



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 168/09

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 307 24 659.0 S 243/08 Lö

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 27. Oktober 2010 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Fuchs-Wisseemann sowie des Richters Reker und der Richterin Dr. Schnurr

beschlossen:

Der Beschluss der Markenstelle 2.4 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 20.0.2009 wird aufgehoben. Die Wortmarke Nummer 307 24 659 ist für die Waren „Biere, alkoholfreie Getränke, alkoholische Getränke (ausgenommen Biere)“ zu löschen.

Gründe

I.

Der Antragsteller hat die teilweise Löschung der am 18.04.2008 für die Waren

„Bekleidungsstücke, Biere, alkoholfreie Getränke, alkoholische Getränke (ausgenommen Biere)“

eingetragenen Wortmarke 307 24 659

FREI

des Antragsgegners für die Waren „Biere, alkoholfreie Getränke, alkoholische Getränke (ausgenommen Biere)“ mit der Begründung beantragt, dass sie insoweit entgegen §§ 8 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 4, 37 Abs. 3 MarkenG eingetragen worden sei. Weil das Wort „frei“ allgemein das Fehlen bestimmter Inhaltsstoffe oder Eigenschaften von Lebensmitteln beschreibe, werde es im Zusammenhang mit Getränken im Verkehr nicht als Herkunftshinweis verstanden. Die angegriffene Marke sei freihaltebedürftig. Insbesondere zur Bezeichnung alkoholfreier Biere, aber auch bei anderen alkoholfreien Getränken werde „FREI“ im Handel als Abkürzung für „alkoholfrei“ verwendet. Werde die angegriffene Marke für alkoholische Getränke

verwendet, täusche „FREI“ vor, dass die so bezeichneten Getränke keinen Alkohol enthielten. Der Antragsgegner hat der Löschung innerhalb der Frist des § 54 Abs. 2 Satz 2 MarkenG widersprochen.

Die Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamtes hat den Löschungsantrag mit der Begründung zurückgewiesen, dass die Bezeichnung „FREI“ nicht als Hinweis auf alkoholfreie Getränke geeignet sei. Zwar werde das Wort „FREI“ von fünf kleineren Brauereien für alkoholfreies Bier verwendet; es sei allerdings nicht bekannt, in welchem Umfang die betreffenden Kennzeichnungen im Geschäftsverkehr eingesetzt würden. Ohne weitere erläuternde Angaben beschreibe das Wort „FREI“ den Umstand, dass es sich hierbei um Getränke handle, die frei von bestimmten Inhalts- oder Zusatzstoffen seien, jedenfalls nicht hinreichend konkret. Wegen ihrer begrifflichen Ungenauigkeit erwecke die Marke eher Assoziationen zu dem geläufigen Familiennamen „Frei“. Die angemeldete Marke sei nicht geeignet, das Publikum über Eigenschaften alkoholfreier Getränke zu täuschen, denn diese seien gewöhnlich auf dem Etikett als solche gekennzeichnet.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde des Antragsstellers. Dieser hat seinen bisherigen Sachvortrag durch Nachweise zur Verwendung der Bezeichnung "FREI" bzw. "FREE" im Zusammenhang mit alkoholfreiem Bier und alkoholfreiem Wein ergänzt.

Der Antragsteller beantragt,

den angefochtenen Beschluss aufzuheben und die Marke 30 724 659 3 für die Waren „Biere, alkoholfreie Getränke, alkoholische Getränke (ausgenommen Biere)“ zu löschen.

Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er verweist auf die seiner Ansicht nach zutreffenden Ausführungen des Deutschen Patent- und Markenamtes im Beschluss vom 20.07.2009. Von dem beschreibenden Wort "frei" unterscheide sich die angemeldete Marke durch die Verwendung von Großbuchstaben. Der erwachsene Konsument werde in der Gaststätte dem Marketingkonzept entsprechend spaßvoll "FREI" bestellen und durch diese Bezeichnung nicht irregeführt. Im deutschen Sprachgebrauch werde der Begriff "frei" weder als Synonym für "alkoholfrei" noch für "Freibier" verwendet.

