



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 551/16

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2015 215 536.2

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 11. März 2019 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Kortge sowie der Richter Kätker und Schödel

ECLI:DE:BPatG:2019:110319B26Wpat551.16.0

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Wortfolge

Ice Fresh Apple

ist am 5. August 2015 unter der Nummer 30 2015 215 536.2 zur Eintragung als Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register für die Waren der

Klasse 3: Terpene [ätherische Öle]; Ätherische Öle;

Klasse 34: Aromen für elektronische Zigaretten, ausgenommen ätherische Öle; Elektronische Zigaretten; Nikotinliquide für elektronische Zigaretten; Tabak; Tabakdosen; Verdampfer für den persönlichen Gebrauch und elektronische Zigaretten sowie Aromastoffe und Lösungen hierfür; Wasserpfeifen [orientalische]

angemeldet worden.

Mit Beschluss vom 25. Februar 2016 hat die Markenstelle für Klasse 34 des DPMA die Anmeldung durch einen Beamten des gehobenen Dienstes wegen fehlender Unterscheidungskraft gemäß §§ 37 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zu-

rückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass das Anmeldezeichen „Ice Fresh Apple“ eine sprachüblich gebildete, beschreibende Wortkombination mit der Bedeutung „eisfrischer Apfel, eisesfrischer Apfel“ sei. Die angesprochenen Verkehrskreise würden es nur als eine mögliche Geschmacksrichtung wahrnehmen, nicht jedoch als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Waren. Bei Tabaken und Aromen sei es üblich, die Geschmacksrichtung zu benennen. Dabei sei der Verkehr an ständig neue sachbezogene schlagwortartige Aussagen gewöhnt, die sich häufig nicht an den grammatikalischen Regeln oder einem korrekten Sprachstil orientierten. Insbesondere sei die vorliegend gewählte adjektivische Begriffsschöpfung im Bereich der Werbesprache nicht unüblich, wie verschiedene Werbebeispiele aus dem Bereich von Zahncreme, Bonbons, Getränken und Shisha-Tabaken zeigten. Die Benutzung des Anglizismus „Ice Fresh“ sei gängig und auch im Bereich von Tabakerzeugnissen oder Tabakgeschmacksstoffen nachweisbar. Für die beanspruchten Waren *„Terpene [ätherische Öle]; Ätherische Öle; Aromen für elektronische Zigaretten, ausgenommen ätherische Öle; Elektronische Zigaretten; Nikotinliquide für elektronische Zigaretten; Tabak; Aromastoffe und Lösungen für elektronische Zigaretten“* stelle die angemeldete Marke dahingehend eine beschreibende Angabe dar, dass sie den Geschmack oder Duft eines gekühlten oder eisgekühlten Apfels hätten, dessen Geruch aufwiesen, oder dass eisgelagerte Äpfel oder deren Geschmacksstoffe bei der Herstellung der Waren Verwendung gefunden hätten. Die Produkte *„Tabakdosen; Verdampfer für den persönlichen Gebrauch und elektronische Zigaretten; Wasserpfeifen [orientalische]“* würden zum Gebrauch der zuvor genannten Waren benötigt. Die Anmelderin könne sich auch nicht auf vermeintlich vergleichbare Voreintragungen berufen, da diese keine Bindungswirkung entfalteteten.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin. Sie ist der Ansicht, die angemeldete Marke stelle eine sinnfreie Angabe ohne Bezug zu den beanspruchten Waren dar, die den Verkehr zu einem Denkprozess veranlasse. Der jedermann verständliche Bestandteil „Ice“ bezeichne das Lebensmittelprodukt „Eis“, „Fresh“ werde mit „frisch“, „unverbraucht“ und „frech“ übersetzt und der Be-

