



# BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 521/20

...

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Markenmeldung 30 2019 217 102.4**

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juli 2022 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Kortge sowie der Richter Kätker und Dr. von Hartz beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Das Wortzeichen

## **FITAMIN**

ist am 22. Mai 2019 unter der Nummer 30 2019 217 102.4 zur Eintragung in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register angemeldet worden für Waren der

Klasse 3: Kosmetika;

Klasse 5: Diätetische Präparate und Nahrungsergänzungsmittel.

Mit Beschluss vom 20. November 2019 hat die mit einer Tarifbeschäftigten, vergleichbar einer Beamtin des gehobenen Dienstes, besetzte Markenstelle für Klasse 3 des DPMA die Anmeldung wegen fehlender Unterscheidungskraft gemäß §§ 37 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, das angemeldete Zeichen sei aus Sicht breiter Verkehrskreise eine offenkundige Abwandlung des allgemein gebräuchlichen Sach- und Fachbegriffs „Vitamin“ und damit eine beschreibende Angabe für die beanspruchten Waren. Die angesprochenen Verbraucher würden die korrekte Schreibweise kennen. Daher

werde ihnen die schriftbildliche Abweichung zwar auffallen, aber sie würden diese allenfalls für einen Druck- oder Schreibfehler halten. Der Ersatz des Buchstabens „V“ durch „F“ führe in phonetischer Hinsicht lediglich zu einer dialektgefärbten Aussprache, lasse aber im Zusammenhang mit den in Rede stehenden Produkten, die Vitamine enthalten könnten, den Fachbegriff noch deutlich erkennen. Sowohl in Kosmetika als auch in Nahrungsergänzungsmitteln spielten Vitamine eine Rolle. So könnten vitaminhaltige Kosmetika die natürliche Schönheit der Haut unterstützen und Fältchen reduzieren. Die Vitamine C und E beispielweise wirkten als Radikalfänger und würden bei sonnenbedingten Schäden helfen. Vitamin A werde als Wirkstoff für Anti-Aging-Cremes eingesetzt, um bei der Pflege der Hautalterung entgegen zu wirken. Vitamine in Nahrungsergänzungsmitteln unterstützten Stoffwechselforgänge und stärkten das Immunsystem. Beispielsweise fördere das Sonnenvitamin D die Knochengesundheit, weil es die Einlagerung von Kalzium steigere. Vitamin B 12, das nicht mit pflanzlichen Lebensmitteln abgedeckt werden könne, sei für die Zellteilung, Blutbildung und die Funktion des Nervensystems unverzichtbar und daher für die wachsende Gruppe der Veganer wichtig. Die Bezeichnung „FITAMIN“ verfüge daher nicht über den erforderlichen individualisierenden Charakter. Die Unterscheidungskraft sei aus Sicht des angesprochenen Verkehrs und nicht nur aus der Sicht der Anmelderin zu beurteilen, die mit dem Wortzeichen „fit“ oder „Fitness“ verbinde.

Hiergegen wendet sich die Anmelderin mit ihrer Beschwerde. Sie ist der Ansicht, durch die Verwendung des Buchstabens „F“ anstelle des Schriftzeichens „V“ sei das angemeldete Wortzeichen eine kreative, überraschende, sprachregelwidrige und lexikalisch nicht nachweisbare Kombination der Begriffe „fit“ und „Vitamin“, so dass die angesprochenen Verkehrskreise in analysierender Weise darüber nachdenken müssten, ob das Vitamin selbst fit sei oder ob das Vitamin fit mache. Es handele sich daher um eine ganz bewusste Vertauschung des ersten, den Gesamteindruck in besonderer Weise bestimmenden Buchstabens und nicht nur um einen Rechtschreibfehler. Bei der Nutzung des Anmeldezeichens als Produktmarke gehe der Verkehr, der sehr gut wisse, dass man „Vitamin“ mit „V“ schreibe, nicht ernsthaft

