



# BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 2/20

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Markenmeldung 30 2019 004 966.3**

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 29. Januar 2021 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Kortbein, des Richters Dr. Söchtig sowie des Richters Hermann

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Das Wortzeichen

#### **Torfbrand-Klinker**

ist am 28. Februar 2019 zur Eintragung als Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Register für die nachfolgenden Waren angemeldet worden:

Klasse 19:

Materialien, nicht aus Metall, für Bauzwecke; Pech; Teer; Bitumen; transportable Bauten, nicht aus Metall.

Das Deutsche Patent- und Markenamt, Markenstelle für Klasse 19, hat die Anmeldung – nach vorangegangener Beanstandung vom 30. April 2019 und unter Berücksichtigung der darauf erfolgten Erwiderng vom 6. Juni 2019 – mit Beschlüssen vom 28. Juni 2019 und vom 9. Oktober 2019, von denen letzterer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, vollständig zurückgewiesen, weil der Eintragung in der Bundesrepublik Deutschland das Freihaltungsinteresse der Mitbewerber gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegenstehe und der Marke darüber hinaus jegliche Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG fehle.

Die Bezeichnung „Torfbrand-Klinker“ bezeichne Klinker, die in Öfen härter gebrannt würden, die ausschließlich mit Torf befeuert würden. Sie werde von den angesprochenen Verkehrskreisen, welche solche seien, die sich für natürliche, antike Baustoffe interessierten, nur als beschreibender Hinweis auf die Art der Waren „Materialien, nicht aus Metall, für Bauzwecke“ und „transportable Bauten,

nicht aus Metall“ im Sinne einer Warenbenennung bzw. Materialangabe verstanden. Auch für „Pech, Teer und Bitumen“ sei ein beschreibender Anklang festzustellen, da diese häufig als Dickbeschichtung für die Klinker eingesetzt würden, um als Abdichtung bzw. Isolierung zu dienen. Insofern handele es sich lediglich um eine Angabe gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, die in ihrer Gesamtheit freizuhalten sei, da sie von den Mitbewerbern zur Beschreibung und Bewerbung auch ihrer (Konkurrenz-)Waren und Dienstleistungen benötigt werde. Es müsse diesen unbenommen bleiben, auf derartige beschreibende Angaben frei von Rechten Dritter zurückgreifen zu können.

Darüber hinaus fehle der Marke jegliche Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Zwar würden die „Torfbrand-Klinker“ ein Aussehen erhalten, das sich von anderen Klinkern unterscheide, weshalb die Anmelderin sie als „Unikate“ bezeichne. Auch wenn alle anderen Ziegeleien auf dem deutschen Markt ihre Produkte in Tunnelöfen mit Gasbefeuerung und nicht wie die Anmelderin in einem sogenannten Ringofen herstellten, verleihe die Produktionsweise der angemeldeten Bezeichnung jedoch keine Unterscheidungskraft. Da diese zum einen im Hinblick auf die angemeldeten Waren, zum anderen im Hinblick auf die beteiligten Verkehrskreise zu beurteilen sei, müsse davon ausgegangen werden, dass letztgenannte in der angemeldeten Bezeichnung keinen Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen, sondern lediglich eine beschreibende Sachangabe sehen würden.

Hiergegen wendet sich die Anmelderin mit ihrer Beschwerde vom 11. November 2019, mit der sie sinngemäß beantragt,

die Beschlüsse des Deutschen Patent- und Markenamtes, Markenstelle für Klasse 19, vom 28. Juni 2019 und vom 9. Oktober 2019 aufzuheben.

Zur Begründung führt sie aus, bei der Beschwerdeführerin handele es sich um die einzige existierende Torfbrandziegelei in Europa. Gebrannt würden die Steine wie im Gründungsjahr 1904 in einem Ringofen mit Torf. Die Herstellungsart und die produzierten Torfbrand-Klinker seien mit „nichts“ anderem auf dem Klinkermarkt vergleichbar, einzigartig in Form und Farbe, also Unikate. Alle anderen Ziegeleien auf dem deutschen Markt würden ihre Produkte in modernen Tunnelöfen mit Gasbefuerung herstellen, welche die Ringöfen ab Mitte der 20er Jahre und vor allem ab 1960 ersetzt hätten. Die Erzeugnisse würden gänzlich anders als die nach dem alten Produktionsverfahren hergestellten aussehen. Somit handele es sich bei den Klinkern aus den sonstigen Ziegeleien um Produkte ohne Unterscheidungskraft. Aufgrund der Brenntechnik und der Tatsache, dass das Produkt der Beschwerdeführerin einzig in Form und Farbe sei, bestehe keine Verwechslungsgefahr – und damit die notwendige Unterscheidungskraft – gegenüber anderen Produkten. Aus den vorgenannten Gründen folge im Ergebnis, dass die Schutzhindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG der Eintragung der angemeldeten Marke nicht entgegenstünden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird ergänzend auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht und mit zutreffenden Erwägungen hat das Deutsche Patent- und Markenamt dem Anmeldezeichen die Eintragung versagt, da an diesem ein Freihaltebedürfnis gemäß § 8 Abs.2 Nr. 2 MarkenG besteht.

