



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 9/09

(Aktenzeichen)

Verkündet am
25. Februar 2010

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend das Lösungsverfahren S 144/05
gegen die Marke 304 72 801

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 25. Februar 2010 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Knoll sowie des Richters Merzbach und des Richters k.A. Metternich

beschlossen:

Die Beschwerde der Markeninhaberin wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Für die Markeninhaberin ist seit dem 14. März 2005 unter der Nummer 304 72 801 die Wortmarke

Winter Apfel

für

„Zuckerwaren, Schokolade und Schokoladewaren, feine Backwaren“

eingetragen.

Die Antragstellerin hat mit dem am 8. Juni 2005 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangenen Antrag die Löschung dieser Marke gemäß § 50 Abs. 1 MarkenG mit der Begründung beantragt, dass diese entgegen § 8 MarkenG ein-

getragen worden sei. Die Markeninhaberin hat der Löschung innerhalb der Frist des § 54 Abs. 2 Satz 2 MarkenG widersprochen.

Die Markenabteilung 3.4. des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 17. April 2007 die Löschung der Marke angeordnet.

Der Löschantrag sei nicht rechtsmissbräuchlich, weil für die Antragstellerin selbst die Wortmarke „Winter Orange“ für vergleichbare Waren eingetragen sei. Das markenrechtliche Lösungsverfahren könne von jedermann angestrengt werden und diene dem öffentlichen Interesse an der Freihaltung des Registers von schutzunfähigen Marken. Das eigene Verhalten der Antragstellerin spiele deshalb bei der Beurteilung der von ihr geltend gemachten Lösungsgründe keine Rolle.

Der Löschantrag sei auch begründet, da die angegriffene Marke entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG eingetragen worden sei und die Schutzhindernisse auch noch zum Zeitpunkt der Entscheidung bestünde.

Bei der Bezeichnung „Winterapfel“ handele es sich um einen lexikalisch nachweisbaren Fachbegriff, mit dem Äpfel bezeichnet würden, welche sich bei entsprechender Lagerung den Winter über hielten. In der Umgangssprache sei der Begriff in dieser Bedeutung ebenfalls geläufig. So werde der Begriff „Winterapfel“ in Verbindung mit Schokolade- und Backwaren häufig zur Bezeichnung einer besonderen Geschmacksrichtung verwendet; z. B. biete das Unternehmen „Alpia“ eine Schokolade mit der Geschmacksrichtung „Winter-Apfel-Vanille“ an, Aldi führe ein Schokoladenprodukt mit dem Namen „Edel-Schokolade Winterapfel“, während Alnatura Apfelringe mit der Bezeichnung „Schoko-Winterapfel“ verkaufe. Des Weiteren fänden sich im Internet verschiedene Kuchenrezepte und Backmischungen mit der Bezeichnung „Winterapfel“.

In Verbindung mit den beanspruchten Waren enthalte die angegriffene Wortfolge „Winter Apfel“ daher eine unmittelbar beschreibende Angabe hinsichtlich ihrer Beschaffenheit. Sie weise beschreibend darauf hin, dass die so gekennzeichneten Produkte entweder selbst Winteräpfel enthielten oder aber eine entsprechende Geschmacksrichtung aufwiesen. So könne bei „feinen Backwaren“ die Füllung aus Winteräpfeln bestehen. Hinsichtlich der weiteren beanspruchten Waren „Zuckerwaren, Schokolade und Schokoladewaren“ enthalte die angegriffene Bezeichnung „Winter Apfel“ einen Hinweis auf die spezielle Geschmacksrichtung. Gerade im Bereich der Süßwaren entspreche es gängiger Praxis, auf bestimmte Geschmacksrichtungen hinzuweisen bzw. auch je nach Saison typische Sommer- bzw. Winterprodukte anzubieten. Die Bezeichnung „Winter Apfel“ bilde daher in Verbindung mit den so gekennzeichneten Waren eine aus sich heraus verständliche, schlagwortartige Aussage zur Beschaffenheit der Waren.

