

beschlossen:

Die Beschwerde der Anmelderin wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

Studentenfutter

ist am 9. Januar 2019 zur Eintragung als Wortmarke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register für die nachfolgenden Waren der Klasse 30 angemeldet worden:

Aromastoffe [pflanzliche], für Getränke, ausgenommen ätherische Öle; Backpulver; Backwaren [fein]; Biskuits; Bonbons; Brauselutscher; Brioches [Gebäck]; Brot; Brötchen; Butterkekse; Cornflakes; diätetische Nahrungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Kohlenhydraten, unter der Beigabe von Ballaststoffen, Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 30 enthalten; Eiscreme; Eistee; Erdnusskonfekt; Fondants [Konfekt]; Fruchtgummi; Fruchtsaucen; Gebäck; Geleefrüchte [Süßwaren]; Getränke auf der Basis von Tee; Grütze für Nahrungszwecke; Gewürze; Honig; Joghurteis [Speiseeis]; Kaffee; Kakao; Kakaoerzeugnisse;

Kakaogetränke; Kandiszucker für Speisezwecke; Karamellen; Kaugummi [nicht für medizinische Zwecke]; Kekse; Kleingebäck; Konditorwaren; Konfekt; Kräcker [Gebäck]; Kuchen; Kuchenmischungen [pulverförmig]; Lakritz [Süßwaren]; Lakritzenstangen [Süßwaren]; Lebkuchen; Lutscher; Makronen [Gebäck]; Maltose; Mandelkonfekt; Marzipan; Milkschokolade [Getränk]; Pastillen [Süßwaren]; Petits Fours [Gebäck]; Pfefferminz für Konfekt; Pudding; Puffmais; Schleckbrause [Süßwaren]; Schokolade; Schokoladetränke; Sorbets [Speiseeis]; Speiseeis; Süßwaren; Schaumgummi [Süßwaren]; Traubenzucker [für Nahrungszwecke] sowohl lose als auch als Komprimat; Waffeln; Weingummi; Zuckermandeln; Zuckerwaren; Zuckerwaren als Christbaumschmuck; Zwieback; Brausepulver [Süßwaren]; Brausepulvermischungen; Puffreis; Puffreis-Kugeln mit Brausebezug; Puffreis-Kugeln mit Brausepulverbezug; Nüsse; Nussmischungen; getrocknete Früchte; Rosinen.

Mit Beschluss vom 26. April 2019 hat die Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts durch eine Beamtin des gehobenen Dienstes die unter dem Aktenzeichen 30 2019 000 183.0 geführte Anmeldung wegen fehlender Unterscheidungskraft, einem bestehenden Freihaltebedürfnis und einer zumindest teilweise zu bejahenden Eignung zur Täuschung zurückgewiesen, § 8 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 4 MarkenG. Die angemeldete Bezeichnung sei ein allgemein bekannter Begriff der deutschen Sprache. Das Wort „Studentenfutter“ bezeichne seit dem 17. Jahrhundert eine Mischung aus Rosinen und Mandeln, wobei die Mischung mittlerweile auch andere Sorten von Trockenobst und Nüssen enthalten könne. Darüber hinaus belegten die Rechercheergebnisse der Markenstelle, dass als „Studentenfutter“ bezeichnete Mischungen aus Trockenobst und Nüssen mit anderen Speisen kombiniert oder als Zutat für andere Speisen verwendet würden. Im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren verstehe der angesprochene Verkehr die angemeldete Bezeichnung daher lediglich als beschreibende