griff „Apple“ bedeute „Apfel“. Bei wörtlicher Aneinanderreihung entstehe damit der Gesamtbegriff: „Eis frisch/unverbraucht/frech Apfel“. Zielgruppe elektronischer Zigaretten seien weitestgehend Jugendliche und die Bevölkerung unter 30, so dass der Durchschnittsverbraucher eher der jüngeren Generation angehöre. Diese verstehe die Wortfolge „Ice Fresh Apple“ als „Eis großartiger Apfel“, weil ihr das Wort „Fresh“ als Begriff der Jugendsprache im Sinne von „gut, großartig, hervorragend“ bekannt sei. Aber auch die Übersetzung des Amtes im Sinne von „eisfrischer Apfel/eisesfrischer Apfel“ sei keine werbeübliche oder beschreibende Angabe. Auch wegen des weitgehenden Verbots der Werbung für Tabakprodukte sei der Verkehr nicht daran gewöhnt, ständig neue schlagwortartige und einprägsame Wortkombinationen vermittelt zu bekommen. Die Verwendung von „eisfrisch“ im Zusammenhang mit Zahncreme oder anderen Waren sei vorliegend nicht maßgeblich. „Ätherische Öle“ könnten weder den Duft eines gekühlten Apfels noch die Temperatur von Eis haben. Hierbei stelle sich bereits die Frage, wie denn ein gekühlter Apfel rieche. Eine Geschmacksrichtung „in Eis gelagerte Äpfel“, „eisfrisch Apfel“ oder „eisesfrischer Apfel“ gebe es nicht. „*Nikotinliquide*“ seien nicht gekühlt. Bei „*Tabakdosen; Verdampfer für den persönlichen Gebrauch und elektronische Zigaretten; Wasserpfeifen [orientalische]*“ handele es sich um Hardware, die keine Geschmacksrichtung habe. Ergänzend verweist die Anmelderin auf ihrer Meinung nach vergleichbare Voreintragungen.

Die Anmelderin beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 34 des DPMA vom
25. Februar 2016 aufzuheben.

Ihren ursprünglich gestellten Hilfsantrag auf Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung hat sie zurückgenommen.

Mit gerichtlichem Schreiben vom 8. Oktober 2018 ist unter Beifügung von Recherchebelegen darauf hingewiesen worden, dass das Anmeldezeichen nicht für schutzfähig erachtet werde.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die nach §§ 64 Abs. 6, 66 Abs. 1 MarkenG statthafte Beschwerde ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Eintragung der angemeldeten Wortfolge „**Ice Fresh Apple**“ als Marke steht in Bezug auf die beanspruchten Waren das absolute Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen. Die Markenstelle hat dem Anmeldezeichen daher zu Recht die Eintragung versagt (§ 37 Abs. 1 MarkenG).

a) Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einer Marke 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 diese Waren oder Dienstleistungen somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet (EuGH GRUR 2015, 1198 Rdnr. 59 f. - Nestlé/Cadbury [Kit Kat]; BGH GRUR 2018, 932 Rdnr. 7 - #darferdas?; GRUR 2018, 301 Rdnr. 11 - Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR 2016, 934 Rdnr. 9 - OUI). Denn die Hauptfunktion der Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten (EuGH GRUR 2010, 228 Rdnr. 33 - Audi AG/HABM [Vorsprung durch Technik]; BGH a. a. O. - #darferdas?; a. a. O. - OUI). Da allein das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft ein Eintragungshindernis begründet, ist ein großzügiger Maßstab anzulegen, so dass jede auch noch so ge-

ringe Unterscheidungskraft genügt, um das Schutzhindernis zu überwinden (BGH a. a. O. - Pippi-Langstrumpf-Marke). Ebenso ist zu berücksichtigen, dass der Verkehr ein als Marke verwendetes Zeichen in seiner Gesamtheit mit allen seinen Bestandteilen so aufnimmt, wie es ihm entgegentritt, ohne es einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (EuGH GRUR 2004, 428 Rdnr. 53 - Henkel; BGH a. a. O. Rdnr. 15 - Pippi-Langstrumpf-Marke).

Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft zum relevanten Anmeldezeitpunkt (BGH GRUR 2013, 1143 Rdnr. 15 - Aus Akten werden Fakten) sind einerseits die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen und andererseits die Auffassung der beteiligten inländischen Verkehrskreise, wobei auf die Wahrnehmung des Handels und/oder des normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der fraglichen Waren oder Dienstleistungen abzustellen ist (EuGH GRUR 2006, 411 Rdnr. 24 - Matratzen Concord/Hukla; BGH GRUR 2014, 376 Rdnr. 11 - grill meister).

