



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 517/22

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2021 109 508.1

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 10. Juli 2023 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Kortge, des Richters Dr. von Hartz und der Richterin am Amtsgericht Streif

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Das Wort-/Bildzeichen



BASIL SMASH GIN

ist am 28. Mai 2021 unter der Nummer 30 2021 109 508.1 zur Eintragung in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register angemeldet worden für Waren der

Klasse 32: Alkoholfreie Getränke; Alkoholfreie Präparate für die Zubereitung von Getränken; Alkoholfreie Grundbasis für Cocktails; Aromatisierte, kohlenensäurehaltige Getränke; Aus einer Mischung von Obst- und Gemüsesäften bestehende Getränke; Bitter Lemon; Chininhaltige Wässer; Fruchtgetränke; Isotonische Getränke; Koffeinhaltige Getränke ohne Alkohol; Säfte; Wässer;

Klasse 33: Alkoholische Getränke, ausgenommen Bier; Alkoholische Mixgetränke; Alkoholische Präparate für die Zubereitung von Getränken; Gin; Spirituosen; Weine.

Mit Beschluss vom 7. Dezember 2021 hat die mit einer Beamtin des gehobenen Dienstes besetzte Markenstelle für Klasse 32 des DPMA die Anmeldung wegen fehlender Unterscheidungskraft gemäß §§ 37 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, unter der Wortfolge des

Anmeldezeichens sei aus Sicht der Verbraucher, Getränkehersteller und -vertreiber sowie Gastronomen ein Cocktailgetränk aus Gin, Zitrone, Zuckersirup und zerstoßenem Basilikum zu verstehen und werde daher als eine beschreibende Angabe der Art, Beschaffenheit oder Bestimmung der beanspruchten Waren, nicht aber als individualisierendes Betriebskennzeichen aufgefasst. Sämtliche angemeldeten Produkte der Klassen 32 und 33 könnten entweder selbst ein solches Cocktailgetränk oder für dessen Herstellung bestimmt und geeignet sein. Denn unterschiedliche Rezepturen für diesen Cocktail könnten in den Zutaten variieren, so dass jedes der angemeldeten Produkte für die Zubereitung in Frage kommen könne. Entgegen der Ansicht der Anmelderin seien den angesprochenen Verkehrskreisen Smash-Cocktail-Variationen mit zerstoßenen Kräutern oder Früchten bekannt, wie eine Recherche ergeben habe, so dass die Bezeichnung „BASIL SMASH GIN“ nur als ein Gin für ein Cocktailgetränk mit zerstoßenem Basilikum wahrgenommen werde. Da sich die grafische Gestaltung mit Fettdruck, Großbuchstaben, unterschiedlicher Schriftstärke und einer rechteckigen Umrandung im absolut üblichen Darstellungsspektrum der modernen Gebrauchs- und Werbe- grafik bewege, könne sie keine Schutzfähigkeit begründen.

Hiergegen wendet sich die Anmelderin mit ihrer Beschwerde. Sie ist der Ansicht, der nicht zum englischen Grundwortschatz gehörende Wortbestandteil „SMASH“ sei dem Durchschnittsverbraucher nicht geläufig. Er werde im Tennis und Badminton für einen bestimmten Aufschlag, als Jugendwort des Jahres 2022 im Kontext mit zwischenmenschlichen Beziehungen und in der Film- und Musikbranche im Zusammenhang mit Erfolgen verwendet. Sein Bedeutungsgehalt bleibe daher unbestimmt, so dass er dem Anmeldezeichen Unterscheidungskraft verleihe. Entgegen der Ansicht der Markenstelle beschreibe die außergewöhnliche Wortfolge „BASIL SMASH GIN“ keine Eigenschaften der beanspruchten Waren, so dass keine Freihaltebedürftigkeit gegeben sei. Die angesprochenen Verkehrskreise verbänden mit dem unterscheidungskräftigen Wortbestandteil „SMASH“ nicht unmittelbar, d. h. nicht ohne einen gedanklichen Zwischenschritt, ein alkoholfreies oder alkoholisches Getränk. Selbst wenn der Begriff „SMASH“ Assoziationen

