



# BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 76/09

---

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt  
zugestellt am  
15. März 2010

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Markenmeldung 30 2008 014 477.7**

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 18. Februar 2010 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Knoll sowie des Richters Merzbach und des Richters k. A. Metternich

beschlossen:

Der Beschluss der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 21. August 2008 wird aufgehoben, soweit die Anmeldung für die Waren

"Aromastoffe (pflanzliche), für Getränke, ausgenommen ätherische Öle; Backpulver; Brioches (Gebäck); Brot; Brötchen; Cornflakes; Eiscreme; Eistee; Getränke auf der Basis von Tee; Gewürze; Joghurteis (Speiseeis); Kaffee; Kakao; Kochsalz; Kuchen; Kuchenmischungen (pulverförmig); Maltose; Milkschokolade (Getränk); Pudding; Sorbets (Speiseeis); Speiseeis"

zurückgewiesen worden ist.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

## Gründe

### I.

Die Bezeichnung

## Fizzy Party Mix

ist am 5. März 2008 für die Waren

"Aromastoffe (pflanzliche), für Getränke, ausgenommen ätherische Öle; Backpulver; Backwaren (fein); Biskuits; Bonbons; Brioches (Gebäck); Brot; Brötchen; Butterkekse; Cornflakes; diätetische Lebensmittel oder Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Kohlenhydraten, Ballaststoffen, unter der Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 30 enthalten; Eiscreme; Eistee; Fondants (Konfekt); Fruchtsaucen; Gebäck; Geleefrüchte (Süßwaren); Getränke auf der Basis von Tee; Gewürze; Honig; Joghurteis (Speiseeis); Kaffee; Kakao; Kaugummi (nicht für medizinische Zwecke); Kekse; Kleingebäck; Kochsalz; Konditorwaren; Konfekt; Zuckerwaren; Kräcker (Gebäck); Kuchen; Kuchenmischungen (pulverförmig); Lakritz (Süßwaren); Makronen (Gebäck); Maltose; Mandelkonfekt; Marzipan; Milkschokolade (Getränk); Pastillen (Süßwaren); Petits Fours (Gebäck); Pfefferminz für Konfekt; Pudding; Puffmais; Schokolade; Sorbets (Speiseeis); Speiseeis; Zuckermandel; Fruchtgummi; Schaumgummi (Süßwaren); Weingummi; Traubenzucker (für Nahrungszwecke) sowohl lose als auch als Komprimat"

zur Eintragung in das Markenregister angemeldet worden.

Nach vorheriger Beanstandung wegen absoluter Schutzhindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 u. 2 MarkenG hat die Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts die Anmeldung zurückgewiesen.

Die Bezeichnung "Fizzy Party Mix" sage im Hinblick auf die angemeldeten Waren lediglich aus, dass diese in Form einer Mischung/Zusammenstellung für Partys angeboten werden und die Waren einen sprudelnden, zischenden bzw. schäumenden Effekt hätten. Gerade im Süßwarenssektor gebe es verschiedenste Produkte mit einem Brause-/Sprudeleffekt, wofür auch die Bezeichnung "fizzy" verwendet werde.

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

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 21. August 2008 aufzuheben.

Es könne bereits nicht davon ausgegangen werden, dass der Verkehr in der Lage sei, alle drei englischsprachigen Wörter der angemeldeten Marke zu verstehen. Lediglich die Wörter "Party" und "Mix" hätten zwischenzeitlich Eingang in die deutsche Sprache gefunden, nicht aber das Wort "Fizzy". Dieser Begriff könne nicht zum englischen Grundwortschatz inländischer Verkehrskreise gezählt werden. "Fizzy" werde weder umgangssprachlich gebraucht noch in der Werbung eingesetzt.

Zudem sei der in der Wortkombination enthaltene Begriff "Party Mix" in Bezug auf die beanspruchten Waren ebenso wenig wie das vorangestellte Adjektiv "Fizzy" geeignet, Aussagen hinsichtlich der Art, Beschaffenheit und/oder Bestimmung der beanspruchten Waren zu treffen. Insbesondere "Fizzy" könne in seiner Bedeutung "sprudelnd" bzw. "zischend" allenfalls zur Beschreibung flüssiger Lebensmittel die-

nen, nicht aber auch solcher Lebensmittel in einem festen Aggregatzustand. Zu berücksichtigen sei ferner, dass es sich bei der Wortverbindung "Fizzy Party" um eine der Struktur nach ungewöhnliche Wortverbindung handele.