Ausgehend hiervon besitzen Wortzeichen dann keine Unterscheidungskraft, wenn ihnen die angesprochenen Verkehrskreise lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnen (EuGH GRUR 2004, 674, Rdnr. 86 - Postkantoor; BGH a. a. O. Rdnr. 8 - #darferdas?; GRUR 2012, 270 Rdnr. 11 - Link economy) oder wenn diese aus gebräuchlichen Wörtern oder Wendungen der deutschen Sprache oder einer bekannten Fremdsprache bestehen, die vom Verkehr - etwa auch wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung - stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werden (BGH a. a. O. - #darferdas?; a. a. O. Rdnr. 12 - OUI; GRUR 2014, 872 Rdnr. 21 - Gute Laune Drops). Darüber hinaus besitzen keine Unterscheidungskraft vor allem auch Angaben, die sich auf Umstände beziehen, die die beanspruchte Ware oder Dienstleistung zwar selbst nicht unmittelbar betreffen, durch die aber ein enger beschreibender Bezug zu diesen hergestellt wird und deshalb die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Verkehr den beschreibenden Begriffsinhalt ohne weiteres erfasst und in der Bezeichnung kein Unterscheidungsmittel für

deren Herkunft sieht (BGH a. a. O. - #darferdas?; a. a. O. - Pippi-Langstrumpf-Marke). Hierfür reicht es aus, dass ein Wortzeichen, selbst wenn es bislang für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen nicht beschreibend verwendet wurde oder es sich gar um eine sprachliche Neuschöpfung handelt, in einer seiner möglichen Bedeutungen ein Merkmal dieser Waren und Dienstleistungen bezeichnen kann (EuGH GRUR 2004, 146 Rdnr. 32 - DOUBLEMINT; BGH GRUR 2014, 569 Rdnr. 18 - HOT); dies gilt auch für ein zusammengesetztes Zeichen, das aus mehreren Begriffen besteht, die nach diesen Vorgaben für sich genommen schutzfähig sind. Der Charakter einer Sachangabe entfällt bei der Zusammenfügung beschreibender Begriffe jedoch dann, wenn die beschreibenden Angaben durch die Kombination eine ungewöhnliche Änderung erfahren, die hinreichend weit von der Sachangabe wegführt (EuGH MarkenR 2007, 204 Rdnr. 77 f. - CELLTECH; BGH GRUR 2014, 1204 Rdnr. 16 - DüsseldorfCongress).

b) Diesen Anforderungen an die Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG genügt das angemeldete Wortzeichen „**Ice Fresh Apple**“ nicht. Die angesprochenen inländischen Verkehrskreise haben es schon zum Anmeldezeitpunkt, dem 5. August 2015, nur als beschreibende Angabe über die angemeldeten Waren der Klassen 3 und 34, aber nicht als betrieblichen Herkunftshinweis aufgefasst.

aa) Die beanspruchten Waren richten sich sowohl an den normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher als auch an die Hersteller und den Fachhandel von elektronischen Zigaretten und Raucherartikeln. Im Gegensatz zur Auffassung der Anmelderin kann hierbei nicht maßgeblich auf ein vorwiegend jüngeres Publikum abgestellt werden. Unabhängig davon, ob sich dies überhaupt entscheidungserheblich auswirken würde, sind zur Bestimmung der Verkehrskreise die Waren oder Dienstleistungen ihrer gattungsmäßigen Art nach und nach ihren objektiven Merkmalen zugrunde zu legen (vgl. BGH GRUR 2008, 710 - VISAGE). Eine etwaige Vermarktungsstrategie, die das konkrete Warenangebot vorrangig auf bestimmte,

eingegrenzte Konsumentengruppen ausgerichtet, ist ohne Belang. Die maßgeblichen Warengattungen sind nach dauerhaften charakteristischen Kriterien zu beurteilen und nicht nach Werbekonzeptionen oder Vermarktungsstrategien, die jederzeit geändert werden können (vgl. BGH GRUR 2002, 340, 341 - Fabergé; GRUR 2013, 725 Rdnr. 32 ff. - Duff Beer, vgl. auch EuGH GRUR 2018, 1146 Rdnr. 44 f. - Neuschwanstein). Bei Waren des Raucherbedarfs, auch solche aus dem Bereich der E-Zigaretten, sind daher grundsätzlich alle Altersgruppen, ausgenommen Kinder, einzubeziehen.

bb) Das Anmeldezeichen setzt sich aus den drei geläufigen, englischen Wörtern „Ice“, „Fresh“ und „Apple“ zusammen.