mit etwas „Zerstoßenem“ hervorrufe, bleibe unklar, was genau und in welchem Umfang und wie etwas zerstoßen werden solle. Die Markenstelle habe daher gegen das Verbot einer analysierenden Betrachtungsweise verstoßen. Auch die grafische Ausgestaltung in einem minimalistischen Stil trage zur Unterscheidungskraft bei, weil sie den gegenwärtigen Stand der gebrauchstüblichen Werbegrafik überschreite. Die Wortbestandteile seien in einer retrograden Schriftart ausschließlich in Majuskeln nebeneinander aufgeführt. Die Wortelemente „BASIL“ und „SMASH“ fänden durch die Fettschrift bei den maßgeblichen Verkehrskreisen eine sehr viel größere Beachtung als das Schlusselement „GIN“, das durch den feinen Schriftzug optisch in den Hintergrund trete. Durch den einheitlichen Buchstabenabstand wirkten die drei Begriffe wie ein einziges Wortelement. Der feine rechteckige Rahmen unterstreiche diese Wahrnehmung.

Die Anmelderin beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 32 des DPMA vom
7. Dezember 2021 aufzuheben.

Mit gerichtlichem Schreiben vom 4. Mai 2023 ist die Beschwerdeführerin unter Beifügung von Recherchebelegen (Anlagen 1 – 13, Bl. 32 – 85R GA) auf die Schutzunfähigkeit des Anmeldezeichens hingewiesen worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

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

BASIL SMASH GIN

Der Eintragung des angemeldeten Wort-/Bildzeichens als Marke für die beanspruchten Waren der Klassen 32 und 33 steht das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen. Die Markenstelle hat die Anmeldung daher zu Recht zurückgewiesen (§ 37 Abs. 1 MarkenG).

1. 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? I; 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? I; a. a. O. – OUI). Da allein das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft ein Eintragungshindernis begründet, ist ein großzügiger Maßstab anzulegen, so dass jede auch noch so geringe 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? I; 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? I; 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? I; 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 – Wrigley/HABM [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 schutzunfähig 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).

2. Diesen Anforderungen an die Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG genügt das angemeldete Wort-/Bildzeichen

BASIL SMASH GIN

nicht. Denn zumindest aus Sicht des Fachverkehrs hat das Anmeldezeichen schon zum Anmeldezeitpunkt, dem 28. Mai 2021, nur auf die Beschaffenheit oder den Bestimmungszweck der beanspruchten alkoholfreien und alkoholischen Getränke(-präparate) der Klassen 32 und 33, nicht aber auf deren Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen hingewiesen.

a) Die von den vorgenannten Waren angesprochenen breiten Verkehrskreise sind sowohl der normal informierte, angemessen aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher als auch der Getränkefachhandel sowie der Gastronomiefachverkehr (vgl. ständige Rspr.: BPatG 26 W (pat) 514/21 – Ei, Ei, Ei, Ei, Ei; 26 W (pat) 56/20 – Brauhaus Garmisch; 26 W (pat) 1/20 – Familienwein; 26 W (pat) 504/19 – Mauerblümchen; 26 W (pat) 508/19 – Ulmer Hell; 26 W (pat) 513/18 – Popcorn; 26 W (pat) 554/18 – HERZBLATT; 26 W (pat) 541/16 – Schwaben Bräu; 27 W (pat) 32/16 – KAISERWIN/Kaiserdome/Kaiserdome Bier; 26 W (pat) 25/14 – Bro Secco; 26 W (pat) 28/12 – Destillationsapparat/Destillationsapparat).

b) Das Anmeldezeichen setzt sich aus den in schwarzen Versalien geschriebenen Wortbestandteilen „BASIL“, „SMASH“ und „GIN“ zusammen, von denen die ersten beiden im Fettdruck und der letzte in einer schmaleren Schriftstärke vor weißem Hintergrund in einem rechteckigen, in dünner Linienführung ausgeführten Rahmen wiedergegeben sind.

aa) Das lexikalisch nachweisbare, deutsche Substantiv „Basil“ bezeichnet „halbgares (halb gegerbtes) australisches und indisches Schafleder“ (<https://www.duden.de/rechtschreibung/Basil>).

