



BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 527/18

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2017 110 696.7

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 17. März 2020 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Kortbein, des Richters Dr. Söchtig und des Richters Kruppa beschlossen:

Der Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamtes, Markenstelle für Klasse 29, vom 5. Februar 2018 wird aufgehoben, soweit die Anmeldung für die nachfolgenden Waren zurückgewiesen worden ist:

Klasse 29:

Geflügel und Wild, alle vorgenannten Waren frisch, konserviert, tiefgefroren oder als Fertiggericht; konserviertes, tiefgekühltes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Gallerten [Gelees], Konfitüren, Kompotte; Eier; Milch; Kartoffelprodukte, ausgenommen Kartoffelmehl, auch tiefgefroren oder als Instantprodukte;

Klasse 30:

Kaffee, Tee, Kakao, Zucker, Reis, Tapioka, Sago, Kaffeeersatzmittel; Mehle und Getreidepräparate (ausgenommen Futtermittel); Brot, Backwaren und Konditorwaren; Speiseeis, insbesondere Eiskrem, Rahmeis (Sahneeis) und Fruchteis; Eistorten und andere Zubereitungen im Wesentlichen bestehend aus Speiseeis; Honig, Melassesirup; Hefe, Backpulver; Kühleis.

Gründe

I.

Das Zeichen

mein Plattfisch

ist am 20. Oktober 2017 zur Eintragung als Wortmarke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Register für die nachfolgenden Waren angemeldet worden:

Klasse 29:

Fleisch, Fisch, Geflügel und Wild, alle vorgenannten Waren frisch, konserviert, tiefgefroren oder als Fertiggericht; Fleischextrakte; konserviertes, tiefgekühltes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Gallerten [Gelees], Konfitüren, Kompotte; Eier; Milch und Milchprodukte, Käse, Käsezubereitungen, Schmelzkäse, Schmelzkäsezubereitungen, Frischkäse; Speiseöle und -fette; Kartoffelprodukte, ausgenommen Kartoffelmehl, auch tiefgefroren oder als Instantprodukte; tiefgefrorene fertige Mahlzeiten, soweit in Klasse 29 enthalten; Fertiggerichte, im Wesentlichen bestehend aus Nahrungsmitteln tierischer Herkunft und/oder Gemüse, soweit in Klasse 29 enthalten;

Klasse 30:

Kaffee, Tee, Kakao, Zucker, Reis, Tapioka, Sago, Kaffeeersatzmittel; Mehle und Getreidepräparate (ausgenommen Futtermittel); Brot, Backwaren und Konditorwaren, Pizzen, auch tiefgefroren; Speiseeis, insbesondere Eiskrem, Rahmeis (Sahneeis) und Fruchteis; Eistorten und andere Zubereitungen im Wesentlichen bestehend aus Speiseeis; Honig, Melassesirup; Hefe, Backpulver; Speisesalz, Senf; Essig, Soßen (Würzmittel); Fruchtsoßen; Gewürze; Kühleis; Fertiggerichte, im Wesentlichen bestehend aus Reis und/oder Mehlen und/oder Getreidepräparaten.

Das Deutsche Patent- und Markenamt, Markenstelle für Klasse 29, hat die Anmeldung – nach vorangegangener Beanstandung vom 26. Oktober 2017 – mit Beschluss vom 5. Februar 2018 vollumfänglich wegen fehlender Unterscheidungskraft des Anmeldezeichens gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, wegen des Bestehens eines Freihaltebedürfnisses gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG und wegen Täuschungsgefahr gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG zurückgewiesen. Zur Begründung hat das Deutsche Patent- und Markenamt auf seine Ausführungen im Beanstandungsbescheid verwiesen.