aaa) „Ice“ entstammt dem englischen Grundwortschatz und wird als Substantiv mit „Eis“ und als Verb mit „gefrieren lassen“ oder „vereisen“ bzw. als Imperativ mit „Lasse gefrieren“ oder „Vereise“ übersetzt (Langenscheidts Schulwörterbuch Englisch, 1986, S. 141; Erich Weis, Grund- und Aufbauwortschatz Englisch, 1977, S. 54).

bbb) „Fresh“ ist ebenfalls ein zum Grundwortschatz der englischen Sprache gehörendes Adjektiv mit den Bedeutungen „frisch“, „neu“ und „unerfahren“ (Langenscheidts Schulwörterbuch Englisch, 1986, S. 116; Erich Weis, Grund- und Aufbauwortschatz Englisch, 1977, S. 48). In der Jugendsprache entspricht es darüber hinaus den eingedeutschten Begriffen „cool“, „top“ oder – im Zusammenhang mit Bekleidung – „stylish“ (vgl. Duden – Das neue Wörterbuch der Szenesprachen, 2009).

ccc) Der weitere Bestandteil „Apple“ ist das – praktisch jedermann bekannte – englische Pendant zum deutschen Substantiv „Apfel“ (Langenscheidts Schulwörterbuch Englisch, 1986, S. 22; Erich Weis, Grund- und Aufbauwortschatz Englisch, 1977, S. 17).

cc) Damit hat das Anmeldezeichen „Ice Fresh Apple“ bei wörtlich-direkter Übersetzung die Bedeutung „Eis frisch Apfel“, „Vereise frischen Apfel“ oder „Lasse Apfel frisch gefrieren“.

aaa) Bei Erfassung des Zeichens in seiner Gesamtheit wird der angesprochene Verkehr, dem in der Alltagssprache und in der Werbung ständig neue Wortzusammensetzungen begegnen, indes nicht bei einer solchen rein wörtlichen, aneinanderreihenden Übersetzung stehen bleiben. Vielmehr wird er naturgemäß einen Sinnzusammenhang zwischen den Zeichenwörtern zu erfassen versuchen, die ihm – wie ein Gesamtbegriff – als einheitlich geschriebene Wortfolge präsentiert werden.

bbb) Die Wortkombination „ice fresh“ bzw. „eisfrisch“ im Sinne einer kühlen bzw. kühlenden Frische enthält einen werblich-blumigen Hinweis auf die Kühlwirkung von Eis. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die angesprochenen Verkehrskreise auch schon vor dem Anmeldetag an Wortverbindungen gewöhnt gewesen sind, mit denen auf den verschiedensten Warengebieten eine besondere Frische dadurch beworben worden ist, dass dem Wort „frisch“ bzw. seiner englischen Entsprechung „fresh“ ein weiteres, die „Frische“ begrifflich verstärkendes oder charakterisierendes Wort vorangestellt wird. Insoweit wird auf das der Anmelderin übersandte Rechercheergebnis verwiesen, wonach Begriffe wie „Ice Fresh“, „Eisfrisch“ oder „minzfrisch“ zur Beschreibung der Frische bzw. eines Frischegefühls als erwünschte Eigenschaft verschiedener Produkte lange vor dem Anmeldezeitpunkt, dem 5. August 2015, verwendet worden sind:

- „Aromaduft Ice Fresh“ - Die Kombination Pfefferminz, Eukalyptus und Menthol machen Ice Fresh so einzigartig. ...“ (Forenbeitrag zum Thema Whirlpooldüfte vom 22. September 2008, <http://www.poolpowershop-forum.de/whirlpooltreff/1058-whirlpoold-fte.html>, Anlage 1a zum gerichtlichen Hinweis);