Ergänzend wird auf den Inhalt der Akten des Deutschen Patent- und Markenamtes Az. 307 24 659.0/32 und S 243/08 Lö Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde des Antragstellers hat auch in der Sache Erfolg. Dem gemäß §§ 50 Abs. 2 S. 2, 54 Abs. 1 MarkenG zulässigen Löschungsantrag war stattzugeben, weil einer Eintragung der Marke im Anmeldezeitpunkt für alkoholfreie Getränke die Schutzhindernisse der § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG entgegenstanden und noch heute entgegenstehen. An dem insoweit nicht unterscheidungskräftigen Wort "FREI" besteht zugleich ein Freihaltungsbedürfnis. Wird die Marke für Biere und alkoholhaltige Getränke (ausgenommen Biere) verwendet, besteht und bestand das Eintragungshindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG, weil sie in diesem Zusammenhang geeignet ist, beim Verbraucher den - täuschenden - Eindruck zu erwecken, er konsumiere ein alkoholfreies Getränk.

Unterscheidungskraft ist die einer Marke innewohnende konkrete Eignung, vom Verkehr als betriebliches Herkunfts- und Unterscheidungsmittel für die betreffen-

den Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden und damit die betriebliche Zuordnung dieser Waren zu ermöglichen (BGH 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 2003, 227, 231 d - Orange). Für kennzeichnungsrechtliche Monopole ist damit nur Raum, soweit diese geeignet sind, dem Verbraucher die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen 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 oder Dienstleistungen im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsinhalt zugeordnet werden oder handelt es sich sonst um ein gebräuchliches Wort der deutschen oder einer bekannten Fremdsprache, das vom Verkehr stets nur als solches und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird, so ergibt sich daraus ein tatsächlicher Anhalt dafür, dass ihr jegliche Unterscheidungskraft fehlt (BGH a. a. O – Cityservice).

.Das hier nächstliegende Verständnis von "FREI" im Zusammenhang mit Bieren ist der eines Hinweises auf handelsübliches alkoholfreies Bier. Auch im Zusammenhang mit dem Verkauf alkoholfreier Weine und Sekte stellt die angemeldete Bezeichnung einen verständlichen Begriff dar, der für die angemeldeten Waren eine direkt sachbezogene Bedeutung hat und auf einen zumindest bis unter 0,5 Volumenprozent reduzierten, wenn nicht gar fehlenden Alkoholgehalt hinweist. Als allgemein verständlicher Begriff der deutschen Umgangssprache beschreibt „FREI“ Eigenschaften der Waren, so dass ihm die Verbraucher nicht die Bedeutung eines Herkunftshinweises beimessen werden.

Mögliche Wortspiele hinsichtlich einer Bestellung von "FREI" im Sinne von "Freibier" tragen nicht dazu bei, das angemeldete Zeichen phantasievoller und damit unterscheidungskräftiger zu machen.

Auch die Verwendung von Großbuchstaben verhilft dem eingetragenen Zeichen insoweit nicht zu einer für ein Mindestmaß an Unterscheidungskraft notwendigen Originalität und Prägnanz. Denn der Verkehr ist daran gewöhnt, im Geschäftsleben ständig mit neuen Begriffen konfrontiert zu werden, durch die ihm sachbezogene Informationen lediglich in einprägsamer Form übermittelt werden sollen. Der Durchschnittsverbraucher, der erfahrungsgemäß Kennzeichen so aufnimmt, wie sie ihm entgegentreten, wird grammatikalisch fehlerhafte oder schriftbildlich durch die Verwendung von Großbuchstaben hervorgehobene, aber ihm gleichwohl verständliche Sachaussagen wie das Wort „FREI“ durchaus als solches und nicht als betrieblichen Herkunftshinweis auffassen (vgl. BGH GRUR 2001, 1151, 1152 - marktfrisch; GRUR 2004, 778, 779 URLAUB DIREKT; BPatG GRUR 1996, 489 - Hautactiv; BPatGE 40, 57 TeleOrder; Meyer, 2001, 204, 205; vgl. auch EuG GRUR Int. 2006, 44, 46 (Nr. 84) - LIVE RICHLI; Ströbele/Hacker, 9. Aufl. Rn. 89 zu § 8 m. w. N).

Als sach- und sprachgerechte Möglichkeit, die Eigenschaften eines alkoholfreien Bieres oder eines anderen alkoholfreien Getränkes zu beschreiben, ist "FREI" zudem freihaltungsbedürftig im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. Die vom Antragsteller zur Akte gereichten Nachweise belegen, dass Bierhersteller alkoholfreie Biere in ihrer Produktpalette mit der Bezeichnung „FREI“ bewerben.

Der Begriff „frei“ ist in Verbindung mit „alkoholischen Getränken einschließlich „Biere“ geeignet, den Verkehr über die Beschaffenheit derart gekennzeichneten alkoholhaltiger Biere und anderer alkoholhaltiger Getränke zu täuschen, (§§ 8 Abs. 2 Nr. 4, 37 Abs. 3 MarkenG).