aaa) Im Englischen wird „basil“ mit „Basilikum, Basilienkraut, Basilie“ übersetzt (<https://de.pons.com/übersetzung/englisch-deutsch/basil>; Anlage 1, nachfolgend jeweils zum gerichtlichen Hinweis; <https://dict.leo.org/englisch-deutsch/basil>, Anlage 2). Obwohl „basil“ nicht zum englischen Grundwortschatz gehört, kann es wegen der Identität mit den ersten beiden Silben des deutschen Nomens „Basilikum“ mit dieser im Inland geläufigen Bezeichnung für eine „krautige oder strauchartige Pflanze mit weißen oder lila Blüten, die als Gewürz- und Heilpflanze angepflanzt wird“ in Verbindung gebracht werden (<https://www.duden.de/rechtschreibung/Basilikum>).

bbb) „Basil“ ist ferner ein männlicher Vorname und Familienname sowie die Kurzform des lateinischen Namens „Basilus“, der vom griechischen Namen „Basileus“ mit der Bedeutung „König“ abgeleitet ist (<https://de.wikipedia.org/wiki/Basil>, Anlage 3).

ccc) Im vorliegenden Zusammenhang mit alkoholfreien und alkoholischen Getränke(-präparaten) steht die Bedeutung „Basilikum“ deutlich im Vordergrund.

bb) „Smash“ wird im Deutschen für einen Schmetterball im Sport oder für einen „Riesenerfolg“ im Musikgeschäft benutzt (<https://de.wikipedia.org/wiki/Smash>, Anlage 4). Als deutsches Jugendwort des Jahres 2022 hat „Smash“, das vornehmlich als Verb verwendet wird, die Bedeutung „mit jemandem etwas anfangen“ bzw. „jemanden abschleppen“ (<https://www.tagesspiegel.de/gesellschaft/panorama/jugendwort-des-jahres-2022-was-bedeutet-smash-8606350.html>, Anlage 5).

aaa) Es entstammt der englischen Sprache, das als Substantiv mit „Zerkrachen, -trümmern, Krachen, Aufprall, Zusammenstoß, Zusammenbruch, Vernichtung, Bankrott, Schmetterschlag, -ball, (Faust)Schlag, Riesenerfolg“ und als Verb mit „zerschlagen, -trümmern, -brechen, -schmettern, einschlagen“ übersetzt wird (<https://de.langenscheidt.com/englisch-deutsch/smash>, Anlage 6). Allerdings gehört es nicht zum englischen Grundwortschatz. Im Englischen versteht man unter „smash“ auch ein „Mischgetränk aus Brandy, Zucker, Wasser, Pfefferminz und Eis“ (<https://de.langenscheidt.com/englisch-deutsch/smash>, Anlage 6).

bbb) Im hier betroffenen inländischen Getränkebereich bezeichnet „Smash“ einen Cocktail mit frischen Kräutern und Früchten, die zerstoßen werden. „Smashes“ sind eine historische Drinkgruppe. Ursprünglich wurde neben der Spirituose, Zucker und Eis lediglich Minze verwendet und im Glas zerdrückt. In modernen „Smashes“, die sich seit Ende des 20. Jahrhunderts wieder verbreiten, werden zunehmend andere Kräuter wie Basilikum, Thymian oder Rosmarin verwendet sowie außerdem Zitrusstücke mit zerdrückt oder ihr Saft hinzugefügt ([https://de.wikipedia.org/wiki/Smash_\(Cocktail\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Smash_(Cocktail)), Anlage 7).

cc) „Gin“ ist die englische Kurzform für das niederländische Vorläufergetränk „Genever“, das vom französischen Wort „genévrier“ für Wacholder abstammt (<https://www.duden.de/rechtschreibung/Genever>) und in die deutsche Sprache als „wasserklarer englischer Wacholderbranntwein“ eingegangen ist (<https://www.duden.de/rechtschreibung/Gin>; <https://de.wikipedia.org/wiki/Gin>). Der Agraralkohol für die Herstellung von Gin wird aus beliebigen kohlenhydrathaltigen Ausgangsstoffen gebrannt, meist Getreide oder Melasse. Gin erhält seinen charakteristischen Geschmack aus der Aromatisierung mit Gewürzen, darunter vor allem Wacholderbeeren und Koriander (<https://de.wikipedia.org/wiki/Gin>). Der inländische Verkehr versteht das Wort problemlos im Sinne der seit Jahrzehnten bekannten und in den letzten Jahren insbesondere auch für Mixgetränke wieder sehr beliebten Spirituose, die Hauptbestandteil von Cocktails wie „Martini“ oder