- „Kühlender Fußbalsam – minzfrisch ... Es vereint die belebende Eisfrische einer kühlenden Minzelotion von asiatischem Heilpflanzenöl mit ... Natürliches Menthol, ätherische Öle aus Rosmarin ... erfrischen und stärken müde ... Füße ...“ (Kommentare seit dem 19. Februar 2008, <https://www.hautpflege-laden.de/Fuss/Gehwol-Fusskraft-mint.html>, Anlage 1b zum gerichtlichen Hinweis);
- „Odol med 3 Zahncreme Atemklar Eisfrisch, ...“ (war bis zum 17. August 2013 ... im Angebot, <https://www.discounto.de/Angebot/Odol-med-3-Zahncreme-Atemklar-Eisfrisch-Extra-White-Original-Mint-oder-Dr-Best-Zahnburste-Flex-Plus-555897/>, Anlage 1c zum gerichtlichen Hinweis);
- „Saunahonig Eisfrisch 150g Tube Saunahonigcreme ... Riecht angenehm nach australischem Eukalyptus ...“ (im Angebot seit 15. Januar 2015, <https://www.amazon.de/Saunahonig-Eisfrisch-150g-Tube-Saunahonigcreme/dp/B00S9XE8CG>; Anlage 1d zum gerichtlichen Hinweis);
- Em-eukal Kleine Momente von Dr. C. Soldan ... Die Sorten „Johannisbeere eisfrisch – Schmeck Dich prickelnd!“, „Limone eisfrisch – Schmeck Dich spritzig!“, „Blutorange eisfrisch – Schmeck Dich fit! Bei den kleinen Momenten handelt es sich um Erfrischungsbonbons ... Inhaltsstoffe sind unter anderem ... passend zur jeweiligen Sorte, Menthol und Eukalyptusöl. ... Auch hier wieder eine leichte, angenehme Frische im Mund ...“ (eingestellt am 9. Oktober 2014, <https://filinebloggt.de/2014/10/em-eukal-kleine-momente-von-drcsoldan.html>, Anlage 1e zum gerichtlichen Hinweis).

Dabei wird vor allem Menthol, eine aus dem ätherischen Öl der Pfefferminze gewonnene, weiße kristalline Substanz mit kühlender und lindernder Wirkung

(www.duden.de), also eine bestimmte Minze-Art mit sehr hohem Mentholgehalt, für die „Eisfrische“ verantwortlich gemacht.

ccc) „Apfel“ ist ein typischer Liquid-Geschmack, der jedenfalls für die Zeit seit 2012 belegbar ist:

„Beschreibung: Liquid für E-Zigarette / Geschmack: Apfel (Frucht)Apfel – An apple a day ... Sein spritzig-saftiges Aroma ist auch beim Dampfen ein Dauerbrenner.“, Kommentare seit dem 31. Dezember 2011, https://surmount.de/Apfel-Liquid-E-Zigarette?ratings_nItemsPerPage, Anlage 2 zum gerichtlichen Hinweis).

ddd) Auch die Kombination von „Apfel“ und „Menthol- bzw. Minzgeschmack“ bei E-Liquids lässt sich bereits für das Jahr 2012 belegen:

- „WS Apple-Mint (Minze-Minzöl-Apfel) – 10mg – Testrunde PB-Dampfer“, Blogbeiträge seit dem 28. November 2012, <https://www.dampfertreff.ch/t74203f1191-WS-Apple-Mint-PB-Dampfer.html>; Anlage 3a zum gerichtlichen Hinweis);

Die Anmelderin selbst verwendet das Anmeldezeichen für ein „Liquid“ mit der Bezeichnung „Ice Fresh Apple“ mit der Geschmacksrichtung „Apfel-Menthol-Mischung“ mit der Beschreibung „... Im Mix mit einer hochwertigen Basis entwickelt sich ein leckerer Apfelgeschmack mit einer feinen, frischen Mentholnote im Abgang. ...“ und vermarktet dieses mit der Abbildung einer entsprechend beschrifteten Tropfenflasche, in deren Hintergrund ein aufgeschnittener grüner Apfel, Wassertropfen sowie Eiswürfel zu sehen sind (<https://www.avoria-liquids.de/aroma-ice-fresh-apple>, Anlagen 4a und 4b zum gerichtlichen Hinweis).

dd) Die angesprochenen breiten Verkehrskreise haben daher schon zum Anmeldezeitpunkt die Wortfolge „Ice Fresh Apple“ dahingehend verstanden, dass

die so gekennzeichneten Produkte nach einer Mischung aus Menthol und Apfel schmecken oder riechen, Menthol-/Apfel-Aromen sind oder für Waren mit diesen Eigenschaften bestimmt sind. Das Anmeldezeichen gibt daher lediglich ein Merkmal, die Bestimmung und/oder den Verwendungszweck der beanspruchten Waren der Klassen 3 und 34 an.