In diesem hat es ausgeführt, das Anmeldezeichen bestehe aus den Begriffen „mein“ (Possessivpronomen zur Bezeichnung der Zugehörigkeit) und „Plattfisch“, die je für sich gesehen schutzunfähig seien und auch keine schutzfähige Gesamtmarke darstellten. Zu den Plattfischen zählten zahlreiche Speisefische wie Scholle, Stein- und Heilbutt, Flunder und Seezunge. In Verbindung mit den beanspruchten Waren stelle das Anmeldezeichen lediglich einen beschreibenden Hinweis dar, dass sie Plattfische enthielten und besonders an die Kundenwünsche angepasst seien. Für Lebensmittel, die üblicherweise keine Fischbestandteile enthielten, bestehe die Gefahr der Täuschung der angesprochenen Verkehrskreise. Beschreibende Angaben unterlägen einem Freihaltebedürfnis im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, weil die Mitbewerber nicht durch Monopolrechte daran gehindert werden dürften, derartige Angaben auf beliebige Art, insbesondere auch in werbemäßiger Form, zu verwenden. Darüber hinaus fehle dem Anmeldezeichen aber auch jegliche Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, weil es die Funktion einer Marke, nämlich dem Verkehr die Unterscheidung von Waren bzw. Dienstleistungen eines bestimmten Geschäftsbetriebes von gleichen oder gleichartigen Waren bzw. Dienstleistungen der Konkurrenzbetriebe zu ermöglichen, nicht erfülle.

Hiergegen wendet sich die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde vom 13. Februar 2018.

Im Laufe des Beschwerdeverfahrens hat sich die Beschwerdeführerin inhaltlich nicht weiter zur Sache eingelassen. Auf den gerichtlichen Hinweis des Senats vom 12. Februar 2020 hat sie mit Schreiben vom 27. Februar 2020 ihre Anmeldung für die nachfolgenden Waren zurückgenommen:

Klasse 29:

Fleisch, Fisch, frisch, konserviert, tiefgefroren oder als Fertiggericht; Fleischextrakte; Milchprodukte, Käse, Käsezubereitungen, Schmelzkäse, Schmelzkäsezubereitungen, Frischkäse; Speiseöle und -fette; tiefgefrorene fertige Mahlzeiten, soweit in Klasse 29 enthalten; Fertiggerichte, im Wesentlichen bestehend aus Nahrungsmitteln tierischer Herkunft und/oder Gemüse, soweit in Klasse 29 enthalten;

Klasse 30:

Pizzen, auch tiefgefroren; Speisesalz, Senf; Essig, Soßen (Würzmittel); Fruchtsoßen; Gewürze; Fertiggerichte, im Wesentlichen bestehend aus Reis und/oder Mehlen und/oder Getreidepräparaten.

Die Beschwerdeführerin beantragt deshalb sinngemäß,

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamtes, Markenstelle für Klasse 29, vom 5. Februar 2018 aufzuheben, soweit die Anmeldung für die nachfolgenden Waren zurückgewiesen worden ist:

Klasse 29:

Geflügel und Wild, alle vorgenannten Waren frisch, konserviert, tiefgefroren oder als Fertiggericht; konserviertes, tiefgekühltes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Gallerten [Gelees], Konfitüren, Kompotte; Eier; Milch; Kartoffelprodukte, ausgenommen Kartoffelmehl, auch tiefgefroren oder als Instantprodukte;

Klasse 30:

Kaffee, Tee, Kakao, Zucker, Reis, Tapioka, Sago, Kaffeeersatzmittel; Mehle und Getreidepräparate (ausgenommen Futtermittel); Brot,

Backwaren und Konditorwaren; Speiseeis, insbesondere Eiskrem, Rahmeis (Sahneeis) und Fruchteis; Eistorten und andere Zubereitungen im Wesentlichen bestehend aus Speiseeis; Honig, Melassesirup; Hefe, Backpulver; Kühleis.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird ergänzend auf den Akteninhalt verwiesen.

II.

Die zulässige Beschwerde hat – soweit über sie noch zu entscheiden war – in der Sache Erfolg. Hinsichtlich der nunmehr noch allein verfahrensgegenständlichen Waren steht der Eintragung des Anmeldezeichens das Schutzhindernis des Fehlens der Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG und des Bestehens eines Freihaltebedürfnisses gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG oder einer Täuschungsgefahr gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 4 nicht entgegen.

1. Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die dem Zeichen innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden, das die von der Anmeldung erfassten Waren und Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und diese somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet (vgl. EuGH GRUR 2012, 610, Rdnr. 42 – Freixenet; GRUR 2008, 608, Rdnr. 66 f. – EUROHYPO; BGH GRUR 2014, 569, Rdnr. 10 – HOT; GRUR 2013, 731, Rdnr. 11 – Kaleido; GRUR 2012, 1143, Rdnr. 7 – Starsat; GRUR 2012, 1044, Rdnr. 9 – Neuschwanstein; GRUR 2010, 825, Rdnr. 13 – Marlene-Dietrich-Bildnis II; GRUR 2010, 935, Rdnr. 8 – Die Vision; GRUR 2006, 850, Rdnr. 18 – FUSSBALL WM 2006). Denn die Hauptfunktion einer Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu gewährleisten (vgl. EuGH GRUR 2006, 233, Rdnr. 45 – Standbeutel; GRUR 2006, 229, Rdnr. 27 – BioID; GRUR

2008, 608, Rdnr. 66 – EUROHYPO; BGH GRUR 2008, 710, Rdnr. 12 – VISAGE; GRUR 2009, 949, Rdnr. 10 – My World). Da allein das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft ein Eintragungshindernis begründet, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ein großzügiger Maßstab anzulegen, so dass jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft genügt, um das Schutzhindernis zu überwinden (vgl. BGH GRUR 2012, 1143, Rdnr. 7 – Starsat; GRUR 2012, 1044, Rdnr. 9 – Neuschwanstein; GRUR 2012, 270, Rdnr. 8 – Link economy).

Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft sind einerseits die beanspruchten Waren und 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 bzw. -abnehmers der fraglichen Produkte abzustellen ist (vgl. EuGH GRUR 2006, 411, Rdnr. 24 – Matratzen Concord/Hukla; GRUR 2004, 943, Rdnr. 24 – SAT.2; BGH GRUR 2010, 935, Rdnr. 8 – Die Vision; GRUR 2010, 825, Rdnr. 13 – Marlene-Dietrich-Bildnis II; GRUR 2006, 850, Rdnr. 18 – FUSSBALL WM 2006).

Hiervon ausgehend besitzen Wortmarken dann keine Unterscheidungskraft, wenn ihnen die maßgeblichen Verkehrskreise im Zeitpunkt der Anmeldung des Zeichens (vgl. BGH GRUR 2013, 1143, Rdnr. 15 – Aus Akten werden Fakten) lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnen (vgl. EuGH GRUR 2004, 674, Rdnr. 86 – Postkantoor; BGH GRUR 2012, 270, Rdnr. 11 – Link economy; GRUR 2009, 952, Rdnr. 10 – DeutschlandCard; GRUR 2006, 850, Rdnr. 19 – FUSSBALL WM 2006; GRUR 2005, 417 – BerlinCard; GRUR 2001, 1151 – marktfrisch; GRUR 2001, 1153 – antiKALK) oder wenn diese aus gebräuchlichen Wörtern oder Wendungen der deutschen Sprache oder einer geläufigen Fremdsprache bestehen, die – etwa wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung oder in den Medien – stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werden (vgl. u. a. BGH GRUR 2006, 850,

Rdnr. 19 – FUSSBALL WM 2006; GRUR 2003, 1050 – Cityservice; GRUR 2001, 1143 – Gute Zeiten – Schlechte Zeiten). Darüber hinaus besitzen keine Unterscheidungskraft auch solche Zeichen, die sich auf Umstände beziehen, welche die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen zwar nicht unmittelbar betreffen, durch die aber ein enger beschreibender Bezug zu diesen hergestellt wird (vgl. BGH GRUR 2010, 1100, Rdnr. 23 – TOOOR!; GRUR 2006, 850, Rdnr. 28 – FUSSBALL WM 2006).

