



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 508/21

(Aktenzeichen)

Verkündet am
21.09.2022

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2020 106 519.8

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 21. September 2022 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Mittenberger-Huber, die Richterin Akintche und die Richterin Seyfarth

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

Ei, Ei, Ei

ist am 18. Mai 2020 zur Eintragung als Wortmarke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register für die nachfolgenden Waren und Dienstleistungen angemeldet worden:

Klasse 25:

Bekleidungsstücke; T-Shirts; Hemden; Polohemden; Sweatshirts; Pullover; Kopfbedeckungen;

Klasse 32:

Biere; alkoholfreie Getränke; Mineralwässer; kohlensäurehaltige Wässer; Fruchtgetränke; Fruchtsäfte; Sirupe für die Zubereitung von Getränken; alkoholfreie Präparate für die Zubereitung von Getränken;

Klasse 33:

Alkoholische Getränke [ausgenommen Biere]; alkoholische Präparate für die Zubereitung von Getränken; Alkoholische Essenzen; Alkoholische Extrakte; Alkoholhaltige Fruchtextrakte; Spirituosen; Liköre; Branntwein; Rum; Whisky; Kräuterliköre; Akvavit; Wodka; Gin; Obstbrand;

Klasse 43:

Dienstleistungen zur Verpflegung von Gästen, insbesondere mit Getränken.

Mit Beschluss vom 20. Januar 2021 hat die Markenstelle für Klasse 25 des DPMA die Anmeldung unter Bezugnahme auf den Beanstandungsbescheid vom 21. Oktober 2020 wegen Fehlens jeglicher Unterscheidungskraft und eines entgegenstehenden Freihaltebedürfnisses gemäß §§ 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2, 37 Abs. 1 MarkenG zurückgewiesen.

Zur Begründung ist bei korrekter Angabe des angemeldeten Zeichens lediglich durch Bezugnahme auf den Beanstandungsbescheid, in dem das Anmeldezeichen ohne Kommata dargestellt ist, ausgeführt, bei der Wortfolge „Ei, Ei, Ei“ handele es sich um einen gebräuchlichen Ausruf/Ausdruck der (freudigen) Verwunderung, Überraschung oder auch des Erstaunens, der sich allgemeingültig und jedenfalls im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen als werbende Bezeichnung anbiete. Die Bezeichnung wecke in typischer Werbesprache das Interesse des so angesprochenen Kunden und lenke dessen Aufmerksamkeit auf das angepriesene Produkt oder die Leistung. Für einen Teil der beanspruchten Waren, nämlich „Alkoholfreie Getränke, Alkoholische Getränke [ausgenommen Biere], Spirituosen, Liköre, Branntwein“ sowie für die beanspruchten Dienstleistungen stelle die Bezeichnung einen werbeüblichen Hinweis auf die Beschaffenheit dar, da das Nahrungsmittel „Ei“ eine mögliche Zutat der vorgenannten Waren sein könne. Die Bezeichnung „Ei, Ei, Ei“ enthalte damit auch einen beschreibenden Hinweis auf die Dienstleistung zur Verpflegung von Gästen, mit der entsprechende Getränke und Gerichte angeboten würden. Die Verdreifachung der rein beschreibenden Angabe „Ei“ halte sich im Rahmen heute werbeüblicher Ausdrucks- und Blickfangmittel, erhöhe die Aussagekraft und verstärke lediglich den beschreibenden Charakter. Die angemeldete Bezeichnung sei daher nicht geeignet, die beanspruchten Waren und Dienstleistungen bezüglich ihrer Herkunft aus einem Unternehmen von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden, so dass jegliche Unterscheidungskraft fehle. Darüber hinaus

bestehe für die ohne weiteres verständliche, die betreffenden Waren und Dienstleistungen unmittelbar beschreibende Angabe ein Freihaltebedürfnis.

Hiergegen richtet sich die Anmelderin mit ihrer Beschwerde.

