

BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 66/99

(Aktenzeichen)

Verkündet am
10. Mai 2000

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 396 02 907

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 10. Mai 2000 unter Mitwirkung der Richterin Grabrucker als Vorsitzender sowie der Richterin Martens und des Richters Schramm

beschlossen:

Die Beschwerde der Antragstellerin wird zurückgewiesen.

G r ü n d e

I.

Die Antragstellerin begehrt die Löschung der Marke 396 02 907

SUPER E

die am 31. Juli 1996 für die Waren

Futtermittel, nicht-medizinische Ergänzungsfutter, Aufzucht-futter, Krafffutter, Mischfutter, Mineralstoff-Futter, Vitamin-konzentrate und Eiweißkonzentrate als Futtermittel soweit in Klasse 31 enthalten, nicht-medizinische Futtermittelzusätze, mineralische Beifuttermittel, alle vorgenannten Waren insbesondere zur Verabreichung an Großtiere wie Pferde, Kühe, Kälber, Schweine und sonstiges landwirtschaftliches

Nutzvieh und/oder zur Verabreichung an Kleintiere wie
Hunde und Katzen

in das Register eingetragen worden ist. Diesen Antrag hat die Antragstellerin damit begründet, daß die angegriffene Marke freihaltungsbedürftig im Sinne von § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG und nicht unterscheidungskräftig im Sinne von § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG sei.

Die Antragsgegnerin hat dem Löschungsantrag widersprochen.

Die Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluß vom 1. April 1999 gemäß §§ 54, 50 Abs 1 MarkenG den Antrag zurückgewiesen. Sie ist der Ansicht, der Gesamtbegriff sei noch phantasievoll; es sei nicht üblich, mit einem Einzelbuchstaben wie "E" auf den Inhaltsstoff von Futtermitteln hinzuweisen. Der Buchstabe E habe als Abkürzung eine Vielzahl von Bedeutungen, wie zB auf dem einschlägigen Warenggebiet "Energie, Empfindlichkeit, Economics, Exzellent". Nur die Hinzufügung des Wortes "Vitamin" sichere daher das Verständnis von E als eines Vitamins. Daher komme dem Gesamtbegriff kein unmittelbar beschreibender Gehalt zu. Das Vorliegen eines Freihaltebedürfnisses sei deshalb zu verneinen. Im übrigen fehle auch nicht die Unterscheidungskraft, da die Verbindung der Steigerungsform "Super" mit dem Einzelbuchstaben E noch einen hinreichend phantasievollen Herkunftshinweis darstelle.

Gegen diesen Beschluß richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin. Sie meint, die Marke "SUPER E" sei auch in ihrer Gesamtzusammensetzung mit den Bestandteilen SUPER und E nicht schutzfähig, weil sie mangels eines erforderlichen Maßes an Eigentümlichkeit und Originalität vom Verkehr nicht mehr als Herkunftshinweis-, sondern als Eigenschaftshinweis verstanden werde. Da es sich bei dem Wort "SUPER" um den klassischsten aller eigenschaftsverstärkenden Hinweise handle und der Buchstabe E für eine Vielzahl von Sinngehalten in Frage komme, um auf die besonders guten Eigenschaften des jeweiligen Begriffsobjekts hinzuweisen, könne der Verkehr im Gesamtzeichen nur einen Eigenschaftshinweis und

gerade keinen Herkunftshinweis sehen. Es bestehe auch ein Freihaltebedürfnis. Aus den der Markenstelle vorgelegten Unterlagen ergebe sich der beschreibende Gebrauch von E für Präparate mit erhöhtem Vitamin-E-Gehalt. In Arzneimittellisten sei dies ebenfalls zu erkennen. Den Wettbewerbern müsse es daher freistehen, einen besonders hohen Vitamingehalt durch eigenschaftsverstärkende Hinweise wie "super" herauszustellen. Die Marke könne damit als Beschaffenheitsangabe dienen.

Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung weitere Unterlagen aus der Werbung für den Gebrauch des Großbuchstabens E auf diesem Warengbiet vorgelegt.

Die Antragstellerin beantragt,

den angegriffenen Beschluß der Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patentamts vom 1. April 1999 aufzuheben und die Löschung der Marke 396 02 907 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen,

und bezieht sich auf die Begründung der Markenstelle.

Zu den weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, aber nicht begründet; die angegriffene Zurückweisung des Löschungsantrags der Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts ist zu Recht ergangen.

