



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 538/21

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2019 026 441.6

hat der 30. Senat (Marken- und Design-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 29. Februar 2024 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Hacker sowie der Richterin Dr. Weitzel und des Richters Merzbach

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

G r ü n d e

I.

Das Wortzeichen

THE 1:1 DIET

ist am 22. November 2019 als Marke für die Waren und Dienstleistungen

„Klasse 29: kalorienarme Lebensmittel, kalorienreduzierte Lebensmittel, Lebensmittel mit Kalorienangabe oder ausgewogener Nährstoffbilanz, nämlich Curry, Pasteten, Molkereiprodukte und deren Ersatzprodukte, Snacks auf Obstbasis, Snacks auf der Basis von Kartoffeln, Snacks auf Basis von Obst, Gemüse und Linsen zur Gewichtskontrolle und für Diätprogramme; Präparate zur Verwendung als Gerichte, nämlich Curry, Pasteten, Molkereiprodukte und Ersatzstoffe für Molkereiprodukte; kalorienarme Lebensmittel, kalorienreduzierte Lebensmittel, Lebensmittel mit Kalorienangabe oder ausgewogener Nährstoffbilanz, nämlich vorgegarte Currygerichte, Pasteten, Molkereiprodukte und deren Ersatzprodukte, Snacks auf der Basis von Obst, Snacks auf der Basis von Kartoffeln, Snacks auf Basis von Obst, Gemüse und Linsen; Produkte auf Milchbasis für Nahrungsmittel, nämlich Käse, Butter, Joghurt, Molke; Milchbasierte Getränke; Milchgetränke mit Schokoladen- und Fruchtgeschmack kalorienarme Speisen und Gerichte mit ausgewogener Nährstoffbilanz, nämlich vorgegarte Gerichte aus Hähnchenfleisch, Hähnchenstücken, Nudelsuppe, Miso- und Pasteten; Speisen und Gerichte mit Kalorienangabe, nämlich vorgekochte Gerichte aus Hähnchenfleisch, Hähnchenstücken, Nudelsuppe, Miso- und Pastete; Milchshakes; Pulver und Rezepturen für die Zubereitung von Milchshakes; Pulver und Präparate zur

Moussezubereitung; Präparate zur Umwandlung von Flüssigkeiten in Speisemousse; Suppen und Suppenpräparate; vorgegarte Curryspeisen und -gerichte

Klasse 30: Teigwaren und Teigwarengerichte; Makkaroni; Käsemakkaroni; Currysoßen; Currymischungen; Currypasten; Curry [Gewürz]; Reis; Gerichte und Speisen auf Reisbasis; kalorienarme, kalorienreduzierte Lebensmittel, Lebensmittel mit Kalorienangabe oder ausgewogener Nährstoffbilanz, nämlich Brot, Brotstangen, Couscous, Pasta, Nudeln, alle zur Verwendung bei der Gewichtsreduktion; Granulate und Präparate zur Moussezubereitung; Präparate zur Umwandlung von Flüssigkeiten in Speisemousse; nährstoffausgewogene, kalorienarme Speisen und Gerichte, nämlich Instantnudeln, Reismudeln, getrocknete Nudeln, Couscous [Grieß]; Kohlenhydratpräparate für Nahrungsmittel; Speisen und Gerichte mit determiniertem Kaloriengehalt, nämlich Pastagerichte, Käsemakkaroni, Reisgerichte; Getreidepräparate; Müsli; Getreideriegel; Süßwaren und Süßwarenriegel; Aufgüsse und Kräuter-Früchte-Tees; Aromen für Getränke; Riegel als Ersatz für Mahlzeiten mit Schokoladenüberzug; Frühstückszerealien; Haferbrei; Custard [Vanillesoße]

Klasse 32: Mineralwässer und kohlensäurehaltige Wässer; alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe für die Zubereitung von Getränken; Smoothies [Getränke]; Präparate für die Zubereitung von Smoothies; alle für die Gewichtskontrolle und Diätprogramme

Klasse 44: Beratung in Bezug auf Gewichtsabnahme, Gewichtsbeibehaltung, Diätprogramme, Ernährung; Ernährungsberatung; Beratung, Betreuung und Coaching in Bezug auf Ernährung“

zur Eintragung in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Register angemeldet worden.

