

BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 428/99

(Aktenzeichen)

Verkündet am
6. Dezember 2000

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 397 16 981

(hier: Lösungsverfahren S 20/98)

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 6. Dezember 1999 durch die Vorsitzende Richterin Winkler und die Richter Dr. Fuchs-Wisseemann und Sekretaruk

beschlossen:

Die Beschwerde der Antragsgegnerin wird zurückgewiesen.

G r ü n d e

I.

Gegen die seit 12. Juni 1997 für die Ware

Tee

eingetragene Wortmarke

FLUGTEE

ist Lösungsantrag gestellt worden.

Der Antragsteller hat unter Vorlage von Buchauszügen, Werbeprospekten und Rechnungen aus der Zeit vor Eintragung der Marke vorgetragen, daß es sich bei "FLUGTEE" um eine für die relevanten Fachkreise, hier Teekenner mit hohem Qualitätsbewußtsein, beschreibende Angabe handele, der jede Unterscheidungskraft fehle. "FLUGTEE" sei eine Gattungsbezeichnung für bestimmte frisch einge-

flogene Tees. Es bestehe auch ein Freihaltebedürfnis zugunsten der Mitbewerber der Markeninhaberin zur Beschreibung ihrer qualitativ hochwertigen frisch eingeflogenen Produkte dieser Art, wobei es nicht darauf ankomme, daß man diese auch in korrekter Weise "first flush" Darjeeling-Tees nennen könne.

Die Markeninhaberin hat dem Löschungsantrag widersprochen. Sie ist der Auffassung, daß es sich um einen sprachunüblichen, aus sich heraus nicht verständlichen Begriff ohne festen oder bestimmbaren Begriffsinhalt handele. Daneben sei zu beachten, daß die Markeninhaberin und ihre Rechtsvorgängerin die Bezeichnung "FLUGTEE" bereits seit den 60er Jahren benutzt hätten.

Die Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Marke wegen eines bereits zum Eintragungszeitpunkt bestehenden Freihaltebedürfnisses gelöscht und zur Begründung ausgeführt, daß die Marke ausschließlich aus Angaben bestehe, die zur Bezeichnung der Beschaffenheit der Ware in Form der Angabe eines bedeutsamen Qualitätskriteriums für "first flush"-Tees, dienen könne.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Markeninhaberin. Sie ist der Auffassung, der Löschung stehe entgegen, daß "FLUGTEE" im Fachhandel als feststehender Werbe- und Fachbegriff verwendet werde. Vielmehr sei es so, daß die Marke keinen unmittelbar beschreibenden und ausreichend präzisen Gehalt habe, weshalb das angesprochene Publikum ohne weitere Informationen mit "FLUGTEE" keine konkreten Vorstellungen verbinde. Eine beschreibende Angabe entstehe erst, wenn weitere Informationen, die beispielsweise auch in der Abbildung eines Flugzeuges bestehen könnten, hinzukämen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Beschluß der Markenabteilung aufzuheben und den Löschungsantrag zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Die Marke ist vom Deutschen Patent- und Markenamt zu Recht gelöscht worden.

Die Eintragung einer Marke wird auf Antrag wegen Nichtigkeit ua dann gelöscht, wenn sie entgegen § 8 eingetragen worden ist (§ 50 Abs 1 Nr 3 MarkenG) und das Schutzhindernis auch noch im Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag besteht (§ 50 Abs 2 Satz 1 MarkenG). Dies ist hier der Fall. Die Marke "FLUGTEE" besteht ausschließlich aus Angaben, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art der Ware dienen können (§ 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG). Bereits vor Eintragung der Marke am 12. Juni 1997 wurde das Markenwort zur Bezeichnung eines meist zu früh geernteten, unreifen und daher häufig recht herben FIRST FLUSH-Darjeelingtees verwendet. Dies ergibt sich aus den vom Antragsteller vorgelegten Unterlagen:

- Bestellformular der Firma G. & Co, Teeimport Götz & Co, Kabelkamp 11, Hannover: "Flugtee 1991 Concorde";

