



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 552/19

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2017 008 240.1

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 10. Dezember 2020 unter Mitwirkung der Richterin Kriener, des Richters Schödel und des Richters Dr. Nielsen beschlossen:

Die Beschwerde des Anmelders wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

VROMAGE

ist am 29. September 2015 zunächst zur Eintragung als Unionsmarke und mit dem Umwandlungsantrag vom 25. März 2017 zur Eintragung als nationale Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register für die nachfolgenden Waren und Dienstleistungen angemeldet worden:

Klasse 29:

Käseersatz hergestellt aus Nüssen, Samen und pflanzlichen Produkte ohne Milch in Form von Aufstrichen, Laiben und Blöcken;

Klasse 43:

Verpflegung von Gästen in Restaurants und Catering mit vegan verarbeiteten Produkten, Käseersatz hergestellt aus Nüssen, Samen und pflanzlichen Produkten ohne Milch in Form von Aufstrichen, Laiben und Blöcken; Restaurantdienstleistungen; Cateringdienstleistungen.

Mit Beschluss vom 26. Februar 2019 hat die Markenstelle für Klasse 43 des Deutschen Patent- und Markenamts die unter der Nummer 30 2017 008 240.1 geführte Anmeldung wegen eines entgegenstehenden Freihaltebedürfnisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zurückgewiesen. Die Wortmarke „VROMAGE“ sei eine Kombination aus dem französischen Begriff „Fromage“ für „Käse“ und der Ersetzung des Anfangsbuchstabens „F“ durch „V“. Der Buchstabe „V“ werde bei Lebensmitteln regelmäßig zur Kennzeichnung von veganen Ersatzprodukten eingesetzt, was den zu den maßgeblichen Verkehrskreisen gehörenden Konsumenten veganer Ersatzprodukte allgemein geläufig sei. Bei dem französischen Wort „FROMAGE“ handele es sich um ein einfaches Wort aus dem französischen

Grundwortschatz und um ein Wort aus dem Bereich der Tisch- und Esskultur und somit um einen Warenssektor, in dem die Verbraucher an eine Verwendung von aus dem Französischen stammenden Begrifflichkeiten gewöhnt seien. Zudem habe der Begriff „FROMAGE“ bereits Eingang in den deutschen Wortschatz gefunden. Damit sei „FROMAGE“ für die deutschen Verbraucher ein rein beschreibender Begriff. Im Zusammenhang mit Käseersatz-Produkten sei „VROMAGE“ in entsprechender Weise ein beschreibender Sachhinweis auf ein rein veganes Käseersatzprodukt. Die maßgeblichen Verkehrskreise, sich bewusst vegan ernährende Verbraucher, würden diese beschreibende Sachaussage aufgrund der Branchengepflogenheiten problemlos erkennen. Die angemeldete Marke weise auf die Art des Produktes bzw. die Bestimmung und den Zweck der so beworbenen Verpflegungs- und Cateringdienstleistungen hin. Vor dem Hintergrund dessen, dass der Anfangsbuchstabe „F“ regelmäßig durch den Buchstaben „V“ ersetzt werde, würde der Verkehr problemlos erkennen, dass es sich gerade nicht um Käse, sondern vielmehr um ein veganes Käseersatzprodukt handele. Vergleichbar gebildete Begriffe seien die bekannten und branchenüblichen Begrifflichkeiten „Vleisch“, „Vurst“ und „Visch“ zur Bezeichnung veganer Fleisch-, Wurst- und Fischersatzprodukte, bei denen in dergleichen Art und Weise der identisch gesprochene Buchstabe „V“ anstelle von „F“ regelmäßig als Hinweis auf ein veganes Ersatzprodukt eingesetzt werde. Zudem sei die Verwendung von „VROMAGE“ in Zusammenhang mit Käseersatzprodukten ausweislich einer Internet-Recherche belegt. Soweit der Anmelder auf vergleichbare Voreintragungen hinweist, rechtfertige dies keine andere Beurteilung. Vorentscheidungen hätten nach gefestigter Rechtsprechung keinerlei Bindungswirkung für die Beurteilung der absoluten Schutzhindernisse im konkreten Einzelfall. Auch im Bereich der harmonisierten Markenrechte seien innerhalb der EU unterschiedliche Betrachtungen bezüglich der Schutzfähigkeit von Marken möglich. Denn bei der Prüfung einer angemeldeten Marke sei ausschließlich auf die insoweit relevanten Tatsachen und Umstände im jeweiligen Einzelfall abzustellen.