Mit Beschluss vom 11. Juni 2021 hat die mit einem Beamten des gehobenen Dienstes besetzte Markenstelle für Klasse 29 des Deutschen Patent- und Markenamts die Markenmeldung zurückgewiesen, weil der Anmeldemarke die Unterscheidungskraft fehle (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) und ihr zudem das Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegenstehe.

Die angemeldete Marke setze sich erkennbar zusammen aus zwei in Versalien wiedergegebenen englischsprachigen Begriffen, nämlich dem bestimmten Artikel „THE“ (hier mit der Bedeutung „die“) und dem Substantiv „DIET“, das u.a. für „Diät, Ernährung(sweise), Kost“ stehe, sowie dem numerischen Ausdruck „1:1“. Dem angemeldeten Zeichen **THE 1:1 DIET** komme die Bedeutung „Die 1:1-Diät“ zu, was beschreibend auf eine bestimmte Abnehmethode hinweise, bei der sich Fastentage und Tage, an denen man nach Belieben essen dürfe, jeweils in gleichem zeitlichen Umfang (1:1) abwechselten. In Bezug auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen des Lebensmittel- und Ernährungssektors (Klassen 29, 30, 32 und 44) werde der Verkehr in dem sprach- und werbeüblich gebildeten Zeichen lediglich einen beschreibenden Sachhinweis auf Produkte und Leistungen erkennen, die begleitend zu einer 1:1 Diät angeboten und erbracht würden. Der Artikel „THE“ wirke nicht individualisierend bzw. herkunftshinweisend und es sei irrelevant, ob eine beschreibende Bedeutung von „THE 1:1 DIET“ auch in Großbritannien vorliege. Auch sei keine schutzbegründende Mehrdeutigkeit oder Interpretationsbedürftigkeit der Angabe „1:1“ gegeben.

Soweit die Anmelderin ausführe, dass der Verkehr die unter der angemeldeten Bezeichnung angebotenen Waren und Dienstleistungen ausschließlich ihr zuschreibe, betreffe dies die Frage der bundesweiten Verkehrsdurchsetzung einer von Haus aus nicht schutzfähigen Bezeichnung im Sinne von § 8 Abs. 3 MarkenG.

Dazu sei jedoch weder schlüssig vorgetragen noch seien entsprechende Unterlagen eingereicht worden.

Die Anmeldung sei auch gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zurückzuweisen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin vom 13. Juli 2021. Sie führt aus, die Markenstelle habe die Anforderungen an die Unterscheidungskraft der Marke zu hoch angesetzt. Auch erschöpfe sich die Begründung der Markenstelle darin, dass in der Marke ein leicht verständlicher Aussagegehalt erkannt würde. Schon der Schritt, „THE 1:1 DIET“ mit „Die 1:1 Diät“ gleichzusetzen, sei aber falsch, weil die inländischen Verkehrskreise das Zeichen nicht ins Deutsche übersetzten. Es gebe keine klare Definition für den Begriff „1:1“. Dieser werde mit unterschiedlichen Bedeutungen in verschiedenen Bereichen verwendet.

Unabhängig davon habe das angemeldete Zeichen insgesamt keinen eindeutig beschreibenden Charakter. Die angesprochenen weiten Verkehrskreise würden nicht zu dem Gedanken gelangen, dass die bezeichneten Waren und Dienstleistungen zur Verwendung für die von der Markenstelle in Bezug genommene Diät bestimmt seien. Denn eine solche Diät zeichne sich nicht durch spezielle Produkte, sondern durch eine Methode des Intervallfastens – abwechselnde Ess- und Fastentage – aus. Am Essen-Tag dürfe alles gegessen werden. Der Fasten-Tag werde dagegen nicht ohne Grund als „Fasten“ bezeichnet. Hier nehme der Betreffende nichts oder wenig, auch keine kalorienarme oder – reduzierte Nahrung zu sich. Deshalb würden die in den Klassen 29, 30 und 32 beanspruchten kalorienarmen/-reduzierten Produkte nicht mit einer 1:1-Diät – und damit auch nicht mit der angemeldeten Marke **THE 1:1 DIET** - in Verbindung gebracht. Das gelte auch für die übrigen Waren wie z.B. „Makkaroni“, weil an den „Essen-Tagen“ alles gegessen werden dürfe und nicht nur „Makkaroni“. Hinsichtlich der Dienstleistungen würden Verbraucher bei einer derart banalen Diät nicht davon ausgehen, dass es irgendeiner Beratung bedürfe.

