Deutsches
Patent- und Markenamt

PATENTANWALTSPRÜFUNG 2013/II

Wissenschaftliche Prüfungsaufgabe

Bestehend aus einem Teil; Bearbeitungszeit insgesamt: 5 Stunden

Die Firma Müller Brottrunk GmbH & Co. KG ist Inhaberin der Marke „Müllers Brottrunk", eingetragen für die Waren *„Diätetische Lebensmittel für medizinische und nicht-medizinische Zwecke, bestehend aus einem Milchsäure und lebendige Milchsäurebakterien enthaltenden, durch Versäuern einer wässrigen Aufschlemmung einer wässrigen Brotsubstanz in Wasser hergestellten Getränk".*

Die Baier GmbH hat ein Getränk hergestellt, welches ebenfalls durch Versäuern einer wässrigen Aufschlemmung einer Brotsubstanz im Wasser hergestellt wird. Hierfür hat sie mit der Bezeichnung „Das Brotgetränk" geworben. Die Müller Brottrunk GmbH & Co. KG ist gegen diese Werbung aus ihrer Marke vorgegangen. Vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf wurde sodann am 17.12.1991 ein Vergleich geschlossen, wonach sich die Baier GmbH verpflichtete, die betreffende Werbung mit der Bezeichnung „Das Brotgetränk" zu unterlassen. Außerdem verpflichtete sich die Baier GmbH, ihren Löschungsantrag gegen die Marke „Müller´s Brottrunk" zurückzunehmen und die Marke auch in Zukunft nicht anzugreifen. Die Firma Baier GmbH hat daraufhin ihren Löschungsantrag zurück genommen.

Die Müller GmbH & Co. KG hat weiterhin die Marke „Brottrunk" am 18.02.1992 angemeldet. Das Warenverzeichnis ist identisch mit demjenigen der Marke „Müllers Brottrunk". Die Prüfungsstelle des Deutschen Patentamtes hat mit Beschluss vom 19.09.1995 die Anmeldung als nicht unterscheidungskräftige und freihaltebedürftige Angabe zurückgewiesen. Die dagegen eingelegte Erinnerung wurde mit Beschluss, ergangen am 13.10.1997, zurückgewiesen.

Die Müller GmbH & Co. KG hat gegen diesen Beschluss Beschwerde eingelegt. Im Beschluss vom 13.10.1999 stellte der Senat fest, dass er keine absoluten Hindernisse erkennen könne. Die Bezeichnung „Brottrunk" sei nicht Teil der Umgangssprache. Sie weise einen phantasievollen Überschuss auf. Indizien für die Unterscheidungskraft und das fehlende Freihaltebedürfnis seien auch die vom Gericht eingeholten Auskünfte bei der Bundeszentrale des Bäcker- und Konditorhandwerks, bei der Agrar-Genuss-Marketing und beim Bundesverband Neurodermitiskranker e.V., welche die Bezeichnung „Brottrunk" ausschließlich als Marke ansähen.

Zugleich hat das Bundespatentgericht die Rückzahlung der Beschwerdegebühr angeordnet. In der Begründung wurde u. a. ausgeführt, das Patentamt habe das Verfahren unangemessen in die Länge gezogen. Allein bis zur Vorlage der Beschwerde beim Bundespatentgericht sei mehr als ein Jahr vergangen. Daraufhin wurde die Marke am 17.08.2000 eingetragen.

Mit Löschungsantrag vom 21.07.2010 verfolgen die Baier GmbH und eine weitere Firma, die Schulz GmbH, die Löschung der Marke „Brottrunk" wegen Nichtigkeit aufgrund absoluter Schutzhindernisse. Beide Löschungsantragsstellerinnen machen im Wesentlichen geltend, dass die Marke „Brottrunk" entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 3 MarkenG eingetragen worden sei. Bereits im Zeitpunkt der Eintragung habe sie eine freihaltebedürftige Angabe und übliche Bezeichnung für die Waren dargestellt, der jegliche Unterscheidungskraft fehlte. Auch würden die Schutzhindernisse fortbestehen. So sei in einem Fachlexikon aus dem Jahre 1994 der Begriff „Brottrunk" erfasst. Ferner sei „Brottrunk" laut einem Lebensmittellexikon aus dem Jahre 1998 ein „überwiegend durch Milchsäuregärung aus Spezialvollkorn hergestelltes alkoholfreies Getränk" und daher eine rein beschreibende Angabe. Auch neuere Einträge in Fachlexika wie dem „Brockhaus Ernährung 2004" und „Dr. Oetker Lebensmittellexikon 2004" belegten, dass der Begriff „Brottrunk" eine rein beschreibende Bezeichnung sei.