Vermittle somit die angemeldete Bezeichnung in Bezug auf die beanspruchten Waren keinen ohne weiteres erkennbaren Sinngehalt, fehle es ihr weder an Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) noch handele es sich um eine freihaltungsbedürftige Angabe i. S. von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss der Markenstelle sowie auf die Schriftsätze der Anmelderin und den weiteren Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Beschwerde ist insoweit begründet, als einer Eintragung der angemeldeten Marke für die im Tenor genannten Waren Schutzhindernisse nicht entgegenstehen; im übrigen ist die Beschwerde in Bezug auf die weiteren beanspruchten Waren unbegründet.

1. Der Senat teilt die Auffassung der Markenstelle, dass die angemeldete Wortfolge "Fizzy Party Mix" im Zusammenhang mit einem Teil der beanspruchten Waren, nämlich "Backwaren (fein); Biskuits; Bonbons; Butterkekse; diätische Lebensmittel oder Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Kohlenhydraten, Ballaststoffen, unter der Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 30 enthalten; Fondants (Konfekt); Fruchtsaucen; Gebäck; Geleefrüchte (Süßwaren); Honig; Kaugummi (nicht für medizinische Zwecke); Kekse; Kleingebäck; Konditorwaren; Konfekt; Zuckerwaren; Kräcker (Gebäck); Lakritz (Süßwaren); Makronen (Gebäck); Man-

delkonfekt; Marzipan; Pastillen (Süßwaren); Petits Fours (Gebäck); Pfefferminz für Konfekt; Puffmais; Schokolade; Zuckermanteln; Fruchtgummi; Schaumgummi (Süßwaren); Weingummi; Traubenzucker (für Nahrungszwecke) sowohl lose als auch als Komprimat", eine beschreibende Angabe nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG darstellt, der auch die Unterscheidungskraft i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG fehlt.

Bei der Beurteilung von Schutzhindernissen 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 insbesondere auf die Sicht des normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers im Bereich der einschlägigen Waren und Dienstleistungen an (Ströbele/Hacker, MarkenG, 9. Aufl., § 8 Rdn. 23 ff.). Von den beanspruchten Waren der Klasse 30 werden die allgemeinen Verkehrskreise angesprochen.

Nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG sind Marken von der Eintragung ausgeschlossen, die ausschließlich aus Angaben bestehen, welche im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Bestimmung oder sonstiger Merkmale der beanspruchten Waren oder Dienstleistungen dienen können. Nach der Rechtsprechung des EuGH verfolgt die mit Art. 3 Abs. 1 Buchstabe c der Ersten Richtlinie des Rates der EG Nr. 89/104 (Markenrichtlinie) übereinstimmende Bestimmung des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG das im Allgemeininteresse liegende Ziel, dass sämtliche Zeichen oder Angaben, die Merkmale der beanspruchten Waren oder Dienstleistungen beschreiben können, von allen frei verwendet werden können. Solche Zeichen oder Angaben dürfen deshalb nicht aufgrund einer Eintragung nur für ein Unternehmen monopolisiert werden (vgl. EuGH GRUR 1999, 723, 725 [Tz. 25] "Chiemsee"; GRUR 2004, 146, 147 [Tz. 31] "DOUBLEMINT"; GRUR 2004, 674, 676 [Tz. 54, 56] "Postkantoor"; GRUR 2004, 680, 681 [Tz. 35 - 36]

"BIOMILD"; vgl. auch Ströbele/Hacker, MarkenG, 9. Aufl., § 8 Rdn. 222 m. w. N.). In diesem Sinne ist die angemeldete Bezeichnung nach Auffassung des Senats in Bezug auf die vorstehend genannten Waren beschreibend.

Entgegen der Auffassung der Anmelderin werden die maßgeblichen Verkehrskreise die aus drei englischsprachigen Begriffen bestehende angemeldete Wortfolge nicht getrennt wahrnehmen oder etwa - wie die Anmelderin meint - "Fizzy Party" als isolierte Begriffskombination erfassen. Vielmehr wird der Verkehr insbesondere die Wortfolge "Party Mix" auch ohne besondere Englischkenntnisse ohne weiteres im Sinne von "Feier/Fest/Party-Mischung" und damit als schlagwortartigen Hinweis auf besondere für Feiern/Partys geeignete Warenangebote bzw. Zusammenstellungen verstehen. Aus der der Anmelderin als Anlage 1 zur Terminladung übermittelten Internetrecherche ergibt sich, dass die die Begriffskombination "Party Mix" im hier maßgeblichen Warenbereich der Klasse 30 als Hinweis auf eine mögliche Darbietungsform verwendet wird, die darin besteht, dass verschiedene und vorrangig für den Verzehr auf Feiern/Partys gedachte (Snack- oder Süß)Warensorten und/oder -formen als Mischung in einer Packung oder auch in sonstigen Kombinationen angeboten werden.