Der Löschungsantrag der Antragstellerin ist zulässig gemäß § 50 Abs 2 Satz 2 MarkenG, denn die Eintragung der angegriffenen Marke liegt noch keine 10 Jahre zurück.

Der Antrag ist gemäß § 50 Abs 1 Nr 3 MarkenG jedoch unbegründet, denn die eingetragene Marke "SUPER E" hatte sowohl im Zeitpunkt ihrer Eintragung, im Juli 1996 sowie zum gegenwärtigen Zeitpunkt die gemäß § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG erforderliche Unterscheidungskraft (§ 50 Abs 2 Satz 1 MarkenG).

Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG ist die einer Marke innewohnende konkrete Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfaßten Waren eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefaßt zu werden (BGH GRUR 1999, S 1089, 1091 - YES). Dabei ist grundsätzlich von einem großzügigen Maßstab auszugehen, dh jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft reicht aus, um das Schutzhindernis zu überwinden (vgl Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucksache 12/ 6581, S 10 = 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 Sprache, das vom Verkehr - etwa auch wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung - stets nur als solches und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird, so gibt es keinen tatsächlichen Anhalt dafür, daß ihr die vorerwähnte Unterscheidungseignung und damit jegliche Unterscheidungskraft fehlt (BGH aaO). Die Marke muß auch keinen bestimmten Eigentümlichkeitsgrad aufweisen, um als unterscheidungskräftig angesehen werden zu können. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, daß bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft auch werbende Schlagworte nicht ausgenommen sind, denn bei einer Marke

schließen sich die Identifizierungsfunktion und die Werbewirkung gegenseitig nicht aus (BGH I ZB 13/98 Beschl v 24. Februar 2000, Umdruck S 5 - LOGO).

Diesen Anforderungen an die Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG genügt und genügt die Marke "SUPER E" in gerade noch ausreichendem Maße.

Eine unmittelbar im Vordergrund stehende, beschreibende Sachaussage, die auf bestimmte Eigenschaften der in Rede stehenden Waren hinweist, für die die Marke eingetragen ist, ist dem Zeichen nicht zu entnehmen.

Der Gesamteindruck der angegriffenen Marke wird von dem Wortbestandteil "SUPER" und dem Buchstabenelement "E" zusammen geprägt. Der Bestandteil "SUPER" ist im deutschen Sprachschatz gleichbedeutend mit "sehr gut" oder "ausgezeichnet" und hat sich sowohl in der Alltagsprache als auch in der Werbesprache zu einem allgemeinen Verstärkungshinweis entwickelt, der in allen Lebensbereichen angewandt wird. Das Wort "Super" wird in daher in ständiger Rechtsprechung als allgemeiner Hinweis auf Qualitätsmerkmale und Eigenschaften von Waren im allgemeinen beurteilt und daher in der Regel nicht für schutzfähig gehalten.

Der Buchstabe E hat in Alleinstellung zunächst keine Bedeutung, wird jedoch vom Verkehr in erster Linie als Abkürzung eines Wortes aufgefaßt. Dafür bieten sich vielerlei Möglichkeiten an (Lexikon der Abkürzungen, Bertelsmann). Die Markenstelle hat dazu bereits Ausführungen in ihrem Beschluß gemacht. Damit ist der Buchstabe E, soweit er als Abkürzung aufgefaßt wird, vieldeutig und hat keinen unmittelbar beschreibenden Bedeutungsgehalt für die beanspruchten Waren. "E" ist jedoch, ohne eine Abkürzung zu sein, die Bezeichnung eines bestimmten Vitamins, da Vitamine insgesamt bei ihrer Kategorisierung zu Anfang des Jahrhunderts nach der Reihenfolge der Buchstaben im Alphabet benannt wurden. Vitamin E ist insbesondere für den Muskelaufbau von Tieren bedeutsam und notwendig. Damit dieses Verständnis des Buchstabens E beim Verkehr entsteht und nicht das Verständnis einer Abkürzung zB für Energie, was hier auch durchaus naheliegend ist, bedarf es jedoch der sprachlichen Hinzufügung des Wortes "Vitamin".

Damit ist das Zeichen "SUPER E" mehrdeutig und damit noch als hinreichend herkunftshinweisend anzusehen, da es nicht jeglicher Unterscheidungskraft entbehrt.

