



# BUNDESPATENTGERICHT

33 W (pat) 38/10

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Markenmeldung 30 2008 069 979.5**

hat der 33. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts durch den Vorsitzenden Richter Bender, den Richter Kätker und die Richterin Dr. Hoppe am 13. März 2012

beschlossen:

Auf die Beschwerde werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 1 vom 30. Oktober 2009 und vom 11. Februar 2010 aufgehoben, soweit darin die Anmeldung zurückgewiesen wurde.

## **Gründe**

### **I.**

Die Anmelderin hat am 6. November 2008 die Wortmarke

### **Bimber**

u. a. angemeldet für:

Klasse 1: chemische Erzeugnisse für gewerbliche, wissenschaftliche, photographische, land-, garten- und forstwirtschaftliche Zwecke; chemische Erzeugnisse zum Frischhalten und Haltbarmachen von Lebensmitteln.

Klasse 33: alkoholische Getränke, ausgenommen Bier.

Die Markenstelle für Klasse 1 hat die Anmeldung mit Beschluss vom 30. Oktober 2009 teilweise, und zwar für die eingangs genannten Waren zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Erinnerung hat die Markenstelle für Klasse 1 mit Beschluss vom 11. Februar 2010 zurückgewiesen. Sie ist der Ansicht, dass ein Eintragungshindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG vorliege, weil an der angemeldeten Marke ein Freihaltungsinteresse der Mitbewerber bestehe. Die angemeldete Marke bestehe alleine aus einer beschreibenden Angabe. Der Begriff „Bimber“ weise auf einen schwarz gebrannten polnischen Schnaps hin. „Bimber“ sei für die in Frage stehenden Waren glatt beschreibend. Es sei keine genaue Definition erforderlich, um welche Art von Schnaps es sich handele und wie er hergestellt werde. Die Marke werde für die Handelsbeziehungen benötigt und müsse freigehalten werden. Die Legalisierung vom „Bimber“ sei im Gespräch, weshalb zumindest ein zukünftiges Freihaltebedürfnis bestehe.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin. Sie weist auf die Voreintragung der Marke „Bimber“ im Register der Polnischen Patentbehörde hin und meint, das Deutsche Patent- und Markenamt habe die fachkundigen Entscheidungen muttersprachlicher Prüfer zu berücksichtigen.

Die Anmelderin beantragt sinngemäß,

die Beschlüsse des Deutschen Patent- und Markenamts aufzuheben, soweit darin die Eintragung zurückgewiesen wurde.

Der Senat hat mit Schreiben vom 31. Oktober 2011 verschiedene Fachverbände der Spirituosenindustrie befragt, um zu ermitteln, ob diesen bzw. deren Mitgliedern die Bedeutung des Begriffs „Bimber“ in Zusammenhang mit alkoholischen Getränken bekannt ist. Wegen des Ergebnisses der Befragung wird auf Blatt 36 - 52 d. A. Bezug genommen.

## II.

Die Beschwerde ist zulässig und begründet.

Der angemeldeten Marke steht hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Waren kein Eintragungshindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 MarkenG entgegen.

### 1.

Das begehrte Wortzeichen „Bimber“ ist der polnischen Sprache zuzuordnen und bedeutet „selbst gebrannter Schnaps“ bzw. als Verb „Schnaps schwarz brennen“ (PONS Wörterbuch, <http://de.pons.eu/dict/search/results/?=bimber&in=&kbd=pl-21&1=depl>; vgl. auch <http://pl.wikipedia.org/wiki/Bimber>). Der Begriff bezeichnet

auch ausweislich der Internetrecherche des Senats heimlich und illegal gebrannten Schnaps durch nicht gewerbliche tätige Personen in bestimmten ländlichen Bereichen Polens.