Zur Begründung trägt sie vor, der Zurückweisungsbeschluss des DPMA sei schon deshalb unbegründet, weil die Markenstelle ihre Sichtweise durchweg auf die unkorrekte Wortfolge „Ei,Ei,Ei“ ohne Leerzeichen und damit nicht auf das angemeldete Wortzeichen beziehe, bei dem die drei Wortbestandteile jeweils sowohl durch ein Komma als auch durch ein Leerzeichen voneinander getrennt seien. Aufgrund des Weglassens der worttrennenden Leerzeichen, was zu einem Auslassen der dadurch indizierten Glottislaute führe, habe die Markenstelle eine irrtümliche Assoziation mit dem Ausdruck *Eijejei* hergestellt. Die damit von der Markenstelle angenommene Bedeutung der Wortfolge möge zwar zutreffend sein, allerdings sei sie für die Frage der Eintragbarkeit des angemeldeten Wortzeichens „Ei, Ei, Ei“ unerheblich, zumal der angenommene Begriffsgehalt für die tatsächlich angemeldete Wortfolge weder ersichtlich noch von der Markenstelle dargetan sei. Soweit die Markenstelle argumentiere, die angemeldete Wortfolge weise die Verdreifachung der rein beschreibenden Angabe „Ei“ auf, scheine diese Interpretation zwar eher an das tatsächlich angemeldete Zeichen anzuknüpfen. Die Behauptung der Markenstelle, Verdreifachungen hielten sich vollkommen im Rahmen heute werbeüblicher Ausdrucks- und Blickfangmittel, könne jedoch ohne Nachweise in der Rechtsprechung nicht überzeugen. Wenngleich jedes einzelne Wortelement „Ei“ ohne jeden Zweifel beschreibend für eine mögliche Zutat der in Rede stehenden Waren sei, sei eine Verdreifachung einer Angabe über eine mögliche Zutat vollkommen unüblich. Insofern verfüge das Anmeldezeichen über eine gewisse Originalität, welche es von einer rein sachbezogenen Bedeutung wegführe, so dass nicht mehr von einem im Vordergrund stehenden Begriffsgehalt auszugehen sei. Dies gelte erst recht für die in Klasse 25 beanspruchten Waren. Mithin bestehe auch kein Freihaltebedürfnis im Verkehr. Insbesondere für die beanspruchten Waren der Klasse 25 seien weder das angemeldete Zeichen noch

die Einzelbestandteile „Ei“ beschreibend. Dies gelte auch für die angemeldeten Waren der Klassen 32 und 33, selbst wenn diese unstreitig das Nahrungsmittel Ei als Zutat enthalten könnten. Denn durch die Verdreifachung des Begriffs „Ei“, mit der originell und humoristisch auf eine mögliche Zutat angespielt werde, nehme der Verkehr nicht an, dass es sich ausschließlich um eine Angabe der Zutaten handele. Für eine qualitative Angabe genüge die einmalige Nennung des Wortes „Ei“, eine quantitative Angabe der Zutat erfolge üblicherweise durch eine Zahlen- oder Mengenangabe.

Die Beschwerdeführerin beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 25 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 20. Januar 2021 aufzuheben.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die gemäß §§ 66, 64 Abs. 6 MarkenG zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Der Eintragung des angemeldeten Wortzeichens steht in Bezug auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen das Eintragungshindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen. Die Markenstelle hat der angemeldeten Bezeichnung daher gem. § 37 Abs. 1 MarkenG zu Recht die Eintragung versagt.

1. Soweit die Beschwerdeführerin rügt, die Markenstelle habe bei der Beurteilung der Schutzfähigkeit auf die Worte „Ei,Ei,Ei“ ohne Leerzeichen abgestellt und insofern nicht das angemeldete Wortzeichen zugrunde gelegt, ist darauf hinzuweisen, dass sich die Markenstelle in ihrem Beschluss vom 20. Januar 2021 eindeutig auf das Zeichen in seiner angemeldeten Form bezieht. Aus der Zusammenschau mit der Argumentation im Beanstandungsbescheid ergibt sich,

dass die Markenstelle über das Zeichen in der angemeldeten Form entschieden hat. Eine Verletzung des Gebots rechtlichen Gehörs durch die Markenstelle ist daher bereits nicht ersichtlich. Im Übrigen wäre eine derartige Verletzung im vorliegenden Beschwerdeverfahren geheilt.