Gegen die Zurückweisung der Anmeldung richtet sich die Beschwerde des Anmelders. Er macht vor allem geltend, dass die von der Markenstelle herangezogenen Unterlagen nicht geeignet seien, eine in Deutschland übliche Verwendung des Begriffs „Vromage“ nachzuweisen. Die Verwendung der angemeldeten Marke in privaten Blogs, in einem Video des französischen Fernsehsenders ARTE oder auf den Internetseiten internationaler Online-Shops für vegane Käseprodukte belegte nicht in ausreichendem Maß die beschreibende Verwendung der Bezeichnung in Deutschland. Denn teilweise werde die Bezeichnung herkunftshinweisend benutzt und beziehe sich zudem auf den Internetauftritt des Anmelders und auf dessen Käseladen in Los Angeles. Nachgewiesen sei lediglich, dass die Begriffe Fleisch, Vurst und Visch gelegentlich als Bezeichnungen für die jeweiligen veganen Ersatzprodukte verwendet würden. Zudem handle es sich bei „Vromage“ um eine Abwandlung der französischen Bezeichnung „Fromage“ und nicht des deutschen Wortes für „Käse“. Der Buchstabe „V“ werde zwar oft in Produktbezeichnungen für vegane Produkte verwendet und der angesprochene Verkehr erkenne darin einen Hinweis auf ein veganes Produkt. Allerdings setzten die Verbraucher den Buchstaben „V“ nicht ohne weiteres mit der Angabe „vegan“ gleich. Dies zeigten die vergleichbaren Eintragungen von „Simply V“ (dagegen nicht eingetragen „Simply Vegan“) sowie von „Vayonnaise“ für vegane Mayonnaise als Marke in Deutschland.

Der Anmelder und Beschwerdeführer beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 43 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 26. Februar 2019 aufzuheben.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss der Markenstelle, die Schriftsätze des Anmelders, den Hinweis des Senats nebst Anlagen vom 12. Oktober 2020 und auf den übrigen Akteninhalt verwiesen.

II.

Die nach § 64 Abs. 6 Satz 1 MarkenG i.V.m. § 66 Abs. 1 Satz 1 MarkenG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde des Anmelders hat in der Sache keinen Erfolg. Der Eintragung der angemeldeten Bezeichnung „VROMAGE“ als Marke stehen im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen der Klassen 29 und 43 jedenfalls die Schutzhindernisse der fehlenden Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG sowie der Täuschungsgefahr nach § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG entgegen. Die Markenstelle hat der angemeldeten Marke daher im Ergebnis zu Recht die Eintragung versagt (§ 37 Abs. 1 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 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, 854 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. 41-57 – Flugbörse).

Hiervon ausgehend besitzen Bezeichnungen keine Unterscheidungskraft, denen die maßgeblichen Verkehrskreise im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnen (vgl. BGH GRUR 2006, 850 Rn. 19 – FUSSBALL WM 2006; EuGH GRUR 2004, 674 Rn. 86 – Postkantoor). 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 (BGH a. a. O. – FUSSBALL WM 2006; GRUR 2010, 1100 Rn. 23 – TOOOR!).

Nach diesen Grundsätzen fehlt der angemeldeten Bezeichnung für die mit der Anmeldung beanspruchten Waren und Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft.

Mit den hier maßgeblichen Waren der Klasse 29 und den Dienstleistungen der Klasse 43 werden Fachverkehrskreise und Endverbraucher gleichermaßen angesprochen.