Das dieser Begriffskombination vorangestellte englische Adjektiv "fizzy" bedeutet u. a. "zischend, sprudelnd, spritzig". Entgegen der Auffassung der Anmelderin kann davon ausgegangen werden, dass einem erheblichen Teil des Verkehrs die Bedeutung des vorangestellten Adjektivs "Fizzy" geläufig ist, zumal viele auch das Cocktailgetränk "Ginfizz" als ein Ginmischgetränk mit Sodawasser kennen. In diesem Zusammenhang ist ferner zu beachten, dass im Rahmen der Prüfung eines Freihaltungsbedürfnisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG die entsprechende Kenntnis des Verkehrs keine oder allenfalls eine untergeordnete Rolle spielt, sofern sich der Begriff zur Warenbeschreibung eignet, wovon bei der angemeldeten Wortfolge, welche - wie vorliegend - aus

Wörtern der wichtigsten Welthandelsprache, nämlich Englisch gebildet ist, grundsätzlich ausgegangen werden kann, sofern die beschreibende Bedeutung jedenfalls den am Handel beteiligten Fachkreisen verständlich ist (siehe dazu Ströbele/Hacker, MarkenG, 9. Aufl., § 8 Rdn. 332 bzw. allgemein Rdn. 321 ff.).

Vor dem Hintergrund eines zunehmenden Gebrauchs der englischen Sprache im hier maßgeblichen Warenbereich wird der Begriff "Fizzy" dazu verwendet, um auf einen "sprudelnden/zischenden" Effekt der so bezeichneten Waren hinzuweisen, wie die seitens der Markenstelle ermittelten Belege und die vom Senat gefundenen und der Anmelderin ebenfalls als Anlage 3 zur Terminladung übermittelten Belege verdeutlichen. Entgegen der Auffassung der Anmelderin können danach gerade auch Süß- und Zuckerwaren in fester Form einen Brause-/Sprudeleffekt bzw. einen solchen Geschmack hervorrufen.

In Zusammenhang mit den hier maßgeblichen Waren handelt es sich daher bei der angemeldeten Wortfolge "Fizzy Party Mix" entgegen der Auffassung der Anmelderin nicht um eine interpretationsbedürftige bzw. der Struktur nach ungewöhnliche Wortverbindung; vielmehr wird der Verkehr die Bezeichnung ohne weiteres i. S. von "spritziige, sprudelnde Partymischung" verstehen.

In dieser Bedeutung eignet sich die angemeldete Wortfolge als Angabe im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zur Darbietungsform bzw. Beschaffenheit der vorstehend bezeichneten Waren bzw. dazu, dass die entsprechenden Waren Bestandteil einer solchen Mischung sind.

Ein rein beschreibendes Verständnis in diesem Sinne ist dabei nicht nur in Bezug auf solche Waren veranlasst, die selbst durch entsprechende Zusätze einen solchen Brause-/Sprudeleffekt aufweisen können, wie es vor allem bei

"Bonbons; Kaugummi; Fruchtgummi; Schaumgummi (Süßwaren); Weingummi" sehr naheliegend ist. Wie bereits dargelegt, werden gerade im hier maßgeblichen Warenbereich Mischungen verschiedener (Snack- oder Süß)Warensorten und/oder -formen in einer Packung vertrieben. Die einzelnen Bestandteile einer solchen Mischung können sich in ihrer Beschaffenheit und Konsistenz sehr unterscheiden. So sind Zusammenstellungen z. B. von "Gebäck- und Backwaren" in Form von Knabbergebäck mit Süßwaren wie "Fruchtgummi; Schaumgummi (Süßwaren); Weingummi" oder auch "Schokolade" jedenfalls nicht ungewöhnlich. Demnach kann aber auch eine "spritzi-ge, sprudelnde Partymischung" neben Produkten mit einem Brause-/Sprudeleffekt auch solche enthalten, die eine solche Wirkung nicht erzielen. Vor diesem Hintergrund ist dann aber für ein Verständnis der angemeldeten Bezeichnung als rein beschreibende Bestimmungsangabe in Bezug auf die jeweiligen Waren nicht entscheidend, ob diese selbst einen spritzigen, sprudelnden Effekt aufweisen, wenn sie jedenfalls - wie es vorliegend der Fall ist - als Bestandteil einer solchen Produktzusammenstellung in Betracht kommen.