2. Unterscheidungskraft im Sinne des § 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 und Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und diese Waren oder 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]; GRUR 2008, 608 Rn. 66 f. – Eurohypo AG/HABM [EUROHYPO]; BGH GRUR 2020, 411 Rn. 10 - #darferdas? II; GRUR 2018, 301 Rn. 11 – Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR 2016, 934 Rn. 9 – OUI; GRUR 2015, 173 Rn. 15 – for you; GRUR 2013, 731 Rn. 11 – Kaleido; GRUR 2012, 1143 Rn. 7 – Starsat). Denn die Hauptfunktion einer Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten (EuGH a. a. O. – Eurohypo AG/HABM [EUROHYPO]; GRUR 2006, 229 Rn. 27 – BioID AG/HABM [BioID]; BGH GRUR 2016, 934 Rn. 9 – OUI; GRUR 2014, 565 Rn. 12 – smartbook).

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 2018, 301 Rn. 11 – Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR 2016, 934 Rn. 9 – OUI). Zu berücksichtigen ist jedoch, dass aus Gründen der Rechtssicherheit und der ordnungsgemäßen Verwaltung die Prüfung jeder Anmeldung nicht nur umfassend, sondern auch streng sein muss, um eine ungerechtfertigte Eintragung von Marken zu verhindern (vgl. zuletzt EuGH GRUR 2019, 1194 Rn. 28 – AS/DPMA [#darferdas?]). 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 Rn. 53 – Henkel KGaA; BGH GRUR 2018, 301 Rn. 15 – Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR 2016, 934 Rn. 10 – OUI; GRUR 2014, 872 Rn. 13 – Gute Laune Drops).

Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft zum relevanten Anmeldezeitpunkt (BGH GRUR 2013, 1143 Rn. 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 2019, 1194 Rn. 20 – AS/DPMA [#darferdas?]; GRUR 2008, 608 Rn. 67 – Eurohypo AG/HABM [EUROHYPO]; GRUR 2006, 411 Rn. 24 – Matratzen Concord AG/Hukla Germany SA [MATRATZEN]; BGH GRUR 2014, 376 Rn. 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, Rn. 86 – Postkantoor; BGH a. a. O. Rn. 8 - #darferdas? II; GRUR 2012, 270 Rn. 11 – Link economy) oder wenn sie aus gebräuchlichen Wörtern oder Wendungen der deutschen Sprache oder einer geläufigen Fremdsprache bestehen, die – etwa wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung – stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werden (vgl. BGH a. a. O. Rn. 12 - OUI; a. a. O. Rn. 21 - Gute Laune Drops; GRUR 2014, 569 Rn. 26 - HOT; GRUR 2012, 1143 Rn. 9 - Starsat; GRUR 2012, 270 Rn. 11 - Link economy; GRUR 2010, 640 Rn. 13 - hey!; GRUR 2009, 952 Rn. 10 - DeutschlandCard). 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 Unterscheidungsmittel für deren Herkunft sieht (BGH a. a. O. – #darferdas? II; a. a. O. – Pippi-Langstrumpf-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); dies gilt auch für ein zusammengesetztes Zeichen, das aus mehreren Begriffen besteht, die nach diesen Vorgaben für sich genommen schutzunfähig sind. Der Charakter einer Sachangabe entfällt bei der Zusammenfügung beschreibender Begriffe jedoch dann, wenn die beschreibenden Angaben durch die Kombination eine ungewöhnliche Änderung erfahren, die hinreichend weit von der Sachangabe wegführt (EuGH MarkenR 2007, 204 Rdnr. 77 f. – CELLTECH; BGH GRUR 2014, 1204 Rdnr. 16 – DüsseldorfCongress).

