



# BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 7/05

---

**(AktENZEICHEN)**

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Markenmeldung 304 34 969.0**

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 27. Juli 2005 unter Mitwirkung des Richters Viereck als Vorsitzenden sowie der Richter Dr. Albrecht und Kruppa

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Die angemeldete Wortmarke

#### **Früchte Auslese**

hat die Markenstelle für Klasse 30 mit Beschluss vom 4. November 2004 hinsichtlich folgender Waren mangels Unterscheidungskraft zurückgewiesen:

"Tee und teeähnliche Erzeugnisse (Kräuter- und Fruchteees) für medizinische Zwecke, auch vitaminisiert und/oder aromatisiert und/oder instantisiert und/oder mineralisiert; Tee und teeähnliche Erzeugnisse (Kräuter- und Fruchteees) für Genusszwecke, auch vitaminisiert und/oder aromatisiert und/oder instantisiert und/oder mineralisiert; Eistee; Getränke mit oder auf der Basis von Tee/Kräutertee/ Fruchtee; trinkfertige alkoholfreie Getränke, insbesondere Tee/Kräutertee/ Fruchtee unter Beimischung von Fruchtgetränken und/oder Fruchtsäften; alkoholfreie Getränke, insbesondere Fruchtgetränke und Fruchtsäfte unter Beimischung von Tee; Energy-Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; kohlen-säurehaltige Wässer; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken".

Dies ist damit begründet, "Früchte Auslese" sei für die versagten Waren eine glatt beschreibende Angabe. "Früchte" bringe lediglich den Grundstoff der so gekennzeichneten Waren und ihre Aromatisierung zum Ausdruck. "Auslese" stehe als Synonym für "Auswahl, das Beste vom Besten, Elite". Dies besagt im vorliegenden Zusammenhang, dass nur eine Auswahl bester Früchte impliziert werde.

Dass die angemeldete Marke entgegen deutschen Orthographieregeln getrenntgeschrieben sei, führe weder zu einer Verfremdung noch zu Unterscheidungskraft.

Die Anmelderin hat dagegen am 30. November 2004 Beschwerde eingelegt und dazu vorgetragen, bei den beanspruchten Waren sei der Begriff "Auslese" eher ungewöhnlich. Der Verbraucher werde ihn daher als Marke verstehen. Entsprechende Marken seien bereits eingetragen.

Es werde gebeten, in der Sache ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden.

Zur Ergänzung des Parteivorbringens wird auf die Schriftsätze der Anmelderin Bezug genommen; wegen sonstiger Einzelheiten auf den Akteninhalt.

## II.

Die Beschwerde der Anmelderin ist zulässig, jedoch in der Sache ohne Erfolg; einer Registrierung der angemeldeten Marke steht für die noch strittigen Waren zumindest das Schutzhindernis aus § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen.

**a)** Die Bezeichnung "Früchte Auslese" entbehrt für die noch strittigen Waren nämlich jeglicher Unterscheidungskraft. Das ist die einer Marke innewohnende konkrete Eignung als Unterscheidungsmittel für die erfassten Waren gegenüber solchen anderer Unternehmen. Bei der Beurteilung ist grundsätzlich ein großzügiger Maßstab anzulegen. Hat eine Marke aber einen für die fraglichen Waren im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt oder handelt es sich bei ihr um einen gebräuchlichen Begriff der deutschen Sprache, den die Verbraucher - etwa wegen seiner Verwendung in der Werbung - stets nur als solchen und nicht als Unterscheidungsmittel verstehen, so fehlt jegliche Unterscheidungseignung und damit jegliche Unterscheidungskraft (st. Rspr.; vgl. BGH BIPMZ 2002, 85 - INDUELLE).

Unstrittig ist "Früchte" für die beanspruchten Waren eine beschreibende Angabe, da diese Waren durch Fruchtzusätze oder -aromen einen Früchtegeschmack aufweisen können. Zu Recht hat die Markenstelle daher diesem Wort auch in der Kombination mit "Auslese" keine Unterscheidungskraft beigemessen.

"Auslese" ist dem Verbraucher im Zusammenhang mit Lebensmitteln zunächst von Wein her bekannt. Von daher nimmt er die Angabe "Auslese" als eine Kennzeichnung der besonderen Qualität der mit "Früchte Auslese" gekennzeichneten Waren selbst bzw. der für ihre Herstellung verwendeten Früchte. "Auslese" vermittelt nämlich die Vorstellung, dass aus der großen Menge auf dem Markt befindlicher Früchte qualitativ hochwertige ausgewählt wurden, so dass qualitativ über dem Durchschnitt liegende Früchte Ausgangsbasis für die Herstellung der so gekennzeichneten Waren sind (so auch OLG Hamburg GRUR 1977, 113 - MOCCA-AUSLESE / MILDE AUSLESE zu Kaffee nach Verkehrsbefragung).

Bei dieser Aussage nimmt der Verbraucher "Früchte Auslese" nicht als herkunftsmäßigen Hinweis.

**b)** Soweit sich die Anmelderin auf Eintragungen von entsprechenden Marken für Dritte beruft, rechtfertigt dies keine andere Beurteilung, weil selbst Eintragungen gleicher Marken nicht zu einer Bindung führen (vgl. BGH BIPMZ 1989, 192 - KSÜD); die Eintragung ist keine Ermessensentscheidung.

Viereck

Kruppa

Dr. Albrecht

Hu