Zudem habe an der Marke im Zeitpunkt der Markeneintragung in Bezug auf die eingetragenen Waren ein Freihaltebedürfnis i. S. v. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG bestanden, das auch noch heute bestehe. Die Konkurrenten der Antragsgegnerin müssten ebenso wie die Antragsgegnerin selbst unbeschadet von Rechten Dritter mit der Bezeichnung „Winter Apfel“ schlagwortartig auf die Beschaffenheit ihrer Waren hinweisen können.

Die seitens der Markeninhaberin benannten Voreintragungen seien unerheblich. Teilweise wiesen diese Marken bereits keinen beschreibenden Bedeutungsgehalt zu den beanspruchten Waren auf. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass die - möglicherweise fehlerhafte - Eintragung ähnlicher Marken auch unter Gesichtspunkten wie Vertrauensschutz, Gleichbehandlung, Selbstbindung der Verwaltung oder Ermessensreduzierung keinen Anspruch auf Eintragung begründe.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Markeninhaberin, mit der sie beantragt,

den Beschluss der Markenabteilung 3.4. des Deutschen Patent- und Markenamts vom 17. April 2007 aufzuheben,
hilfsweise,
die Sache unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung an das Deutsche Patent- und Markenamt zurückzuverweisen.

Die Markeninhaberin ist der Auffassung, dass die Bezeichnung „Winter Apfel“ in deutlich getrennter und für sich gesehen schon schutzbegründender Schreibweise der einzelnen Wörter keinen ohne weiteres verständlichen beschreibenden Aussagegehalt für die konkret beanspruchten Waren vermittelt. Durch die getrennte Schreibweise sowohl im Schriftbild als auch in der Aussprache unterscheidet sich die angegriffene Marke deutlich von dem Einzelwort „Winterapfel“ und eröffnet auch in semantischer Hinsicht eine Bedeutungsvielfalt. Es handele sich auch nicht um eine Aneinanderreihung von beschreibenden Markenbestandteilen, da jedenfalls der Bestandteil „Winter“ für die beanspruchten Waren und/oder deren Merkmale keinen beschreibenden Charakter oder auch nur Anklang besitze. Der Begriff „Winter“ als solcher könne keinen Geschmack bzw. keine Geschmacksrichtung bezeichnen, sondern allenfalls vieldeutige winterliche Assoziationen wecken. Die angemeldete Marke „Winter Apfel“ sei daher in ihrer Bedeutung mehrdeutig und interpretationsbedürftig.

Abgesehen davon sei auch der Begriff „Winterapfel“ keine beschreibende Angabe für Süß- oder Backwaren. Wenn dieser Begriff überhaupt beschreibend verstanden werden könne, dann allenfalls in Bezug auf Obst. Zuckerwaren, Schokoladenwaren oder Backwaren seien jedoch kein Obst. Sie enthielten auch regelmäßig kein Obst und damit auch keine (Winter-)Äpfel. Der Begriff „Winterapfel“ bezeichne entgegen der Auffassung der Markenabteilung auch keine Geschmacksrichtung. Denn bei dem Begriff „Winterapfel“ handele es sich ausschließlich um eine Bezeichnung für bestimmte Apfelsorten. Hingegen gebe es keinen „winterli-

chen Geschmack“ bzw. keinen speziellen Geschmack „Winterapfel“. Die Bezeichnung erzeuge allenfalls vage und unbestimmte Assoziationen in Bezug auf eine winterliche bzw. weihnachtliche Stimmungslage; sie besitze jedoch in Bezug auf die hier maßgeblichen Waren keinen hinreichend konkreten beschreibenden Aussagegehalt. Eine beschreibende Verwendung der Bezeichnung und ein entsprechendes Verständnis des Verkehrs werde auch nicht durch die seitens des Senats als Anlagen 2 bis 6 zur Terminladung übersandte Internet-Recherche belegt, da diesen Unterlagen eine rein markenmäßige, jedoch keine beschreibende Verwendung der Bezeichnung „Winter Apfel“ bzw. „Winterapfel“ zu entnehmen sei.

