



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 544/13

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2012 001 850.5

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 10. Dezember 2015 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Knoll, der Richterin Kriener sowie des Richters am Amtsgericht Dr. Nielsen

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Anmelderin wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 6. August 2013 aufgehoben, soweit die Anmeldung in Bezug auf folgende Waren zurückgewiesen worden ist:

Klasse 29:

Fleisch, Fisch, Geflügel und Wild; Fleischextrakte; tiefgefrorenes, konserviertes, getrocknetes und gekochtes Gemüse; Eier; Speiseöle- und Fette;

Klasse 30:

Reis, Tapioka, Sago; Mehle; Melassesirup; Hefe, Backpulver, Salz, Senf, Kühleis.

Im Übrigen wird die Beschwerde der Anmelderin zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

Wilder Kirschen-Mix

ist am 16. Januar 2012 zur Eintragung als Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Markenregister für folgende Waren angemeldet worden:

Klasse 29:

Fleisch, Fisch, Geflügel und Wild; Fleischextrakte; tiefgefrorenes, konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Gallerten (Gelees), Konfitüren, Fruchtmus; Eier, Milch und Milchprodukte; Speiseöle und -fette;

Klasse 30:

Kaffee, Tee, Kakao, Zucker, Reis, Tapioka, Sago, Kaffee-Ersatzmittel; Mehle und Getreidepräparate einschließlich Cerealienriegel; Brot, feine Backwaren und Konditorwaren, Pralinen mit und ohne Füllung, Schokoladenwaren (soweit in dieser Klasse enthalten), Bonbons, Fruchtgummi, Kaugummi (ausgenommen für medizinische Zwecke) und andere Zuckerwaren, Speiseeis; Honig, Melassesirup; Hefe, Backpulver, Salz, Senf, Essig, Saucen (Würzmittel), Gewürze, Küchleis;

Klasse 32:

Biere; Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken.

Mit dem Beschluss vom 6. August 2013 hat die Markenstelle für Klasse 30 des DPMA die unter der Nummer 30 2012 001 850.5 geführte Anmeldung wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückgewiesen. Wildkirschen seien die essbaren Früchte wildwachsender Kirschbäume. Die zur Marke angemeldete Bezeichnung sage damit in werbeüblicher Diktion aus, dass die beanspruchten Waren ein Mix bzw. eine Mischung von/mit Wildkirschen und/oder von/mit wildwachsenden Kirschen darstellten oder damit in Verbindung stünden. Die Marke sei sprachüblich und sprachregelgerecht gebildet. Dies gelte unabhängig davon, ob die richtige

Schreibweise „Wild-Kirschen-Mix“ oder „Wilder Kirschen-Mix“ laute. Es sei fraglich, ob die Verkehrskreise die rechtschreibliche Unkorrektheit erkennen würden. Zudem seien auch erkannte Abwandlungen nicht schutzfähig, wenn der Verkehr in dieser Abweichung ihm geläufige sachbezogene oder werbeübliche Angaben wiedererkenne. Das Adjektiv „Wilder“ sei erkennbar auf die Kirschen bezogen und nicht auf den Mix. Außer in Bezug auf die Herkunft der Lebensmittel habe der Begriff „wild“ keine Bedeutung in der Lebensmittelbranche. Nur Früchte oder Tiere könnten wild sein, nicht aber ein Mix. Die Marke weise daher keine Zwei- oder Mehrdeutigkeit auf.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin. Es sei ausgeschlossen, dass der Verbraucher erwarte, dass es sich bei Waren mit der Bezeichnung „Wilder Kirschen-Mix“ um Produkte aus einer Mischung von Wildkirschen handeln könnte. Es sei allgemein bekannt, dass die Früchte der Wildkirsche zum Verzehr geeignet seien, jedoch im Allgemeinen nicht im Lebensmittelhandel angeboten würden. Wegen der geringeren und schwankenden Erträge von Wildkirschen und der erschwerten Ernte nehme der Verbraucher an, dass Wildkirschen nur als gesondert gekennzeichnete Feinkost im Handel angeboten würden. Dem Verbraucher sei zudem bekannt, dass Wildkirschen wegen der oben dargestellten Erschwernisse hauptsächlich im privaten Bereich zum häuslichen Konsum verwertet würden, etwa bei der Herstellung von Marmelade aus Wildfrüchten. Bei Produkten des täglichen Massenmarktes erwarte der Verbraucher keine Wildfrüchte, so dass die Marke erkennbar nicht beschreibend oder werbeüblich sei. Das DPMA habe die industrielle Verwendung von Wildkirschen nicht belegen können. Der Begriff sei auch deswegen nicht sachbeschreibend, weil er über genügend künstlerische Elemente verfüge.