aaa) Die angemeldeten Produkte *„Aromen für elektronische Zigaretten, ausgenommen ätherische Öle“*, *„Nikotinliquide für elektronische Zigaretten“*, *„Tabak“* sowie *„Aromastoffe und Lösungen für Verdampfer für den persönlichen Gebrauch und elektronische Zigaretten“* der Klasse 34 können in der Geschmacksrichtung Menthol/Apfel angeboten werden. Aromen verschiedenster Fruchtsorten, darunter auch die Kombination aus Menthol und einer klassischen Frucht, sind bei Tabak, E-Liquids und Dampfsteinen für Wasserpfeifen sehr beliebt (*„Tabak: Virginia, ... Aroma: Kirsche“*; *„Pfeifentabak Hausmischung Nr. 121 fruchtig - Amaretto“*; Shisha-Dampfsteine in den Geschmacksrichtungen: *„Berry Mint (gemischte Beeren mit Minze) ... Blue Mint (Blaubeere mit Minze) ... Traube Minze ... Zitrominze“*, Anlagen 5a bis 5c zum gerichtlichen Hinweis).

bbb) Da zum Konsum von *„Aromen für elektronische Zigaretten, ausgenommen ätherische Öle; Nikotinliquide(n) für elektronische Zigaretten“* regelmäßig *„elektronische Zigaretten“* und *„Verdampfer für den persönlichen Gebrauch“* benötigt werden und diese Produkte auch als Einwegware angeboten werden (vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Elektrische_Zigarette#Verdampfer und Anlage 6b zum gerichtlichen Hinweis), beschreibt das Anmeldezeichen bei diesen Einwegartikeln unmittelbar, dass diese mit einem E-Liquid bestückt sind, dessen Aroma eine Menthol/Apfel-Mischung ist.

Soweit es sich um *„elektronische Zigaretten und Verdampfer“* handelt, bei denen die E-Liquids ausgetauscht werden können, weist die beanspruchte Wortfolge auf deren besondere Eignung hin, ein Menthol/Apfel-Aroma zu erzeugen.

Im Übrigen ist die Eintragung eines Zeichens für einen beanspruchten Oberbegriff bereits dann zu versagen, wenn sich auch nur für eine spezielle, unter den Oberbegriff fallende Ware ein Eintragungshindernis ergibt (vgl. BGH WRP 2002, 91, 92 f. - AC).

ccc) Die in Klasse 3 beanspruchten „*Terpene [ätherische Öle]*“ und „*ätherischen Öle*“ können für die Herstellung eines Menthol/Apfel-Geschmacks oder -Geruchs verwendet werden, so dass das Anmeldezeichen in der Wahrnehmung der angesprochenen Verkehrskreise die Bestimmung dieser Waren beschreibt.

ddd) Als Kennzeichnung von „*Wasserpfeifen [orientalische]*“ der Klasse 34 wird die angemeldete Wortfolge vom Verkehr ebenfalls nur als Bestimmungsangabe dahingehend verstanden, dass sie zur Verwendung eines Tabaks mit Menthol/Apfel-Aroma geeignet sind. Denn in der Shisha bzw. orientalischen Wasserpfeife wird meist Tabak mit Fruchtroma bzw. ähnlichen Geschmacksrichtungen geraucht (vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Shisha>, Anlage 6a zum gerichtlichen Hinweis). Wasserpfeifen werden auch als „Starter Set“ mit Fruchtbesatz angeboten, z. B. Traubenminze (vgl. [amazon.de/Shisha-Wasserpfeifen-Starter-Schlauch-Stones/...](https://amazon.de/Shisha-Wasserpfeifen-Starter-Schlauch-Stones/), Anlage 8c zum gerichtlichen Hinweis).

eee) Schließlich gibt die Wortfolge „Ice Fresh Apple“ auch für die Ware „*Tabakdosen*“ der Klasse 34 deren Verwendungszweck an. Da Tabakdosen Behälter zur Aufbewahrung von Tabak darstellen und auch als Hilfsmittel beim Vertrieb von Fruchttabaken eingesetzt werden, weist das Anmeldezeichen darauf hin, dass sich diese für die Aufnahme und Aufbewahrung eines mentholhaltigen, fruchtigen Tabaks sowie die Konservierung eines Menthol/Apfel-Aromas besonders gut eignen. Zumindest aber stellt die angemeldete Wortkombination insofern einen engen beschreibenden Bezug zu ihnen her.

ee) Dem Anmeldezeichen fehlt es im Übrigen an Besonderheiten in syntaktischer oder semantischer Hinsicht, die eine Unterscheidungskraft begründen

könnten (EuGH a. a. O. – CELLTECH; BGH a. a. O. - DüsseldorfCongress). Auch wenn es sich um eine Wortneuschöpfung handeln sollte, fehlt es an einer ungewöhnlichen Änderung, die hinreichend weit von der Sachangabe wegführt. Denn die angemeldete Wortfolge bildet einen sinnvollen beschreibenden Gesamtbegriff.

