



# BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 9/05

---

**(AktENZEICHEN)**

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Markenmeldung 304 23 668.3/29**

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 10. Mai 2006 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

Die Beschwerde des Anmelders gegen den Beschluss der Markenstelle für Klasse 29 vom 29. September 2004 wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Angemeldet zur Eintragung in das Markenregister ist das Zeichen



für die Waren der Klassen 05, 29, 30 und 32

„Nahrungsmittel- und diätische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, nämlich Sporternährung, Abmagerungspräparate für medizinische Zwecke, Diätgetränke für medizinische Zwecke, Vitaminpräparate, Extrakte für Sporternährung, in der Hauptsache bestehend aus Vitamin- und Mineralstoffmischungen; Diät-Nahrungsmittel für medizinische Zwecke; Nahrungsergänzungsmittel und diätische Lebensmittel insbesondere für Sportler, im Wesentlichen bestehend aus Proteinen, Kohlenhydraten, Hydrolysaten, Vitalstoffen, Vitaminen und Mineralstoffen, vorgenannte Waren auch in Form von Pulvern, Granulaten, Tabletten, Kapseln, Pasten, Riegeln und in flüssiger Form (soweit in Klasse 5 fallend);

Eiweißpräparate, Proteinpräparate, Nahrungsmittel auf Eiweißgrundlage und Kohlenhydratgrundlage, Milch und Milchprodukte, Extrakte für Sporternährung, in der Hauptsache bestehend aus Proteinen; Lebensmittel und Nahrungsergänzungsmittel insbesondere für Sportler, im Wesentlichen bestehend aus Proteinen, Kohlenhydraten, Hydrolysaten, Vitalstoffen, Vitaminen, Mineralstoffen, getrocknetem Obst, vorgenannte Waren auch in Form von Pulvern, Granulaten, Tabletten, Kapseln, Pasten, Riegeln, und in flüssiger Form (soweit in Klasse 29 fallend); Nahrungsmittel auf Eiweißgrundlage und Kohlenhydratgrundlage, Getreidepräparate, Nahrungsmittel auf der Grundlage von Getreide, Schokolade, Kakao-, Kaffee- und Schokoladengetränke, Traubenzucker für Nahrungszwecke, diätische Erzeugnisse für nichtmedizinische Zwecke auf der Grundlage von Kohlenhydraten und Proteinen, auch unter Zusatz von Vitaminen, Mineralstoffen, Pflanzenfasern, Getreide, getrocknetem Obst, Koffein, Tein, Guarana, Carnitin; vorgenannte Waren auch in Form von Pulvern, Granulaten, Tabletten, Kapseln, Pasten, Riegeln und in flüssiger Form insbesondere für den Sport- und Fitnessbereich (soweit in Klasse 30 fallend); Alkoholfreie Getränke, Diätgetränke, Fruchtgetränke und Fruchtsäfte, isotonische Getränkepulver für die Zubereitung von Getränken, Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken, Energiedrinks, Nährstoffdrinks, Mineralstoffdrinks, Vitamindrinks, Aufbaugetränke auf Eiweiß- und Kohlenhydratgrundlage, Getränke unter Zusatz von Carnitin, Cholin, Inositol, Guarana (soweit in Klasse 32 fallend); sämtliche vorgenannte Waren auch als diätische und kalorienarme Erzeugnisse für nichtmedizinische Zwecke und insbesondere für den Sport- und Fitnessbereich“.

Die Markenstelle für Klasse 29 hat die Anmeldung als nicht unterscheidungs-kräftige Sachangabe gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, die angemeldete Wortmarke enthalte lediglich den sprachlich gebildeten Gesamtausdruck „Best Choice Nutrition“, der in seiner sinngemäßen deutschen Übersetzung „Nahrung bester Wahl“ bedeute und für den Verkehr einen Hinweis auf die besondere Qualität und Güte der Waren darstelle. Der grafisch gestaltete Anfangsbuchstabe „B“, der an eine springende oder tanzende Person erinnere, bewege sich noch im Rahmen des Werbeüblichen und falle im Gesamteindruck nicht derart ins Gewicht, als dass der Verkehr darin einen betrieblichen Herkunftshinweis erkennen werde, zumal die Bildkomponente einen Bezug zu den beanspruchten Diät- und Sportlernahrungsmitteln herstelle.

Mit der hiergegen gerichteten Beschwerde verfolgt der Anmelder sein Begehren auf Eintragung weiter und macht geltend, dass zumindest der Bildbestandteil der Gesamtmarke hinreichend fantasievoll sei, nachdem ihn selbst die Markenstelle bei der Eingangserfassung nicht als Buchstaben aufgefasst habe, sondern erst auf Hinweis des Anmelders den Zeichentext geändert habe. Dementsprechend könne weder ein Freihaltungsbedürfnis noch ein Mangel der Unterscheidungskraft festgestellt werden.

Wegen der Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Die gemäß § 165 Abs. 4 MarkenG a.F. zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Der begehrten Eintragung in das Markenregister steht das Eintragungshindernis des Freihaltungsbedürfnisses (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG) wie das der fehlenden Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) entgegen.