Dementsprechend habe auch der 32. Senat des BPatG in der Entscheidung 32 W (pat) 180/03 v. 27.07.2005 die vergleichbare Bezeichnung „Winter-Kuchen“ als schutzfähig erachtet. Zudem sei auch ein Eintragungsverfahren vor dem HABM betreffend eine Gemeinschaftsmarkenmeldung „Winterapfel“ für identische bzw. ähnliche Waren nur mangels Einzahlung der Anmeldegebühr unterblieben. Zu beachten sei ferner, dass die Markenabteilung sich nicht hinreichend mit vergleichbaren Voreintragungen, welche nach dem Gleichbehandlungsgebot zu beachten seien, auseinandergesetzt habe. Insoweit sei zumindest der hilfsweise gestellte Zurückverweisungsantrag begründet.

Die Löschantragstellerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Von einer Erwiderung auf die Beschwerdebegründung hat sie abgesehen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss, die Schriftsätze der Beteiligten und den sonstigen Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Der Senat teilt die Auffassung der Markenabteilung, dass die angegriffene Marke in Bezug auf „Zuckerwaren, Schokolade und Schokoladewaren, feine Backwaren“ jedenfalls entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG eingetragen worden ist und das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft auch derzeit noch fortbesteht und sie deshalb auf den Löschungsantrag hin gemäß § 50 Abs. 1 und Abs. 2, 54 MarkenG zu löschen ist.

Zunächst sind keine relevanten Gesichtspunkte ersichtlich, wonach der Löschungsantrag rechtsmissbräuchlich sein könnte. Auch der Umstand, dass die Antragstellerin Inhaberin einer möglicherweise vergleichbaren Marke ist, nämlich „Winter Orange“, macht den Löschungsantrag im vorliegenden Verfahren nicht rechtsmissbräuchlich, da es sich um einen Popularantrag im öffentlichen Interesse handelt und deshalb Umstände auf Seiten des Antragstellers regelmäßig nicht entscheidungsrelevant sind (vgl. dazu auch Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 54 Rdnr. 2).

Bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft ist maßgeblich auf die Auffassung der beteiligten inländischen Verkehrskreise abzustellen, wobei dies alle Kreise sind, in denen die fragliche Marke Verwendung finden oder Auswirkungen haben kann. Dabei kommt es auf die Sicht des normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers im Bereich der einschlägigen Waren an (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 9. Aufl., § 8 Rdnr. 23 ff. Bei den hier maßgeblichen Waren ist der allgemeine Verkehr angesprochen.

Unterscheidungskraft ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als betrieblicher Herkunftshinweis aufgefasst zu werden. Denn die Hauptfunktion einer Marke liegt darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu gewährleisten (vgl. u. a. EuGH GRUR 2004,