„Negroni“ und des Longdrinks „Gin Tonic“ ist (https://www.duden.de/rechtschreibung/Gin_Tonic; vgl. auch BPatG 27 W (pat) 536/18 – Gin de Cologne; 26 W (pat) 503/20 – Ginberry; 29 W (pat) 536/20 – Huckleberry Gin). Eine Spirituose darf nur dann als Gin bezeichnet werden, wenn sie aus Wachholderbeeren hergestellt wird und einen Mindestalkoholgehalt von 37,5 Vol.-% aufweist (vgl. Anhang I Nr. 20 b) der Verordnung (EU) 2019/787 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über die Begriffsbestimmung, Bezeichnung, Aufmachung und Kennzeichnung von Spirituosen, die Verwendung der Bezeichnungen von Spirituosen bei der Aufmachung und Kennzeichnung von anderen Lebensmitteln, den Schutz geografischer Angaben für Spirituosen und die Verwendung von Ethylalkohol und Destillaten landwirtschaftlichen Ursprungs in alkoholischen Getränken sowie zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 110/2008).

dd) In der Gesamtheit kommt der Wortfolge „BASIL SMASH GIN“ die Bedeutung „Basilikum Mixgetränk Wacholderbranntwein“ bzw. „Cocktail aus zerdrücktem Basilikum mit Gin“ zu.

Tatsächlich gibt es einen sehr bekannten Cocktail mit der Bezeichnung „Gin Basil Smash“, der aus Gin, Zitronensaft, Zucker und Basilikum besteht und wohl auf einen Hamburger Barbetreiber zurückgeht, der sein Rezept am 10. Juli 2008 in einem Blog bekanntgab (<http://bitters-blog.blogspot.com/2008/07/gin-basil-smash-gin-pesto.html>, Anlage 8), das sich seitdem weltweit verbreitet hat, so dass dieser Cocktail schon zum Anmeldezeitpunkt ein Klassiker gewesen ist (https://de.wikipedia.org/wiki/Gin_Basil_Smash, Anlage 9), über den immer wieder berichtet wurde:

- „Gin Basil Smash – 2008 in Hamburg erfunden erlangte der Gin Basil Smash blitzschnell weltweite Bekanntheit und mauserte sich so zum modernen Klassiker. So geht das Rezept! ...“ (Zeitschrift Lecker, 6/2016, <https://www.lecker.de/basil-smash-69561.html>, Anlage 10);

- „Gin Basil Smash – der beste Sommerdrink aller Zeiten – Als ein Barkeeper den Gin Basil Smash das erste Mal servierte, hätte er bestimmt nicht damit gerechnet, dass er die ganze Welt erobert: Gin, Basilikum, Zitrone – Zutaten für den perfekten Cocktail. ...“ (Stern.de, 22.06.2019, <https://www.stern.de/genuss/trinken/gin-basil-smash--das-originalrezept-5937208.html>, Anlage 11);
- „Gin Basil Smash ... Zuhause angekommen wurden schnell die Einkäufe verräumt und danach ging es gleich an die Zubereitung eines Gin Basil Smash. Den hatte ich bislang nur aushäusig getrunken und wollte ihn endlich mal selbst mixen. Außerdem hatte ich mir vor einiger Zeit mal einen Hendricks Gin geleistet und er war der perfekte Begleiter für diesen Drink. ...“ (30.09.2016, <https://www.einekleinepriseanna.de/gin-basil-smash/>, Anlage 12);
- „Gut (G)informiert – das sind die acht beliebtesten Gin-Drink-Rezepte ... Gin Basil Smash – Charakterkopf für laue Sommerabende ... Der Gin Basil Smash ist von seinen Grundzutaten dem Gin Fizz nicht ganz unähnlich und dennoch ein vollkommen anderer Drink. Die würzige Note des Basilikums verleiht ihm eine ganz besondere Charakteristik, die vor allem an Sommerabenden gut ankommt. Benötigt werden: 5 cl Gin, Eiswürfel, eine Handvoll Basilikumblätter, 1,5 cl Zitronensaft, 1,5 cl Zuckersirup. ... Zunächst die Basilikumblätter gemeinsam mit dem Zuckersirup in einen Shaker füllen und mit Hilfe eines Stößels leicht zerdrücken. Anschließend mit den restlichen Zutaten auffüllen, den Shaker verschließen und sorgfältig schütteln. In ein Glas füllen und mit einem Basilikumblatt sowie Zitronenzesten garnieren. ...“ (9. Dezember 2019, <https://www.silkes-weinkeller.de/weinblatt-magazin/beliebteste-gin-drink-rezepte/>, Anlagenkonvolut 13).