Sachangabe. Er werde davon ausgehen, dass es sich bei den so gekennzeichneten Waren um Knabbermischungen aus Nüssen und Trockenfrüchten handle oder dass die betreffenden Waren als Zutat für solche Mischungen geeignet seien. Die beanspruchten Waren könnten teilweise auch „Studentenfutter“ als Zutat beinhalten oder mit „Studentenfutter“ garniert werden. Insoweit sei neben dem Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft auch ein Freihaltebedürfnis im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zu bejahen. Weiterhin bestehe im Zusammenhang mit einem Teil der beanspruchten Waren, insbesondere Süßwaren, Kaffee, Kakao und Kandiszucker Täuschungsgefahr im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 4 MarkenG, da der Verkehr bei diesen Waren, sofern sie mit „Studentenfutter“ gekennzeichnet seien, annehmen werde, dass es sich hierbei um „Studentenfutter“ handle, also um eine Mischung aus Trockenobst und Nüssen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Anmelderin. Entgegen der Auffassung der Markenstelle werde der angesprochene Verkehr zwischen dem Wort „Studentenfutter“ und den beanspruchten Waren der Klasse 30 keine sinnhafte gedankliche Verbindung herstellen. Dies zeige schon eine Suche in der bekannten Datenbank für Werbesprüche „www.slogans.de“. Unter dem Suchwort „Studentenfutter“ finde sich dort nämlich kein Eintrag. Weiterhin seien alle beanspruchten Waren Lebensmittel und damit für den menschlichen Verzehr bestimmt. Dagegen sei „Futter“ nach zwingender gesetzlicher Definition nur für den tierischen Verzehr bestimmt. Auch der angesprochene Verkehr unterscheide sehr deutlich zwischen „Lebensmitteln“ und „Tierfutter“. Selbst wenn man der Auffassung sein wolle, dass der Begriff „Studentenfutter“ in gewisser Hinsicht beschreibend sei, gelte dies jedenfalls nicht alle beanspruchten Waren, insbesondere nicht für „Süßwaren“ und „Getränke“. Insoweit könne auch kein Freihaltebedürfnis im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG bejaht werden. Da der Verkehr – wie bereits dargelegt - zwischen den beanspruchten Waren und dem Begriff „Studentenfutter“ keine unmittelbare gedankliche Verknüpfung herstelle, sei eine Täuschungsgefahr ersichtlich ausgeschlossen.

Die Anmelderin und Beschwerdeführerin hat in der mündlichen Verhandlung vom 10. Dezember 2020 weiter vorgetragen und das mit der Anmeldung beanspruchte Warenverzeichnis der Klasse 30 auf die Waren „Fruchtgummi; Lakritz [Süßwaren]; Zuckerwaren“ beschränkt. Aus Sicht der Anmelderin sei vorliegend zu berücksichtigen, dass der Verkehr im Zusammenhang mit Süßwaren schon seit langer Zeit auch an schwache Marken gewöhnt sei. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und des Europäischen Gerichtshofes sei insoweit auch zu berücksichtigen, dass nur das Fehlen „jeglicher“ Unterscheidungskraft zu einer Bejahung des Schutzhindernisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG führen könne. Vorliegend weise die angemeldete Bezeichnung allenfalls einen entfernten beschreibenden Anklang auf, so dass ihr das erforderliche Mindestmaß an Unterscheidungskraft nicht abgesprochen werden könne. Im Übrigen gebe es der Entscheidung BGH GRUR 2020, 411 – #darferdas? II folgend, schlechterdings keine Verwendungsform der angemeldeten Bezeichnung „Studentenfutter“, in welcher der angesprochene Verkehr diese nicht als betrieblichen Herkunftshinweis verstehen werde.

„Fruchtgummi; Lakritz [Süßwaren]; Zuckerwaren“.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss der Markenstelle für Klasse 30, den Ladungszusatz des Senats vom 11. September 2020, das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 10. Dezember 2020 und auf den übrigen Akteninhalt verwiesen.

II.

Die nach § 66 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 64 Abs. 6 Satz 1 MarkenG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg. Der Eintragung der angemeldeten Bezeichnung „Studentenfutter“ als Marke steht für die zuletzt beschwerdegegenständlichen Waren der Klasse 30 das Schutzhindernis der

fehlenden Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen. Die Markenstelle hat der angemeldeten Marke daher zu Recht die Eintragung versagt (§ 37 Abs. 1 MarkenG).

Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einem Zeichen 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. BGH GRUR 2014, 569 Rn. 10 – HOT; GRUR 2013, 731 Rn. 11 – Kaleido; GRUR 2012, 1143 Rn. 7 – Starsat; GRUR 2012, 270 Rn. 8 – Link economy; GRUR 2010, 1100 Rn. 10 – TOOOR!; GRUR 2010, 825 Rn. 13 – Marlene-Dietrich-Bildnis II; GRUR 2006, 850 Rn. 18 – FUSSBALL WM 2006; GRUR 2018, 301 Rn. 11 – Pippi Langstrumpf). Auch das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft ist im Lichte des zugrundeliegenden Allgemeininteresses auszulegen, wobei dieses darin besteht, die Allgemeinheit vor ungerechtfertigten Rechtsmonopolen zu bewahren (vgl. EuGH GRUR 2003, 604 Rn. 60 – Libertel; BGH GRUR 2014, 565 Rn. 17 – Smartbook). 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 auf die Sicht des normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers im Bereich der einschlägigen Waren und Dienstleistungen (vgl. EuGH GRUR 2006, 411 Rn. 24 – Matratzen Concord/Hukla; GRUR 2004, 943, 944 Rn. 24 – SAT 2; GRUR 2004, 428 Rn. 30 f. – Henkel; BGH GRUR 2006, 850 – FUSSBALL WM 2006) zum Zeitpunkt der Anmeldung des Zeichens an (vgl. BGH GRUR 2013, 1143, 1144 Rn. 15 – Aus Akten werden Fakten; GRUR 2014, 872 Rn. 10 – Gute Laune Drops; GRUR 2014, 482 Rn. 22 – test; EuGH, MarkenR 2010, 439 Rn. 41 – 57 – Flugbörse).

