



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 539/19

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2018 017 455.4

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 19. Februar 2020 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Kortge sowie der Richter Kätker und Dr. von Hartz

beschlossen:

Der Beschluss der Markenstelle für Klasse 33 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 15. Mai 2019 wird aufgehoben.

Gründe

I.

Das Wortzeichen

Rebhuhn

ist am 16. Juli 2018 unter der Nummer 30 2018 017 455.4 zur Eintragung als Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register angemeldet worden für Waren und Dienstleistungen der

Klasse 32: nichtalkoholische Getränke; Fruchtgetränke; Fruchtsäfte; Traubensäfte;

Klasse 33: alkoholische Getränke, ausgenommen Bier; Weine; Spirituosen; Liköre; Schnaps; Sekt; Schaumweine;

Klasse 35: Werbung, Marketing und Verkaufsförderung; Einzel- und Großhandelsdienstleistungen, auch über das Internet, in Bezug auf nichtalkoholische Getränke, Fruchtgetränke, Fruchtsäfte, Traubensäfte, alkoholische Getränke, ausgenommen Bier, Weine, Spirituosen und Liköre, Schnaps, Sekt, Schaumweine.

Mit Beschluss vom 15. Mai 2019 hat die Markenstelle für Klasse 33 des DPMA die Anmeldung wegen fehlender Unterscheidungskraft gemäß §§ 37 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, das Anmeldezeichen sei eine Bestimmungsangabe, weil es darauf hinweise, dass die beanspruchten Waren und Dienstleistungen gut zum Geflügel „Rebhuhn“ passten. Rebhühner gälten bei Gourmets sowohl wegen ihrer Eier als auch wegen ihres Fleisches als Delikatesse und seien früher beim Adel eine beliebte Jagdbeute gewesen. Heute würden sie als Heim- oder Nutztiere gehalten. Damit beschränke es sich in werbemäßig anpreisender Form auf eine rein sachbezogene Angabe ohne erkennbaren herkunftshinweisenden Gehalt.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Anmelders. Er vertritt unter Bezugnahme auf eine Internetrecherche die Ansicht, die Bezeichnung „Rebhuhn“ sei für alkoholische und nichtalkoholische Getränke als Bestimmungsangabe ungewöhnlich, überraschend, originell und daher hinreichend fantasievoll. In der Wein- und Spirituosenbranche, aber auch bei den alkoholfreien Getränken sei es absolut unüblich, den Namen des Getränks nach etwaig dazu passenden Gerichten auszusuchen. Der Verkehr erwarte daher nicht, dass der Getränke name eine kulinarische Empfehlung für eine hierzu passende Speise darstelle. Zumindest bedürfe es dafür einer gewissen gedanklichen Transferleistung. Die Zielgruppe der beanspruchten Waren sei nicht eine kleine exklusive Gruppe von Gourmets, die Rebhühner als Delikatesse schätzten und einen dazu passenden Getränk aussuchten. Da Rebhuhn als Geflügel völlig aus der Mode gekommen sei und als kostspielige Delikatesse gehandelt werde, würde der Absatz seines mit „Rebhuhn“ gekennzeichneten Weins im unteren/mittleren Preissegment erheblich erschwert. Ferner bezeichne das angemeldete Markenwort eine mittlerweile in Deutschland vom Aussterben bedrohte Vogelart, die früher von Adligen häufig gejagt worden sei und in zahlreichen Fabeln und Märchen, wie z. B. „Der gestiefelte Kater“ der Gebrüder Grimm, eine Rolle spiele. Im Übrigen sei die identische Unionswortmarke (018 072 196) am 24. September 2019 für Waren der Klassen 32 und 33 eingetragen worden.

Der Anmelder beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 33 des DPMA vom
15. Mai 2019 aufzuheben.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die gemäß §§ 64 Abs. 6, 66 Abs. 1 MarkenG statthafte Beschwerde ist zulässig und begründet.

Der Eintragung des angemeldeten Wortzeichens „**Rebhuhn**“ als Marke stehen für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen der Klassen 32, 33 und 35 keine Schutzhindernisse entgegen, insbesondere fehlt es dem Zeichen weder an der erforderlichen Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, noch handelt es sich um eine freihaltebedürftige Angabe nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG.