Unter Berücksichtigung vorstehender Grundsätze kann dem Anmeldezeichen im Zusammenhang mit den verfahrensgegenständlichen Waren die für eine Eintragung erforderliche Unterscheidungskraft nicht abgesprochen werden.

a) Das Anmeldezeichen setzt sich aus den beiden Zeichenbestandteilen „mein“ und „Plattfisch“ zusammen. Der Erste ist ein Possessivpronomen zur Bezeichnung der Zugehörigkeit. Bei dem Zweiten handelt es sich um die Bezeichnung einer speziellen Fischart. Die Plattfische sind eine Ordnung der Echten Knochenfische, die durch ihren besonderen, an eine benthische Lebensweise auf dem Gewässergrund angepassten Körperbau auffallen. Ausgewachsene Plattfische sind seitlich stark abgeflacht und, da beide Augen auf derselben Körperseite liegen, asymmetrisch gebaut. Zu den Plattfischen zählen zahlreiche Speisefische wie Scholle, Stein- und Heilbutt, Flunder und Seezunge (vgl. unter „www.wikipedia.org“ – Plattfische).

b) In seiner Gesamtheit werden die von den in Rede stehenden Waren angesprochenen breiten Verkehrskreise das Anmeldezeichen in Verbindung mit Lebensmitteln dergestalt auffassen, dass diese vollständig aus einem bzw. mehreren Plattfischen bestehen oder Bestandteile von ihnen enthalten und speziell auf den Bedarf des jeweiligen Konsumenten abgestimmt sind. Dies kann beispielsweise die Qualität, die Portionsgröße oder die Zusammensetzung der Lebensmittel betreffen.

In Verbindung mit allen verfahrensgegenständlichen Waren der Klassen 29 und 30 weist das Anmeldezeichen die für eine Eintragung erforderliche Unterscheidungskraft auf, da ihm kein beschreibender Begriffsinhalt zukommt. Ein Zeichen ist nur dann beschreibend, wenn es nach Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise in zumindest einer seiner möglichen Bedeutungen die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen entweder unmittelbar oder durch Hinweis auf eines ihrer wesentlichen Merkmale bezeichnen kann (vgl. BeckOK Markenrecht, 20. Edition, Stand 01.01.2020, § 8, Rdnr. 162). Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall.

Bei „Geflügel und Wild, alle vorgenannten Waren frisch, konserviert, tiefgefroren oder als Fertiggericht“ in Klasse 29 handelt es sich nicht um Fisch. Zwar können Geflügel und Wild, speziell bei sogenannten „Pescetariern“, durch Fisch ersetzt werden. Dies allein führt jedoch nicht dazu, dass das Anmeldezeichen einen im Vordergrund stehenden die vorgenannten Waren beschreibenden Sinngehalt oder einen engen beschreibenden Bezug zu ihnen aufweist.

Entsprechend verhält es sich auch bei den weiteren verfahrensgegenständlichen Waren „konserviertes, tiefgekühltes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Gallerten [Gelees], Konfitüren, Kompotte; Eier; Milch; Kartoffelprodukte, ausgenommen Kartoffelmehl, auch tiefgefroren oder als Instantprodukte“ in Klasse 29. Zwar kann Gemüse beispielsweise Teil eines Gerichts mit einer Seezunge sein, zu dem möglicherweise auch noch Kartoffeln als Beilage gereicht werden. Gleichwohl weist das Anmeldezeichen auch in Verbindung mit den eben angesprochenen Waren nicht darauf hin, dass es sich um persönliche, speziell auf den Bedarf des jeweiligen Konsumenten ausgerichtete Produkte unter Verwendung von Plattfisch handelt. Er ist keine charakteristische Zutat oder ein wesentlicher Bestandteil dieser Waren, so dass die Wortfolge „mein Plattfisch“ als Merkmalsbezeichnung nicht ernsthaft in Betracht kommt.