3. Nach diesen Grundsätzen ist die Unterscheidungskraft der angemeldeten Wortfolge „**Ei, Ei, Ei**“ im hier relevanten Waren- und Dienstleistungszusammenhang zu verneinen, da die angesprochenen Verkehrskreise die Bezeichnung ohne besonderen gedanklichen Aufwand lediglich als werblich anpreisenden Sachhinweis, nicht jedoch als Hinweis auf die Herkunft aus einem bestimmten Betrieb bzw. Unternehmen auffassen.

a) Angesprochene Verkehrskreise der beanspruchten Waren der Klassen 25, 32, 33 und Dienstleistungen der Klasse 43 sind neben den Fachkreisen (hier: Getränkefachhandel und Gastronomen) in erster Linie die Endverbraucher.

b) Die angemeldete Wortfolge besteht aus der dreimaligen Wiederholung des Wortes „Ei“, jeweils getrennt durch ein Komma und ein Leerzeichen.

Das Substantiv „Ei“ bezeichnet u. a. eine „befruchtete oder nicht befruchtete weibliche tierische oder menschliche Keimzelle, ein „(von bestimmten Tieren, besonders Vögeln, gelegtes) von einer Schale umschlossenes, die Eizelle und meist Dotter und Eiweiß enthaltendes kugeliges, oft länglich ovales Gebilde“ oder ein „Hühnerei (als Nahrungsmittel)“ (vgl. <https://www.duden.de/rechtschreibung/Ei>). Im allgemeinen Sprachgebrauch wird unter „Ei“ das Hühnerei verstanden, das vom Menschen als Nahrungsmittel benutzt wird. Dies spiegelt sich auch in Lebensmittelverordnungen wider, die das Ei als Lebensmittel bei fehlender Angabe der Tierart als Hühnerei definieren (vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Ei>). Darüber hinaus hat das Ei für den Menschen auch eine kulturelle Bedeutung als Osterei. Die meist gefärbten oder verzierten Eier werden als Osterschmuck oder für Spiele verwendet und gelten im Christentum als Symbol für das Osterfest (vgl. <https://www.planet-wissen.de/kultur/religion/ostern/Osterei>; <https://www.deutschlandfunkkultur.de/das-gelbe-vom-ei-ei-ei-ei-heute-ist-ostersonntag-100.html>; www.br.de/nachrichten/kultur/was-das-ei-mit-ostern-zu-tun-hat).

Das Nomen „Ei“ ist ferner Bestandteil zahlreicher Redensarten, u. a. „jemanden, etwas wie ein rohes Ei (sehr vorsichtig) behandeln“, „wie auf Eiern gehen (umgangssprachlich: die Füße vorsichtig aufsetzend gehen)“, „wie aus dem Ei gepellt sein (umgangssprachlich: sehr sorgfältig gekleidet sein)“ oder „ach du dickes Ei! (umgangssprachlich: Ausdruck der Überraschung)“ (vgl. <https://www.duden.de/rechtschreibung/Ei>).

Schließlich wird „ei“ als Interjektion oft als Ausdruck der Verwunderung oder Überraschung im Sinne von „ach“, „oh“, „uups“ oder „ui“ verwendet, wie z. B. „ei, wo kommst du denn her?“ bzw. „Ei, der Daus“ oder kindersprachlich als Ausdruck der Zärtlichkeit bzw. Zuneigung, wie z. B. „ei [ei] machen (streicheln, liebkosen)“ (vgl. <https://www.duden.de/rechtschreibung/ei>; <https://de.wiktionary.org/wiki/ei>; <https://www.wortbedeutung.info/-ei/>).

c) In Bezug auf eine große Anzahl der in den Klassen 32 und 33 beanspruchten Waren stellt das Wort „Ei“ in Alleinstellung eine Zutaten- bzw. Bestimmungsangabe dar, weil Eier, Eibestandteile oder Eierprodukte Bestandteil alkoholfreier und alkoholischer Getränke sein können:

aa) Die in Klasse 32 beanspruchten Waren „alkoholfreie Getränke“ sowie „Fruchtgetränke“ können ein oder mehrere Eier als Zutat enthalten, da hierunter auch Mixgetränke fallen. „Alkoholfreie Präparate für die Zubereitung von Getränken“ können aus Eiern hergestellt werden; so ist Eiweiß ein möglicher Bestandteil von Proteinpulvern (vgl. <https://www.eiweisspulver-test.com/inhaltsstoffe-von-supplements/>). „Biere“, „Fruchtsäfte“ und „Sirupe für die Zubereitung von Getränken“ können ebenso wie „Mineralwässer“ und „kohlenensäurehaltige Wässer“ mit Eiern zu Mixgetränken verarbeitet werden (vgl. <https://www.amazon.de/Giffard-Egg-White-Sirup-Eiwei%C3%9F/dp/B014TDA1MU>). Die Bezeichnung „Ei“ stellt daher eine Bestimmungsangabe dar.

bb) Gleiches gilt für die in Klasse 33 beanspruchten Waren. „Spirituosen“, „Liköre“ und „Kräuterliköre“ können ebenfalls ein oder mehrere Eier als Zutaten enthalten. „Alkoholische Getränke [ausgenommen Biere]“, „alkoholische Präparate für die Zubereitung von Getränken, Alkoholische Essenzen, Alkoholische Extrakte, Alkoholhaltige Fruchtextrakte; Branntwein, Rum, Akvavit, Wodka, Gin, Obstbrand“ können mit Eiern zu Mixgetränken verarbeitet werden.

Dies war den angesprochenen Verkehrskreisen schon vor dem maßgeblichen Anmeldezeitpunkt am 18. Mai 2020 bekannt, wie folgende Beispiele zeigen (vgl. dazu BPatG Beschluss vom 18.07.2022, 26 W (pat) 514/21 – Ei, Ei, Ei, Ei, Ei, auf den der Senat die Beschwerdeführerin mit Ladungszusatz vom 16. August 2022 hingewiesen hat):

- „FÜNF! DRINKS MIT EIERN - Cocktails mit Ei sind noch immer nicht selbstverständlich. ... RAMOS GIN FIZZ ... CLYDE COMMON EGGNOG ... SLOE GIN SILVER FIZZ ...“ (5. April 2015, <https://mixology.eu/cocktails-mit-ei-rezept/>);

- „Heidelbeer-Eierlikör-Drink“ (5.8.2009, <https://www.kochbar.de/rezept/216522/Heidelbeer-Eierlikoer-Drink.html>);

- „Milch Eier Getränke Rezepte ... Ziegenmilcheierlikör ... Eier-Mandel-Milch ... Orangen-Eierlikör mit Vanille ... Eierbier ... Eierlikör mit Wodka und Rum ...“ (mit Nachweisen von 2008 bis 2015, <https://www.chefkoch.de/rs/s0/milch+eier+getr%C3%A4nk/Rezepte.html>);

- „Getränke mit rohen Eiern ... Eier-Grog ... Eier-Limonade ... Eier-Kognak ... Eier-Wein ...“ (21. Juni 2012, <https://doazmol-rezepte.ch/archive/6896>);

- „Rohes Ei und Wodka: Die besten Kater-Cocktails“ (30.12.2019, <https://kurier.at/freizeit/essen-trinken/rohes-ei-und-wodka-die-besten-kater-cocktails/400713387>).

cc) Die Bezeichnung der beanspruchten Waren mit „Ei“ kann darüber hinaus auch darauf hinweisen, dass es sich um speziell für Ostern hergestellte Getränke handelt. So werden, ebenso wie an Weihnachten ein Weihnachts- oder Winterbier, in der Osterzeit traditionell besondere „Osterbiere“ gebraut. Dabei handelt es sich um Festbiere, die zu den Märzenbieren gehören und eine höhere Stammwürze haben als die üblichen Biere (vgl. <https://www.biermap24.de/magazin/osterbier/>). Die Etiketten der Osterbierflaschen werden häufig mit Osterhasen, Küken und/oder auch Ostereiern versehen (z. B. Osterreiter Festbock (<https://www.frenzelbraeu.de/biere/osterreiter-festbock/>), Kaiserhofbräu (<http://kaiserhofbraeu.de/biersorten/osterbier/#>); vgl. auch (<https://www.biermap24.de/magazin/osterbier/>). Im Internet werden Rezepte für „Getränke zu Ostern“ bzw. „Ostergetränke“ vorgestellt (vgl. www.das-osterportal.de;