Die Vertreter der Müller GmbH & Co. KG treten dem entgegen und machen geltend, dass der Löschungsantrag aufgrund des seinerzeitigen Vergleichs rechtsmissbräuchlich und deswegen unstatthaft sei. Im Übrigen sei „Brottrunk" - wie

das Bundespatentgericht bereits im Anmeldeverfahren entschieden habe - weder beschreibend noch lexikalisch für ein entsprechendes Produkt Dritter bekannt. Es handele sich um einen reinen Phantasiebegriff, welchen der Inhaber der Müller GmbH & Co. KG bereits vor 1980 kreiert habe. Der Eintrag in Fachlexika im Jahre 1994 und 1998 sei kein Versäumnis der Markeninhaberin, weil sie sich zu diesem Zeitpunkt noch nicht ihrer Markenrechte berühmen konnte. Die Eintragung sei erst am 17.08.2000 erfolgt. Hätte sich das Erteilungsverfahren nicht derart in die Länge gezogen, wäre für das jetzige Löschungsverfahren die Grundlage entfallen. Insbesondere wäre die Frist gemäß § 50 Abs. 2, S. 2 MarkenG im Zeitpunkt des Löschungsantrags im Jahre 2010 bereits abgelaufen gewesen.

Unabhängig davon berufen sich die Vertreter der Müller GmbH & Co. KG auf Verkehrsgeltung bzw. Verkehrsdurchsetzung. Seit der Markeneintragung sei mit dem Produkt „Brottrunk" ein Gesamtumsatz von € 60 Mio. erzielt. Während die Umsätze zwischen 1994 bis 2000 im Wesentlichen konstant geblieben seien, habe sich der Umsatz bis heute nahezu verdoppelt. Allein im Jahr 2004 habe die Firma Müller GmbH & Co. KG fast 6 Mio. Flaschen verkauft.

Am 14.09.2012 fand eine Anhörung beim Deutschen Patent- und Markenamt statt. Im Hinblick auf die von der Markeninhaberin behauptete nachträgliche Verkehrsdurchsetzung wurde darauf hingewiesen, dass die Erstellung eines demoskopischen Gutachtens erforderlich sei. In der Verhandlung wurden im Einzelnen die zu stellenden Fragen erörtert und festgelegt.

Die Markeninhaberin beauftragte daraufhin ein namhaftes Umfrageinstitut. Dieses Institut wies darauf hin, dass die in der Verhandlung zusammengestellten Fragen nicht „de lege artis" seien. Die Markeninhaberin übersandte daraufhin dem Deutschen Patent- und Markenamt am 22.11.2012 einen modifizierten Fragebogenentwurf des beauftragten Meinungsforschungsunternehmens mit der Bitte um Genehmigung. Diese Modifikationen wurden sodann mit dem Vorsitzenden der Löschungsabteilung telefonisch abgestimmt. Der Schriftsatz der Markeninhaberin vom 22.11.2012 wurde den Vertretern der Löschungsantragsteller am 04.01.2013 zur Kenntnisnahme übersandt. Zugleich wurden die mit dem Vorsitzenden der Prüfungsabteilung abgestimmten Änderungen der Fragen der Meinungsumfrage der

Löschungsantragsstellerin zur Kenntnis übermittelt. Am 19.03.2013 wurde das Gutachten des Meinungsforschungsinstitutes mit einem weiteren Schriftsatz des Vertreters der Markeninhaberin den Vertretern der Löschungsantragsteller übermittelt.

Das Gutachten des Meinungsforschungsinstitutes hatte zu dem Ergebnis geführt, dass bei der Befragung von 1.253 Haushalten 58,6 % geäußert hätten, dass sie die Bezeichnung „Brottrunk" im Zusammenhang mit sauren oder sauer vergorenen Getränken schon einmal gehört, gesehen oder gelesen hätten.
Weiteren 9,5 % komme die Bezeichnung „Brottrunk" bekannt vor. Sinngemäß heißt es in dem Gutachten weiterhin: Von den Personen, die mit „ja" oder „ja, kommt mir bekannt vor" oder „glaube schon" geantwortet hätten, hätten 54,5 % auch geantwortet, die Bezeichnung sei ihnen als Hinweis auf ein ganz bestimmtes Unternehmen bzw. einen Hersteller bekannt. Hiervon hätten wiederum 56,7 % einen Hinweis auf die Firma Müller Brottrunk GmbH & Co. KG erkannt.
Die Löschungsantragsteller beantragten mit Schriftsatz vom 19.04.2013, den Vorsitzenden der Löschungsabteilung wegen Befangenheit auszuschließen. Zur Begründung wird ausgeführt, mit der Zustimmung des Vorsitzenden zur Veränderung der Eingangsfrage ohne vorherige Anhörung der Antragstellerin habe der Vorsitzende zu erkennen gegeben, dass er sich einseitig zugunsten der Markeninhaberin festgelegt habe, so dass Zweifel an seiner Unparteilichkeit gegeben seien. Zugleich nahmen die Löschungsantragssteller zu dem Gutachten und diesbezüglichen Schriftsatz der Markeninhaberin Stellung und wiederholten ihren Antrag auf Löschung der Marke.

Aufgabe:

Wie wird die Löschungsabteilung entscheiden? Untersuchen Sie die Rechtslage in einem Gutachten unter allen rechtlichen Gesichtspunkten.