



# BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 91/03

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
12. Januar 2005

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Markenmeldung 300 67 504.6**

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 12. Januar 2005 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Albert sowie des Richters Reker und der Richterin Eder

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Beim Deutschen Patent- und Markenamt ist die Bezeichnung

### **Omas Glühwein**

für die Ware „Glühwein“ zur Eintragung in das Markenregister angemeldet worden.

Die Markenstelle für Klasse 33 hat diese Anmeldung in zwei Beschlüssen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, zurückgewiesen. Ihr mangle es an jeglicher Unterscheidungskraft, weil ihr ein im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsgehalt zugeordnet werden könne. Auszugehen sei davon, wie die angesprochenen Käuferkreise die Bezeichnung auffassten und verstünden, wenn sie ihnen als Kennzeichnung der angemeldeten Ware gegenüberetrete. Es sei aber damit zu rechnen, daß maßgebliche Teile des umworbenen Publikums in der Prüfungsmarke lediglich eine schlagwortartige Sachinformation bezüglich der Beschaffenheit dieser Erzeugnisse sähen. Die angemeldete Bezeichnung könne insbesondere als Hinweis darauf verstanden werden, daß die darunter angebotenen Produkte von der Art und Aufmachung seien, wie sie zu Großmutterzeiten üblich waren. Dabei könne diese Bezugnahme nicht nur Nostalgie vermitteln, sondern auch die Vorstellung von langjähriger Tradition und besonderer Qualität. Bereits bei flüchtiger Betrachtungsweise könne der unmittelbar beschreibende Sinngehalt der Prüfungsmarke erfasst werden. Damit komme dieser weder nach ihrer sprachlichen Form noch nach ihrem gedanklichen Inhalt eine schutzbe-

gründende Eigentümlichkeit zu. Auch die Berufung auf Voreintragungen könne kein anderes Ergebnis begründen.

Hiergegen wendet sich die Anmelderin mit der Beschwerde, mit der sie die Aufhebung der angegriffenen Beschlüsse begehrt. Die Annahme der Markenstelle, daß die Anmeldebezeichnung einen eindeutig beschreibenden Aussagegehalt aufweise, treffe nicht zu. Das Vorliegen mehrerer Bedeutungsgehalte spreche gegen die Annahme fehlender Unterscheidungskraft. Damit fehle es nämlich an der erforderlichen Eindeutigkeit. Der BGH habe eine solche Mehrdeutigkeit ausdrücklich als Grundlage für eine ausreichende Unterscheidungskraft angesehen. Selbst wenn man die von der Markenstelle angeführten, angeblichen Bedeutungen im einzelnen betrachte, handele es sich hierbei nur um Anspielungen und mittelbare Hinweise, die aber den betreffenden Glühwein nicht eindeutig erkennen ließen. Entsprechend habe der Senat bei den Anmeldungen „Christkindles“-Glühwein und „Christkindl“-Glühwein entschieden. Auch wenn die angemeldete Bezeichnung die Anspielung enthalten sollte, der Glühwein sei nach einem traditionellen Rezept hergestellt oder für Senioren vorgesehen, sei damit keine wirkliche Sachaussage über seine Beschaffenheit, wie Alkoholgehalt, Gewürznote oder Süßungsgrad verbunden. „Omas“ sei genauso unklar wie „Christkind“ oder „Weihnachtsmann“. Der Verkehr nehme ein als Marke verwendetes Zeichen hin, ohne es einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen. Es handle sich auch nicht um eine gebräuchliche Bezeichnung. Die dem Erstprüferbeschuß beigefügten Internet-Auszüge zeigten kein einziges Mal die Wortkombination „Omas Glühwein“. „Oma“-Rezepte für Glühwein seien unbekannt, eben weil sich darunter niemand eine konkrete und eindeutige Sachaussage über den Glühwein vorstellen könne. Zudem sei der Begriff „Oma“ nicht ausschließlich positiv besetzt, vielmehr könne er neben der Bedeutung als Kosenamen durchaus auch kritisch verstanden werden. Die Wortfolge „Glühwein nach Großmutterart“ sei eingetragen worden. Auch die vom Senat übersandten Internet-Auszüge, die Zusammensetzungen des Wortes „Oma“ mit dem angefügten Genitiv-s und einer Lebensmittelangabe enthielten, seien nicht vergleichbar, denn bei Glühwein handle es sich um eine lebensmittel-

rechtlich geregelte Gattungsangabe (EWG-Verordnung Nr. 1601/91). Zudem hätten die Anmelderin und mit ihr verbundene Unternehmen mit „Omas Glühwein“ in den letzten Jahren steigende Umsätze mit zuletzt über ... Litern gemacht. Sie verweist schließlich auf eine Vielzahl von eingetragenen Marken, die ihrer Ansicht nach ähnlich zu beurteilen sind wie die vorliegende Anmeldung.

