). Die Waren, die Gegenstand der Einzelhandelsdienstleistung sind, weisen keinen im Vordergrund stehenden inhaltlichen oder sonstigen Sachbezug zu dem Qualitätsmerkmal „Frische“ auf. Allein der Umstand, dass ein Teil der genannten Waren (z. B. *veterinärmedizinische Erzeugnisse, Tabak*) aus der Sicht des Käufers noch „frisch“ im Sinne von „nutzbar“ sein sollte, reicht für die Annahme eines engen beschreibenden Bezugs nicht aus. Es handelt sich um Produkte, deren besondere Qualität oder Güte charakterisiert wird durch Verträglichkeit, Wirksamkeit, Inhalt, Nutzen oder Sorte, Jahrgang, Geschmacksrichtung, Erntekategorie, nicht dagegen Frische. Es bedürfte insoweit mehrerer unzulässiger analytischer gedanklicher Zwischenschritte, um einen Bezug zum Qualitätsmerkmal „Frische“ herzustellen.

3.

Ein Freihaltebedürfnis gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist wegen fehlender Eignung, die verfahrensgegenständlichen Waren und Dienstleistungen zu beschreiben, ebenfalls nicht gegeben. Denn die um Schutz nachsuchende Angabe „Immer eine Frische voraus“ hat aus den oben dargelegten Gründen keine sich sofort und ohne weiteres unmittelbar ergebende beschreibende Bedeutung.

Zwar ist bei der Prüfung dieses Schutzhindernisses auch ein aktuell noch nicht bestehendes, jedoch aufgrund konkreter Tatsachen mit hinreichender Sicherheit prognostizierbares zukünftiges Freihaltebedürfnis zu berücksichtigen (EuGH GRUR 1999, 723 - Chiemsee; BGH GRUR 2009, 994, Nr. 15 - Vierlinden; GRUR 2003, 882, 883 - Lichtenstein; GRUR 1996, 771 - THE HOME DEPOT; GRUR 1999, 988 - HOUSE OF BLUES). Ein solches kann jedoch aufgrund fehlender Anhaltspunkte nicht angenommen werden.

Dr. Mittenberger-Huber

Akintche

Dr. von Hartz

Hu