



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZB 42/98

Verkündet am:
1. März 2001
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in der Rechtsbeschwerdesache

betreffend die Marke Nr. 395 37 609

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein
BGHR : ja

marktfrisch

MarkenG § 8 Abs. 2 Nr. 1, § 50 Abs. 1 Nr. 3

- a) Ist ein Verfahrensbeteiligter in der mündlichen Verhandlung über die Rechtsbeschwerde in Markenangelegenheiten nicht (ordnungsgemäß) vertreten, sind keine Säumnisfolgen vorgesehen, sondern es ist in der Sache zu entscheiden.
- b) Dem Zeichen "marktfrisch" fehlt für Lebensmittel als beschreibende Sachaussage die (konkrete) Unterscheidungskraft i.S. von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

BGH, Beschl. v. 1. März 2001 - I ZB 42/98 - Bundespatentgericht

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. März 2001 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Erdmann und die Richter Starck, Prof. Dr. Bornkamm, Dr. Büscher und Dr. Schaffert

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluß des 28. Senats (Marken-Beschwerdesenats) des Bundespatentgerichts vom 13. Mai 1998 wird auf Kosten der Markeninhaberin zurückgewiesen.

Der Gegenstandswert der Rechtsbeschwerde wird auf 100.000 DM festgesetzt.

Gründe:

I. Für die Markeninhaberin ist seit dem 30. Januar 1996 die Marke Nr. 395 37 609

marktfrisch

für eine Vielzahl von Waren und Dienstleistungen der Klassen 29 bis 33 und 42 in das Markenregister eingetragen, u.a. für Fleisch, Wurst, Fisch, Geflügel, Wild, Fertiggerichte, Tiefkühlkost, Gallerten, Konfitüren, Eier, Milch, Konserven, Margarine, Tierfutter, Kaffee, Tee, Kakao, Zucker, Reis, Mehl, Brot, Gewürze, Schokolade, Kühleis, Speiseeis, land-, garten- und forstwirtschaftliche

Erzeugnisse, nämlich Samenkörner und anderes Vermehrungsmaterial, unverarbeitetes Getreide, lebende Tiere, frisches Obst und Gemüse, Biere, Mineralwässer, Fruchtgetränke und Fruchtsäfte, alkoholische Getränke, Verpflegungsdienstleistungen, Beherbergung von Gästen, Erstellen von Programmen für die Datenverarbeitung, Dienstleistungen eines Designers.

Die Antragstellerin hat beim Deutschen Patent- und Markenamt Antrag auf Löschung der Marke gestellt, weil dieser jegliche Unterscheidungskraft fehle und an dem Markenwort ein Freihaltebedürfnis bestehe.

Die Markeninhaberin hat dem Löschungsantrag fristgerecht widersprochen.

Die zuständige Markenabteilung des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Löschung der Marke beschlossen.

Auf die Beschwerde der Markeninhaberin hat das Bundespatentgericht den Beschluß über die Löschung der Marke aufgehoben, soweit sie auch für die Dienstleistungen "Beherbergung von Gästen, Erstellen von Programmen für die Datenverarbeitung, Dienstleistungen eines Designers" angeordnet worden ist. Im übrigen hat das Bundespatentgericht die Beschwerde zurückgewiesen.

Hiergegen wendet sich die Markeninhaberin mit der (zugelassenen) Rechtsbeschwerde.

Die Antragstellerin beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

II. Das Bundespatentgericht hat angenommen, daß die Marke eingetragen worden sei, obwohl ihr für die überwiegende Anzahl der in Anspruch genommenen Waren und Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft fehle (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) und dieses Schutzhindernis auch noch im Zeitpunkt der Entscheidung bestehe, so daß die Marke insoweit gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG zu löschen sei. Es hat dazu ausgeführt:

Die Marke sei nicht geeignet, die überwiegende Anzahl der Waren und Dienstleistungen, für die sie eingetragen sei, von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Insoweit erschöpfe sich die Marke in Sachaussagen über diese Waren und Dienstleistungen. Für Lebensmittel sei die Frische der Produkte von Bedeutung. Diese werde von der Werbung zumeist in schlagwortartiger Form herausgestellt, wobei die Produkte nicht nur als "frisch", sondern als "ernte- oder gartenfrisch", "röstfrisch", "fangfrisch" oder "ofenfrisch" bezeichnet würden. In diese geläufige Praxis der Werbung reihe sich "marktfrisch" sprachlich und inhaltlich ein. Das Wort lege dem Verkehr nahe, die Ware komme frisch vom Markt. Dieses Verständnis ergebe sich nicht nur für die Frischprodukte, sondern auch für die übrigen Lebensmittel. Bei einem Teil der Waren und der Getränke komme "marktfrisch" auch die Bedeutung von "frisch auf dem Markt" im Sinne von "neu im Angebot" und damit eine schlagwortartig beschreibende Herausstellung zu.

III. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerde haben keinen Erfolg.

Die Markeninhaberin ist in der mündlichen Verhandlung nicht vertreten gewesen. Gleichwohl ist in der Sache zu entscheiden (vgl. Fezer, Markenrecht, 2. Aufl., § 89 Rdn. 3). Ist ein Beteiligter in der mündlichen Verhandlung nicht

(ordnungsgemäß) vertreten, wird die Verhandlung ohne ihn durchgeführt; Säumnisfolgen sind nicht vorgesehen (vgl. zur Rechtsbeschwerde in Patentsachen: Benkard/Rogge, Patentgesetz, 9. Aufl., § 108 Rdn. 2; Busse/Keuken-schrijver, Patentgesetz, 5. Aufl., § 107 Rdn. 4).

Mit Recht hat das Bundespatentgericht die Marke für den überwiegenden Teil der Waren und Dienstleistungen gelöscht, weil sie trotz Fehlens jeglicher Unterscheidungskraft eingetragen worden ist (§ 50 Abs. 1 Nr. 3, § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG).

1. Unterscheidungskraft i.S. von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungs-mittel für die von der Marke erfaßten Waren oder Dienstleistungen eines Un-ternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefaßt zu werden (vgl. BGH, Beschl. v. 19.1.1995 - I ZB 20/92, GRUR 1995, 408, 409 - PROTECH; Beschl. v. 15.7.1999 - I ZB 47/96, GRUR 1999, 1093, 1094 = WRP 1999, 1169 - FOR YOU; Beschl. v. 15.7.1999 - I ZB 16/97, GRUR 1999, 1089, 1091 = WRP 1999, 1167 - YES). Hierbei ist grundsätzlich von einem großzügigen Maßstab auszugehen, d.h. jede auch noch so geringe Unter-scheidungskraft reicht aus, um das Schutzhindernis zu überwinden (vgl. Begr. zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 12/6581, S. 70 = BIPMZ 1994, Sonderheft, S. 64). Kann einer Wortmarke kein für die fraglichen Waren im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsinhalt zugeordnet werden und handelt es sich auch sonst nicht um ein gebräuchliches Wort der deutschen oder einer bekannten Fremdsprache, das vom Verkehr - etwa auch wegen einer entspre- chenden Verwendung in der Werbung - stets nur als solches und nicht als Un-terscheidungsmittel verstanden wird, so gibt es keinen tatsächlichen Anhalt dafür, daß ihr die vorerwähnte Unterscheidungseignung und damit jegliche

Unterscheidungskraft fehlt (st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 1999, 1089, 1091 - YES).

2. Auch bei Anlegung des danach gebotenen großzügigen Maßstabs genügt das Wortzeichen "marktfrisch" nicht den an die Unterscheidungskraft zu stellenden Anforderungen.

Entgegen der Annahme der Rechtsbeschwerde hat das Bundespatentgericht keinen unzutreffenden Maßstab bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft i.S. von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG angelegt. Es ist vielmehr zu Recht davon ausgegangen, daß die Eignung einer Marke zur Identifizierung der Herkunft des Produkts bei Sachaussagen fehlt, die sich ausschließlich in der Beschreibung des Produkts erschöpfen (vgl. BGH, Beschl. v. 17.2.2000 - I ZB 33/97, GRUR 2000, 882, 883 = WRP 2000, 1140 - Bücher für eine bessere Welt).