davon aus, dass schon der Wortanfang, dem besondere Sorgfalt beigemessen werde, ein Druck- oder Schreibversehen enthalte. Deshalb werde er die Abwandlung des Wortes „Vitamin“ durch den Anfangsbuchstaben „F“ und die Anklänge an „fit“ einerseits und „Vitamin“ andererseits und damit ein sich nicht in der Bedeutung von „Vitamin“ beschränkendes Zeichen erkennen. Die Verbindung des Wortes „fit“ mit weiteren Nachsilben sei nicht ungewöhnlich, weil solche Kombinationen im allgemeinen Sprachgebrauch regelmäßig Verwendung fänden, wie z. B. Fitness, Fitnessstudio, Fitnessgeräte, Fitnesstrainer, Fitmacher und Fittich. Die Endsilbe „amin“ nehme der Verkehr erst wahr, wenn sich der Begriff „fit“ bereits in der gedanklichen Verarbeitung befinde, so dass es sich um eine erkennbar sprachspielartige Abwandlung in Anspielung auf Fitness handele. Da kosmetische Mittel die Haut fit machen könnten und Verbraucher versuchten, ihre Fitness neben Sport auch durch die Einnahme von Nahrungsergänzungsmitteln zu fördern, sei der Begriff „fit“ im vorliegenden Warenbereich noch naheliegender als das Wort „Vitamin“. Die vom Senat angenommene Bedeutung des Anmeldezeichens „fit mit/durch Vitamin“ sei zu unspezifisch und bedürfe weiterer Gedankenschritte, da der Verkehr viele Vitamine kenne. Er gehe vielmehr davon aus, dass die neue Wortschöpfung eine kreative Leistung eines Werbeschaffenden sei, um als betriebliches Unterscheidungsmerkmal zu dienen. Jedenfalls handele es sich nicht nur um eine erkennbare Auslassung, wie in den Entscheidungen zu „Lichtenstein“ (BGH GRUR 2003, 882, 883) und „SCHLÜSEL“ (BPatG 30 W (pat) 25/06), sondern um ein originelles Wortspiel mit herkunftshinweisendem Charakter. Die Anforderungen an die Unterscheidungskraft dürften zudem nicht überspannt werden. Dies ergebe sich schon aus den Beschlüssen des BPatG zur Marke „LADIESFIRST.TV“ (29 W (pat) 57/08) und zur Marke „greenoffizin meine grüne Versandapotheke“ (25 W (pat) 530/18). Während die Wörter „Produktwal“ und „Produktwahl“ (BPatG 29 W (pat) 107/10) phonetisch identisch seien, werde das Anmeldezeichen mit einem „F“ und der Begriff „Vitamin“ mit einem „W“ ausgesprochen. Im Gegensatz zum Wortzeichen „Produktwal“ habe das Anmeldezeichen zudem einen verständlichen Sinngehalt. Der vom Gericht der Europäischen Union (EuG) in seinem Urteil vom 9. März 2022 zur Unionsmarke „LOOP“ (T-132/21, GRUR-RS 2022, 3709) geforderte, von den

maßgeblichen Verkehrskreisen sofort und ohne weiteres Nachdenken erkennbare hinreichend direkte und konkrete Zusammenhang zwischen dem Anmeldezeichen und den betroffenen Waren fehle im vorliegenden Fall. Denn für den angesprochenen Verkehr sei es völlig ergebnisoffen und deshalb Gegenstand einer kritischen Hinterfragung, ob das angemeldete Wortzeichen eine Anspielung auf die Nährstoffkategorie „Vitamin“ oder durch die erste Silbe auf „Fitness“ sei. Auch Letzteres sei aber nicht beschreibend, da zwar möglicherweise „Fit“ auf körperliche Fitness bezogen werden könne, die möglicherweise durch den Konsum eines Nahrungsergänzungsmittels erreicht werden solle, aber der zweite Bestandteil „amin“ sei in diesem Zusammenhang völlig unklar und ohne jeglichen Begriffsinhalt. Der Um-



stand, dass das BPatG die Wort-/Bildmarke (24 W (pat) 113/04 – FITAMIN/VIT-H-MIN/VIT-K-MIN) als kennzeichnungsschwach eingestuft habe, sei für das vorliegende Eintragungsverfahren irrelevant, wie der EuGH (GRUR 2009, 667 – Bild.T-Online u. ZVS), der BGH (GRUR 2005, 578, 580 – LOKMAUS) und das BPatG (25 W (pat) 9/05 – CASHFLOW; 25 W (pat) 65/08 – Linuxwerkstatt; GRUR 2007, 333 – Papaya) bereits entschieden hätten.