<https://www.chefkoch.de/rs/s0/oster+getr%C3%A4nke/Rezepte.html>). Da das Ei ein jedermann verständliches Symbol für Ostern ist, werden die angesprochenen Verkehrskreise es lediglich als Hinweis darauf verstehen, dass es sich bei den so bezeichneten Getränken um solche speziell für diesen Anlass kreierte „Ostergetränke“ handelt.

dd) Einen zumindest engen beschreibenden Bezug stellt das Wort „Ei“ auch zu den Dienstleistungen der Klasse 43 her, weil die vorgenannten Getränke bei der Verpflegung von Gästen angeboten werden können.

ee) Das mehrfache Aneinanderreihen des Wortes „Ei“ stellt keine semantische oder syntaktische Besonderheit dar, die von der genannten Bedeutung wegführen und den angesprochenen Verkehrskreisen die Bedeutung eines Herkunftshinweises vermitteln würde. Die Verdoppelung (Geminatio; <https://de.wikipedia.org/wiki/Geminatio>) oder Verdreifachung (Epizeuxis; <https://de.wikipedia.org/wiki/Epizeuxis>) eines Wortes oder einer Wortgruppe, ist vielmehr ein werbeübliches rhetorisches Stilmittel, das der Rede Nachdruck verleihen soll. Bekannt ist die Stilfigur der Verdreifachung bereits aus historischen Texten, wie z. B. „Nein! nein! nein! das kann nicht sein.“ (Friedrich Schiller, Die Räuber); „O horror, horror, horror!“ (Shakespeare, Macbeth) oder „Aber wehe, wehe, wehe, wenn ich auf das Ende sehe!“ (Wilhelm Busch, Max und Moritz). Seit langem wird dieses Stilelement daher auch in der modernen Werbepsychologie verwendet, um die Aufmerksamkeit des Publikums zu erregen und den werbemäßig eindringlich auffordernden Charakter zu unterstreichen, weshalb der Verkehr es nicht als betriebskennzeichnend wahrnimmt (vgl. BPatG Beschluss vom 18.07.2022, 26 W (pat) 514/21 – Ei, Ei, Ei, Ei, Ei; Beschluss vom 07.04.2022, 30 W (pat) 566/20 – My-My/MY-MY; Beschluss vom 23.02.2022, 29 W (pat) 36/20 – Vino WEINLOFT; Beschluss vom 17.02.2009, 27 W (pat) 65/09 – AUTOAUTO!; 29 W (pat) 148/95 – Leute; 29 W (pat) 198/92 – FalzFalz). Der bloße Verdoppelungs- oder Verdreifachungseffekt als solcher kann die Schutzfähigkeit

daher nicht begründen (vgl. BPatG Beschluss vom 18.07.2022, 26 W (pat) 514/21 – Ei, Ei, Ei, Ei, Ei; Beschluss vom 30 W (pat) 23/00 – Äskulapstab in grünem Kreuz). Beispiele für derartige sprachlich ansprechende Verdreifachungen lassen sich auf vielen Gebieten finden, so z. B. wenn es um eine kreative Wortbildung für ein neues Restaurant geht („Ei, ei, ei, Wortspielerei!“ Anlage Bl. 24), um ein politisches „Ei“, das dem Gegner vor Ostern ins Nest gelegt wurde („Ei, Ei, Ei! SPD und GRÜNE sind für die Steuererhöhung“ Anlage Bl. 25), das Ende eines „Förder.Ei“ genannten Gewinnspiels der Stadtwerke („Ei, Ei, Ei – bald ist’s vorbei ...“ Anlage Bl. 27) oder eine negative Beurteilung auf der Plattform Tripadvisor („Ei, Ei, Ei nur schnell vorbei“ Anlage Bl. 28).