Wie die Markenstelle zutreffend ausgeführt hat und der Anmelder selbst einräumt, enthält die Wortfolge „Best Choice Nutrition“ die Bedeutung „Ernährung bester Wahl“. Für die beanspruchten Waren stellt das eine rein anpreisende Beschaffen-

heitsangabe dar, zumal im Bereich der beanspruchten Warenklassen und insbesondere für Diät- und Fitnessernährung Englisch neben dem Deutschen zu einer wichtigen und allgemein verständlichen Werbesprache geworden ist. Daraus folgt ohne Weiteres die Schutzunfähigkeit der angemeldeten Wortfolge, und zwar nicht nur unter dem Gesichtspunkt mangelnder Unterscheidungskraft, sondern auch eines bestehenden Freihaltungsbedürfnisses im Sinne eines allgemeinen Interesses der Mitbewerber des Anmelders an der freien Verwendung der angemeldeten Wortfolge. Für die Wortfolge „BestChoice“ wurde dies - für Waren und Dienstleistungen der Klassen 16 und 42 - bereits in einer früheren Entscheidung festgestellt (Az. 25 W (pat) 282/02 vom 11. November 2004).

An diesem rein beschreibenden Charakter kann auch die bildliche Gestaltung der Marke nichts ändern. Je konkreter ein Markenbegriff die Merkmale der beanspruchten Ware bzw. Dienstleistung beschreibt, desto höher muss auch der Grad der grafischen Eigenart der Marke sein, um als betriebliches Unterscheidungsmitel dienen zu können (vgl. BPatG GRUR 1996, 410 - Color Collection; BPatGE 38, 239 - JEANS). Denn je unmittelbarer sich die Sachaussage darstellt, um so mehr wird sie sich in den Augen des angesprochenen Verbrauchers gegenüber der grafischen Gestaltung in den Vordergrund drängen, so dass die bildlichen Elemente erhebliche schutzbegründende Besonderheiten aufweisen müssen und sich nicht in einer umrahmenden, untermalenden oder ausschmückenden Darstellung erschöpfen dürfen (vgl. auch BGH GRUR 2001, 413, 415 - SWATCH; 2001, 1153 f. - antiKALK -).

Vorliegend geht die grafische Ausgestaltung der Marke in Form des Anfangsbuchstabens „B“ nicht über die dem Verkehr geläufige, werbeübliche Gebrauchsgrafik hinaus und kann daher zum Markenschutz nichts beitragen. Zwar darf bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft von grafischen Gestaltungselementen kein allzu strenger Maßstab angelegt werden, zumal Eigentümlichkeit und Originalität hierfür keine zwingenden Voraussetzungen darstellen (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl. 2003, § 8 Rdn. 164 m. w. N.). Bei dem streitigen Markenelement handelt es sich jedoch um eine rein piktogrammartige Gestaltung, die durch die enge Anbindung an den Text ohne Weiteres als „B“ erkannt werden wird. Deshalb

kommt es auch nicht darauf an, ob dem Bildelement in Alleinstellung die Schutzfähigkeit zuzubilligen wäre. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH a. a. O.) können einfache grafische Gestaltungen oder Verzierungen des Schriftbildes, an die sich der Verkehr etwa durch häufige werbemäßige Verwendung gewöhnt hat, eine fehlende Unterscheidungskraft der Wörter nicht aufwiegen. Dies gilt vor allem für - wie hier - glatt beschreibende Angaben, bei denen die kennzeichenkräftige Verfremdung im Gesamteindruck besonders auffällig hervortreten müsste, was aber nicht der Fall ist. Jedenfalls drängt sich der Eindruck eines Buchstaben „B“ ohne Weiteres auf, auch wenn die Grafik in Alleinstellung durch den kopfartigen Punkt möglicherweise auch als piktogrammähnlicher Schattenriss einer Person erscheinen könnte. Doch sticht die Grafik am Anfang der dreiteiligen und im Übrigen kompletten Wortfolge dem Betrachter nicht so stark ins Auge, dass eine kennzeichenkräftige Verfremdung eingetreten wäre, die der Gesamtmarke die erforderliche Unterscheidungskraft verleihen könnte; hierbei ist es auch unerheblich, dass bei der Texterfassung der Marke im Verwaltungsbereich des Amtes der Anfangsbuchstabe „B“ weggelassen worden ist, da bei der Eingangsbearbeitung naturgemäß Zurückhaltung bei der Bewertung von Zeichenteilen geübt werden muss, ohne dass damit ein Präjudiz geschaffen wird, zumal es bei der Prüfung einer Marke immer auf die betroffenen Verkehrskreise ankommt.

2. Dass an der angemeldeten Marke in Bezug auf die beanspruchten Waren auch ein Freihaltebedürfnis im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG besteht, ergibt sich aus den obigen Ausführungen zwangsläufig. Denn der Sinngehalt der Wortfolge kann als konkrete Angabe über wesentliche Eigenschaften der unter dieser Marke angebotenen Waren dienen. Deshalb kommt es auch insoweit wieder auf einen bildlichen „Überschuss“ an, der hier wegen des beschreibenden Charakters der übrigen Teile deutlich höher ausfallen müsste, um eine kennzeichnungskräft-

tige Verfremdung zu bewirken (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O. Rdn. 385, 389 m. w. N).

Nach alledem konnte die Beschwerde des Anmelders keinen Erfolg haben.

gez.

Unterschriften