428, 429 f. [Tz. 30, 31] - Henkel; BGH GRUR 2006, 850, 854 [Tz. 17] - FUSSBALL WM 2006). Enthalten die Wortbestandteile einer Bezeichnung einen beschreibenden Begriffsinhalt, der für die in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen ohne weiteres und ohne Unklarheiten als solcher erfasst wird, ist der angemeldeten Bezeichnung die Eintragung als Marke wegen Fehlens jeglicher Unterscheidungskraft zu versagen. Bei derartigen beschreibenden Angaben gibt es keinen tatsächlichen Anhaltspunkt, dass der Verkehr sie als Unterscheidungsmittel versteht (vgl. BGHZ 167, 278 Tz. 19 - FUSSBALL WM 2006, m. w. N.). Auch Angaben, die sich auf Umstände beziehen, die die Ware oder Dienstleistung selbst nicht unmittelbar betreffen, fehlt die Unterscheidungskraft, wenn durch die Angabe ein enger beschreibender Bezug zu den angemeldeten Waren oder Dienstleistungen hergestellt wird und deshalb die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Verkehr den beschreibenden Begriffsinhalt als solchen ohne weiteres und ohne Unklarheiten erfasst und in der Bezeichnung nicht ein Unterscheidungsmittel für die Herkunft der angemeldeten Waren oder Dienstleistungen sieht (vgl. BGH - FUSSBALL WM 2006 a. a. O.; GRUR 2009, 411, 412 [Tz. 9] - STREETBALL). Dabei ist das Merkmal des engen beschreibenden Bezugs nicht absolut und generalisierend zu ermitteln, sondern von den Umständen des Einzelfalles abhängig, nämlich vom Bedeutungsgehalt der konkret als Marke beanspruchten Bezeichnung und den konkreten Waren und Dienstleistungen, für die die Eintragung begehrt wird. Maßgeblich ist dabei, ob der Verkehr den beschreibenden Begriffsinhalt als solchen unmittelbar erfasst und deshalb in der Bezeichnung kein Unterscheidungsmittel für die Herkunft der betreffenden Waren und Dienstleistungen sieht. Dabei ist von Bedeutung die Bekanntheit der Bezeichnung. Je bekannter der beschreibende Begriffsinhalt einer Bezeichnung ist, desto eher wird der Verkehr ihn auch dann als solchen erfassen, wenn der Begriff ihm im Zusammenhang mit der Kennzeichnung einer Ware oder Dienstleistung entgegentritt (BGH GRUR 2006, 850 ff. [Tz. 29] - FUSSBALL WM 2006).

Ausgehend von diesen Grundsätzen teilt der Senat die Auffassung der Markenabteilung, dass es der Bezeichnung „Winter Apfel“ an der erforderlichen Unterscheidungskraft sowohl zum Zeitpunkt der Eintragung als auch zum jetzigen Zeitpunkt fehlt, weil der Verkehr der Bezeichnung in Bezug auf die Waren ohne weiteres und ohne Unklarheiten einen beschreibenden Begriffsinhalt zuordnet.

Entgegen der Auffassung der Markeninhaberin hindert die getrennte Schreibweise der Begriffe „Winter“ und „Apfel“ den Verkehr nicht, die Bezeichnung „Winter Apfel“ als einheitlichen Begriff „Winterapfel“ aufzufassen. Insoweit ist zu beachten, dass der Verkehr ihm bekannte und geläufige Wortzusammensetzungen nicht nur in klanglicher Hinsicht, sondern auch in visueller Hinsicht unabhängig von der konkreten Schreibweise als solche erfassen und verstehen wird. Er wird zwar die abweichende (sprachregelwidrige) Schreibweise zur Kenntnis nehmen, darin jedoch nur eine werbeübliche schriftbildliche Abwandlung zu grammatikalisch korrekten Schreibweise erkennen. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass sich ein markenrechtliches Verbotungsrecht bei einer reinen Wortmarke grundsätzlich auf jedwede Schreibweise der jeweiligen Marke erstreckt, da eine Veränderung der Schreibweise in Anbetracht der Gewöhnung des Verkehrs an solche werbeüblichen Veränderungen regelmäßig keine Änderung des kennzeichnenden Charakters bewirkt (vgl. BGH GRUR 2000, 1038, 1039 - Kornkammer). Der der Ladung zur mündlichen Verhandlung als Anlage 1 beigefügten Unterlagen einer Internetrecherche zu dem Produkt „Bayrischer Winter-Apfel“ der Fa. W... verdeutlichen, dass auch die hier maßgebliche Begriffsbildung in verschiedenen Schreibweisen verwendet wird (z. B. „Wolfra Winter-Apfel“, „Wolfra Winterapfel“ oder auch „Wolfra Winter Apfel“).