ff) Auch im hier einschlägigen Getränke- und Verpflegungsbereich sind die angesprochenen inländischen Verkehrskreise bereits zum Anmeldezeitpunkt an eine Mehrfachnennung des Begriffs „Ei“ gewöhnt gewesen, wie folgende Beispiele zeigen (vgl. dazu auch: BPatG a. a. O. – Ei, Ei, Ei, Ei, Ei):

- „Ei, Ei, Eierlikör – ein sicheres Produkt?“ (27. Dezember 2018, <https://eatSMARTER.de/blogs/die-getraenkepruefer/ei-ei-eierlikoer-ein-sicheres-produkt>)
- „Ei, Ei: Kleines Frühstücksbrevier“ (<https://blog.the-british-shop.de/page/view/2017/08/ei-ei-kleines-fruehstuecksbrevier>)
- „Ei, ei, ei – Verpoorten“, hervorgegangen aus dem Schlager „Ay ay ay Maria – Maria aus Bahia“, seit über 60 Jahren ein bekannter Werbespruch eines bedeutenden Eierlikörherstellers (<https://de.wikipedia.org/wiki/Verpoorten>);
- „Ei, ei, ei – Das Oster Backbuch“ (2019, <https://www.amazon.de/Ei-Oster-Backbuch-Rezepte-Backen-Genie%C3%9Fen/dp/3960932758>);
- „OSTERALLERLEI...EI, EI, EI“ (2019, <https://www.wunderle.com/blog/osterallerlei-eieiei>);
- Ei-Ei-Ei Osterallerlei 2019 (<https://www.tourismus.prien.de/ei-ei-ei-osterallerlei-2019>);

- „Weilimdorfer Heimatkreis e. V. ... Ei Ei Ei Ausstellung: Ei Ei Ei“ (03.03.2012 bis 14.04.2012) Kunst, die auch dem Papst gefällt ...“ (<https://www.weilimdorfer-heimatkreis.de/die-heimatstube/rueckblick-ausstellungen/ei-ei-ei/>);
- Tierlied: „Ei, Ei, Ei ihr Hühnerchen“ (<https://www.heilpaedagogik-info.de/tierlieder/102-ei-ei-ei-ihr-huehnerchen.html>).

Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin führt die dreimalige Großschreibung des Anfangsbuchstaben „E“ und die Verdreifachung des Wortes „Ei“ daher nicht zu einer besonderen Originalität, die von der Schutzunfähigkeit der Wortfolge wegführen würde. In Bezug auf die in den Klassen 32 und 33 beanspruchten Waren wird der Verkehr auch in der Verdreifachung des Wortes „Ei“ – in eben dieser Schreibweise - immer nur einen Hinweis auf die Zutat „Ei“ oder aber eine Anspielung auf Ostern verstehen, was die angeführten Beispiele belegen.

gg) In Bezug auf die in Klasse 25 beanspruchten Kleidungsstücke beinhaltet die Wortfolge „Ei, Ei, Ei“ entweder einen schlagwortartigen Ausdruck des Erstaunens oder wiederum einen werbeträchtigen Hinweis auf Ostern, der die Aufmerksamkeit des Kunden auf das Produkt lenken und den Kaufanreiz fördern soll.

Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wonach die Unterscheidungskraft eines als Marke angemeldeten Zeichens unter Berücksichtigung aller relevanten Tatsachen und Umstände, einschließlich sämtlicher wahrscheinlicher, praktisch bedeutsamer Verwendungsarten der angemeldeten Marke, geprüft werden muss (EuGH, GRUR 2019, 1194 Rn. 33 - AS/DPMA [#darferdas?]).

(1) Bekleidungsstücke der Klasse 25, wie z. B. T-Shirts, Kapuzenpullis, Schals oder Kopfbedeckungen sind regelmäßig großflächig mit Statements und bekenntnishaften bzw. werbenden Aussagen versehen.

So gibt es Männer-T-Shirts mit dem Aufdruck „Ei, Ei, Ei, sagte das HUHN“, Frauen-T-Shirts mit einem Spiegelei und darüber dem Text „Ei, Ei, Ei“ (vgl. Anlage Bl. 33),

T-Shirts entweder mit dem Bild nur eines Eis oder von drei größenmäßig gestaffelten Eiern und darüber oder darunter „Ei, Ei, Ei“ (Anlage Bl. 34 Rs.) ebenso wie Freizeitsocken mit mehreren Spiegeleiern (Anlage Bl. 32).