Der Anmelderin beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 6. August 2013 aufzuheben.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss der Markenstelle, die Schriftsätze der Anmelderin und auf den übrigen Akteninhalt verwiesen.

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache zum größten Teil keinen Erfolg. Dem angemeldeten Begriff fehlt nämlich in Bezug auf die nachfolgend aufgeführten Waren der Klassen 29, 30 und 32 die Unterscheidungskraft:

Klasse 29:

tiefgefrorenes, konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst; Gallerten (Gelees), Konfitüren, Fruchtmus; Milch und Milchprodukte.

Klasse 30:

Kaffee, Tee, Kakao, Kaffee-Ersatzmittel; Getreidepräparate einschließlich Cerealienriegel; feine Backwaren und Konditorwaren, Pralinen mit und ohne Füllung, Schokoladenwaren (soweit in dieser Klasse enthalten), Bonbons, Fruchtgummi, Kaugummi (ausgenommen für medizinische Zwecke) und andere Zuckerwaren; Speiseeis; Honig; Essig, Saucen (Würzmittel), Gewürze.

Klasse 32:

Biere; Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken.

Der Eintragung steht für diese Waren das Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen, so dass die Markenstelle die Anmeldung in Bezug auf diese beanspruchten Waren zu Recht zurückgewiesen hat, § 37 Abs. 1 MarkenG. Der Begriff „Wilder Kirschen-Mix“ ist geeignet, die oben genannten Waren in Bezug auf

ihren Geschmack bzw. auf die zur Herstellung verwendeten Rohstoffe in werbe- und produkttypischer Weise zu beschreiben.

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 Rn. 30, 31 - Henkel; BGH GRUR 2006, 850 Rn. 17 - FUSSBALL WM 2006). Keine Unterscheidungskraft besitzen insbesondere Bezeichnungen, denen der Verkehr im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnet (vgl. BGH 2006, 850 Rn. 19 - FUSSBALL WM 2006; EuGH GRUR 2004, 674 Rn. 86 - Postkantoor). Darüber hinaus fehlt die Unterscheidungskraft u.a. aber auch solchen Angaben, die sich auf Umstände beziehen, welche die beanspruchten Produkte zwar nicht unmittelbar betreffen, mit denen aber ein enger beschreibender Bezug zu dem betreffenden Produkt hergestellt wird (BGH - FUSSBALL WM 2006 a. a. O.).

Bei der angemeldeten Wortkombination handelt es sich um eine sprachübliche Aneinanderreihung von drei beschreibenden Begriffen zu ohne weiteres verständlichen Gesamtaussagen, die im Sinne von Sachangaben auf die als schutzunfähig bezeichneten Waren bezogen werden können. Der Begriff „Kirsche“ bezeichnet die „kleine, runde, süß oder säuerlich schmeckende Frucht des Kirschbaums“. Zudem wird der Begriff „Kirsche“ als Synonym für den „Kirschbaum“ selbst verwendet. Der auch im Lebensmittelbereich häufig verwendete Begriff „Mix“ bezeichnet ein „Gemisch“ bzw. „eine spezielle Mischung“. Ausgehend davon wird die Begriffskombination „Kirschen-Mix“ im relevanten Zusammenhang mit Waren, die oberbegrifflich „Kirschen“ umfassen, aus Kirschen hergestellt werden können, Kirschen enthalten oder einen Kirschgeschmack aufweisen können, ohne weiteres dahingehend verstanden, dass diese Waren verschiedene Kirschen bzw. Kirscharten enthalten bzw. verschiedene Kirschgeschmacksrichtungen aufweisen.