Darüber hinaus ist nach der Rechtsprechung des BGH (GRUR 1997, 627 - à la Carte) eine Angabe aber auch dann nicht als eine unmittelbare Sachaussage in Bezug auf die Waren zu verstehen, wenn sie gedanklich noch der Ergänzung weiterer Worte bedarf. Dies ist hier, wie dargestellt, aufgrund des notwendigen Zusatzes von "Vitamin" der Fall. Dieser Gesichtspunkt entfällt auch nicht dadurch, daß auf diesem Warengbiet der Verkehr durch ständige und lang anhaltende Gewöhnung die bloße Angabe eines einzelnen Buchstabens bereits von Haus aus als die Angabe eines Vitamins verstehen muß und kann. Beim angesprochenen Fachpublikum entsteht hier keine unmittelbare Assoziation zur Verbindung mit dem Vitamin "E". Dies ergibt sich aus den Feststellungen des Senats zum Marktauftritt der hier betroffenen Waren. Anhand einer Fülle von Werbe- und Prospektmaterial, das Gegenstand der mündlichen Verhandlung war, konnte der Senat keine Anhaltspunkte dafür finden, daß Buchstaben in Alleinstellung als Vitaminangabe eine herausgestellte Rolle spielen, etwa auf Verpackungen, in Fachzeitschriften, oder in entsprechenden medizinischen Fachpublikationen. So weisen zB Listen der Firma Roche unter der Überschrift "Vitamine" nochmals in der jeweiligen Tabellenzeile "Wirkstoff" die volle Benennung "Vitamin A, Vitamin D3, Vitamin E, Vitamin B6", etc auf. Lediglich bei den Handelsnamen sind die Buchstaben nach der Marke in Verbindung mit weiteren Zahlenangaben und Buchstaben zu finden. Auch die Delta-Liste (Januar 1998) und die Barsoi-Liste für den tierärztlichen Gebrauch weisen jeweils die Zusammensetzung der Buchstaben (zB A, D3, E) mit den Worten Vitamin, oder Selenit, oder Selen, jedenfalls mit weiteren genauer zur Definition geeigneten Angaben auf. Gleiches gilt für die "Lila Liste" zum veterinär-medizinischen Gebrauch. Sie enthält durchgängig bei den Vitaminangaben jeweils die Hinzufügung des Wortes "Vitamin, Konzentrat, Komplex, Lösung, Injektion, oral", etc.. Die Buchstaben als Namen der verschiedenen Vitamine von A bis E sind auch dort nicht in Alleinstellung nachzuweisen.

Soweit die Beschwerdeführerin Material aus der Werbung für Pferdefutter und Tiernahrung beigebracht hat, in dem die Verwendung von Zeichen wie "Big E, Top E, Super E-Konzentrat, HOKOSAN E, DELTA Formel E, EQUINUTRI Power-E" zu finden ist, sind dies jeweils markenmäßige Aufmachungen mit den jeweiligen Buchstaben und als Beleg für eine Verwendung des Einzelbuchstabens "E" als eine aus sich heraus zu verstehende Sachangabe für das Vitamin nicht geeignet.

Gleiches gilt für das sich an die allgemeinen Verkehrskreise, die Endverbraucher, richtende Werbe- und Prospektmaterial. Weder auf Packungen von Futterergänzungsmitteln noch auf sonstigen die Waren berührenden Darstellungen waren die Buchstaben der Vitamine ohne den jeweiligen Begriffszusammenhang mit Vitamin gebraucht. Selbst wenn bereits das Wort Vitamine in der Überschrift einer jeweiligen Prospektseite verwendet wurde, so fand sich dennoch bei der Beschreibung der einzelnen Produkte mindestens noch einmal die Abkürzung "Vit" für Vitamin (ALSA für ein schönes Hundeleben, Naturfuttermittelversand; Zajac's, Ratgeber 1998 für Haustiere; Canina Pharma GmbH, Ergänzungsfuttermittel und Pflegeprodukte; EUKANUBA - für Ihren Hund nur vom Besten; Werbeprospekt der Firma Fressnapf; FORTAN, Für ein gesundes Hundeleben (2000); Royal Canin, Hundenahrung und Premium Katzennahrung; "Ein Herz für Tiere", Januar 2000; HippoPost, September 1998, SCHECKER-Katalog 1998; Pussi Versand 2000, Hill's Science PLAN, Leitfaden für ein gesundes Hundeleben und zahlreiche andere).