Der Senat konnte ohne mündliche Verhandlung entscheiden, da die Beschwerdeführerin keinen entsprechenden Antrag gestellt hat und die

Durchführung einer solchen auch nicht aus Gründen der Sachdienlichkeit geboten war (§ 69 MarkenG).

1. Nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG sind solche Marken von der Eintragung ausgeschlossen, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geographischen Herkunft, der Zeit der Herstellung der Waren oder der Erbringung der Dienstleistungen oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen dienen können. Mit diesem Schutzhindernis wird das im Allgemeininteresse liegende Ziel verfolgt, dass Zeichen oder Angaben, die Merkmale der angemeldeten Waren oder Dienstleistungen beschreiben, von allen Wirtschaftsteilnehmern frei verwendet werden können und nicht aufgrund ihrer Eintragung als Marke einem Unternehmen vorbehalten werden (vgl. EuGH GRUR 2011, 1035, Rdnr. 37 – 1000; BGH GRUR 2017, 186, Rdnr. 38 – Stadtwerke Bremen). Das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG erfordert keinen weiteren Nachweis, dass und in welchem Umfang das fragliche Zeichen bereits im Verkehr bekannt ist oder bereits tatsächlich zur Beschreibung der angemeldeten Waren oder Dienstleistungen verwendet wird. Vielmehr genügt es, dass es zu diesen Zwecken verwendet werden kann (vgl. EuGH GRUR 1999, 723, Rdnr. 30 – Windsurfing Chiemsee; GRUR 2004, 146, Rdnr. 32 – DOUBLEMINT; GRUR 2004, 674, Rdnr. 98 – Postkantoor; GRUR 2010, 534 – PRANAHAUS). Dies ist bei einem Wortzeichen dann der Fall, wenn es ein oder mehrere Merkmale der in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen bezeichnet (EuGH, a. a. O. – DOUBLEMINT).

Für die Beurteilung der Eignung eines Zeichens als beschreibende Angabe ist auf das Verständnis des Handels und/oder des normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers als maßgebliche Verkehrskreise abzustellen (vgl. EuGH GRUR 2006, 411, Rdnr. 24 – Matratzen Concord/Hukla; GRUR 2004, 682, Rdnr. 23 bis 25 – Bostongurka; GRUR 1999, 723, Rdnr. 29 – Windsurfing Chiemsee; BGH, a. a. O. – Stadtwerke Bremen).

Ausgehend von diesen Grundsätzen stellt das angemeldete Wortzeichen „Torfbrand-Klinker“ ausschließlich eine zur unmittelbaren Beschreibung der beanspruchten Waren der Klasse 19 geeignete Angabe dar. Die Mitbewerber der Anmelderin haben deshalb ein berechtigtes Interesse an ihrer freien ungehinderten Verwendung.

a) Die angemeldete Bezeichnung „Torfbrand-Klinker“ ist aus den beiden Begriffen „Torfbrand“ und „Klinker“ zusammengesetzt, welche mit einem Bindestrich miteinander verbunden sind. Der erstgenannte setzt sich wiederum erkennbar aus den zusammengescriebenen Substantiven „Torf“ und „Brand“ zusammen. Bei „Torf“ handelt es sich um ein organisches Sediment, das in Mooren entsteht und in getrocknetem Zustand brennbar ist (vgl. unter „<https://de.wikipedia.org/wiki/Torf>“). Der Begriff „Brand“ findet sich im Duden unter anderem mit den Bedeutungen „das Brennen“, „In-Flammen-Aufgehen“, „etwas Brennendes“ und „das Brennen (von Ziegeln oder Porzellan)“ (vgl. „<https://www.duden.de/rechtschreibung/BrandFeuerHeizmaterial>“). Damit benennt der Begriff „Torfbrand“ das Brennen von Torf, brennenden Torf oder das Brennen (von Ziegeln oder Porzellan) unter Verwendung von Torf. Weiter bezeichnet der Begriff „Klinker“ Ziegelsteine, die unter so hohen Temperaturen gebrannt sind, dass durch den beginnenden Sinterprozess die Poren des Brenngutes verschlossen werden (vgl. „<https://de.wikipedia.org/wiki/Klinker>“). Mithin sind unter dem Anmeldezeichen „Torfbrand-Klinker“ Ziegelsteine zu verstehen, die unter Verwendung von Torf gebrannt wurden. Wie auch der mit dem Beanstandungsbescheid des Deutschen Patent- und Markenamts vom 30. April 2019 übersandten Internetfundstelle „<http://www.bose-antike-baustoffe.de/baustoffe-pflasterklinker.php>“ zu entnehmen ist, wird der angemeldete Begriff in diesem Sinne bereits im Verkehr verwendet. Es handelt sich um eine bestimmte Klinkersorte, die sich durch eine besondere, auf dem Brennen unter Verwendung von Torf beruhende Färbung auszeichnet.