- „Im Nordosten Polens heimlich gebrannter Schnaps ...“ (<http://www.wiwo.de/lifestyle/bimber-soll-legalisiert-werden-138627/>; [http://www.krone.at/Welt/Bimber-Schnaps-\\_soll\\_legalisiert\\_werden-Schwarzbrenner-Story-45925](http://www.krone.at/Welt/Bimber-Schnaps-_soll_legalisiert_werden-Schwarzbrenner-Story-45925); [http://www.rp-online.de/panorama/Polens-Schwarzbrenner-steigen-um\\_aid\\_273004.html](http://www.rp-online.de/panorama/Polens-Schwarzbrenner-steigen-um_aid_273004.html))
- „Wodka ist aus Getreide und der Billigersatz heißt „Bimber“ und ist aus Kartoffel...“ (<http://www.gutefrage.net/frage/wird-wodka-aus-kartoffeln-gemacht>)
- „Wodka ist nicht gleich Wodka, es gibt ihn in verschiedensten Geschmacksrichtungen ... andere bekannte Spirituosen sind ... und dann gibt es noch selbst gebrannten Bimber in diverser Qualität...“ (Neil Wilson, Tom Parkinson, Richard Wetkins, 2006 - Polen -)
- „... keiner kann die Mengen aus dem GUS-Staaten geschmuggelten Schnapses und des selbst gebrannten Bimber genau angeben...“ (Sabine Herbener, Reiner Elwers, - Polen -)
- „Bimber is the name for vodka that was, and still is, made in many Polish homes especially in rural regions. Highly characteristic in smell and taste, strong and yet quite original unavailable in shops ...“ (<http://www.bourbonstreetwineandspirits.com/items/detail?itemid=279638>)

- „don't drink Bimber wodka, you'll go blind!“  
([www.flickr.com/photos/44048352@N00/137557744/](http://www.flickr.com/photos/44048352@N00/137557744/)).

Dabei scheint es keine feststehende Rezeptur oder Herstellungsmethode für „Bimber“ zu geben, vielmehr existiert auf der Internetseite [http://www.alchole-de-omowe.com/bimber/jak\\_zrobic\\_zacier.html](http://www.alchole-de-omowe.com/bimber/jak_zrobic_zacier.html) eine Vielzahl von Rezepten zur Herstellung von Bimber aus verschiedenen Inhaltsstoffen (Kartoffeln, Hefe, Mais, Äpfeln, Pflaumen, Rüben, Weizen, Roggen).

## 2.

Der begehrten Marke steht nicht das Eintragungshindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegen.

a) Im Hinblick auf die unter der Klasse 1 begehrten Waren „Chemische Erzeugnisse für gewerbliche, wissenschaftliche, photographische, land-, garten- und forstwirtschaftliche Zwecke, chemische Erzeugnisse zum Frischhalten und Haltbarmachen von Lebensmitteln“, dürfte schon kein hinreichender Sachbezug bestehen, weil es sich bei „Bimber“ um einen Schnaps handelt, der typischerweise zum Eigenverbrauch und damit gerade nicht für gewerbliche Zwecke bestimmt ist. Ungeachtet des Umstandes, dass bestimmte alkoholische Erzeugnisse, darunter Industrieschnaps, auch für chemische Produkte zum Einsatz kommen können, sprechen die Charakteristika von „Bimber“, nämlich der Umstand, dass es sich um heimlich, schwarzgebrannten Schnaps handelt, der primär für den Hausgebrauch hergestellt wird, eher gegen die Annahme, dass damit chemische Erzeugnisse bezeichnet werden, die gerade nicht dem unmittelbaren eigenen Verzehr dienen sollen, sondern bestimmte chemische Wirkungen, wie z. B. das Frischhalten und Haltbarmachen von Lebensmitteln, bewirken sollen.

b) Letztlich kann aber dahinstehen, ob das Zeichen angesichts der allenfalls vagen Sachaussage geeignet ist, die verfahrensgegenständlichen Waren zu be-

schreiben, denn die Bedeutung des polnischen Begriffs wird von den angesprochenen deutschen Verkehrskreisen jedenfalls nicht erkannt.

Abzustellen ist auf die Auffassung des beteiligten inländischen Verkehrs, wobei dieser alle Kreise umfasst, in denen die fragliche Marke aufgrund der beanspruchten Dienstleistungen Verwendung finden oder Auswirkungen haben kann (vgl. EuGH GRUR 2004, 428 (Nr. 65) - Henkel). Dabei handelt es sich um den normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher (EuGH GRUR 2006, 411 (Nr. 24) - Matratzen Concord/Hukla; EuGH GRUR 1999, 723 (Nr. 29) - Chiemsee; Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Aufl., § 8 Rdn. 29 ff.).