Dem Begriff „wild“ kommen in adjektivischer Verwendung verschiedene Bedeutungen zu. So können Tiere, Sachen, Ereignisse oder auch Menschen als „wild“ bezeichnet werden. In diesem Sinne kann „wild“ so viel wie „nicht domestiziert, nicht kultiviert“ oder auch „im natürlichen Zustand befindlich, nicht vom Menschen verändert“ oder auch abwertend „unzivilisiert, unregelmäßig“ bedeuten. Möglich ist auch die Bedeutung „ungestüm, ungehemmt“. Der Begriff kann auch eine positive Konnotation im Sinne von „stark“ und „wild“ haben. Im hier maßgeblichen Zeichen- und Warensammenhang kann der Zeichenbestandteil „Wilder“ in zweifacher Hinsicht beschreibend verstanden werden: Zum einen kann mit dem Adjektiv „Wilder“ die Art der Kirschenmischung in dem Sinne gemeint sein, dass es sich um eine ungewöhnliche bzw. unkonventionelle Mischung von Kirschen oder Kirschengeschmacksrichtungen handelt (eine wilde Mischung). Ein solches Verständnis entspräche einer exakten sprachregelgemäßen Analyse, bei der das vorangestellte Adjektiv auf das Grundwort „Mix“ des nachfolgenden zusammengesetzten Hauptwortes „Kirschen-Mix“ bezogen wird. Zum anderen können aber auch die Bestandteile der Mischung, nämlich die Kirschen im Hinblick auf ihre Art angesprochen sein, nämlich dahingehend, dass die Mischung ganz oder teilweise aus Wildkirschen bzw. wild wachsenden Kulturkirschen besteht bzw. deren Geschmacksrichtungen aufweist. Ein solches Verständnis wäre zwar sprachregelwidrig, da die Bezeichnung der Frucht „Wildkirsche“, in ihre Wortbestandteile aufgelöst wird und die exakte sprachregelgemäße Bezeichnung „Wildkirschen-Mix“ wäre. Gleichwohl wäre ein solches Verständnis in Richtung „Wildkirschen“ in gewissem Umfang zu erwarten, insbesondere dann, wenn die Warenlage im Hinblick auf die denkbare Verwendung von „Wildkirschen“ ein solches Verständnis nahelegen würde. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Verbraucher daran gewöhnt sind, im Geschäftsleben und in der Werbung ständig mit nicht sprachregelgerecht gebildeten Wörtern und Wortkombinationen konfrontiert zu werden.

Diese vorstehend dargestellten Bedeutungen erschließen sich dem Verkehr nach Auffassung des Senats im jeweiligen Zusammenhang unmittelbar und ohne eingehende sprachliche Analyse. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auf den normal

informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen ist (vgl. EuGH GRUR 1999, 723 Rn. 29 –Chiemsee), der bei einem entsprechenden Sachzusammenhang durchaus in der Lage ist, ohne tiefgreifende Analyse naheliegende Schlussfolgerungen zu ziehen.

Soweit die angemeldete Wortfolge die vorstehend beschriebene Mehrdeutigkeit aufweist, rechtfertigt dies keine andere Beurteilung. Die Mehrdeutigkeit eines Begriffs bzw. einer Bezeichnung führt regelmäßig dann nicht zur Schutzfähigkeit, wenn zumindest eine der Bedeutungen (erst recht, wenn mehrere) für die beanspruchten Produkte beschreibenden Charakter hat (vgl. EuGH GRUR 2004, 146 Rn. 32 - DOUBLEMINT; BGH GRUR 2008, 900 Rn. 15 - SPA II). Dies ist nach Auffassung des Senats vorliegend ohne weiteres zu bejahen. Abgesehen davon, dass künstlerische Elemente nicht zwingend Unterscheidungskraft begründen, lässt die angemeldete Wortfolge keine künstlerischen Elemente erkennen. Das Argument der Anmelderin, dass in der Lebensmittelindustrie aus Wildkirschen keine Lebensmittel hergestellt würden, trifft – ohne dass es hierauf im Ergebnis ankäme – in der Sache nicht zu (vergl. beispielhaft „Berentzen-Likör“ „WildKirsche“, der damit beworben wird, dass es sich bei dem Likör um eine „Komposition von Weizenkorn mit sonnenverwöhnten Wildkirschen“ handle).