b) Die eben aufgezeigte Bedeutung wird von den vornehmlich angesprochenen Fachkreisen aus dem Baugewerbe und fachlich vorinformierten bzw. interessierten

Durchschnittsverbrauchern, die beispielsweise im Baustoffhandel oder in Baumärkten Materialien zum Bauen oder Renovieren erwerben möchten, ohne Weiteres erkannt. Durch die sprachübliche Zusammensetzung und die keiner weiteren Interpretation bedürftigen Einzelbegriffe ist der Sinngehalt des Anmeldezeichens unschwer erkennbar.

c) Als Kurzbezeichnung für Ziegelsteine, die unter Verwendung von Torf gebrannt wurden, ist die Begriffskombination „Torfbrand-Klinker“ geeignet, als unmittelbar beschreibender Hinweis auf die Art, Beschaffenheit und die Bestimmung der in Rede stehenden Waren zu dienen.

In Verbindung mit den angemeldeten Waren „Materialien, nicht aus Metall, für Bauzwecke“ bringt das Anmeldezeichen unmittelbar zum Ausdruck, dass es sich hierbei um Torfbrandklinker handelt. Diese eignen sich ausweislich des bereits oben angesprochenen Belegs „<http://www.bose-antike-baustoffe.de/baustoffe-pflasterklinker.php>“ beispielsweise sehr gut zum Verlegen als Straßenpflaster.

„Transportable Bauten, nicht aus Metall“ können wiederum aus Torfbrandklinkern bestehen. Zu denken ist in diesem Zusammenhang beispielsweise an ortsveränderbare gemauerte Grillkamine, die besonders hitzebeständige Steine benötigen. Auch bewegliche Pizzaöfen oder Feuerstellen lassen sich aus Torfbrandklinkern fertigen.

Die weiterhin beanspruchten Waren „Pech; Teer; Bitumen“ werden häufig zur Abdichtung von Bauwerken eingesetzt. So müssen diese gerade im Bodenbereich vor Nässe etwa aufgrund von Regen oder Grundwasser geschützt werden. Aus Torfbrandklinker bestehende Wände benötigen hierbei einen besonderen Feuchtigkeitsschutz, da durch die Mörtelfugen Wasser in die Außenwand eindringen kann. Durch das Auftragen von Pech, Teer oder Bitumen werden diese Verbindungsstellen verschlossen und isoliert. Gleichzeitig wird dadurch ein gewisser mechanischer Schutz der Wand vor kratzenden oder scheuernden

Materialien wie Steinen, Sand oder Metall erreicht. Das Anmeldezeichen macht somit deutlich, dass die vorgenannten Waren zur Verarbeitung in Kombination mit Torfbrandklinkern bestimmt sind.

d) Das Freihaltebedürfnis wird auch nicht durch den Einwand der Beschwerdeführerin, sie sei die einzig existierende Torfbrandziegelei in Europa, welche Steine wie im Gründungsjahr 1904 in einem Ringofen mit Torf brenne, in Frage gestellt, da es auf den Umstand einer derzeit bestehenden Monopolstellung nicht ankommt (vgl. BGH GRUR 2006, 850, Rdnr. 35 – FUSSBALL WM 2006; GRUR 2006, 503, Rdnr. 10 – Casino Bremen). Hinzu kommt, dass – worauf das Deutsche Patent- und Markenamt bereits zutreffend hingewiesen hat – im Internet Händler für antike Baustoffe zu finden sind, welche die angemeldete Bezeichnung „Torfbrand-Klinker“ zur Beschreibung der von ihnen vertriebenen Produkte verwenden. Es handelt sich somit um eine Gattungsbezeichnung, deren Nutzung Mitbewerbern durch die Monopolisierung als Marke nicht entzogen werden darf.

2. Ob der Eintragung des Anmeldezeichens auch das Schutzhindernis des Fehlens der Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegensteht, kann angesichts obiger Ausführungen im Ergebnis dahingestellt bleiben.

Die Beschwerde war daher zurückzuweisen.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Beschluss steht der am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. 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 Rechtsbeschwerdeschrift muss von einer beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältin oder von einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet und innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe, eingereicht werden. Die Frist ist nur gewahrt, wenn die Rechtsbeschwerde vor Fristablauf beim Bundesgerichtshof eingeht. Die Frist kann nicht verlängert werden.

Kortbein

Söchtig

Hermann

Fi