## II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Der angemeldeten Marke steht jedenfalls das Eintragungshindernis der mangelnden Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG entgegen.

Unterscheidungskraft ist die einer Marke innewohnende konkrete Eignung, vom Verkehr als betriebliches Herkunfts- und Unterscheidungsmittel für die betreffenden Waren eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden und damit die betriebliche Zuordnung dieser Waren zu ermöglichen (BGH GRUR 2001, 1153, 1154 – antiKALK; BIPMZ 2004, 30 f – Cityservice). Auch dieses Eintragungshindernis ist im Lichte des Allgemeininteresses auszulegen, das ihm zugrunde liegt, und das darin besteht, den freien Warenverkehr zu gewährleisten (EuGH GRUR 2002, 804, 805 und 809 – Philips; MarkenR „003, 227, 231 f – Orange). Für kennzeichnungsrechtliche Monopole ist damit nur Raum, soweit diese geeignet sind, dem Verbraucher die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren zu garantieren und damit die Herkunftsfunktion der Marke zu erfüllen (EuGH GRUR 2001, 1148, 1149 – BRAVO). Kann demnach einer Wortmarke ein für die fraglichen Waren im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsinhalt zugeordnet werden oder handelt es sich sonst um ein gebräuchliches Wort der deutschen Sprache oder einer bekannten Fremdsprache, das vom Verkehr – etwa auch wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung – stets nur als solches und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden

wird, so ergibt sich daraus ein tatsächlicher Anhalt dafür, dass ihr jegliche Unterscheidungskraft fehlt (BGH aaO – Cityservice).

Der angemeldeten Bezeichnung kommt für die beanspruchte Ware bereits ein im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsinhalt zu. Wie die Markenstelle zutreffend dargelegt hat, wird der mit der angemeldeten Bezeichnung im Zusammenhang mit der beanspruchten Ware konfrontierte Verkehr in dieser nur einen allgemeinen Sachhinweis darauf sehen, dass sie nach Großmutterart hergestellt und beschaffen ist. Daß dabei der Bezeichnung „Omas Glühwein“ keine Einzelheiten wie die konkrete Art der Zusammensetzung, die genaue Angabe von Inhaltsstoffen und Mengen und dergl. zu entnehmen sind, schmälert den allgemein beschreibenden Charakter der angemeldeten Bezeichnung nicht. Bereits der in ihr enthaltene Hinweis auf eine traditionelle Art und Weise der Herstellung und Beschaffenheit ruft nämlich die Verbrauchervorstellung hervor, die Warenbeschaffenheit entspreche althergebrachten, bewährten Mustern. Daß dieser Hinweis ohne weitere analysierende Betrachtung auch tatsächlich so verstanden wird, belegen zusätzlich die der Anmelderin zugänglich gemachten Internet-Auszüge, die Fundstellen enthalten wie „Omas Limonade“, „Omas Rezepte“, „Omas Backrezepte“, im Fließtext auch „Omas Kochbuch, ... Schweinebraten, Schmorbraten, Kochfisch, Glühwein, Kompott, ...“, „Omas Kuchen“, „Omas Suppe“, „Omas Hollunderpunsch“, „Omas Auflauf“ uvm. Zudem kann einer Marke – wie oben ausgeführt – die Unterscheidungskraft in Bezug auf die Waren auch aus anderen Gründen als ihrem etwaigen beschreibenden Charakter fehlen (EuGH GRUR 2004, 680 – BIOMILD, E 19), wenn es sich bei ihr beispielsweise um ein gebräuchliches Wort der deutschen Sprache handelt, das stets nur als solches und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird (BGH aaO – Cityservice). Auch für diese Annahme bieten die beigezogenen Internet-Auszüge hinreichend Anlaß, denn der Hinweis „Omas“ in Zusammensetzung mit einem Lebensmittel wird in einer solchen Vielfalt und zudem auch in beschreibenden Fließtexten verwendet, daß eine solche Wortfolge keinen Schluß auf die betriebliche Herkunft einer so gekennzeichneten Ware zulässt.