Ein Freihaltebedürfnis bestehe nicht, weil Wettbewerber nicht gehalten seien, sich der Angabe „THE 1:1 DIET“ zu bedienen.

Außerdem habe die Schutzgewährung der Marke in Großbritannien Indizwirkung, da es sich dabei um die Eintragung der identischen Marke für identische Waren und Dienstleistungen handele.

Die Anmelderin begehrt mit ihrer Beschwerde sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 29 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 11. Juni 2021 aufzuheben.

Der Senat hat der Anmelderin mit der Terminladung Recherche-Ergebnisse übermittelt. Die Anmelderin hat daraufhin den Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung zurückgenommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die gemäß §§ 64 Abs. 6 Satz 1, 66 Abs. 1 Satz 1 MarkenG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Denn der angemeldeten Marke fehlt es in Bezug auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen an Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Die Markenstelle hat die Anmeldung daher zu Recht zurückgewiesen (§ 37 Abs. 1 MarkenG).

1. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG schließt von der Eintragung als Marke Zeichen aus, denen für die in der Anmeldung beanspruchten Waren und Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft fehlt. Unterscheidungskraft ist die einem Zeichen zukommende Eignung, die von der Anmeldung erfassten Waren bzw.

Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und so diese Waren und Dienstleistungen von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. u. a. EuGH MarkenR 2012, 304 Rn. 23 - Smart Technologies/HABM [WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH]; GRUR 2010, 228 Rn. 33 - Audi AG/HABM [Vorsprung durch Technik]; BGH GRUR 2018, 932 Rn. 7 - #darferdas? I; GRUR 2018, 301 Rn. 11 - Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR 2016, 934 Rn. 9 - OUI; GRUR 2014, 569 Rn. 10 - HOT; GRUR 2013, 731 Rn. 11 - Kaleido; GRUR 2012, 1143 Rn. 7 - Starsat). Denn die Hauptfunktion einer Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten (EuGH GRUR 2008, 608 Rn. 66 Eurohypo AG/HABM [EUROHYPO]; GRUR 2006, 229 Rn. 27 - BioID AG/HABM [BioID]; BGH GRUR 2016, 934 Rn. 9 - OUI; GRUR 2014, 565 Rn. 12 - smartbook).

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 GRUR 2018, 301 Rn. 11 - Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR 2016, 934 Rn. 9 - OUI). 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 Rn. 53 - Henkel KGaA; BGH GRUR 2018, 301 Rn. 15 - Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR 2016, 934 Rn. 10 - OUI; GRUR 2014, 872 Rn. 13 - Gute Laune Drops).

Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft zum relevanten Anmeldezeitpunkt (BGH GRUR 2013, 1143 Rn. 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 2019, 1194 Rn. 20 - AS/DPMA

[#darferdas?]; GRUR 2008, 608 Rn. 67 - Eurohypo AG/HABM [EUROHYPO]; GRUR 2006, 411 Rn. 24 - Matratzen Concord AG/Hukla Germany SA [MATRATZEN; BGH GRUR 2014, 376 Rn. 11 - grill meister).