Mit gerichtlichen Schreiben vom 11. Januar 2022 und 20. April 2022 ist die Beschwerdeführerin unter Beifügung von Recherchebelegen (Anlagen 1 bis 3, Bl. 20 - 25 GA) auf die Schutzunfähigkeit des Anmeldezeichens hingewiesen worden.

Die Anmelderin beantragt,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 3 des DPMA vom 20. November 2019 aufzuheben.

Ferner regt sie an, die Rechtsbeschwerde zuzulassen.

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.

Der Eintragung des Wortzeichens „**FITAMIN**“ als Marke für die beanspruchten Waren der Klassen 3 und 5 steht das Eintragungshindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen. Die Markenstelle hat die Anmeldung daher zu Recht zurückgewiesen (§ 37 Abs. 1 MarkenG).

1. a) 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 – 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).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH) fehlt der Abwandlung eines Fach- oder Sachbegriffs die Unterscheidungskraft, soweit die abgewandelte Bezeichnung keine individualisierende Eigenheit aufweist (BGH GRUR 2005, 258, 259 – Roximycin; GRUR 2003, 882, 883 – Lichtenstein; GRUR 2002, 540, 541 - OMEPRAZOK; GRUR 1984, 815, 816 – Indorektal I). Erkennt der Verkehr in der bewusst wahrgenommenen Abwandlung hingegen den ihm geläufigen Fach- oder Sachbegriff ohne weiteres wieder, fehlt der als solcher erkannten Abwandlung die erforderliche Unterscheidungskraft (BGH a. a. O. – OMEPRAZOK). Gleiches gilt, wenn der Verkehr die nur geringfügige Abwandlung gar nicht bemerkt oder sie für einen Druck- oder Hörfehler hält, da es dann schon an der die Unterscheidungskraft begründenden Eigenart fehlt (BPatG 28 W (pat) 154/08 – NATURLICH). Dabei sind Überlegungen, ob die Abweichung für einen unbewussten Schreibfehler oder ein bewusst eingesetztes Stilmittel der Werbung gehalten wird, nicht von Bedeutung, solange die zugrundeliegende Sachaussage erkennbar bleibt (BPatG 30 W (pat) 25/06 – SCHLÜSEL).

b) Diesen Anforderungen an die Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist das angemeldete Wortzeichen „**FITAMIN**“ schon zum Anmeldezeitpunkt, dem 22. Mai 2019, nicht gerecht geworden. Die angesprochenen breiten inländischen Verkehrskreise haben es am maßgeblichen Anmeldetag ohne besonderen gedanklichen Aufwand entweder als Abwandlung des bekannten und vorliegend warenbeschreibenden Fachbegriffs „Vitamin“ oder als ebenfalls produktbeschrei-



bende Wortkombination, aber nicht als Hinweis auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen aufgefasst.

aa) Von den angemeldeten „*Kosmetika*“ der Klasse 3 und den Waren „*Diätetische Präparate und Nahrungsergänzungsmittel*“ der Klasse 5 werden breite Verkehrskreise angesprochen, nämlich sowohl der normal informierte, angemessen aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher als auch der Kosmetik- und Drogeriefachhandel sowie Apotheken.

bb) Das Anmeldezeichen besteht aus dem Wort „FITAMIN“. Dabei handelt es sich um die ohne weiteres für alle angesprochenen Verkehrskreise erkennbare Abwandlung des allgemein gebräuchlichen Sach- und Fachbegriffs „Vitamin“.