Allerdings wird der Verkehr die Bezeichnung „Winter Apfel“ in Zusammenhang mit den eingetragenen Waren weniger im Sinne der lexikalisch nachweisbaren und bereits von der Markenstelle eingehend belegten Bedeutung eines „Apfels, der sich bei entsprechender Lagerung den Winter über hält“ (vgl. DUDEN, Deutsches Universalwörterbuch, 6. Aufl., S. 1935) verstehen, wenngleich ein solches Ver-

ständnis insbesondere in Zusammenhang mit „feinen Backwaren“, welche als Füllung z. B. auch Fruchtstücke von speziellen Winterapfelsorten enthalten können, nicht gänzlich ausgeschlossen erscheint.

Näherliegend ist jedoch, dass der Verkehr im Zusammenhang mit den hier maßgeblichen Waren in dem Begriff „Winter Apfel“ über seine ursprüngliche Bedeutung hinaus einen Hinweis auf besondere geschmackliche Eigenschaften bzw. Aromen der so bezeichneten Produkte erkennt. Wenngleich - wie die Markeninhaberin geltend macht - der Begriff „Winter“ für sich genommen keine beschreibende (Geschmacks-)Angabe für Lebensmittel und auch nicht für Süß- und/oder Schokolade bzw. Zuckerwaren ist, so dient dieser Begriff im hier maßgeblichen Warenbereich in Kombination mit weiteren Produkt- und Beschaffenheitsangaben gleichwohl als allgemeiner Hinweis darauf, dass das entsprechende Produkt für die Winterzeit typische Zutaten wie z. B. (Glühwein-)Gewürze oder Zimt, Nüsse bzw. deren Aromen besitzt. Dies hat auch das BPatG bereits in mehreren Entscheidungen festgestellt (vgl. BPatG 28 W (pat) 264/04 v. 02.02.2005 - Winterkonfitüre; 32 W (pat) 2/99 v. 19.05.1999 - Wintergenuß; 26 W (pat) 2/98 v. 29.04.1998 - WINTERPUNSCH; alle veröffentlicht in PAVIS PROMA), entgegen der Auffassung der Markeninhaberin vor allem auch in der von ihr ausdrücklich zum Beleg ihrer Auffassung zitierten Entscheidung BPatG, 32 W (pat) 180/03 v. 27. Juli 2005 - „Winter-Kuchen“. In dieser Entscheidung ist der 32. Senat davon ausgegangen, dass die Bezeichnung „Winter-Kuchen“ in Bezug auf die Waren „Back- und Konditorwaren, Biskuits, Kuchen“ als beschreibende Angabe darauf dienen könne, dass es sich bei den so gekennzeichneten Produkten um solche handele, die gerade für einen Verzehr im Winter bestimmt sind oder für den Winter typische Zutaten enthielten, wie Nüsse, Zimt etc. Die abweichende Beurteilung in Bezug auf weitere Waren wie u. a. „Schokolade, ...Zuckerwaren..., Bonbons“ beruht danach ersichtlich darauf, dass der Senat insoweit den Gesamtbegriff „Winter-Kuchen“ nicht als beschreibend angesehen hat.