Keine Unterscheidungskraft besitzen insbesondere Zeichen, die einen beschreibenden Begriffsinhalt aufweisen, der für die in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen ohne Weiteres und ohne Unklarheiten als solcher erfasst wird (EuGH GRUR 2004, 674 Rn. 86 - Koninklijke KPN Nederland NV/Benelux-Merkenbureau [Postkantoor]; BGH GRUR 2018, 932 Rn. 8 - #darferdas?). Auch Angaben, die sich auf Umstände beziehen, die die Ware oder die Dienstleistung selbst nicht unmittelbar betreffen, fehlt die Unterscheidungskraft, wenn durch die Angabe ein enger beschreibender Bezug zu den angemeldeten Waren oder Dienstleistungen hergestellt wird und deshalb die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Verkehr den beschreibenden Begriffsinhalt als solchen ohne Weiteres und ohne Unklarheiten erfasst und in der Bezeichnung nicht ein Unterscheidungsmittel für die Herkunft der angemeldeten Waren oder Dienstleistungen sieht (BGH GRUR 2018, 301 Rn. 15 - PippiLangstrumpf-Marke; GRUR 2014, 569 Rn. 10 - HOT; GRUR 2012, 1143 Rn. 9 - Starsat; GRUR 2009, 952 Rn. 10 - DeutschlandCard). Ferner kommt die Eignung, Waren oder Dienstleistungen ihrer Herkunft nach zu unterscheiden, solchen Angaben nicht zu, die aus gebräuchlichen Wörtern oder Wendungen der deutschen 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 GRUR 2018, 932 Rn. 8 - #darferdas? I; GRUR 2016, 934 Rn. 12 - OUI; GRUR 2014, 872 Rn. 21 - Gute Laune Drops; GRUR 2014, 569 Rn. 26 - HOT; GRUR 2012, 1143 Rn. 9 - Starsat; GRUR 2012, 270 Rn. 11 - Link economy; GRUR 2010, 640 Rn. 13 - hey!).

2. Gemessen an diesen Grundsätzen weist die angemeldete Marke **THE 1:1 DIET** in Bezug auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen keine Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG auf.

a. Von den vorliegend angemeldeten Waren und Dienstleistungen aus dem Ernährungsbereich werden neben dem Fachverkehr wie Lebensmittelhändler vor allem Endverbraucher angesprochen.

b. Bei dem Zeichen **THE 1:1 DIET** handelt es sich um die Aneinanderreihung der für sich ohne weiteres erkennbaren und verständlichen englischen Wörter „THE“ und „DIET“, zwischen denen sich zweimal die durch einen Doppelpunkt unterbrochene Ziffer „1“ befindet.

aa. Der bestimmte Artikel „THE“ ist der englische bestimmte Artikel mit der Bedeutung „der, die, das“ (<https://dict.leo.org/englisch-deutsch/the>).

bb. Der englische Begriff „DIET“ entspricht dem deutschen Wort „Diät“, wo es (u.a.) um eine zum Zweck des Abnehmens eingehaltene Ernährungsweise geht (Duden online – Diät).

cc. Wie die Anmelderin zutreffend ausführt, kann der Bestandteil „1:1“ isoliert gesehen verschiedene Bedeutungen haben, z.B. eine Phase beim Poker beschreiben. Im maßgeblichen Gesamtzeichen **THE 1:1 DIET** bezieht sich der Bestandteil „1:1“ jedoch offensichtlich auf das Substantiv „DIET“. In Zusammenhang mit den angemeldeten Waren und Dienstleistungen versteht der Verkehr das Anmeldezeichen deshalb ohne weiteres dahingehend, dass es um eine Diät geht, bei der etwas in einem ausgewogenen Verhältnis zu erfolgen hat, nämlich dergestalt, dass einem Teil des einen auch ein gleicher Teil des anderen gegenübersteht. Dabei kann es, wie die Markenstelle annimmt, um den Zeitfaktor gehen, nämlich, dass sich Fastentage und Tage, an denen man nach Belieben essen darf, im gleichen zeitlichen Umfang abwechseln. Zudem ist auch jede andere Kombination von Zeiträumen möglich, solange sie in einem gleichen Verhältnis stattfindet, nämlich „1:1“. Denkbar ist auch, dass die Aufnahme von Lebensmitteln selbst in einem ausgewogenen Verhältnis erfolgen soll, z.B. dass eine Mahlzeit sich aus einem Teil Fleisch und einem gleich großen (mengenmäßig oder

kalorienmäßig oder anders zu bestimmenden) Teil von Gemüse, Obst oder anderen Beilagen zusammensetzt, oder dass feste und flüssige Nahrung im gleichen Verhältnis aufgenommen werden. Denkbar ist auch, dass die Diät so durchgeführt wird, wie die Anmelderin es selbst propagiert (<https://www.cambridge-news.co.uk/news/cambridge-weight-plan-11-diet-16271365>), nämlich, dass einem Kunden ein persönlicher Diätassistent zur Seite gestellt wird und somit ein Personenverhältnis von 1:1 (ein Kunde:ein Berater/ Coach) gegeben ist.