- Prospekt der Firma G & Co, Teeimport Götz & Co Kabelkamp 11, Hannover: "Unser Flugtee landet in der kommenden Woche (12. Kalenderwoche 1993);
- Prospekt der Firma Teeimport C. Götz GmbH, Kabelkamp 11, 30179 Hannover: "DARJEELING FIRST CLASS FLUGTEE 94; "unser first-flush-Flugtee ist da";
- Prospekt der Firma G. & Co, Teeimport Götz & Co, Kabelkamp 11, 30179 Hannover vom 18. April 1995: "Die Zeit ist reif für gute Flugtees";
- Prospekt der Firma Teeimport C. Götz GmbH, Kabelkamp 11, 30179 Hannover: "Wir bieten Ihnen heute einen guten, interessanten Flugtee 1996 ... an";
- Rechnung der Firma Haus des Ostens Friedrich Niebur, Jungfernstieg 7, Hamburg vom 21. November 1996: "Flugtee, Ernte 1996"; Rechnung der Firma Haus des Ostens Friedrich Niebur, Jungfernstieg 7, 20354 Hamburg, vom 21. November 1995: "FlugteeDarj. first flush 250 g";
- Werbeschreiben der Firma Detlefsen & Balk, Hamburg vom März 1993: "Wir freuen uns, Ihnen dieses Jahr einen Darjeeling-Flugtee besonderer Art anbieten zu können"; Werbeschreiben der Firma Detlefsen & Balk, Hamburg, vom März 1994: "Nach der äußerst positiven Resonanz im letzten Jahr haben wir auch 1994 für Sie wieder den Darjeeling first-flush PHOOBSERING als Flugtee einkaufen können";
- Rechnung des Felix P. Wesenberg, bei der neuen Münze 9, Hamburg vom 11. April 1997: "Flug-Teeangebot";
- Faxorderformular des Teeladens Monika Rappold, Pariser Straße 27, 81667 München, vom 1. März 1997: "Bitte Darjeeling-Flugteeproben zu-senden sobald vorhanden";
- Rechnung der Firma Warenhandels GmbH Import Teeexport, Bei der neuen Münze 10 B, 22145 Hamburg vom 2. September 1996: "Darjeelingflugteesaison 1996";

- Angebot an HIBILA Biller-Naturmittel, Hermann-Dorfner-Straße 7, 92253 Schneitenbach vom 3. April 1997: "... Freibleibend biete ich Ihnen nächste Woche eintreffend die folgenden Flugtees an";
- Angebot an HIBILA Biller-Naturmittel, Hermann-Dorfner-Straße 7, 92253 Schneitenbach vom 10. April 1997: "Freibleibend biete ich Ihnen Anfang nächster Woche eintreffend den folgenden Flugtee an";
- Angebot an Firma Teestation Gerd Decker, Stephansplatz 10, 20354 Hamburg vom 3. April 1997: "Freibleibend biete ich Ihnen nächste Woche eintreffend die folgenden Flugtees an";
- Angebot an Firma Ewert-Tee, Weender Straße 84, 37073 Göttingen vom 7. April 1997: "Freibleibend biete ich Ihnen für prompte Verladung von Kalkutta nach Hamburg folgende Flugtees an";
- Angebot an Firma Bice's Tee-Shop, Altenhof 4, 56068 Koblenz vom 10. April 1997: "Freibleibend biete ich Ihnen Anfang nächster Woche eintreffend folgenden Flugtee an";
- Hanseatik Katalog November 1996: "... Chinasaat-Tee, aus kontrolliert biologischem Anbau, Flugtee";
- Werbeblatt der Firma SinAss-Teehandel GmbH Bremen vom 1. April 1997: "Originalkisten Darjeeling First Flush Flugtee neue Ernte".

An dieser rein beschreibenden Verwendung hat sich bis heute nichts geändert. Dies ergibt sich aus der mit den Beteiligten in der mündlichen Verhandlung erörterten Internetrecherche mit der Suchmaschine Alta Vista vom 18. Juli 2000, wo Flugtee unter dieser Bezeichnung als "unmittelbar nach Ernte frisch eingeflogener erster Blattknospen-Frühlingsflash (Champagnertee) mit frischem unverkennbar bergwiesigem blumigem belebenden Flavour" bezeichnet und von vier verschiedenen Anbietern geordert werden kann.

Diesen tatsächlichen Feststellungen ist die Markeninhaberin nicht entgegengetreten. Ihr Einwand, sie bzw ihre Rechtsvorgängerin habe "Flugtee" sprachlich kreiert und seit Jahrzehnten verwendet, ist im registerrechtlichen Verfahren nicht

zu berücksichtigen, wenn sie - wie vorliegend - versäumt hat, rechtzeitig um Markenschutz nachzusuchen bevor das Markenwort durch beschreibende Verwendung zu einer Sachbezeichnung wurde.

Für die von der Antragsgegnerin angeregte Zulassung der Rechtsbeschwerde besteht kein Anlaß. Weder ist eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden oder eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Vielmehr liegen die entscheidungserheblichen Fragen auf tatrichterlichem Gebiet, insbesondere bei der Feststellung der Verwendung von "FLUGTEE" vor und nach der Eintragung der entsprechenden Marke.

Von der Auferlegung von Kosten gemäß § 71 Absatz 1 MarkenG wird abgesehen.

Winkler

Dr. Fuchs-Wisseemann

Sekretaruk

br/prö