Nämliches gilt für die weiter verfahrensgegenständlichen Waren in Klasse 30. „Kaffee, Tee, Kakao, Zucker, Reis, Tapioka, Sago, Kaffeeersatzmittel; Mehle und Getreidepräparate (ausgenommen Futtermittel); Brot, Backwaren und Konditorwaren; Speiseeis, insbesondere Eiskrem, Rahmeis (Sahneeis) und Fruchteis; Eistorten und andere Zubereitungen im Wesentlichen bestehend aus Speiseeis; Honig, Melassesirup; Hefe, Backpulver“ können zwar im Rahmen eines Plattfischgerichts im vorgenannten Sinne konsumiert bzw. für dessen Herstellung verwendet werden. Gleichwohl fehlt es auch insoweit an einem beschreibenden Begriffsgehalt, da die Waren weder aus Plattfisch bestehen, noch zu diesem typischerweise genossen werden. Auch ansonsten lässt sich kein beschreibender Bezug zu ihnen herstellen.

Mit Hilfe von „Kühleis“ (Klasse 30) können zwar insbesondere frisch gefangene Plattfische vor dem Verderben geschützt werden. Es gibt jedoch kein Kühleis, das sich besonders zum Frischhalten von den persönlichen Bedürfnissen des Verbrauchers entsprechenden Plattfischen eignet. Damit scheidet die Wortzusammensetzung „mein Plattfisch“ als Angabe eines Merkmals von Kühleis aus.

2. Aus vorstehend Gesagtem folgt im Ergebnis weiter, dass der Eintragung des Anmeldezeichens im verfahrensgegenständlichen Umfang auch kein Freihaltebedürfnis gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegensteht.

3. Entgegen der Auffassung des Deutschen Patent- und Markenamtes ist das angemeldete Zeichen auch nicht ersichtlich geeignet, das Publikum insbesondere über die Art, die Beschaffenheit oder die geographische Herkunft der vorliegend in Betracht zu ziehenden Waren zu täuschen (§ 8 Abs. 2 Nr. 4 i. V. m. § 37 Abs. 3 MarkenG).

Die Zurückweisung einer Markenmeldung nach § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG setzt voraus, dass das fragliche Zeichen eine tatsächliche Irreführung der beteiligten

Verkehrskreise oder eine hinreichend schwerwiegende Gefahr einer solchen Irreführung bewirkt. Diese Täuschungsgefahr muss geeignet sein, das Verhalten der beteiligten Verkehrskreise zu beeinflussen (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Auflage, 2018, § 8, Rdnr. 766; BPatG, 26 W (pat) 516/16 – Hopfentraum).

Eine solche ersichtliche Täuschungseignung ist vorliegend zu verneinen. Hierbei darf die Verständnisfähigkeit der Durchschnittsverbraucher als nicht zu gering veranschlagt werden (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 8, Rdnr. 777). Demzufolge ist davon auszugehen, dass sie erkennen, die in Rede stehenden Produkte der Klassen 29 und 30 stehen regelmäßig mit auf die persönlichen Wünsche des Kunden abgestimmten Plattfischen in keinem Zusammenhang. Insbesondere aufgrund der eindeutig erkennbaren Art und Beschaffenheit der beschwerdegegenständlichen Waren weisen sie einen großen sachlichen Abstand zu Plattfischen im Allgemeinen und einen noch größeren zu individuellen Bedürfnissen entsprechenden Plattfischen im Besonderen auf. Dies gilt umso mehr, als sich das Verhältnis der Verbraucher zu Lebensmitteln, auch und gerade zu solchen des täglichen Bedarfs, speziell in der jüngsten Zeit wegen des eingetretenen Bewusstseinswandels zunehmen verändert hat und Verbraucher im Rahmen ihres Einkaufs verstärkt darauf achten, welche konkreten Produkte (zumal mit welchen Inhaltsstoffen und in welcher Zusammensetzung) sie erwerben.

Der Beschwerde war daher nach der teilweisen Rücknahme der Anmeldung in vollem Umfang stattzugeben.

Kortbein

Söchtig

Kruppa

Fi