All diesen möglichen Bedeutungen ist gemeinsam, dass der angesprochene Verkehr auf Antrieb erfasst, dass eine Diät angeboten wird, bei der etwas im Verhältnis „1:1“ erfolgt.

dd. Das angemeldete Zeichen reiht sich in seinem Aufbau in vergleichbare Begriffsbildungen ein, wo der mit einem bestimmten Artikel versehene Begriff „Diät“ mit zwei durch einen Doppelpunkt ins Verhältnis gesetzte Zahlen die zeitlichen, mengenmäßigen oder personellen Komponenten einer Diät näher bestimmen. Beispielsweise wurde bereits 2017 ein Buch mit dem Titel „Die 6:1 Diät“ angeboten, wo es heißt: „6 Tage essen, 1 Tag fasten“ bzw. von „einer gemäßigten Form“ des Fastens wie „14:10“ oder „12:12“ gesprochen wird (<https://www.amazon.de/Die-1-Diät-Einfach-abnehmen-Intervallfasten/dp/3517096180>). In einem ebenfalls im Jahr 2017 in der Zeitschrift „Fit vor Fun“ erschienen Artikel mit Titel „Schlank mit der 16:8 Diät“ wird eine Diät beschrieben, bei der in einem achtstündigen Zeitfenster gegessen und dann 16 Stunden gefastet wird vgl. dazu: <https://web.archive.org/web/20170407043748/https://www.fitforfun.de/abnehmen/diaeten/168-diaet-schlank-mit-der-168-diaet-237922.html>). Außerdem wurde ebenfalls im Jahr 2017 die von der Markenstelle angeführte Methode zum Abnehmen als „1:1 Diät“ bezeichnet, bei der es darum geht, an einem Tag strenge Regeln bezüglich der Nahrungsaufnahme zu beachten, während man am folgenden Tag alles essen darf, was man will.

ee. Soweit die Anmelderin meint, dass die inländischen Verkehrskreise das Zeichen **THE 1:1 DIET** nicht ins Deutsche übersetzen und damit nicht verstehen, verkennt sie, dass bereits die Englischkenntnisse des Durchschnittsverbrauchers nicht zu gering veranschlagt werden dürfen (vgl. Ströbele in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Auflage, § 8 Rn. 224 m. w. N.). Gerade die Bedeutung des zum englischen Grundwortschatz gehörenden bestimmten Artikels „THE“ und das Wort „DIET“, das im Englischen und im Deutschen fast identisch ist, erkennt der angesprochene Verkehr ohne weiteres. Unabhängig davon, ob der Verkehr bewusste Überlegungen zur Übersetzung zu **THE 1:1 DIET** anstellt, liegt die beschreibende Bedeutung ohne weiteres auf der Hand, zumal der Verkehr bereits zum Anmeldetag an Diätkonzepte beschreibende Begriffsbildungen wie „Die 6:1 Diät“ oder „Die 16:8 Diät“ bzw. eine „1:1 Diät“ gewöhnt war.