Zu den maßgeblichen Verkehrskreisen zählen im vorliegenden Fall für die unter Klasse 1 begehrten chemischen Erzeugnisse für gewerbliche Zwecke ausschließlich Gewerbetreibende, im Übrigen auch allgemeine und breite Verbraucherkreise. Diesen Verkehrskreisen ist der polnische Begriff „Bimber“ nicht bekannt. Die Verständisfähigkeit des deutschen Durchschnittsverbrauchers darf zwar nicht zu gering veranschlagt werden (Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Aufl., § 8 Rd. 395), weite Teile der angesprochen deutschen Verkehrskreise sprechen indes nicht die polnische Sprache, zumal diese an deutschen Schulen keine regelmäßig unterrichtete Fremdsprache darstellt. Zudem handelt es sich bei dem beanspruchten Zeichen, wie oben dargelegt, nicht um einen gängigen Begriff der polnischen Sprache mit einer spezifischen Bedeutung, der in Zusammenhang mit den beanspruchten Waren im Wirtschaftsleben regelmäßig verwendet würde. Aufgrund der Bedeutung „schwarzgebrannter Schnaps“ wäre noch am ehesten zu erwarten gewesen, dass der in der Spirituosenbranche tätige Fachverkehr die Begriffsbedeutung erkennt, was für das Vorliegen eines Eintragungshindernisses genügen würde (vgl. EuGH GRUR 2006, 411 (Nr. 24) - Matratzen Concord/Hukla; Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Aufl., § 8 Rd. 396). Die vom Senat durchgeführte Verkehrsbefragung hat jedoch ergeben, dass selbst in den befragten Fachverbänden nur zwei Einzelmitglieder diese Bedeutung des polnischen Wortes kannten. Die

ganz überwiegende Anzahl der von den Verbänden befragten Unternehmen kannte demgegenüber weder den Begriff „Bimber“ noch dessen Bedeutung.

aa) Nach der früheren deutschen Rechtsprechung wurde ein Freihaltebedürfnis jedoch auch für eine fremdsprachige Sachangabe angenommen, deren beschreibende Bedeutung der inländische Verkehr nicht erkennt, wenn die beschreibende Verwendung der Sachangabe im Inland möglich und wahrscheinlich war (BGH GRUR 1989, 421 (422) - Conductor; BGH GRUR 1994, 366 (368) - RIGIDITE II; GRUR 1994, 370 (371) - RIGIDITE III; BPatG GRUR 1997, 286 - VODNI STAVBY). Demnach bedürfe es besonderer Anhaltspunkte dafür, dass der Begriff tatsächlich zur Beschreibung in hervorgehobener Form verwendet oder jedenfalls hierfür benötigt werde. Dies sei unter Berücksichtigung der Warengattung, des Ausmaßes der Außenhandelsbeziehungen und des Sachbezugs der Bezeichnung zu beurteilen, wobei insbesondere auch die quantitative Wahrscheinlichkeit des beschreibenden Gebrauchs berücksichtigt werden müsse (BGH GRUR 1994, 366 (368) - RIGIDITE II; GRUR 1994, 370 (371) - RIGIDITE III). Auch in neueren Entscheidungen wird vertreten, dass ein Zeichen, das einer ausländischen Sprache entnommen sei, auch dann einem Freihaltungsbedürfnis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG unterliege, wenn es vom inländischen Verkehr nicht in seiner Bedeutung verstanden werde, sofern ein zukünftiges Bedürfnis der Mitbewerber zu erkennen sei, einen fremdsprachigen, dem deutschen Verkehr nicht geläufigen Sachhinweis sowohl im Im- als Export auf Waren zu verwenden (BPatG 27 W (pat) 26/05 - NUEVO).

bb) Demgegenüber hat der EuGH in der Entscheidung „Matratzen Concord/Hukla“ (EuGH GRUR 2006, 411) im Rahmen seiner Kompetenz zur Auslegung von Art. 3 Abs. 1 lit. b, c MarkenRL entschieden, dass „der Eintragung eines Wortes als nationale Marke in einem Mitgliedsstaat nicht entgegensteht, dass es der Sprache eines anderen Mitgliedstaates, in der es keine Unterscheidungskraft hat oder die Waren oder Dienstleistungen beschreibt, für die die Eintragung beantragt wird, entlehnt ist, es sei denn, dass die beteiligten Verkehrskreise in dem

Mitgliedsstaat, indem die Eintragung beantragt wird, im Stande sind, die Bedeutung dieses Wortes zu erkennen“ (EuGH GRUR 2006, 411 (Nr. 32, 26) - Matratzen Concord/Hukla).

cc) Demnach kommt es für die Eintragungsfähigkeit fremdsprachiger Begriffe entscheidend darauf an, ob die beteiligten Verkehrskreise zum Beurteilungszeitpunkt in der Lage sind, die Bedeutung des fremdsprachigen Markenwortes zu erkennen. Ein allgemeines Freihaltungsbedürfnis an fremdsprachigen Merkmalsbezeichnungen, deren Bedeutung der Verkehr nicht erkennt, würde mit dieser Rechtsprechung des EuGH wohl nicht im Einklang stehen. Allerdings wird in der Regel davon auszugehen sein, dass zumindest der Fachverkehr gebräuchliche fremdsprachige Warenangaben kennt (Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Aufl., § 8 Rd. 397 m. w. N. in Fn. 1084).