Die Annahme des Bundespatentgerichts, der zufolge es sich bei "marktfrisch" für die Waren und Dienstleistungen, für die die Löschung angeordnet ist, um eine beschreibende Sachaussage handelt, der jegliche Unterscheidungskraft fehlt, beruht auf verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen und läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Danach handelt es sich bei der aus "markt" und "frisch" zusammengesetzten Wortmarke um eine sprachübliche Begriffsbildung, die bei allen Frischprodukten (u.a. Fleisch- und Fischwaren, Milchprodukte, Backwaren, Obst und Gemüse) einen unmittelbar beschreibenden Warenbezug aufweist, wonach die Ware "frisch vom Markt" kommt und daher besondere Güte und Qualität aufweist. Für die übrigen Lebens- und Futtermittel ist das Bundespatentgericht davon ausgegangen, daß die beschreibende Sachaussage von "marktfrisch" sich auf das bei den Produkten

verwandte Rohmaterial und die Zutaten bezieht. Dem kann die Rechtsbeschwerde nicht mit Erfolg entgegenhalten, die Wortmarke habe nicht für den gesamten Bereich der Lebensmittel, etwa bei Fertiggerichten, Gallerten, Konserven, Kaffee, Tee, Salz, getrockneten Pflanzen, Bier und Wein eine glatt beschreibende Bedeutung, weil die Frische dieser Produkte als beschreibende Eigenschaft keine zentrale Bedeutung bei der Kaufentscheidung spielen könne. Damit begibt sich die Rechtsbeschwerde auf das ihr grundsätzlich verschlossene Gebiet tatrichterlicher Würdigung, nach der der Verkehr "marktfrisch" auf das Rohmaterial und die Zutaten bezieht. Einer beschreibenden Sachaussage steht - entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde - auch nicht die Eignung der Wortmarke zu einem werbewirksamen Einsatz für eine Vielzahl von Produkten und Dienstleistungen entgegen.

Das Bundespatentgericht hat eine Verwendung des Wortes "marktfrisch" als beschreibende Angabe zum Zeitpunkt seiner Entscheidung, nicht jedoch zum Eintragungszeitpunkt festgestellt. Auch eine lexikalische Verwendung des Wortes "marktfrisch" war nach den Feststellungen des Bundespatentgerichts nicht nachweisbar. Zu Recht ist das Bundespatentgericht im Streitfall gleichwohl nicht von einer Unterscheidungskraft i.S. von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ausgegangen. Auch ohne lexikalischen Eintrag und ohne Nachweis einer beschreibenden Verwendung im Zeitpunkt der Eintragung der Wortmarke ist, wie die vom Bundespatentgericht festgestellten beschreibenden Angaben bis zum Zeitpunkt seiner Entscheidung belegen, der unmittelbare Produktbezug des Wortes "marktfrisch" für die in Rede stehenden Waren und Dienstleistungen für den Verkehr ohne weiteres ersichtlich.

Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde geltend, die Wortmarke "marktfrisch" weise auch für die Waren und Dienstleistungen, für die das Bun-

despatentgericht die Löschung der Marke angeordnet hat, eine Mehrdeutigkeit auf, die Unterscheidungskraft i.S. von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG begründe. Das Bundespatentgericht hat angenommen, für einen Teil der Waren und bei den Getränken, für die die Eintragung erfolgt ist, sei "marktfrisch" auch im Sinne von "frisch auf dem Markt" und damit von "neu im Angebot" zu verstehen.

Zwar kann auch aus der Mehrdeutigkeit einer Wortmarke folgen, daß kein beschreibender Begriffsinhalt im Vordergrund steht (vgl. hierzu BGH, Beschl. v. 8.12.1999 - I ZB 21/97, GRUR 2000, 323, 324 = WRP 2000, 300 - Partner with the Best; Beschl. v. 10.2.2000 - I ZB 37/97, GRUR 2000, 720, 722 = WRP 2000, 739 - Unter Uns). Das Bundespatentgericht ist im Streitfall jedoch zu Recht davon ausgegangen, daß auch für den Bereich dieser Waren sich das Wort "marktfrisch" in einer allgemeinen werblichen Anpreisung erschöpft, die für den Verkehr ohne weiteres erkennbar ist. Die Wortmarke weist daher auch keine Mehrdeutigkeit auf, die zum Nachdenken anregt und dazu führt, daß der beschreibende Begriffsinhalt nicht im Vordergrund steht.

IV. Danach war die Rechtsbeschwerde auf Kosten der Markeninhaberin (§ 90 Abs. 2 Satz 1 MarkenG) zurückzuweisen.

Erdmann

Starck

Bornkamm

Büscher

Schaffert