Die Rechtsprechung des Bundespatentgerichts zu der Frage, daß auch Einzelbuchstaben - soweit ihnen kein unmittelbar für die angemeldeten Waren beschreibender Sinngelhalt zugeordnet werden kann und sie auch sonst keine unmittelbar beschreibende Abkürzung sind - aber wegen der gebräuchlichen Verwendung von Buchstaben als Typenbezeichnung auf dem Warengelbiet vom Verkehr nicht als individualisierenden Herkunftshinweis begriffen werden, ist hier nicht anwendbar (28 W (pat) 78/98 - "LT" für Kfz; 25 W (pat) 67/96 - "P" für Arzneimittel ua; vgl a Althammer/Ströbele MarkenG, § 8 Rdn 18; Teplitzky, WRP 1999, 461, 463 ff). Der Gedanke, daß erfahrungsgemäß die beteiligten Verkehrskreise ein Zeichen

umso weniger als unterscheidungskräftig ansehen, je mehr ähnliche oder vergleichbare Zeichen im maßgeblichen Warenbereich als Sachangabe üblich sind, trifft hier, wie die tatsächlichen Feststellungen ergaben, nicht zu. Denn für den Verkehr besteht umso eher Anlaß, in dem eingetragenen Zeichen einen betrieblichen Herkunftshinweis zu sehen, als ihm eine sachbezogene oder unmittelbar warenbeschreibende Verwendung anderer entsprechend gebildeter Zeichen in diesem konkreten Warenbereich nicht vertraut ist (vgl BPatGE 39, S 29, 31 - K). Wie bereits ausgeführt ist anhand der tatsächlichen Feststellungen vom Senat eine derartige Gewöhnung im Bereich der tierischen Futtermittel hinsichtlich der Verwendung des Buchstabens E sowie sonstiger Einzelbuchstaben als Kürzel für Sachhinweise nicht festzustellen gewesen.

Auch in der Gesamtbetrachtung ergibt sich aus "SUPER E" keine im Vordergrund stehende Sachangabe. Denn aufgrund der Verschwommenheit des Buchstabens E ist auch SUPER E insgesamt noch herkunftshinweisend, wenn auch in geringstem Umfang.

Das Zeichen ist auch nicht freihaltebedürftig im Sinne von § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG. Wie der Senat feststellte, ist das Wort weder unmittelbar beschreibend noch sonst eine aussagekräftige Qualitäts- oder Wertaussage. Im übrigen bedient sich der Markt hier, wenn er entsprechende Aussagen treffen will, Wortfolgen wie "Super-Vitamin-Aufbaucocktail" oder aber einer großen Herausstellung des Wortes Vitamin vor besonders deutlichem farbigem Hintergrund, versehen mit Ausrufezeichen oder ähnlichem, oder das Wort "super" wird mit einem unmittelbaren Fachwort verbunden wie "Super-Lebertran-Mix Vitamin E" oder Begriffe wie Energy-Paste, Vitamin Aufbaucocktail, oder Ultra-Spur finden als Bezeichnung Verwendung (ua SCHECKER, 1998, Naturkost für den Hund).

Im übrigen werden auf diesem Markt die jeweiligen Beschaffenheits- oder Qualitätsangaben auch nach anderen Kriterien angegeben. Es wird ausweislich der bereits genannten Kataloge und Prospekte jeweils differenziert nach den Gesund-

heitsproblemen der Tiere, ihrem Alter oder den Leistungsanforderungen, die an sie gerichtet werden. Über die von der Antragstellerin vorgelegten Beispiele aus der Werbung zum Gebrauch von SUPER, die jedoch wie bereits erwähnt in markenmäßiger Aufmachung auftraten, konnte der Senat keine Feststellungen zum Gebrauch des Wortes SUPER in beschreibendem Sinne feststellen. Aber auch die Verwendung von "Plus" oder "Best" fand sich jeweils nur in markenmäßigem Gebrauch.

Aus diesen Gründen ist daher die Wortbuchstabenkombination "SUPER E" eine Angabe, die keine deutlichen und unmißverständlich bestimmten wesentlichen Eigenschaften der beanspruchten Waren angibt und somit, wenn auch von äußerst geringer Unterscheidungskraft ist, bzw zum Zeitpunkt der Eintragung war. Daher mußte die Beschwerde der Löschungsantragstellerin zurückgewiesen werden.

Kosten werden nicht auferlegt (§ 71 Abs 1 MarkenG).

Grabrucker

Martens

Schramm

Fa