Bei der angemeldeten Bezeichnung handelt es sich zwar um eine neue Wortschöpfung, wobei der Begriff „Vromage“ klanglich identisch zu dem französischen Begriff für Käse ist, „Fromage“. Gerade im Bereich der Lebensmittel und insbesondere bei Käseprodukten sind französische Spezialitäten sehr beliebt. Käseprodukte werden daher häufig unter ihrer original-französischen Bezeichnung im Handel angeboten und vertrieben, so beispielsweise etwa „Fromage de Brie“ für französischen Brikäse (vgl. den entsprechenden Eintrag im DUDEN, Die deutsche

Rechtschreibung, 24. Auflage). Die Bezeichnung „Fromage“ für Käse ist somit einem entscheidungserheblichen Teil der maßgeblichen Kreise der Endverbraucher und der am Handel Beteiligten problemlos geläufig. Weiterhin ist es bereits seit mindestens dem Jahr 2012 nachweislich gebräuchlich, die aus pflanzlichen Stoffen hergestellten Produkte, die als Ersatz für Fleisch, Fisch oder Wurst angeboten werden als **V**leisch, **V**isch oder **V**urst zu bezeichnen (vgl. hierzu die als Anlagen 1 und 2 dem Anmelder mit dem Hinweis des Senats vom 12. Oktober 2020 übermittelten Unterlagen). Infolgedessen werden entsprechende „Ersatzwaren“ als **V**leisch-Schnitzel, **V**leisch-Parade, **V**leisch-Gerichte, **V**urst- und **V**leischsortiment, **v**eganer paniertes **V**isch, **C**urry-**V**urst, **V**urst-Aufschnitt bezeichnet (vgl. Anlage 3 der dem Anmelder mit dem Hinweis des Senats vom 12. Oktober 2020 übermittelten Unterlagen). Vor diesem Hintergrund ist es ausgesprochen naheliegend, dass dieses Kennzeichnungsschema einer Verwendung von „V“ anstelle des eigentlichen Anfangsbuchstabens eines Lebensmittels mit tierischem Ursprung als die Bezeichnung des veganen Ersatzprodukts aufgefasst wird. Damit werden jedenfalls entscheidungserhebliche Teile der angesprochenen Verkehrskreise das Wort „VROMAGE“ problemlos als Hinweis auf das dem nicht-veganen Produkt (Fromage) entsprechende vegane Produkt „Käseersatz“ auffassen. In dem produktbezogenen Zusammenhang mit veganen Lebensmitteln oder mit Dienstleistungen im Bereich veganer Restaurants bzw. der Verpflegung von Gästen mit einem veganen Produktsortiment eignet sich das angemeldete „VROMAGE“ damit als Hinweis auf die Art, die Beschaffenheit oder das Aussehen der Ware als ein (wie Käse aussehendes) veganes Käseersatzprodukt bzw. auf den entsprechenden Schwerpunkt oder die Ausrichtung des Restaurants und der Verpflegungsdienstleistungen auf entsprechende vegane Produkte. Insoweit weist das Markenwort aber nicht auf die Herkunft der Waren aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb hin, sodass „VROMAGE“ die erforderliche Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG fehlt.

Soweit der Anmelder die Verwertbarkeit der von Seiten der Markenstelle übermittelten Ergebnisse einer Internet-Recherche in Frage stellt und insbesondere

meint, dass eine Verwendung der Bezeichnung „Vromage“ in einem in Deutschland ausgestrahlten Film eines französischen Senders (ARTE) oder in privaten deutschsprachigen „Blog-Einträgen“ ohne Relevanz sei, kann nicht nachvollzogen werden, warum die aufgezeigten Verwendungen ein entsprechendes Verständnis der inländischen Verkehrskreise nicht beeinflussen oder zeigen können.

2. Darüber hinaus steht der Eintragung der angemeldeten Bezeichnung „VROMAGE“ als Marke auch das Eintragungshindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG entgegen.