In Anbetracht dessen wird Verkehr in dem Begriff „Winter Apfel“ im Zusammenhang mit den hier maßgeblichen Waren naheliegenderweise einen Hinweis darauf sehen, dass die so bezeichneten Produkte einen Apfelgeschmack aufweisen, welcher mit für die Winterzeit typischen Zutaten wie z. B. (Glühwein-)Gewürzen, Zimt oder Nüssen und/oder deren Aromen angereichert oder verfeinert ist. Die den Beteiligten als Anlagen 2 - 6 zur Terminladung übermittelten Unterlagen einer Internet-Recherche des Senats belegen sowohl für den aktuellen Zeitraum als auch für den Eintragungszeitpunkt (vgl. Anlage 6) eine Verwendung der Begriffskombination „Winterapfel“ bzw. „Winter Apfel“ in diesem Sinne z. B. für Marmeladen, Konfitüren, Milchprodukte, Fruchtsäfte, aber auch für die hier maßgeblichen Waren Schokolade, Backwaren sowie Zucker-/Süßwaren. Die jeweiligen Produkte enthalten dabei keine speziellen, für die Lagerung im Winter geeigneten Apfelsorten, sondern einen Apfelgeschmack bewirkende Zutaten - wie z. B. Apfelsaft oder entsprechende Aromen - sowie „winterliche“, d. h. vor allem in der Winterzeit angebotene Zutaten wie z. B. (Glühwein-)Gewürze, Zimt, Rosinen usw. Ein Verständnis in diesem Sinne liegt für den Verkehr dabei um so näher, als sich eine Reihe vergleichbar gebildeter (Geschmacks-)Angaben für entsprechende Saisonprodukte wie z. B. „Winter Orange“ „Winterbirne“ etc. nachweisen lassen, mit denen darauf hingewiesen wird, dass die jeweiligen Produkte einen mit „winterlichen“ Zutaten angereicherten Orangen- bzw. Birnengeschmack aufweisen. Dem Verkehr ist zudem auch allgemein bekannt, dass es im hier maßgeblichen Warenbereich nicht nur spezielle, auf die Jahreszeit abgestimmte „Winter-Produkte“, sondern ebenso auch „Sommer-Produkte“ mit für die Sommerzeit typischen, oftmals einen erfrischenden oder kühlenden Effekt bewirkenden Zutaten gibt (vgl. dazu BPatG 28 W (pat) 270/04 v. 12.01.2005 - Sommerkonfitüre).

Die seitens der Markeninhaberin dazu mit Schriftsatz vom 17. Februar 2010 geäußerte Auffassung, die als Anlage 2 bis 6 zur Ladung übermittelten Unterlagen wie z. B. Produktbeschreibungen, Rezepte etc. belegten keinen beschreibenden, sondern einen markenmäßigen Gebrauch der eingetragenen Marke „Winter Apfel“ bzw. eine Verwendung der eingetragenen Marke „in der privaten Kommunikation“,

ist unzutreffend. In Bezeichnungen wie „Winterapfel-Gewürzkuchen vom Blech“, „Feine Winterapfel-Torte“, „Winterapfel-Bienenstich“ oder auch Produktbezeichnungen wie „Zott Jogole Winterapfel“ oder „Bären-Treff Winterapfel“ dient „Winterapfel“ nur als Geschmacks- und Beschaffenheitsangabe im Hinblick auf die Zutaten und wird vom Verkehr aufgrund seiner Verwendung in vielen Produktbereichen auch nur so verstanden. Es handelt sich um eine rein beschreibende Verwendung von „Winterapfel“ bzw. „Winter Apfel“ ohne irgendeinen Bezug zu einem von der Markeninhaberin unter dieser Bezeichnung selbst oder zumindest mit ihrer Zustimmung vertriebenen Produkt. Selbst die auf die Markeninhaberin zurückzuführenden Verwendungsbeispiele in Anlage 3 und 6 stellen eher keine markenmäßige Verwendung der Marke „Winter Apfel“ dar, da nach der aus den Anlagen ersichtlichen Verwendungsform für den Verkehr kein Anlass besteht, in der von Haus beschreibenden (Geschmacks-)Angabe „Winter Apfel“ neben dem kennzeichnungskräftigen Wort-/Bildzeichen „Choceur“ einen eigenständigen betrieblichen Herkunftshinweis zu sehen. Vielmehr wird er darin nur einen sachbezogenen Hinweis auf die Art und (geschmackliche) Beschaffenheit des so bezeichneten Schokoladenprodukts erkennen, welcher die Funktion einer die jeweiligen Produkte hinsichtlich ihres bestimmungsgemäßen Verwendungszwecks von Waren anderer Art (desselben Unternehmens) abgrenzende Bezeichnung erfüllt (vgl. BPatG GRUR 2005, 337, 340 - VISAGE).