ee) Zumindest aus Sicht der angesprochenen inländischen Fachkreise, deren Verständnis allein von ausschlaggebender Bedeutung sein kann (EuGH MarkenR 2013, 110 Rdnr. 71 – Abbott Laboratories/HABM [RESTORE]; GRUR 2010, 534

– Prana Haus/HABM [PRANAHAUS]; GRUR 2006, 411 Rdnr. 24 – Matratzen Concord/Hukla; GRUR 2004, 682 Rdnr. 26 – Bostongurka; BPatG 26 W (pat) 507/17 – SMART SUSTAINABILITY; 24 W (pat) 18/13 – CID; 26 W (pat) 550/10 – Responsible Furniture; MarkenR 2007, 527, 529 f. – Rapido), hat die Wortfolge „BASIL SMASH GIN“ bereits zum Anmeldezeitpunkt, dem 28. Mai 2021, lediglich schlagwortartig auf Beschaffenheit oder Bestimmungszweck der beanspruchten alkoholfreien und alkoholischen Getränke(-präparate) hingewiesen. Trotz der von der Cocktailbezeichnung „Gin Basil Smash“ abweichenden Wortreihung hat der Fachverkehr die Wortelemente „BASIL SMASH GIN“ im hier betroffenen Warenbereich entweder mit dem sehr bekannten Mixgetränk in Verbindung gebracht oder als Hinweis auf einen anderen Cocktail mit den Hauptbestandteilen Basilikum und Gin, nicht aber als betriebliches Unterscheidungsmerkmal aufgefasst.

aaa) Die Wortfolge des Anmeldezeichens beschreibt die in Klasse 33 beanspruchten Waren „*Alkoholische Getränke, ausgenommen Bier; Alkoholische Mixgetränke; Spirituosen*“ unmittelbar, weil es sich um Cocktails nach der bekannten Rezeptur des „Gin Basil Smash“ oder um ein anderes Mischgetränk aus Gin und zerdrücktem Basilikum handeln kann.

(1) Über „*Alkoholische Präparate für die Zubereitung von Getränken*“ der Klasse 33 sagt die Wortfolge aus, dass aus ihnen ein „Gin Basil Smash“ oder ein ähnliches Mixgetränk aus zerstoßenem Basilikum und Gin hergestellt werden kann.

(2) Bei dem angemeldeten Produkt „*Gin*“ der Klasse 33 bringt „BASIL SMASH GIN“ zum Ausdruck, dass sich dieser Wacholderbranntwein für die Zubereitung eines „Gin Basil Smash“-Cocktails oder eines Mixgetränks mit zerdrücktem Basilikum besonders eignet.

(3) Dies gilt auch für „*Weine*“, die zusammen mit Gin und zerstoßenem Basilikum vermischt werden können. Schaumwein und Gin werden beispielsweise beim Cocktailklassiker „French 75“ kombiniert, der aus Gin, Champagner und

Zitronensaft besteht und nach einem bekannten französischen Geschütz benannt wurde, das im Ersten Weltkrieg mit einem 75-mm-Kaliber zum Einsatz kam, um die durch die Zutaten bedingte stark alkoholisierende Wirkung des Drinks zu verdeutlichen (https://de.wikipedia.org/wiki/French_75; 27.05.2016; <https://ginspiration.de/blog/wein-im-gin/>, Anlagenkonvolut 13).

bbb) Im Zusammenhang mit den alkoholfreien Getränken und Getränkepräparaten der Klasse 32

„Alkoholfreie Getränke; Alkoholfreie Präparate für die Zubereitung von Getränken; Alkoholfreie Grundbasis für Cocktails; Aromatisierte, kohlen-säurehaltige Getränke; Aus einer Mischung von Obst- und Gemüsesäften bestehende Getränke; Bitter Lemon; Chininhaltige Wässer; Fruchtgetränke; Isotonische Getränke; Koffeinhaltige Getränke ohne Alkohol; Säfte; Wässer“

weist die Wortfolge „BASIL SMASH GIN“ nur darauf hin, dass diese dazu bestimmt und geeignet sind, einem Mixgetränk aus den Hauptbestandteilen Wacholderschnaps und zerdrücktem Basilienkraut als weitere Inhaltsstoffe hinzugefügt zu werden.