1. Dem Anmeldezeichen kann nicht jegliche Unterscheidungskraft abgesprochen werden.

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?; 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?; 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?; 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?; 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 Unterscheidungsmerkmal für deren Herkunft sieht (BGH a. a. O. – #darferdas?; a. a. O. – Pippi-Longstrumpf-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).

b) Diesen Anforderungen wird das angemeldete Wortzeichen „**Rebhuhn**“ gerecht. Es hat aus Sicht der angesprochenen inländischen Verkehrskreise im maßgeblichen Zeitpunkt der Anmeldung am 16. Juli 2018 entgegen der Ansicht der Markenstelle für die Waren der Klassen 32 und 33 sowie die Dienstleistungen der Klasse 35 weder einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt vermittelt noch einen engen beschreibenden Bezug zu ihnen hergestellt. Somit hat es über die erforderliche Eigenart verfügt, um als Hinweis auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen aufgefasst zu werden.

aa) Die alkoholfreien und alkoholischen Getränke der Klassen 32 und 33 sowie die darauf bezogenen Einzelhandelsdienstleistungen der Klasse 35 richten sich an breite Verkehrskreise, nämlich sowohl den Durchschnittsverbraucher als auch den Getränkefachhandel und den Gastronomiefachverkehr. Die Werbe- und Großhandelsdienstleistungen der Klasse 35 werden in erster Linie von Unternehmen und Angehörigen der unternehmerischen Führungsebene nachgefragt.

bb) Das Anmeldezeichen besteht aus dem Substantiv „Rebhuhn“. Es bezeichnet eine taubengroße, bis zu 450 Gramm schwere Vogelart (*Perdix perdix*) aus der Ordnung der Hühnervögel (*Galliformes*) mit Rücken und Flügeldecken in graubrauner

Färbung, mit rostrotem Kopf und Hals sowie einem dunkelbraunen Fleck auf dem Bauch, deren Bestand laut einer Datensammlung des European Bird Census Council europaweit seit 1980 um 94 Prozent zurückgegangen ist. Grund für den Rückgang sehen Forscher vor allem im Lebensraumverlust, da das Rebhuhn extensiv genutzte Flächen mit guter Deckung bevorzugt. In Deutschland wird das Rebhuhn in der Roten Liste als stark gefährdet eingestuft. Hier ist das Rebhuhn auf einen Rest von vermutlich nicht mehr als 50.000 Brutpaare geschrumpft. Hauptursache für den Bestandsrückgang ist die stetige Intensivierung und Technisierung der Landwirtschaft, insbesondere der Anbau der Monokultur Energiemais, der allein in Deutschland 2,3 Millionen Hektar ausmacht ([https://de.wikipedia.org/wiki/Rebhuhn_\(Art\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Rebhuhn_(Art))). Um auf diese extrem kritische Lage aufmerksam zu machen, ist das Jahr 2016 vom Deutschen Jagdverband zum „Jahr des Rebhuhns“ erklärt worden (<https://www.jagdverband.de/2016-ist-jahr-des-rebhuhns>). Aufgrund der regionalen Seltenheit des Rebhuhns darf die Jagd in Deutschland nur noch durchgeführt werden, wenn ein Mindestbesatz durch Zählung nachgewiesen werden kann. Die Jagdzeit erstreckt sich über den Zeitraum vom 1. September bis zum 15. Dezember. Der Naturschutzbund Deutschland setzt sich seit vielen Jahren dafür ein, dass das Rebhuhn aus dem Jagdrecht entlassen wird. Der Wortanfang „Reb“ bezieht sich lautmalerisch auf das für diese Vogelart typische knarrende Geräusch „Repp“. Die an Reben erinnernde Schreibweise stammt aus dem Althochdeutschen und ist nicht auf das Wort „Rebe“ zurückzuführen ([https://de.wikipedia.org/wiki/Rebhuhn_\(Art\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Rebhuhn_(Art))).

cc) In diesem Sinne enthält das angemeldete Wortzeichen weder eine Sachausage über die beanspruchten Waren und Dienstleistungen, noch stellt es einen engen beschreibenden Bezug zu ihnen her.

aaa) Weder den Waren der Klasse 32 „*nichtalkoholische Getränke; Fruchtgetränke; Fruchtsäfte; Traubensäfte*“ noch den Produkten der Klasse 33 „*alkoholische Getränke, ausgenommen Bier; Weine; Spirituosen; Liköre; Schnaps; Sekt; Schaumweine*“ werden Teile des Rebhuhns oder ein entsprechendes

Geflügelaroma zugesetzt, letzteres findet man nur bei Tiernahrung oder Fleischersatzprodukten. Bei den Waren „*Fruchtsäfte; Traubensäfte*“ sind solche Zusatzstoffe sogar verboten (vgl. Fruchtsaftverordnung vom 24. Mai 2004, BGBl. I S. 1016, zuletzt geändert durch Artikel 12 der Verordnung vom 5. Juli 2017, BGBl. I S. 2272).

bbb) Die angesprochenen Verkehrskreise haben dem beanspruchten Wortzeichen zum Anmeldezeitpunkt aber auch keinen Hinweis darauf entnommen, dass die so gekennzeichneten Getränke für die Zubereitung von Rebhuhngerichten oder als Begleitung für deren Verzehr bestimmt oder besonders geeignet sind.