aaa) In Übereinstimmung mit der Anmelderin kann davon ausgegangen werden, dass dem angesprochenen inländischen Verkehr die korrekte Schreibweise des in der Alltagssprache jedermann bekannten Begriffs „Vitamin“ geläufig ist, so dass ihm die fehlerhafte Schreibweise sofort auffallen wird. Selbst wenn er aber den falschen Anfangsbuchstaben für ein bewusst eingesetztes Stilmittel der Werbung halten sollte, bleibt für ihn die Sachaussage „Vitamin“ weiterhin erkennbar. Die Verfremdung durch den Austausch von „V“ gegen „F“ reicht nicht aus, um von der unmittelbar warenbeschreibenden Sach- und Fachangabe „Vitamin“ wegzuführen (vgl. auch BPatG 25 W (pat) 543/19 – Das Prot; 27 W (pat) 73/14 – AppOtheke; 28 W (pat) 138/98 – Vita-Min).

bbb) Dies gilt erst recht in phonetischer Hinsicht, weil der Austausch des Konsonanten „V“ durch den Mitlaut „F“ klanglich fast nicht wahrgenommen wird. Zwar wird das „F“ eher scharf und das „V“ wie ein „W“ und damit eher weich ausgesprochen, aber dieser Unterschied ist nicht so groß, als dass er sich dem Verkehr in ausreichendem Maße einprägen würde, zumal es sich bei beiden Anfangslauten um klangschwache Konsonanten handelt, die als Anlaute fast nicht hörbar sind. Das klangliche Erinnerungsbild ist daher weitgehend identisch (LG Hamburg, Urt. v.

15. August 2002 - 315 O 155/02 – CELLOFIT/Cellvit; BPatG 25 W (pat) 552/19 – VROMAGE). Die akustischen Abweichungen sind derart geringfügig, dass sie weitgehend unbemerkt bleiben.

ccc) Bei beiden Wahrnehmungsvorgängen spielt die sog. Stereotypentheorie (BPatG 28 W (pat) 138/98 – Vita-Min) eine Rolle, wonach die Wahrnehmung sprachlicher Ausdrücke anhand bereits vorgeprägter Kategorisierungen nahezu automatisch abläuft. Bei diesem Vorgang entwickeln die Lesenden oder Hörenden eines Begriffs sofort die Vorstellung, die auf das typische und am häufigsten vorkommende Beispiel eines Ausdrucks zutrifft. So liegt der Fall auch hier.

ddd) Das Wortzeichen stellt aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise daher entweder schriftbildlich eine offenkundige Abwandlung des bekannten Begriffs „Vitamin“ dar, den der Verkehr sofort mit der ihm geläufigen sachbezogenen Angabe gleichsetzt, oder sie bemerken phonetisch keinen Unterschied.

cc) Das aus dem Englischen stammende Kunstwort „Vitamin“ ist von dem amerikanischen Biochemiker Casimir Funk (1884–1967) aus dem lateinischen Substantiv „vita“ für Leben und dem chemischen Begriff „Amin“ (engl. „amine“) für eine von Ammoniak abgeleitete Stickstoffverbindung gebildet worden (<https://www.duden.de/rechtschreibung/Amin>; <https://dict.leo.org/englisch-deutsch/amin>; <https://www.duden.de/rechtschreibung/Vitamin>). Als „Vitamin“ wird im Deutschen ein „die biologischen Vorgänge im Organismus regulierender, lebenswichtiger, vorwiegend in Pflanzen gebildeter Wirkstoff“ bezeichnet, „der mit der Nahrung zugeführt wird“ (<https://www.duden.de/rechtschreibung/Vitamin>; [www.apotheken-umschau.de](http://www.apotheken-umschau.de); Vitaminlexikon, Anlage 1 zum gerichtlichen Hinweis vom 11. Januar 2022). Menschen, die sich ausgewogen ernähren, sind in der Regel gut mit Vitaminen versorgt. Es gibt jedoch auch Risikogruppen für einen Vitaminmangel, wie Schwangere, Veganer oder Menschen mit bestimmten Erkrankungen. Für solche Menschen ist eine Nahrungsergänzung mit Vitaminpräparaten sinnvoll ([www.apotheken-umschau.de](http://www.apotheken-umschau.de); Vitaminlexikon, Anlage 1 zum gerichtlichen Hinweis

vom 11. Januar 2022). Vitamine helfen auch, den Stoffwechsel- und Feuchtigkeitshaushalt der Haut zu regulieren, und wirken antioxidativ, wehren also freie Radikale ab. Insbesondere die Vitamine Betacarotin, Retinol, aber auch beinahe alle anderen Vitamine lassen sich in Cremes verarbeiten (www.apothekenumschau.de Hautpflege mit Vitaminen, Anlage 2 zum gerichtlichen Hinweis vom 11. Januar 2022).