Keine Unterscheidungskraft besitzen insbesondere Bezeichnungen, denen der Verkehr im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen

lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnet (vgl. BGH GRUR 2006, 850 Rn. 19 – FUSSBALL WM 2006; EuGH GRUR 2004, 674 Rn. 86 – Postkantoor) oder sonst gebräuchliche Wörter der deutschen oder einer bekannten Fremdsprache, die – etwa auch wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung – stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werden (vgl. BGH a. a. O. – Link economy; GRUR 2009, 778 Rn. 11 – Willkommen im Leben; GRUR 2010, 640 Rn. 13 – hey!). 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 a. a. O. – FUSSBALL WM 2006).

Hiervon ausgehend fehlt der angemeldeten Bezeichnung „Studentenfutter“ im Zusammenhang mit den zuletzt beschwerdegegenständlichen Waren die erforderliche Unterscheidungskraft. Unter „Studentenfutter“ versteht man im Allgemeinen eine Mischung aus Nüssen und Trockenfrüchten, die zum Knabbern bestimmt ist. Angesichts der lexikalischen Nachweisbarkeit und allgemeinen Gebräuchlichkeit des Begriffes „Studentenfutter“ stellt dieser aus Sicht des angesprochenen Verkehrs im Zusammenhang mit den Waren der Klasse 30 „Fruchtgummi; Lakritz [Süßwaren]; Zuckerwaren“ einen engen, die Unterscheidungskraft ausschließenden Bezug her. So können Knabbermischungen aus Trockenfrüchten und Nüssen naheliegender auch mit Fruchtgummi, Lakritz und andere Zuckerwaren ergänzt werden. Diese Waren eignen sich im Hinblick auf ihre Konsistenz, Haltbarkeit und ihren Geschmack als Zutat für Mischungen, die zum Knabbern oder zum Naschen bestimmt sind. Die zuletzt beanspruchten Waren können zudem auch die Form und/oder den Geschmack von „Studentenfutter“ bzw. der herkömmlichen Zutaten für „Studentenfutter“ aufweisen. Im Bereich der Süßwaren ist der Verkehr ausreichend an die unterschiedlichsten Formen und Geschmacksrichtungen gewöhnt.

Darüber hinaus kann die angemeldete Bezeichnung „Studentenfutter“ naheliegender auch in ihrem Wortsinn als sachbeschreibender Hinweis verstanden werden, nämlich als „Futter (im Sinne von Nahrung) für Studenten“. Die Anmelderin und Beschwerdeführerin weist zwar zutreffend darauf hin, dass mit dem Wort „Futter“ grundsätzlich nur „Nahrung für Tiere“ bezeichnet wird und dass der Verkehr beim Verzehr von Speisen sehr genau zwischen Tierfutter einerseits und Lebensmitteln andererseits unterscheidet. Gleichwohl wird der Begriff „Futter“ in übertragener Bedeutung und in salopper Weise auch im Zusammenhang mit Lebensmitteln verwendet, die für den menschlichen Verzehr bestimmt sind (Auf die Rechercheergebnisse des Senats, die der Beschwerdeführerin mit dem Ladungszusatz vom 11. September 2020 übersandt worden sind, wird insoweit Bezug genommen). Daher kann die angemeldete Bezeichnung ebenso als ironisierender Hinweis auf für „Studenten geeignete Nahrung“ im Sinn von „billigeren“ oder „preisgünstigeren“ Lebensmitteln oder speziell an Studenten gerichtete Lebensmittel verstanden werden. Vergleichbare Begriffen der deutschen Sprache, wie „Studentenküche“ oder „Studentenbude“ bezeichnen in gleicher Weise preisgünstige, speziell für Studenten bestimmte Gerichte oder Wohnungen. Insoweit belegen Zeitschriftenartikel wie „Das beste Futter für Studenten“ oder „Frisches Futter für die Kiwi-Studenten“, die u.a. Ernährungstipps für Studenten in Prüfungs- und Stress-Situationen aufzeigen, dass gerade im Zusammenhang mit der Ernährung von Studenten häufig scherzhaft von „Futter“ gesprochen wird. So auch, wenn ein bestimmtes Bier als „Studenten Futter“ angepriesen wird. Ausgehend davon eignet sich die angemeldete Bezeichnung für die beschwerdegegenständlichen Waren als eine ohne weiteres verständliche Bezeichnung der speziellen Zielgruppe der Waren, was gleichfalls ein Verständnis im Sinne eines betrieblichen Herkunftshinweises ausschließt.