ff. Anders als die Anmelderin meint, ist zur Erfassung des beschreibenden Sinngehalts des Anmeldezeichens keine analysierende Betrachtungsweise erforderlich. Zwar lässt die Zeichenkombination **THE 1:1 DIET** nicht nur auf ein einziges denkbare Diätkonzept schließen, sondern es sind – wie zuvor ausgeführt - verschiedene Diätformen denkbar, bei denen es um ein Verhältnis 1:1 geht. Für die Annahme einer beschreibenden Bedeutung von **THE 1:1 DIET** ist es jedoch nicht erforderlich, dass sich aus der Bezeichnung nur eine einzige eindeutige Diätvariante ergibt bzw. dass die konkrete Art der Diät erschöpfend wiedergegeben wird, vielmehr ist die Bezeichnung des Konzepts - ein mengenmäßiges, zeitliches oder personelles Verhältnis von 1:1 - als solches ausreichend (vgl. BGH GRUR 2000, 882 - Bücher für eine bessere Welt, BPatG 32 W (pat) 425/99 – Schatzinsel, BPatG 29 W (pat) 512/21 - KUGELHUPF).

gg. Die angemeldete Bezeichnung weist auch keine ungewöhnliche Struktur oder Besonderheiten syntaktischer oder semantischer Art auf, die von einem rein sachbezogenen Aussagegehalt wegführen könnten. Wie bereits ausgeführt, reiht sich das angemeldete Zeichen in vergleichbar gebildete Bezeichnungen ein, die aus einem Artikel, zwei ins Verhältnis gesetzten Zahlen und dem Begriff „Diät/DIET“ gebildet sind. Der angesprochene Verkehr erfasst derartige Begriffsbildungen als beschreibenden Hinweis darauf, dass die ins Verhältnis gesetzten Zahlen zeitliche, mengenmäßige oder personelle Komponenten der Diät näher bestimmen. Über diese Sachinformationen hinaus enthält die angemeldete Bezeichnung **THE 1:1 DIET** kein Element, das den Eindruck einer betrieblichen Herkunftskennzeichnung, also einer Marke hervorruft.

c. Ausgehend von der Bedeutung einer Diät, die durch ein 1:1-Verhältnis gekennzeichnet ist, fehlt es dem zur Eintragung in das Markenregister angemeldeten Zeichen **THE 1:1 DIET** im Hinblick auf sämtliche angemeldeten Waren und Dienstleistungen an Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

aa. Dies gilt zunächst hinsichtlich der zu Klassen 29, 30 und 32 beanspruchten Waren, die sich auf kalorienarme oder –reduzierte Lebensmittel bzw. Lebensmittel „für Diätprogramme“ oder „mit Kalorienangabe oder ausgewogener Nährstoffbilanz“ beziehen. Zwischen diesen Waren und dem Sinngehalt der angemeldeten Bezeichnung besteht insofern ein konkreter und unmittelbarer Bezug, als es bei allen genannten Lebensmitteln auf ihren Kaloriengehalt ankommt, was bei Lebensmitteln, die im Rahmen einer Diät konsumiert werden, ein wichtiger Faktor ist. Das gilt - anders als die Anmelderin meint - auch, wenn man dem Anmeldezeichen die von der Markenstelle angenommene Bedeutung zugrunde legt, wo sich jeweils ein Fasten- und ein Essenstag abwechseln. Da es bei einer Diät meist um Kalorienreduktion und Gewichtsabnahme geht, liegt es auf der Hand, dass das Ergebnis noch effektiver ist, wenn an den „Essens-Tagen“ zusätzlich auf Kalorien geachtet wird.

Außerdem bedeuten „Fasten-Tage“ nicht zwangsläufig das „strenge Fasten“, wo nur Wasser oder ungesüßter Tee konsumiert werden dürfen, sondern auch eine kalorienreduzierte oder –arme Nahrungsaufnahme.

bb. Im Hinblick auf die weiterhin beanspruchten Waren wird der Verkehr bei einer Kennzeichnung mit der angemeldeten Marke **THE 1:1 DIET** ohne weiteres davon ausgehen, dass diese Produkte für eine entsprechende Diät geeignet und bestimmt sind. So finden z.B. Milchshakes, Milchgetränke mit Schokoladen- und Fruchtgeschmack, Granulate und Präparate zur Moussezubereitung; Präparate zur Umwandlung von Flüssigkeiten in Speisemousse, Aufgüsse und Kräuter-Früchte-Tees“ häufig im Rahmen von Diäten Verwendung. Soweit es um Waren wie „Snacks aus Obstbasis“ (Kl. 29), „Teigwaren und Teigwarengerichte; Makkaroni; Reis; Gerichte und Speisen auf Reisbasis“ (Kl. 30) geht, wird der Verkehr bei einer Kennzeichnung mit **THE 1:1 DIET** davon ausgehen, dass diese die Diät z.B. im Rahmen der Nährstoffausgewogenheit unterstützen bzw. sättigend oder entwässernd wirken.