ff) Dem Ausdruck „BASIL SMASH GIN“ fehlt es auch an Besonderheiten in syntaktischer oder semantischer Hinsicht, die eine Schutzfähigkeit begründen könnten (EuGH a. a. O. Rdnr. 98 - 100 – Postkantoor; GRUR 2004, 680 Rdnr. 39 - 41 – Campina Melkunie/Benelux-Merkenbureau [BIOMILD]; BGH GRUR 2009, 949 Rdnr. 13 – My World). Auch wenn es sich um eine Wortneuschöpfung handelt, stellt sie keine ungewöhnliche Änderung dar, die hinreichend weit von der Sachangabe wegführt, weil sie sich in ähnliche Cocktailbezeichnungen, bestehend aus dem Wort „Smash“ und zwei Hauptinhaltsstoffen, einreicht, wie z. B. „Raspberry Thyme Smash“ aus Gin, Limettensaft, Himbeeren, Zucker und Thymian; „Bourbon & Peach Smash“ aus Bourbon Whiskey, Zitrone, Pfirsich, Zucker, Minze;

„Himbeer-Basilikum-Smash“ aus Gin, Himbeerbrand, Zitronensaft, Zucker, Basilikum; „Demerrara & Chocolate Smash“ aus Demerara-Rum, Schokoladenbrand, Limettensaft, Orange, Zucker und Minze ([https://de.wikipedia.org/wiki/Smash_\(Cocktail\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Smash_(Cocktail)), Anlage 7). Soweit der Begriff „Smash“ vorliegend in der Mitte und nicht am Ende platziert ist, führt dies allein noch nicht von der bloßen Summenwirkung beschreibender Bestandteile weg.

gg) Auch die durchgehende Ausführung in Versalien kann keine Schutzfähigkeit begründen, weil der Verkehr an die willkürliche und nicht den grammatikalischen Regeln folgende Groß- und Kleinschreibung von Wörtern in der Werbung gewöhnt ist (BGH GRUR 2008, 710 Rdnr. 20 – VISAGE; BPatG 26 W (pat) 521/20 – FITAMIN; 30 W (pat) 562/17 – TRAVELNEWS; 26 W (pat) 528/17 – EASYQUICK; 24 W (pat) 8/14 – KIDZ ONLY; 30 W (pat) 56/12 – IRLAB; 26 W (pat) 2/09 – LINKRANK).

hh) Allein der Umstand, dass die Wortfolge „BASIL SMASH GIN“ lexikalisch nicht nachweisbar ist, steht der Annahme des Schutzhindernisses nicht entgegen. Auch der Fachverkehr ist daran gewöhnt, im Geschäftsleben ständig mit neuen Begriffen konfrontiert zu werden, durch die ihm sachbezogene Informationen vermittelt werden sollen. Er wird daher auch bisher noch nicht verwendete, ihm aber gleichwohl verständliche Sachaussagen als solche auffassen (EuGH Mitt. 2019, 356 – Vermögensmanufaktur; BGH GRUR 2014, 1204 Rdnr. 16 – DüsseldorfCongress; BPatG 28 W (pat) 33/15 – Traumtomaten).

ii) Abgesehen davon, dass dem Wortbestandteil „SMASH“ im vorliegenden Warenzusammenhang zumindest aus Sicht der angesprochenen Fachkreise eine eindeutige Bedeutung zukommt, vermag ein unscharfer Bedeutungsgehalt der Wortfolge, nämlich Hinweis auf den bekannten Cocktail „Gin Basil Smash“ oder auf einen anderen Cocktail mit zerstoßenem Basilikum und Wacholderbranntwein als Hauptbestandteilen, nichts an der Schutzunfähigkeit zu ändern. Denn die Annahme einer beschreibenden Bedeutung setzt nicht voraus, dass die Bezeichnung