dd) Aus Sicht der angesprochenen breiten Verkehrskreise weist das Anmeldezeichen daher schlagwortartig auf die Beschaffenheit der beanspruchten Waren „Kosmetika“ der Klasse 3 und der angemeldeten Produkte „Diätetische Präparate und Nahrungsergänzungsmittel“ der Klasse 5 hin.

aaa) Denn Kosmetika können verschiedene Vitamine enthalten, um die natürliche Schönheit der Haut zu unterstützen, Fältchen und sonnenbedingte Schäden zu reduzieren und der Hautalterung entgegenzuwirken, was bereits die Markenstelle ausgeführt hat.

bbb) Dies gilt erst recht für die Produkte „Diätetische Präparate und Nahrungsergänzungsmittel“ der Klasse 5, die sogar ausschließlich aus Vitaminen bestehen sowie Stoffwechselfvorgänge unterstützen und das Immunsystem stärken können, was die Markenstelle ebenfalls bereits dargelegt hat.

ee) Das Anmeldezeichen ist deshalb für „Kosmetika“ und „Diätetische Präparate und Nahrungsergänzungsmittel“ eine unmittelbar beschreibende Angabe und hat daher zum maßgeblichen Anmeldezeitpunkt nicht über die erforderliche Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG verfügt.

ff) Das Wortelement „FITAMIN“ der Wort-/Bildmarke (398 71 463) hat das BPatG wegen seiner vollständigen Gleichsetzung mit dem



u. a. für identische Waren beschreibenden Begriff „Vitamin“ schon im Jahre 2006 als schutzunfähig eingestuft (24 W (pat) 113/04 – FITAMIN/VIT-H-MIN/VIT-K-MIN). Diese Entscheidung belegt, dass das Publikum das Wort „FITAMIN“ schon im Jahr 2006 im Sinne des lebenswichtigen Pflanzenwirkstoffes „Vitamin“ verstanden hat. Dieses Verkehrsverständnis hat sich bis zum hier maßgeblichen Anmeldezeitpunkt, dem 22. Mai 2019, nicht geändert. Entgegen der Ansicht der Anmelderin ist die vorgenannte Entscheidung nicht angeführt worden, um eine Bindungswirkung zu begründen, sondern um auf die tatsächliche Feststellung des damaligen Verkehrsverständnisses schon lange vor dem hier maßgeblichen Anmeldezeitpunkt hinzuweisen.

gg) Die durchgehende Ausführung des angemeldeten Wortzeichens in Versalien kann ebenfalls 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 30 W (pat) 56/12 – IRLAB; 26 W (pat) 554/19 – STEARAT Plus; 30 W (pat) 562/17 – TRAVELNEWS; 26 W (pat) 528/17 – EASYQUICK; 24 W (pat) 8/14 – KIDZ ONLY; 26 W (pat) 2/09 – LINKRANK).

hh) Allein der Umstand, dass der Begriff „Fitamin“ lexikalisch nicht nachweisbar ist, steht der Annahme des Schutzhindernisses nicht entgegen. Denn der Verkehr 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 und damit nicht als betriebliche Herkunftshinweise auffassen (BPatG 28 W (pat) 33/15 – Traumtomaten).

c) Aber selbst wenn der Verkehr in der schriftbildlichen Abwandlung ein originelles Wortspiel und damit ein betriebliches Unterscheidungsmittel sehen sollte, könnte dies keine Schutzfähigkeit begründen.