In Anbetracht dieses ohne weiteres erkennbaren Bedeutungs- und Sinngehalts von „Winter Apfel“ wird der Verkehr dieser Wortkombination in Bezug auf die eingetragenen Waren „Zuckerwaren, Schokolade und Schokoladewaren, feine Backwaren“ ausschließlich den sachbezogenen Hinweis entnehmen, dass das so bezeichnete Produkt einen Apfelgeschmack besitzt, welcher mit typisch winterlichen Zutaten oder Gewürzen wie Nüssen oder Zimt bzw. deren Aromen abgewandelt und/oder verfeinert ist. Die Bezeichnung „Winter Apfel“ beschränkt sich entgegen der Auffassung der Markeninhaberin nicht lediglich auf allgemeine und vage Assoziationen an eine „winterliche bzw. weihnachtliche Stimmung“ - was z. B. bei Begriffen wie „Winterglück“ in Bezug auf „alkoholische Getränke“ oder auch

„WINTER-TRAUM“ in Bezug auf „Wein“ der Fall sein kann (vgl. dazu BPatG PAVIS PROMA 26 W (pat) 134/00 v. 15.05.2002 - Winterfreude/Winterglück; 25 W (pat) 151/02 v. 14.07.2005 - Wintertraum/WINTER-TRAUM) -, sondern enthält in Bezug auf die hier maßgeblichen Waren einen konkreten Sachhinweis auf besondere (geschmackliche) Eigenschaften der so bezeichneten Waren. Sie ist insoweit weder vage noch unbestimmt, sondern erschöpft sich in einem verständlichen, schlagwortartigen Sachbegriff über die (geschmackliche) Beschaffenheit dieser Waren. Über diese Sachinformationen hinaus enthält die angemeldete Bezeichnung kein Element, das den Eindruck einer betrieblichen Herkunftskennzeichnung, also einer Marke hervorruft.

Unerheblich für ein sachbezogenes Verständnis der Wortfolge ist, dass sich der Wortfolge als solcher nicht entnehmen lässt, durch welche konkreten Zutaten der Apfelgeschmack eine „winterliche Note“ enthält bzw. auf welche Art und Weise diese sich in Zusammenhang mit dem jeweiligen Waren äußert, da auch zusammenfassende oberbegriffsartige Ausdrücke und Wortfolgen einen beschreibenden und sachbezogenen Charakter in Bezug auf Waren haben können (vgl. BGH GRUR 2000, 882, 883 - Bücher für eine bessere Welt; 2008, 397 [Tz. 15] - SPA II; WRP 2009, 960 [Tz. 15] - DeutschlandCard).

Auch soweit im Einzelfall der Verkehr vor allem in Zusammenhang mit „feinen Backwaren“ in der Bezeichnung „Winter Apfel“ einen Hinweis darauf erkennt, dass die jeweiligen Produkte spezielle, als „Winteräpfel“ bezeichnete Apfelsorten enthalten, kann daraus keine schutzbegründende Mehrdeutigkeit bzw. Unbestimmtheit dieses Begriffs hergeleitet werden, da „Winter Apfel“ auch in dieser Bedeutung in Bezug auf die hier maßgeblichen Waren eine rein warenbeschreibende Bedeutung besitzt. Letztlich kann dies aus Rechtsgründen sogar offen bleiben, da selbst eine Mehrdeutigkeit eines Begriffs bzw. einer Bezeichnung nicht zur Eintragungsfähigkeit führt, wenn zumindest eine der Bedeutungen für die beanspruchten Waren beschreibenden Charakter hat (vgl. EuGH GRUR 2004, 147 - DOUBLEMINT; BGH, GRUR 2008, 397 [Tz. 15]

- SPA II), was vorliegend aber aus den dargelegten Gründen ohne weiteres der Fall ist.