Danach sind von der Eintragung Marken ausgeschlossen, die geeignet sind, das Publikum insbesondere über die Art, die Beschaffenheit oder die geographische Herkunft der Waren oder Dienstleistungen zu täuschen. Es kommen dafür nur Angaben in Betracht, die sich auf die konkret beanspruchten Waren oder Dienstleistungen beziehen. Die im Hinblick auf die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen irreführenden Angaben müssen aus dem Inhalt oder der Aussage der Marke selbst folgen und sich nicht etwa erst in Verbindung mit anderen Umständen, etwa der Person oder dem Unternehmen des Markenanmelders ergeben.

Da es sich bei dem Wort „Fromage“ um einen fremdsprachigen Begriff handelt, wird die veränderte und insoweit für das französische Wort „Fromage“ nicht korrekte Schreibweise mit dem Anfangsbuchstaben „V“ anstelle von „F“ von einem ausreichend relevanten Teil der Endverbraucherkreise gar nicht wahrgenommen werden. Damit handelt es sich bei der angemeldeten Bezeichnung um eine nur bei schriftlicher Wiedergabe und Kenntnissen der französischen Sprache überhaupt erkennbare Abwandlung des Begriffs „Käse“. Für einen relevanten Teil der angesprochenen Verkehrskreise, der bei der Begegnung mit dem Markenwort „VROMAGE“ im Zusammenhang mit den Waren der Klasse 29 angesichts der entsprechenden Kennzeichnung davon ausgeht, dass es sich um „Vromage“ bzw. „Fromage“ und um Käse oder um Käseprodukte handelt, erweist sich die

Bezeichnung als ersichtlich täuschende Angabe im Sinn des § 8 Abs. 4 MarkenG i.V.m. § 37 Abs. 3 MarkenG. Denn insoweit sind der Inhalt und die Aussage der Marke selbst, wonach es sich um Käse oder ein Produkt mit Käse handelt ersichtlich irreführend, wenn es sich bei den Waren um Käseersatz oder veganen Käse handelt. Entsprechendes gilt im Zusammenhang mit den beanspruchten Dienstleistungen der Klasse 43 „Verpflegung von Gästen mit Restaurants und Catering“, die sich auf vegan verarbeitete Produkte beziehen.

3. Auch der Hinweis des Anmelders auf vermeintlich vergleichbare (Vor-) Eintragungen rechtfertigt keine andere Beurteilung. Insoweit ist auf die dazu ergangene umfangreiche und gefestigte Rechtsprechung des EuGH (vgl. GRUR 2009, 667 – Bild.T-Online u. ZVS unter Hinweis u. a. auf die Entscheidungen EuGH GRUR 2008, 229 Rn. 47-51 – BioID; GRUR 2004, 674 Rn. 42-44 – Postkantoor), des BGH (vgl. GRUR 2008, 1093 Rn. 18 – Marlene-Dietrich-Bildnis I) und des BPatG (vgl. z.B. GRUR 2009, 1175 – Burg Lissingen; MarkenR 2010, 139 – VOLKSFLAT und die Senatsentscheidung MarkenR 2010, 145 – Linuxwerkstatt) zu verweisen, wonach weder eine Bindungs- noch eine Indizwirkung gegeben ist (vgl. auch Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl., § 8 Rn. 72 ff mit zahlreichen weiteren Rechtsprechungsnachweisen). Die Entscheidung über die Schutzfähigkeit ist keine Ermessensentscheidung, 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 von unbestimmten Rechtsbegriffen keine Selbstbindung der Markenstellen des DPMA und erst recht keine irgendwie geartete Bindung für das Gericht. Das Gericht und auch das Patentamt haben in jedem Einzelfall eigenständig zu prüfen und danach eine Entscheidung zu treffen.

Nach alledem war die Beschwerde des Anmelders zurückzuweisen.

III.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss können die am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde einlegen. 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, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form einzulegen.

Kriener

Schödel

Dr. Nielsen