Im Einzelnen können bei den nachfolgenden Produkten entweder Kirschen als Zutat verwendet werden oder den Produkten kann ein Kirschgeschmack zugesetzt werden: Tiefgefrorenes, konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst, Gelees, Konfitüren und Fruchtmus, Milch und Milchprodukte (z. B. Joghurt). Kaffee, Kakao, Tee und Kaffee-Ersatzmittel können mit Kirschgeschmack aromatisiert werden. Kirschen oder Kirschgeschmack können weiterhin Getreidepräparate einschließlich Cerealienriegel, feine Backwaren und Konditorwaren, Pralinen, Schokoladenwaren, Bonbons, Fruchtgummi, Kaugummi und andere Zuckerwaren sowie Speiseeis enthalten. Honig könnte damit beworben werden, dass er ausschließlich oder vorwiegend aus dem Nektar verschiedener Kirschblüten gewonnen wird, zumal es entsprechende spezielle Honigsorten bereits gibt, wie z. B. Akazienhonig,

Rapshonig, Sonnenblumenhonig, Lindenhonig, Waldhonig. Essig und Saucen (Würzmittel) und Gewürze werden in allen denkbaren Geschmacksrichtungen angeboten. Sie können daher auch Kirschen oder Kirscharoma enthalten. Bier kann mit dem Geschmack von Kirschen versetzt werden oder mit Kirschen hergestellt werden. So ist Kirschbier eine bekannte belgische Spezialität. Auch Wasser wird im Lebensmittelhandel mit Fruchtgeschmack angeboten. Dabei kommt es nicht darauf an, ob Bier bzw. Mineralwasser in diesem Fall aus Gründen des Lebensmittelrechts nicht mehr mit der Bezeichnung „Bier“ bzw. „Mineralwasser“ vertrieben werden dürfen. Alkoholfreie Getränke, Fruchtgetränke und Fruchtsäfte, Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken werden auch mit der Geschmacksrichtung „Kirsche“ vertrieben oder aus Kirschen hergestellt.

Bei den oben genannten Waren spricht angesichts der Art des beschreibenden Zusammenhangs einiges dafür, dass mit der angemeldeten Wortfolge sonstige Merkmale der beanspruchten Waren i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG beschrieben werden. Da bereits ein Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG gegeben ist, kann die Entscheidung hierüber aber letztlich dahingestellt bleiben.

Nach alledem war die Beschwerde insoweit teilweise zurückzuweisen.

Hinsichtlich der nachfolgend aufgezählten Waren können Schutzhindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 4 MarkenG nicht mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt werden:

Klasse 29:

Fleisch, Fisch, Geflügel und Wild, Fleischextrakte, tiefgefrorenes, konserviertes, getrocknetes und gekochtes Gemüse; Eier; Speiseöle- und Fette;

Klasse 30:

Reis, Tapioka, Sago, Mehle, Melassesirup; Hefe, Backpulver, Salz, Senf, Kühleis.

Die Waren werden nicht aus Kirschen hergestellt bzw. werden gegenwärtig nicht mit Kirschgeschmack angeboten oder sind nicht unmittelbar zum Verzehr bestimmt (Kühleis). Es ist auch nicht zu erwarten, dass die Waren zukünftig mit Kirscharoma versehen werden. Der Bestandteil der angemeldeten Bezeichnung „Wilder“ bezieht sich - wie oben dargestellt - auf die Herkunft der Kirschen bzw. auf die Art der Mischung der Kirschen bzw. des Kirscharomas. Insofern weist der Bestandteil nicht auf Ware „Wild“ hin, also das verzehrbare Fleisch wilder Tiere. Die Schutzunfähigkeit kann für diese Waren im Ergebnis auch nicht mit einer möglichen Täuschungsgefahr im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 4 i. V. m. § 37 Abs. 3 MarkenG begründet werden. Eine solche Täuschungsgefahr kann bestehen, wenn aufgrund der Umstände des Einzelfalls der Verkehr wegen der Verwendung der angemeldeten Bezeichnung erwartet, dass die so bezeichneten Waren Kirschen bzw. Kirscharoma enthalten. Die Täuschungsgefahr ist aber nicht ersichtlich, da eine täuschende Verwendung zwar teilweise naheliegt, jedoch durchaus auch eine kennzeichnende Verwendung ohne eine entsprechende Verbrauchertäuschung möglich erscheint. Das Schutzhindernis nach § 8 Abs.2 Nr. 4 MarkenG greift aber nur, wenn in jedem nur denkbaren Fall einer anmeldungsgemäßen Verwendung des Zeichens die Täuschungsgefahr besteht (Ströbele/Hacker, MarkenG, 11. Aufl., § 8 Rn. 737).

III.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss kann die Anmelderin das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde einlegen. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form einzulegen.

Knoll

Kriener

Dr. Nielsen

Hu