2. Da schon das Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG vorliegt, kann es dahinstehen, ob das angemeldete Zeichen darüber hinaus gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG für die in Rede stehenden Waren Freihaltungsbedürftig ist.

3. Schließlich rechtfertigen auch die von der Beschwerdeführerin angeführten Voreintragungen keine andere Entscheidung.

a) Die Wortmarken „Eis frisch“ (394 06 666) und „ICE fresh“ (396 55 158) sind am 6. Juni 1995 bzw. 19. März 1997 für andere Produkte, nämlich Zucker-, Schokolade- und Backwaren der Klasse 30, eingetragen worden. Zudem lagen diese Eintragungen zum Anmeldezeitpunkt bereits ca. 20 Jahre zurück und können angesichts der neueren Entwicklungen auf dem Markt der E-Zigaretten und Shisha-Pfeifen keine Hinweise auf das Verkehrsverständnis im hier relevanten Warenbereich im Jahre 2015 geben. Aber selbst wenn diese Voreintragungen vergleichbar wären, könnte es sich um rechtswidrig vorgenommene Eintragungen handeln. Niemand kann sich auf eine fehlerhafte Rechtsanwendung zugunsten eines anderen berufen, um eine identische Entscheidung zu erlangen (EuGH GRUR 2009, 667, 668 Rdnr. 18 – Volks.Handy, Volks.Camcorder, Volks.Kredit und SCHWABENPOST). Für die erforderliche Bereinigung des Markenregisters sieht das Gesetz das Lösungsverfahren vor, das von jedermann eingeleitet werden kann.

b) Dies zeigt auch die Voreintragung „Ice Apple“ (30 2013 01 77 266) für Waren der Klassen 3 „Aromastoffe, ätherische Öle für elektronische Zigaretten“ und 34 „Tabak; Wasserpfeifentabak; Tabakdosen; Liquide für elektronische Zigaretten“, die auf Antrag Dritter gelöscht worden ist.

c) Die Wortmarke „ICE FRESH“ (30 2015 034 065) ist für völlig andere Waren der Klasse 3 „*Scheibenreinigerflüssigkeit; Reinigungsmittel für Scheibenwaschanlagen*“ eingetragen worden, für die zudem das Markenwort keine erkennbar beschreibende Angabe enthält, so dass sie nicht als vergleichbare Voreintragung angesehen werden kann. Das gilt auch für die identische IR-Wortmarke (1276098), deren Schutz für die Bundesrepublik Deutschland für identische und ähnliche Reinigungsmittel erstreckt worden ist.

d) Abgesehen davon, dass auch die Unionsmarke „ICE-FRESH FABRIC“ (011 684 214) für völlig andere Produkte, nämlich Sonnenschutzmittel, Stoffe, Tücher und Textilien, eingetragen worden ist, sind die im Ausland, in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union auf der Grundlage des harmonisierten Markenrechts oder vom Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) aufgrund der Unionsmarkenverordnung getroffenen Entscheidungen über absolute Eintragungshindernisse für Verfahren in anderen Mitgliedstaaten unverbindlich (EuGH GRUR 2004, 428 Rdnr. 63 – Henkel; GRUR 2004, 674 Rdnr. 43 f. – Postkantoor). Sie vermögen nicht einmal eine Indizwirkung zu entfalten (BGH GRUR 2014, 569 Rdnr. 30 – HOT; GRUR 2009, 778 Rdnr. 18 - Willkommen im Leben).

III.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde nur *gegeben*, 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 Rechtsbeschwerdeschrift muss von einer beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältin oder von einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet und innerhalb eines Monats nach Zustellung des Be-

schlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe eingereicht werden. Die Frist kann nicht verlängert werden.

Kortge

Kätker

Schödel

prä