Der Senat neigt auch zu der Auffassung, dass die angemeldete Wortfolge sich in Bezug auf solche Waren, die zwar als solche nicht Produktbestandteil einer solchen "spritzi-ge, sprudelnden (Party-)Mischung" sein können, die jedoch wie die von der angemeldeten Marke beanspruchten Waren "Fruchtsaucen; Honig; Mandelkonfekt; Marzipan; Pfefferminz für Konfekt; Traubenzucker (für Nahrungszwecke) sowohl lose als auch als Komprimat" als Zutat für die Zubereitung solcher Produkte in Betracht kommen, in einer rein beschreibenden Angabe auf den Bestimmungs- und Verwendungszweck i. S. von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG erschöpft.

Selbst wenn man aber insoweit davon ausgeht, dass die angemeldete Bezeichnung und vor allem das Adjektiv "fizzy" (spritzig, sprudelnd) sich bei diesen Waren nicht in einem engeren Sinne (im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 2

MarkenG) zur Warenbeschreibung eignet, fehlt es der angemeldeten Bezeichnung insoweit jedenfalls an der erforderlichen Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG).

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Unterscheidungskraft nicht nur Bezeichnungen fehlt, denen der Verkehr im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnet (vgl. BGH 2006, 850, 854 [Tz. 19] "FUSSBALL WM 2006"; EuGH GRUR 2004, 674, 678 [Tz. 86] "Postkantoor") - wie es vorliegend bereits bei den Waren der Fall ist, für die die angemeldete Bezeichnung die Beschaffenheit bzw. Darbietungsform oder deren Bestimmungszweck unmittelbar beschreiben kann -, sondern auch solchen Angaben, die sich auf Umstände beziehen, welche die beanspruchte Ware zwar nicht unmittelbar betreffen, mit denen aber ein enger beschreibender Bezug zu dem betreffenden Produkt hergestellt wird (BGH - FUSSBALL WM 2006 a. a. O. BGH - "DeutschlandCard; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 8 Rdnr. 60 ff.).

In Bezug auf solche Waren, bei denen es sich wie bei "Fruchtsaucen; Honig; Mandelkonfekt; Marzipan; Pfefferminz für Konfekt; Traubenzucker (für Nahrungszwecke) sowohl lose als auch als Komprimat" um übliche Zutaten z. B. für Knabbergeback oder Zuckerwaren handelt und die daher auch der Zubereitung einer Mischung verschiedener (Snack- oder Süß)Warensorten in Form einer "spritzigen, sprudelnden Partymischung" dienen können, besteht zwischen dem Sinngehalt der Bezeichnung und den beanspruchten Waren ein solch unmittelbarer und konkreter Bezug. Der Verkehr wird deshalb in Bezug auf diese Waren in der angemeldeten Bezeichnung keinen betrieblichen Herkunftshinweis, sondern lediglich eine Sachaussage zum Bestimmungszweck und Verwendungszweck dieser Waren erkennen.

2. Hinsichtlich der übrigen, im angefochtenen Beschluss zurückgewiesenen Waren liegen dagegen keine Eintragungshindernisse vor. Sie können zwar teilweise wie die Getränke "Eistee, Getränke auf der Basis von Tee; Milchschokolade (Getränk)" einen spritzigen, sprudelnden Effekt aufweisen; der Senat vermag jedoch nicht festzustellen, dass diese Getränke üblicherweise in Zusammenstellungen als "Party-Mischung" angeboten und vertrieben werden. Ebenso wenig handelt es sich bei "Brioche (Gebäck); Brot; Brötchen; Cornflakes; Eiscreme; Joghurteis (Speiseeis); Kuchen; Pudding; Sorbets (Speiseeis); Speiseeis" um typische Bestandteile einer solchen Zusammenstellung/Mischung bzw. - was die Waren "Aromastoffe (pflanzliche), für Getränke, ausgenommen ätherische Öle; Backpulver; Gewürze; Kaffee; Kakao; Kochsalz; Kuchenmischungen (pulverförmig); Maltose" betrifft - um gebräuchliche Zutaten für solche Produkte.

Die Wortfolge "Fizzy Party Mix" eignet sich daher in Bezug auf diese Waren weder als Angabe zur Beschaffenheit bzw. zum Bestimmungs- und Verwendungszweck der betreffenden Waren im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG noch weist die Bezeichnung in Bezug auf diese Waren einen derart hinreichend engen beschreibenden Bezug auf, wie ihn der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung als Voraussetzung für die Annahme des Schutzhindernisses der fehlenden Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG fordert.

Knoll

Metternich

Merzbach

Hu