cc. Die in Klasse 44 beanspruchten Dienstleistungen „Beratung in Bezug auf Gewichtsabnahme, Gewichtsbeibehaltung, Diätprogramme, Ernährung; Ernährungsberatung; Beratung, Betreuung und Coaching in Bezug auf Ernährung“ haben ihrer Bezeichnung nach bereits Bezug zu einer Diät. Der angesprochene Verkehr geht im Zusammenhang mit der angemeldeten Bezeichnung davon aus, dass insoweit Leistungen in Form von Beratung und Coaching erbracht werden, bei denen erklärt wird, worauf „die 1:1 Diät“ basiert, weshalb sie zum Erfolg führt und wie genau man sie anzuwenden hat, so dass der Verkehr der angemeldeten Bezeichnung lediglich einen beschreibenden Hinweis auf deren Thema und Inhalt entnehmen wird. Entgegen dem Vorbringen der Anmelderin kann auch eine auf den ersten Blick einfache Diät durch eine begleitende Beratung und Hilfestellung flankiert sein, und sei es nur dahingehend, wie viel Gewichtsreduktion mit der Methode in welcher Zeitspanne zu erwarten ist. Zudem basiert das Geschäftsmodell der Anmelderin – wie ausgeführt – auf einer intensiven Diät-

Betreuung, nämlich einer 1:1-Betreuung. Sie geht also selbst davon aus, dass Beratungsdienstleistungen bei einer Diät wichtig sind.

dd. In Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen erschöpft sich **THE 1:1 DIET** daher in einer aus sich heraus verständlichen und sofort erfassbaren schlagwortartigen Sachaussage zu deren Bestimmungs- und Verwendungszweck, ohne einen darüber hinausreichenden Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Waren zu vermitteln.

d. Die angemeldete Marke **THE 1:1 DIET** kann daher in Bezug auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen ihre Hauptfunktion nicht erfüllen. Sie ist deshalb nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG von der Eintragung ausgeschlossen, so dass die Beschwerde zurückzuweisen war.

3. Schließlich veranlasst die von der Beschwerdeführerin angeführte Schutzgewährung des Zeichens **THE 1:1 DIET** in Großbritannien zu keiner anderen Beurteilung. Nach gefestigter Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (vgl. GRUR 2009, 667 - Bild.T-Online u. ZVS unter Hinweis u. a. auf die Entscheidungen EuGH GRUR 2008, 229 Rn. 47 bis 51 - BioID; GRUR 2004, 674 Rn. 42 bis 44 - Postkantoor), des Bundesgerichtshofs (vgl. GRUR 2008, 1093 Rn. 18 - Marlene-Dietrich-Bildnis I) und des Bundespatentgerichts (vgl. z. B. GRUR 2009, 1175 - Burg Lissingen; MarkenR 2010, 139 - VOLKSFLAT und die Senatsentscheidung MarkenR 2010, 145 - Linuxwerkstatt) besteht weder eine Bindungs- noch eine Indizwirkung (vgl. auch Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 14. Aufl., § 8 Rn. 90 f. m.w.N.). Die Entscheidung über die Schutzfähigkeit ist keine Ermessens-, sondern vielmehr eine (an das Gesetz) gebundene Entscheidung, wobei selbst identische Voreintragungen nach ständiger Rechtsprechung nicht zu einem Anspruch auf Eintragung führen. Für Voreintragungen ausländischer Behörden oder Gerichte gilt dies erst recht (vgl. EuGH GRUR 2006, 229 Rn. 47 bis 51 - BioID; GRUR 2004, 674 Rn. 42 bis 44 - Postkantoor).

III.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss steht der Anmelderin das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er 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 Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich einzulegen.