Bei dem Begriff „Bimber“ handelt es sich indes nicht um einen solchen gebräuchlichen Begriff zur Warenbezeichnung im Wirtschaftsverkehr. Das Wort „Bimber“ stellt nämlich keinen feststehenden Begriff mit klar umrissener Bedeutung dar, sondern ist lediglich die schillernde Bezeichnung einer nicht im Handel befindlichen, illegal hergestellten Ware, so dass das Zeichen vom Verkehr nicht benutzt wird, um eine legale, gewerblich vertriebene Ware zu beschreiben. Vielmehr dient die Bezeichnung „Bimber“ vor allem zur Bezeichnung für heimlich und illegal gebrannten Schnaps von nicht gewerblich tätigen Personen in bestimmten ländlichen Bereichen Polens, ohne dass mit der Bezeichnung eine konkrete Herstellungsweise oder bestimmte Inhaltsstoffe verbunden wären. Auch die in einem Internetartikel erwähnte „Legalisierung von Bimber“, der die Markenstelle wesentliche Bedeutung beigemessen hat, hat der Senat nicht verifizieren können. Vor diesem Hintergrund bestehen für den deutschen Fachhandel keine hinreichenden Bezugspunkte zu dem nicht gewerblich vertriebenen, illegalen Schnaps unter der Bezeichnung „Bimber“. Es handelt sich nach der Recherche des Senats nicht um eine Warenbezeichnung, die im Ursprungsland des ausländischen Zeichens, hier also in Polen, tatsächlich zur Beschreibung von Handelswaren einer bestimmten



Gattung verwendet würde. Deshalb besteht hier auch nicht die Gefahr, dass durch die Verwendung des angemeldeten Zeichens zur Kennzeichnung der beanspruchten Waren ein Monopol an einer ausländischen Gattungsbezeichnung entsteht.

### 3.

Dem beanspruchten Zeichen steht auch nicht das Eintragungshindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen.

Nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG wären von der Eintragung diejenigen Marken ausgeschlossen, denen jegliche Unterscheidungskraft fehlt. Unterscheidungskraft ist die einem Zeichen innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden, das die in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und sie somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet (EuGH GRUR Int. 2005, 135 (Nr. 29) - Maglite; EuGH GRUR 2004, 428 (Nr. 30 f) - Henkel). Die Hauptfunktion der Marke besteht nämlich darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten (EuGH GRUR 2005, 1042 (Nr. 23, 24) - THOMSON LIFE; EuGH GRUR 2004, 943 (Nr. 23) - SAT.2; BGH GRUR 2008, 710 (Nr. 12) - VISAGE). Der Verbraucher kann erwarten, dass die Herstellung der mit der Marke gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung unter der Kontrolle eines einzigen Unternehmens erfolgt ist. Die Prüfung der Herkunftsfunktion hat dabei streng und umfassend zu erfolgen, um die ungerechtfertigte Eintragung von Marken zu verhindern (EuGH GRUR 2004, 1027 (Nr. 45) - DAS PRINZIP DER BEQUEMLICHKEIT; EuGH GRUR 2003, 604 (Nr. 59) - Libertel; EuGH GRUR 2003, 58 (Nr. 20) - Companyline).

Das hier beanspruchte Wortzeichen ist bei Zugrundelegung des dargelegten Prüfungsmaßstabs hinreichend unterscheidungskräftig, denn das angesprochene Publikum wird das Zeichen im Hinblick auf die beanspruchten Waren als reinen Phantasiebegriff wahrnehmen und darin folglich den Hinweis auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen erkennen.

Kann einer Marke, wie hier, kein für die fraglichen Waren oder Dienstleistungen beschreibender Begriffsinhalt zugeordnet werden, der vom angesprochenen Verkehr verstanden wird und handelt es sich auch sonst nicht um ein gebräuchliches Wort, das vom Verkehr stets nur als solches und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird, so gibt es keinen tatsächlichen Anhalt dafür, dass der Marke die vorerwähnte Unterscheidungseignung und damit jegliche Unterscheidungskraft fehlt (vgl. BGH GRUR 2006, 850 (Nr. 19) - FUSSBALL WM 2006, BGH GRUR 2007, 1071 (Nr. 25) - Kinder II; BGH GRUR 2001, 1042 (1042) - REICH UND SCHÖN).

Bender

Kätker

Dr. Hoppe

CI