Zur Auffassung der Anmelderin, dass jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft zur Überwindung des Schutzhindernisses ausreiche, ist ergänzend unter Bezugnahme auf die insoweit maßgebliche Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs anzumerken, dass auch das Schutzhindernis der

fehlenden Unterscheidungskraft im Lichte des zugrundeliegenden Allgemeininteresses auszulegen ist, wobei dieses darin besteht, die Allgemeinheit vor ungerechtfertigten Rechtsmonopolen zu bewahren. Die Prüfung der Markenmeldung muss daher streng und vollständig sein, um ungerechtfertigte Eintragungen zu vermeiden (vgl. EuGH, GRUR 2003, 604 Rn. 57, 60 – Liberte!; BGH, GRUR 2014, 565 Rn. 17 – smartbook; Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl., § 8 Rn. 200).

Auch der Hinweis der Anmelderin auf die Entscheidung BGH I ZB 61/17 vom 30. Januar 2020 (GRUR 2020, 411 – #darferdas? II) rechtfertigt zur Frage der Unterscheidungskraft im vorliegenden Verfahren keine andere Beurteilung. Denn das Bundespatentgericht hatte in der Ausgangsentscheidung festgestellt, dass dem angemeldeten Zeichen weder ein beschreibender Gehalt noch ein enger beschreibender Bezug zu den angemeldeten Waren entnommen werden könne. Es ging auch nicht um Werbeaussagen allgemeiner Art, die ausschließlich als werbewirksame Anpreisung verstanden werden und denen deshalb stets die Unterscheidungskraft fehlt. Die fehlende Unterscheidungskraft hat das Bundespatentgericht vielmehr damit begründet, dass das Zeichen eine zusammenhängende Zeichen- und Wortfolge darstelle, die lediglich die stilisierte Darstellung eines Diskussionsthemas sei. Der Verkehr werde das Zeichen (auch ohne Produktbezug) grundsätzlich nur als Aufforderung verstehen, über die Frage „Darf er das?“ zu diskutieren. Die wahrscheinlichste, zugleich praktisch bedeutsamste und damit auch für die Beurteilung der Unterscheidungskraft (allein) maßgebliche Verwendungsform des Zeichens sei die Wiedergabe als sichtbarer Schriftzug auf der Ware selbst sei. Bei dieser Art der Verwendung werde der Verkehr das Zeichen nicht als einen betrieblichen Herkunftshinweis verstehen. Hiervon ausgehend konnte es bei der Vorlagefrage des Bundesgerichtshofes an den EuGH im Beschluss vom 21. Juni 2018 (GRUR 2018, 932 – #darferdas?) nur darum gehen, ob bei Zeichen, die der Verkehr lediglich als Angabe eines allgemeinen Themas bzw. als Aufforderung zu einer Diskussion verstehe, neben der wahrscheinlichsten auch andere praktisch bedeutsame und naheliegende

Verwendungsformen bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft zu berücksichtigen sind. Nachdem das vorliegende Zeichen „Studentenfutter“ zumindest einen engen beschreibenden Zusammenhang zu den beanspruchten Waren herstellt, kommt es vorliegend auf die Frage der Verwendungsform offenkundig nicht an (vgl. hierzu auch die Senatsentscheidung 25 W (pat) 29/19 – Mädelsabend; die Entscheidung ist über die Homepage des Bundespatentgerichts öffentlich zugänglich).

III.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss können die am Beschwerdeverfahren Beteiligten 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, Herrenstraße 45 a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form einzulegen.

Kriener

Schödel

Dr. Nielsen

Li