Weder der Hinweis der Anmelderin auf die lebensmittelrechtliche Regelung für Glühwein noch ein möglicherweise mehreren Bedeutungsgehalten zugängliches Verständnis der angemeldeten Bezeichnung vermag die Schutzfähigkeit zu begründen. Ein Wortzeichen kann nämlich bereits dann von der Eintragung ausgeschlossen werden, wenn es zumindest in einer seiner möglichen Bedeutungen ein Merkmal der in Frage stehenden Waren bezeichnet (EuGH aaO – BIOMILD, E 38). Dies gilt um so mehr, als die angemeldete Bezeichnung keine über den Sachhinweis hinausgehende Besonderheit aufweist, die den Verkehr veranlassen könnte, in ihr das Kennzeichen eines einzelnen Unternehmens zu sehen. Die in Art 2 (3) f der genannten EWG-VO enthaltene Beschreibung der Bestandteile eines „aromatisierten weinhaltigen Getränks“, das als „Glühwein“ zu bezeichnen ist, ändert nichts daran, daß ein solches Getränk nach verschiedenen Rezepten zubereitet werden kann, also zB auch nach einer traditionellen Art und Weise, worauf - vgl oben – in der Werbung sehr gerne und in großem Umfang durch die Voranstellung des Genitiv-Attributs „Omas“ vor die entsprechende Sachangabe hingewiesen wird.

Der von der Anmelderin in der mündlichen Verhandlung vorgebrachte Hinweis auf hohe Umsatzzahlen des mit der angemeldeten Bezeichnung gekennzeichneten Produkts begründet die Registerfähigkeit ebensowenig. Dieser Hinweis ist lediglich allgemein und kaum begründet, und Unterlagen, die ein Verhältnis zu den Umsätzen der Konkurrenten und den daraus folgenden Marktanteil der Anmelderin wiedergeben, wurden nicht vorgelegt. Damit sind aber auch keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Annahme einer möglichen Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs 3 MarkenG erkennbar. Eine Zurückverweisung der Sache an das Patentamt nach § 70 Abs 3 MarkenG zur Prüfung der Verkehrsdurchsetzung ist deshalb nicht veranlasst.

Auch die in der mündlichen Verhandlung eingereichten Registerauszüge von eingetragenen, angeblich vergleichbaren Marken vermögen keine andere Entschei-

derung herbeizuführen, selbst dann nicht, wenn es um identische Marken gehen sollte (Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl, § 8 Rdnr 261 f mwN). Lediglich beispielhaft sei darauf hingewiesen, daß Marken wie „Nürnberger Christstern Glühwein“, „Wintertraum“, „Hüttenglut“ oder „Royal Glühwein“ mit der vorliegend zu beurteilenden Anmeldung ohnehin keine wesentlichen Gemeinsamkeiten aufweisen. Ebenso wenig konnte der Hinweis auf die Entscheidungen „Christkindles“-Glühwein und „Christkindl“-Glühwein ein anderes Ergebnis rechtfertigen, denn diese rufen nicht in demselben Ausmaß beschreibende Vorstellungen hervor wie der vorliegend zu beurteilende Fall. Ohnehin handelt es sich bei den von der Anmelderin genannten Eintragungen um eine eher unkritische Zusammenstellung einer Vielzahl von Marken, vorwiegend solcher, die die Bestandteile „Oma(s)“ und/oder „Opa(s)“ usw enthalten, ohne Rücksicht darauf, für welche Waren und Dienstleistungen sie bestimmt sind. So kann natürlich, wenn die Bezeichnung „OMA“ zB als Firmenabkürzung für typische Dienstleistungen eines Marketingunternehmens oder für technische Geräte aus dem Bereich der Datenverarbeitung eingetragen ist, nicht der geringste Bezug zum vorliegenden Fall erkannt werden. Ebenso fehlt es an einem beschreibenden Gehalt, wenn zB „OMAS APOTHEKE“ für Waren und Dienstleistungen registriert ist, die gerade *nichts* mit einer Apotheke zu tun haben usw.

Damit fehlt der angemeldeten Bezeichnung im Hinblick auf die beanspruchte Ware jegliche Eignung, diese ihrer betrieblichen Herkunft nach zu kennzeichnen, so daß der Beschwerde der Erfolg versagt bleiben musste.

Albert

Reker

Eder

Bb