Eine gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG relevante Täuschungsgefahr muss von der Marke selbst ausgehen und darf nur von den beanspruchten Waren und Dienstleistungen her beurteilt werden (BPatG Mitt. 1998, 371 - CRISTALLO). Bei ihrer Beurteilung ist auf die Sicht des normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der fraglichen Waren und

Dienstleistungen abzustellen (BGH GRUR 2002, 1074, 1076 – Original Oettinger; BPatGE 43, 30, 33 - Herrenstein), wobei in erster Linie die Abnehmer dieser Waren und Dienstleistungen maßgeblich sind, aber auch die Hersteller und Händler der betroffenen Waren bzw. die Erbringer der betroffenen Dienstleistungen nicht unberücksichtigt bleiben dürfen (EuGH GRUR 2004, 682, 683, Nr. 23-25 - Bostongurka). Für die Feststellung der insoweit maßgeblichen Auffassung des Durchschnittsverbrauchers kann der Richter seine eigene Sachkunde und Lebenserfahrung einsetzen, die sowohl daraus resultieren kann, dass der Richter zu den von den jeweiligen Waren und Dienstleistungen angesprochenen Verkehrskreisen zählt, als auch darauf beruhen kann, dass er mit entsprechenden markenrechtlichen Sachverhalten ständig befasst ist (BGH GRUR 2002, 550, 552 - Elternbriefe; GRUR 2004, 244, 245 - Marktführerschaft).

Ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher hat Anlass, der Kennzeichnung eines Bieres oder eines anderen alkoholhaltigen Getränkes mit dem Wort „FREI“ zu entnehmen, dass es sich um ein erheblich alkoholreduziertes oder alkoholfreies Getränk handelt. Er wird mithin getäuscht, wenn er in der Erwartung, ein alkoholfreies Getränk zu erhalten, alkoholhaltiges Bier oder sonstige alkoholhaltige Getränke erwirbt. Dass alkoholfreie Getränke gewöhnlich ausdrücklich als solche gekennzeichnet sind, mag zutreffen. Wie die vom Antragsteller zur Akte gereichten Nachweise belegen, sind diese Hinweise auf Bierflaschen allerdings häufig sehr klein gedruckt und werden von einem die Etiketten nur oberflächlich betrachtenden oder kurzsichtigen Durchschnittsverbraucher, der sich beim Bierkauf bereits an dem Wort „FREI“ orientiert und ein Produkt ausgewählt hat, nicht regelmäßig zusätzlich erfasst werden. Hinzu kommt, dass die Warensortimente von Bier vertreibenden Getränke- oder Supermärkten in der Regel ihre Waren nach Herstellern sortiert anbieten und alkoholfreie Biere daher gewöhnlich nicht in einem separaten Regal, sondern inmitten alkoholhaltiger Biere angeboten werden. In räumlicher Nähe zu alkoholhaltigen Weinen und Sekten werden dem Verbraucher im Handel inzwischen auch alkoholfreie Varianten dieser Getränke zum Kauf angeboten. Wer etwa zur Bewirtung

von Autofahrern oder Schwangeren oder gar als trockener Alkoholiker alkoholfreie Produkte erwerben möchte, wird sich beim Wein- oder Sektkauf nicht in erster Linie an Rebsorten, Jahrgängen und Herkunftsbezeichnungen orientieren, sondern seine Kaufentscheidung von Hinweisen auf den Alkoholgehalt abhängig machen. Insbesondere solche Verbraucher, die selbst nicht ausschließlich alkoholfreie Getränke zu sich nehmen, laufen Gefahr, sich durch die auf einem alkoholhaltigen Getränk angebrauchte Bezeichnung „FREI“ irreführen zu lassen, wenn sie ausnahmsweise alkoholfreien Wein oder Sekt erwerben möchten.

Mit ähnlicher Begründung hat der Senat bereits einmal dem für Biere und alkoholfreie Biere angemeldeten Zeichen „FREI“ die Eintragung versagt (BPatG, PAVIS PROMA, 26 W (pat) 357/93; vgl. auch BPatG PAVIS PROMA, 30 W (pat) 173/99 - FREE; BPatG, PAVIS PROMA, 29 W (pat) 209/03 – Hamburger Original Alsterwasser (für Whiskey)). Im vorliegenden Fall war aus den genannten Gründen auf die Beschwerde des Antragstellers seinem Löschungsantrag stattzugeben.

Dr. Fuchs-Wisseemann

Reker

Dr. Schnurr

Bb