aa) Denn bei Wortmarken, die gehört und gelesen werden können, liegt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) eine schutzbegründende Abweichung von der Sachangabe nur dann vor, wenn diese sowohl im visuellen als auch im akustischen Gesamteindruck der Marke wahrgenommen wird (EuGH GRUR 2004, 674 Rdnr. 98 u. 99 – Postkantor; GRUR 2004, 680 Rdnr. 39 u. 40 – BIOMILD; so auch Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl., § 8 Rdnr. 55; grds. wohl auch HK-MarkenR/Fuchs-Wisseemann, 3. Aufl., § 8 Rdnr. 20; a. M. Ströbele in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl., § 8 Rdnr. 221; Fezer, MarkenR, 4. Aufl., § 8 Rdnr. 485, letzter allerdings ohne Auseinandersetzung mit der EuGH-Rspr.). Es reicht für die Annahme einer Unterscheidungskraft daher nicht aus, wenn die Abweichung zwar optisch, aber nicht auch klanglich wahrgenommen wird.

bb) Soweit Ströbele (Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 8 Rdnr. 221) dem EuGH nicht folgen will, kann dies vorliegend offen bleiben. Denn auch unter Berücksichtigung dieser Gegenmeinung ist „FITAMIN“ als unzureichende Abwandlung des beschreibenden Sachbegriffs „Vitamin“ anzusehen.

aaa) Nach seiner Ansicht ist für die Feststellung der Unterscheidungskraft nicht erforderlich, dass die Marke bei jeder denkbaren Wiedergabeform vom Verkehr als Herkunftshinweis aufgefasst wird. Vielmehr reiche es aus, dass die beteiligten Verkehrskreise bei ihrer wahrscheinlichsten Einsatzmöglichkeit von einem betrieblichen Herkunftszeichen ausgehen können. Eine Marke, die nur in einer Wahrnehmungsform, etwa schriftlich, klanglich oder begrifflich, hinreichende Unterscheidungskraft aufweist, könne lediglich einen auf diese Form beschränkten Schutz erlangen. Im Hinblick auf die Möglichkeit derartiger Beschränkungen des Markenschutzes sei es unter dem Gesichtspunkt des Allgemeininteresses weder erforderlich noch gerechtfertigt, solche Marken generell von der Eintragung auszuschließen.

bbb) Selbst wenn man sich dieser Meinung anschliesse, kann nicht festgestellt werden, dass bei Kosmetika, diätetischen Präparaten oder Nahrungsergänzungsmitteln eine der Wahrnehmungsformen im Vordergrund steht.

Zwar wird beim Einkauf im Kosmetik- und Drogeriefachhandel sowie im entsprechenden Online-Handel auch auf das Etikett geachtet, ihm gehen aber häufig mündliche Nachfragen, Empfehlungen und auch Gespräche unter Verbrauchern voraus (vgl. BGH GRUR 1999, 241, 244 – Lions). Zudem wird auch bei einer nur optischen Wahrnehmung gleichzeitig der klangliche Charakter des den Gesamteindruck prägenden Markenwortes unausgesprochen mit aufgenommen. Hinzu kommen mündliche Bestellungen und Beratungen im Kosmetikfachhandel und in Apotheken. Dort handelt es sich sogar um die vorrangige Wiedergabeform. Da beide Wahrnehmungsformen somit zumindest gleich wahrscheinlich bzw. gleichwertig sind, ist auch bei Zugrundelegung der Auffassung von Ströbele die erforderliche Unterscheidungskraft zu verneinen.

d) Aber auch wenn der Verkehr das Wortzeichen „FITAMIN“ als sprachspielerische Zusammensetzung aus den Begriffen „fit“ und „Vitamin“ wahrnehme, würde diese in Bezug auf die beanspruchten Waren ebenfalls einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsgehalt vermitteln und wäre daher ebenso wenig unterscheidungskräftig.

aa) Das Adjektiv „fit“ bedeutet „in guter körperlicher Verfassung; sportlich durchtrainiert“, „leistungsfähig, tüchtig, qualifiziert, befähigt“, „bei guter Gesundheit, durchtrainiert, energiegeladen, frisch“ (<https://www.duden.de/rechtschreibung/fit>, Anlage 3 zum gerichtlichen Hinweis vom 11. Januar 2022). Es weist zudem in werbeüblicher Weise auf körperliche Fitness hin (BPatG 26 W (pat) 188/94 – Vital, fit).