festen begrifflichen Konturen erlangt und sich damit eine einhellige Auffassung zum Sinngehalt herausgebildet hat (BGH GRUR 2009, 952 Rdnr. 15 – DeutschlandCard; GRUR 2014, 569 Rdnr. 18 – HOT; GRUR 2000, 882, 883 – Bücher für eine bessere Welt). Von einem beschreibenden Begriff kann vielmehr auch dann auszugehen sein, wenn das Zeichenwort verschiedene Bedeutungen hat, sein Inhalt vage und nicht klar umrissen ist oder nur eine der möglichen Bedeutungen die Waren oder Dienstleistungen beschreibt (EuGH a. a. O. – Wrigley/HABM [Doublemint]; GRUR 2004, 680 Rdnr. 38 - 42 – Campina Melkunie/Benelux-Merkenbureau [BIOMILD]; BGH GRUR 2014, 872 Rdnr. 25 – Gute Laune Drops; GRUR 2014, 569 Rdnr. 18 – HOT; GRUR 2013, 522 Rdnr. 13 – Deutschlands schönste Seiten).

BASIL SMASH GIN

c) Die grafische Ausgestaltung kann dem Anmeldezeichen ebenfalls nicht die notwendige Unterscheidungskraft verleihen.

aa) Grundsätzlich kann einem Wort-/Bildzeichen, unbeschadet der fehlenden Unterscheidungskraft seiner Wortbestandteile, als Gesamtheit Unterscheidungskraft zugesprochen werden, wenn die grafischen Elemente charakteristische Merkmale aufweisen, in denen der Verkehr einen Herkunftshinweis sieht (EuGH GRUR 2006, 229 Rdnr. 73 f. – BioID/HABM [BioID]; BGH GRUR 2010, 640 f. – hey!; GRUR 2001, 1153, 1154 – anti Kalk). Dabei vermögen allerdings einfache grafische Gestaltungen, Verzierungen des Schriftbilds oder einfache geometrische Formen, an die sich der Verkehr etwa durch häufige werbemäßige Verwendung gewöhnt hat, eine fehlende Unterscheidungskraft der Wortbestandteile nicht aufzuwiegen (vgl. BGH a. a. O. Rdnr. 32 – HOT; GRUR 2014, 376 Rdnr. 18 – grillmeister). Es bedarf vielmehr eines auffallenden Hervortretens der grafischen Elemente bzw. einer den schutzunfähigen Charakter der übrigen Zeichenteile aufhebenden, kennzeichnungskräftigen Verfremdung im Gesamteindruck des Zeichens, um sich dem Verkehr als Herkunftshinweis einzuprägen (BGH a. a. O. – anti Kalk). Daran fehlt es, wenn sich das Bildelement in rein dekorativen

Hervorhebungsmitteln erschöpft oder ausschließlich die – sachbezogenen – Aussagen der anderen Zeichenteile illustriert (BGH GRUR 2008, 710 Rdnr. 20 – VISAGE; a. a. O. – antiKALK).

bb) Aufgrund der zumindest für den hier angesprochenen Fachverkehr verständlichen Sachaussage der Wortelemente über die beanspruchten Waren sind erhöhte Anforderungen an die Grafik zu stellen, denen das vorliegende Zeichen nicht gerecht wird. Gestalterische Merkmale, die dem Anmeldezeichen das für die Unterscheidungskraft erforderliche Mindestmaß an optischer Eigenart verleihen

BASIL SMASH GIN

könnten, weist die grafische Gestaltung nicht auf. Die Verwendung von schwarzen Großbuchstaben sowohl im Fettdruck als auch in normaler Schriftstärke vor einem weißen rechteckigen, mit dünner Linie eingerahmten Hintergrund entspricht branchenübergreifend werbeüblichen Gestaltungsmitteln, zumal es sich auch bei dem Rechteck um eine einfache geometrische Figur handelt, die dem Verkehr auf nahezu allen Warengebieten in vielfältiger Weise als



Designbestandteil begegnet (vgl. BPatG 29 W (pat) 583/20 – ; 27 W (pat)



256/09 – ; 33 W (pat) 21/05 –



).

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 eine Richterin oder ein Richter mitgewirkt haben, die von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt waren,
3. einer beteiligten Person das rechtliche Gehör versagt war,
4. eine beteiligte Person im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern sie 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 Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe eingereicht werden. Die Frist kann nicht verlängert werden.

Kortge

Dr. von Hartz

Streif