(1) Es gibt zwar Rezepte, bei denen das Rebhuhn mit Wein und/oder Portwein oder Madeira abgelöscht bzw. mariniert wird (<https://www.kochbar.de/rezept/279907/Mariniertes-Rebhuhn.html>; <https://www.chefkoch.de/rezepte/537771150886095/Rebhuhn-gefüllt-mit-Steinpilzen.html>; <https://www.essen-und-trinken.de/rezepte/53670-rzpt-rebhuhn-mit-pilzen>), und man findet im Wein- und Spirituosenbereich, meist auf dem rückseitigen Etikett auch Einsatz- und Verzehrempfehlungen, aber diese enthalten nur sehr allgemeine Angaben zur Eignung des Getränks für die Zubereitung von oder zum Genuss zu Fisch-, Fleisch-, Geflügel-, Hähnchen-, (Rot-)Wild-, Pastagerichten oder zu Suppen, Salaten oder Käse. Vor diesem Hintergrund erscheint es aber völlig ausgeschlossen und wirtschaftlich unsinnig, dass eine solche Verzehrempfehlung eine spezielle Geflügelart erwähnt, zumal Rebhühner nur in sehr begrenztem Umfang sowie örtlich und zeitlich beschränkt erhältlich sind.

(2) Bei alkoholfreien Getränken und Säften sind solche Verzehrempfehlungen absolut unüblich. Wenn eine solche überhaupt angegeben wird, bezieht sie sich auf gesundheitliche Aspekte, wie z. B. die Höhe der blutdrucksenkenden Dosis bei Rote-Beete-Saft oder die Eignung für die Zubereitung von Säuglingsnahrung.

ccc) Auch in Bezug auf die Werbedienstleistungen der Klasse 35 „*Werbung, Marketing und Verkaufsförderung*“ vermittelt das Anmeldezeichen keinen Sachhinweis. Der markenrechtliche Dienstleistungsbegriff „Werbung“ umfasst alle Beratungs-, Mitteilungs-, Konzeptions-, Gestaltungs- und Realisationsleistungen, die von Werbeunternehmen – in erster Linie Werbeagenturen – gegen Entgelt im Kundenauftrag für Dritte auf dem Gebiet der Werbung erbracht werden (BPatG 33 W (pat) 45/98 – INDIGO IMAGES, juris-Tz. 30; OLG Frankfurt GRUR-RR 2007, 277, 280, juris-Tz. 52; vgl. auch Anlage 1 zu § 19 Abs. 1 der MarkenV, Erläuternde Anmerkung zur Klasse 35). Da es nicht den Branchengewohnheiten entspricht, Werbedienstleistungen durch das beworbene Produkt(sortiment) zu charakterisieren, weil die Festlegung auf einen bestimmten Inhalt eine nicht gewollte Beschränkung bedeutet, hat eine Bezeichnung nur dann beschreibenden Charakter, wenn sie die Art des Mediums oder die Branche angibt, auf die die Werbedienstleistungen bezogen sind. (BGH GRUR 2009, 949 Rdnr. 24 – My World; BPatG 29 W (pat) 35/15 – Immer eine Frische voraus; 26 W (pat) 549/18 – Intermate; 26 W (pat) 527/18 – BITBUSINESS; 26 W (pat) 551/17 – BerlinFaces). Die seltene Geflügelart „Rebhuhn“ kommt weder als Werbemedium noch als Bezeichnung einer Branche in Betracht.

ccc) Unterscheidungskräftig ist das angemeldete Wortzeichen „Rebhuhn“ auch für die in Klasse 35 beanspruchten

„Einzel- und Großhandelsdienstleistungen, auch über das Internet, in Bezug auf nichtalkoholische Getränke, Fruchtgetränke, Fruchtsäfte, Traubensäfte, alkoholische Getränke, ausgenommen Bier, Weine, Spirituosen und Liköre, Schnaps, Sekt, Schaumweine“.

Denn wenn ein Zeichen für Waren beschreibend ist, führt dies auch zur Schutzunfähigkeit der darauf bezogenen Einzel- und Großhandelsdienstleistungen, da zwischen diesen Tätigkeiten und den Waren, mit denen Handel getrieben werden soll, eine funktionelle Nähe besteht (vgl. BPatG 29 W (pat) 28/16 – Bodenarena;

29 W (pat) 41/12 – CAMOMILLA; 29 W (pat) 525/10 – fashion.de; 29 W (pat) 196/10 – Küchenzauber; 29 W (pat) 62/10 – winestyle; 29 W (pat) 505/10 – Klebewelten.de; 29 W (pat) 43/04 – print24; 26 W (pat) 531/17 – Volldampf). Mangels beschreibenden Charakters des Anmeldezeichens für die gehandelten Getränke entfällt daher auch ein Sachbezug zu den darauf bezogenen Handelsdienstleistungen.

2. Wegen der fehlenden Eignung des Anmeldezeichens zur unmittelbaren Beschreibung der beanspruchten Waren und Dienstleistungen kann ein Freihaltebedürfnis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ebenfalls nicht bejaht werden.

Kortge

Kätker

Dr. von Hartz

prä