Hühner, Hasen und Eier sind gerade an Ostern beliebte Motive, was unter anderem mit den Aussprüchen „Happy Easter“, „Frohe Ostern“, „Mein erstes Ostern“

versehene Baby-Bodies zeigen (<https://www.spreadshirt.de/shop/babys/bekleidung/ostern/>), ferner T-Shirts und Kleider für Damen mit dem Aufdruck „Frohe Ostern + Abbildung eines Kaninchens“ oder „Tausche Schwester gegen Ostereier“, „Happy Easter“ (vgl. <https://www.redbubble.com/de/shop/ostern+dresses>), „Ei will survive“ „Ei love Ostern“, „Ei feel good“: „Eieiei“ + Abbildung eines Frühstückseis“ (vgl. <https://www.spreadshirt.de/shop/bekleidung/t-shirts/ei+spruch+ostern/>).

(2) Im hier maßgeblichen Bekleidungssektor kommt allerdings neben der nach außen gerichteten, dekorativen Verwendung des Zeichens auf der Vorder- oder Rückseite eines T-Shirts, einer Jacke oder von Socken, die – ausgehend von Art und Sinngehalt des Anmeldezeichens – als wahrscheinlichste Verwendungsform zu sehen sein dürfte, auch eine Verwendung auf dem eingenähten Etikett im Innern eines Kleidungsstückes, als Anhänger o. Ä. in Betracht. Selbst wenn eine solche Verwendung im Verhältnis zu einer Verwendung als Schriftzug auf der Vorder- bzw. Rückseite eines Kleidungsstücks weniger wahrscheinlich und auch praktisch nicht so bedeutsam und naheliegend sein mag, ist sie zu berücksichtigen (BGH GRUR 2020, 411 Rn. 16 - #darferdas? II). Die Verwendung im Etikett eines Kleidungsstückes führt für sich genommen jedoch nicht ausnahmslos dazu, dass der Verkehr in dem Zeichen einen Herkunftshinweis sehen muss. Auch bei der Anbringung auf Etiketten kann die Beurteilung, ob der Verkehr das Zeichen als Herkunftshinweis ansieht, nach der Art des Zeichens variieren (a. a. O. Rn. 18). Es muss stets im Einzelfall beurteilt werden, ob der Verkehr das Zeichen auch auf dem Etikett eines Kleidungsstücks als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der damit gekennzeichneten Waren wahrnehmen kann (BGH GRUR 2020, 411 Rn. 17 - #darferdas? II; vgl. auch BPatG, Beschluss vom 12.01.2022, 29 W (pat) 570/19 –

MAKE MONDAY SUNDAY; Beschluss vom 09.10.2019, 29 W (pat) 519/18 – Mir all sin Kölle; Beschluss vom 04.04.2019, 30 W (pat) 511/17 – reggae jam).

Geht man im vorliegenden Fall angesichts der üblichen Verwendung von „Ei, Ei, Ei“ als ausschließlich sprachliche Wortspielerei, von einem werbemäßigen Ausdruck des Erstaunens oder Hinweis auf Ostern aus werden die angesprochenen Verkehrskreise auch bei der Verwendung auf dem Etikett eines Kleidungsstückes nicht auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen schließen. Vielmehr steht die in der Redewendung zum Ausdruck kommende werbemäßige Aussage dergestalt im Vordergrund, dass sie im Verkehr stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird.

Das angemeldete Zeichen eignet sich somit nicht als Hinweis auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen, so dass ihm die erforderliche Unterscheidungskraft i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG fehlt.

3. Die Frage, ob auch ein Schutzhindernis gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG gegeben ist, kann bei dieser Sachlage dahingestellt bleiben.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss steht den 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 Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe durch eine beim Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwältin oder durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt einzulegen.

Dr. Mittenberger-Huber

Akintche

Seyfarth

we