bb) Aufgrund der zusätzlichen Anlehnung an den Begriff „Vitamin“ könnte dem angemeldeten Wortzeichen insgesamt die Bedeutungen „fit mit/durch Vitamin“, „leis-

tungsfähig durch Vitamin“ oder „bei guter Gesundheit/in guter körperlicher Verfassung dank Vitamin“ entnommen werden. Dazu bedarf es entgegen der Auffassung der Anmelderin keiner weiteren Gedankenschritte, weil es allgemein bekannt ist, dass Fitness durch Vitamine gefördert wird. Sportler haben einen größeren Bedarf an Vitaminen und Mineralstoffen für den Muskelaufbau sowie zur Vorbeugung von Ermüdungserscheinungen, Konzentrations- und Koordinationsschwäche sowie von Muskelkrämpfen (BPatG 26 W (pat) 41/17 – Sportsfreund; 26 W (pat) 2/17 – Sport Suppe).

cc) Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann nicht davon ausgegangen werden, dass den angesprochenen Verkehrskreisen der zweite Bestandteil „amin“ völlig unklar und ohne jeglichen Begriffsinhalt ist. Im Hinblick darauf, dass außer den Alltagsfremdwörtern „Vitamin“, „Histamin“, „Glutamin“, „Amphetamin“, „Mondamin“, dem Vornamen „Benjamin“ und einigen weiteren unbekanntem Fremdwörtern nur noch das deutsche Wort „Kamin“ mit der Doppelsilbe „amin“ endet (Gustav Muthmann, Rückläufiges Wörterbuch, 3. Aufl., 2001, S. 613; Duk Ho Lee, Rückläufiges Wörterbuch der deutschen Sprache, 2005, S. 810; in der mündlichen Verhandlung überreichte Recherchebelege) und dieses keinerlei Bezug zu den hier betroffenen Produkten hat, hat der Verkehr diese Endung im vorliegenden Warensammenhang ausschließlich mit dem Begriff „Vitamin“ in Verbindung gebracht, zumal nur ein einziger, nämlich nur der Anfangsbuchstabe von dem bekannten Begriff „Vitamin“ abweicht.

dd) Im Zusammenhang mit den Waren der Klasse 5 „*Diätetische Präparate und Nahrungsergänzungsmittel*“ würde das angemeldete Wortzeichen nur beschreibend angeben, dass diese Waren Vitamine enthalten und aufgrund dieser Inhaltsstoffe die körperliche Leistungsfähigkeit bzw. Fitness fördern. Bei „*Kosmetika*“ der Klasse 3 würde es darauf hinweisen, dass die zugesetzten Vitamine die Haut fit, also in guter Verfassung halten, d. h. Falten reduzieren und einer Hautalterung entgegenwirken.

ee) Soweit das Anmeldezeichen offenließe, in welcher Weise die Fitness durch Vitamine bewirkt werde, würde dies nichts an der fehlenden Unterscheidungskraft ändern. Denn die Annahme einer beschreibenden Bedeutung setzt nicht voraus, dass die Bezeichnung feste begriffliche Konturen erlangt und sich damit eine einhellige Auffassung zum Sinngehalt herausgebildet hat. 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 GRUR 004, 146 Rdnr. 32 – DOUBLEMINT; GRUR 2004, 680 Rdnr. 38 - 42 - BIOMILD; BGH GRUR 2014, 872 Rdnr. 25 – Gute Laune Drops; GRUR 2014, 569 Rdnr. 18 – HOT; GRUR 2013, 522 Rdnr. 13 – Deutschlands schönste Seiten).

e) Abgesehen davon, dass Entscheidungen des EuG für das nationale Recht nicht maßgeblich sind, weil das Recht der Unionsmarke als autonomes System vom jeweiligen nationalen Recht unabhängig ist (BPatG 25 W (pat) 537/18 – TEAM BUSINESS IT), liegt der vom EuG in seinem Urteil vom 9. März 2022 zur Unionsmarke „LOOP“ (T-132/21, GRUR-RS 2022, 3709) geforderte, von den maßgeblichen Verkehrskreisen sofort und ohne weiteres Nachdenken erkennbare hinreichend direkte und konkrete Zusammenhang zwischen dem Anmeldezeichen und den betroffenen Waren hier ohne weiteres vor, wie bereits eingehend dargelegt worden ist. Mehrere Gedankenschritte sind in der vorgenannten EuG-Entscheidung nur deshalb angenommen worden, weil der Begriff „LOOP“ im Sinne einer Schleifenleitung auf eine technische Modalität der Funktionsweise von Anschlussleitungen hingewiesen habe, die bei der Nutzung der Waren der Klasse 9 unbemerkt im Hintergrund ablaufe.