Ein rein sachbezogenes Verständnis wird auch nicht durch die getrennte Schreibweise der Begriffe „Winter“ und „Apfel“ in Frage gestellt, da es sich dabei - wie bereits dargelegt - um eine verbreitete (werbe-)übliche Schreibweise handelt, welche keine kennzeichnende Eigenart besitzt und daher nichts an einem ausschließlich sachbezogenen Verständnis der ansonsten leicht verständlichen Bezeichnung zu ändern vermag. Die Schutzfähigkeit eines Zeichens kann damit nicht begründet werden.

Soweit die Markeninhaberin auf vermeintlich identische oder zumindest vergleichbare Voreintragungen hinweist, ist zunächst zu bemerken, dass in jüngerer Zeit eine zu 307 566 064 angemeldete Bezeichnung „Winterapfel“ für Getränke der Klasse 33 mangels Unterscheidungskraft zurückgewiesen wurde und ältere Markeneintragungen der Bezeichnung „Winterapfel“ zwischenzeitlich nicht mehr im Register enthalten sind. Unabhängig davon ist in rechtlicher Hinsicht zu beachten, dass Eintragungen zwar zu berücksichtigen sind, jedoch keine für den zu entscheidenden Fall rechtlich bindende Wirkung zu entfalten vermögen. Dies hat der EuGH in seiner auch für das nationale Verfahren maßgeblichen Rechtsprechung mehrfach und zuletzt auf ein dahingehend gerichtetes Vorabentscheidungsersuchen ausdrücklich nochmals bestätigt (vgl. EuGH GRUR 2009, 667 - Bild.T-Online u. ZVS unter Hinweis u. a. auf die Entscheidungen EuGH GRUR 2008, 229 [Tz. 47 - 51] - BioID; GRUR 2004, 674 [Tz. 42 - 44] - Postkantoor; GRUR 2004, 428 [Tz. 63] - Henkel). Dies entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des Bundespatentgerichts und des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH GRUR 2008, 1093 [Tz. 18] - Marlene-Dietrich-Bildnis; BPatG GRUR 2007, 333 - Papaya sowie aktuell BPatG GRUR 2009, 1175 - Burg Lissingen). Die Frage der Schutzfähigkeit einer angemeldeten Marke ist keine Ermessensentscheidung, sondern eine gebundene Entscheidung, die allein auf der Grundlage des Gesetzes und nicht auf der Grundlage einer vorherigen Entscheidungspraxis zu beurteilen ist (vgl. auch Strö-

bele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 8 Rdnr. 26 - 28). Aus dem Gebot rechtmäßigen Handelns folgt, dass sich niemand auf eine fehlerhafte Rechtsanwendung zugunsten eines anderen berufen kann, um eine identische Entscheidung zu erlangen. Daher besteht auch für die hilfsweise beantragte Aufhebung und Zurückverweisung kein Raum (vgl. dazu BPatGE 51, 142, 159 ff. - Burg Lissingen; BPatGE 51, 157, 161 f. - Linuxwerkstatt und BPatGE 51, 163, 169 ff. - VOLKSFLAT; a. A. allerdings BPatGE 51, 135, 139 ff. - Schwabenpost).

Aufgrund der vorgenannten Feststellungen bestehen auch erhebliche Anhaltspunkte dafür, dass das angemeldete Zeichen in Bezug auf die hier maßgeblichen beanspruchten Waren und Dienstleistung eine beschreibende Angabe im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG darstellt, an der die Mitbewerber ein berechtigtes Freihaltungsbedürfnis haben. Einer abschließenden Entscheidung bedarf es aber im Hinblick darauf, dass das Zeichen bereits keine ursprüngliche Unterscheidungskraft i. S. von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG aufweist, insoweit nicht.

Die Beschwerde hat daher keinen Erfolg.

Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bot der Streitfall keinen Anlass (§ 71 Abs. 1 MarkenG).

Knoll

Metternich

Merzbach

CI