f) Die Schutzunfähigkeit des Anmeldezeichens zum Anmeldezeitpunkt besteht auch unabhängig vom Anbringungsort.

aa) Bei der Prüfung, ob das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft besteht, ist auf die Kennzeichnungsgewohnheiten im maßgeblichen Warenaktor



abzustellen (vgl. EuGH GRUR 2019, 1194 Rdnr. 24 und 33 – AS/DPMA [#darferdas?]; BGH GRUR 2020, 411 Rdnr. 13 – #darferdas? II; GRUR 2018, 932 Rdnr. 18 – #darferdas? I, m. w. N.). Hierzu rechnen die Art und Weise, in der Kennzeichnungsmittel bei den betreffenden Waren üblicherweise verwendet, und insbesondere die Stelle, an der sie angebracht werden. Die Antwort auf die Frage, ob der Verkehr ein auf der Ware angebrachtes Zeichen als Hinweis auf die Herkunft oder als bloß beschreibendes oder dekoratives Element auffasst, kann nach der Art und der Platzierung des Zeichens variieren (vgl. BGH a. a. O. – #darferdas? II; a. a. O. – #darferdas? I, m. w. N.). Dabei muss die Unterscheidungskraft eines als Marke angemeldeten Zeichens unter Berücksichtigung aller relevanten Tatsachen und Umstände, einschließlich sämtlicher wahrscheinlicher Verwendungsarten der angemeldeten Marke geprüft werden (vgl. EuGH a. a. O. Rdnr. 33 – AS/DPMA [#darferdas?]; BGH a. a. O. Rdnr. 15 – #darferdas? II). Sind in der maßgeblichen Branche mehrere Verwendungsarten praktisch bedeutsam, müssen bei der Prüfung der Unterscheidungskraft alle diese verschiedenen Verwendungsarten berücksichtigt werden, um zu klären, ob der Durchschnittsverbraucher der erfassten Waren oder Dienstleistungen das Zeichen als Hinweis auf ihre betriebliche Herkunft wahrnehmen kann (vgl. EuGH a. a. O. Rdnr. 25 – AS/DPMA [#darferdas?; BGH a. a. O. -#darferdas? II]).

bb) Auch unter Berücksichtigung sämtlicher praktisch bedeutsamer und daher wahrscheinlicher Verwendungsarten auf den Verpackungen oder Etiketten der beanspruchten Kosmetika, diätetischen Präparate und Nahrungsergänzungsmittel ist das Anmeldezeichen von den angesprochenen inländischen Verkehrskreisen wegen seines ausschließlich beschreibenden Charakters auch schon zum maßgeblichen Anmeldezeitpunkt nicht als betriebliches Unterscheidungsmittel aufgefasst worden.

2. Da schon das Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG vorliegt, kann es dahinstehen, ob dem angemeldeten Wortzeichen darüber hinaus gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ein Freihaltebedürfnis für die in Rede stehenden Waren fehlt.

3. Schließlich führen auch die von der Anmelderin genannten Entscheidungen zu keiner anderen Einschätzung. Wegen der Einzelheiten wird auf den ausführlichen gerichtlichen Hinweis vom 20. April 2022 Bezug genommen.

### III.

Die von der Anmelderin angeregte Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 83 Abs. 2 MarkenG ist nicht veranlasst.

Weder war über eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden (§ 83 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG), noch war die Zulassung der Rechtsbeschwerde zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung als erforderlich zu erachten (§ 83 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG).

Der Senat hat bei der Beurteilung der Schutzfähigkeit die vom EuGH und BGH in ständiger Rechtsprechung aufgestellten Maßstäbe angelegt.

### IV.

#### **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

Kätker

Richter Dr. von Hartz ist  
urlaubsbedingt gehindert  
zu unterschreiben.

Kortge