



# BUNDESPATENTGERICHT

24 W (pat) 38/05

---

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt  
zugestellt am  
9. August 2006

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Markenmeldung 303 26 359.8**

hat der 24. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. April 2006 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Die Wortmarke

#### **Aktiv-Pflege Puder**

ist für verschiedene Waren der Klasse 3 zur Eintragung in das vom Deutschen Patent- und Markenamt geführte Register angemeldet.

Mit zwei Beschlüssen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, hat die Markenstelle für Klasse 3 des Deutschen Patent- und Markenamts die Anmeldung teilweise zurückgewiesen, und zwar für die Waren

„Wasch- und Bleichmittel; Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel; Mittel zur Körper- und Schönheitspflege; Zahnputzmittel“.

Insoweit fehle der angemeldeten Marke die Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Die Wortkombination „Aktiv-Pflege Puder“ würden die angesprochenen Verkehrskreise lediglich als einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Sachhinweis darauf auffassen, dass die in Rede stehenden Waren als Puder (= feine pulvrige Substanz) angeboten würden und der aktiven Pflege dienten. Wie die beigefügte Internet-Recherche belege, würden vergleichbare Begriffskombinationen, wie „Aktivpflegegel, -öl, -deostick oder -fluid“ im Verkehr

vielfach verwendet. Kosmetische Puder enthielten oft pflegende Substanzen. Ferner gebe es pulverförmige Zahnputzmittel, die der aktiven Pflege dienten, und auch Putz- und Poliermittel könnten diese Eigenschaft haben. Für die von der Anmelderin behauptete Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke nach § 8 Abs. 3 MarkenG gebe es keine hinreichenden Anhaltspunkte. Die vorgelegten Unterlagen, insbesondere die in verschiedenen deutschen Supermärkten erzielten Verkaufszahlen von 183 000 Stück im Jahr 2003 für ein Hautpflegepuder mit der Kennzeichnung „Klosterfrau Aktiv-Pflege Puder“, reichten zur Anfangsglaubhaftmachung einer Durchsetzung der Marke bei einem erheblichen Teil der angesprochenen breiten Verkehrskreise im gesamten Bundesgebiet nicht aus. Es habe daher keine Veranlassung bestanden, ein Verfahren zur Prüfung der Verkehrsdurchsetzung durchzuführen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin. Nach ihrer Auffassung fehlt der angemeldeten Marke nicht jegliche Unterscheidungskraft, da sich dem unbefangenen Durchschnittsverbraucher nicht unmittelbar und ohne weiteres Nachdenken ein warenbeschreibender Gehalt des Zeichens aufdränge. Der Begriff „Puder“ beschreibe die Form, in der ein Präparat angeboten werde, nicht aber besondere Eigenschaften und den Anwendungsbereich des Präparates. Gleiches gelte für den Begriff „Pflege“, dem in Bezug auf die fraglichen Waren kein klar definierter Begriffsgehalt zukomme. Selbst wenn die Bestandteile „Pflege“ und „Puder“ isoliert jeweils als beschreibende Hinweise auf die Form und Funktion der Produkte angesehen werden sollten, sei jedoch der Gesamtbegriff „Aktiv-Pflege Puder“ wegen des Begriffs „Aktiv“ bzw. der Kombination „Aktiv-Pflege“ unterscheidungskräftig. Aktiv, d. h. tätig, könnten nur Menschen, nicht aber tote Gegenstände sein. So sei möglicherweise der Anwender des Produkts aktiv, nicht aber das Produkt als solches. Bei derartigen Angaben, die nicht unmittelbar die Waren selbst betreffen, müsse zur Verneinung der Unterscheidungskraft ein enger beschreibender Bezug bestehen (vgl. BGH GRUR 2005, 417 „BerlinCard“), was hier nicht festgestellt werden könne. Auch die bisherige Eintragungspraxis des Patentamts, das vergleichbare Kombinationszeichen mit dem Bestandteil „Aktiv“

eingetragen habe (z. B. Nr. 303 29 517 „Gelenk-Aktiv“; Nr. 301 46 918 „Balance Aktiv“; Nr. 303 14 012 „Vitamin Aktiv“), bestätige die Schutzfähigkeit der angemeldeten Marke. Im Übrigen macht die Anmelderin weiterhin die Verkehrsdurchsetzung ihrer Marke geltend. Bei dem unter der Anmeldemarke vertriebenen Präparat handle es sich nicht um einen Konsumartikel, der in großen Mengen vertrieben werde. Dabei werde die angemeldete Bezeichnung auf den Produkten optisch abgesetzt von der Kennzeichnung „Klosterfrau“ verwendet. Die in den Jahren 2001 bis 2003 erzielten, jährlich gestiegenen Umsätze von durchschnittlich 290 000,-- € sowie der Verkauf der Produkte in Supermarktketten, wie Müller, Edeka, Globus und Kaufland, ließen daher auf eine erheblich bekannte, im Verkehr durchgesetzte Marke schließen.

Die Anmelderin beantragt,

die Beschlüsse der Markenstelle vom 4. Juni 2004 und 26. November 2004 aufzuheben.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten, insbesondere auch auf die der Anmelderin mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung übersandten Recherche-Ergebnisse des Senats, verwiesen.

## II.

Die zulässige Beschwerde der Anmelderin hat in der Sache keinen Erfolg. Mit der Markenstelle ist der Senat der Auffassung, dass der Eintragung der angemeldeten Marke für die beschwerdegegenständlichen Waren das Schutzhindernis fehlender Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegensteht und dieses Schutzhindernis auch Anwendung findet, weil eine Durchsetzung der Marke in den beteiligten Verkehrskreisen gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG von der Anmelderin nicht glaubhaft dargelegt und nachgewiesen worden ist.

Unterscheidungskraft im Sinn der oben genannten Bestimmung ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, die Waren oder Dienstleistungen, für welche die Eintragung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Waren oder Dienstleistungen von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. u. a. EuGH GRUR 2002, 804, 806 (Nr. 35) „Philips“; GRUR 2003, 514, 517 (Nr. 40) „Linde, Winward und Rado“; GRUR 2004, 428, 431 (Nr. 48) „Henkel“; BGH GRUR 2002, 1070, 1071 „Bar jeder Vernunft“; MarkenR 2003, 148, 149 „Winnetou“). Die Unterscheidungskraft ist zum einen im Hinblick auf die angemeldeten Waren oder Dienstleistungen und zum anderen im Hinblick auf die beteiligten Verkehrskreise zu beurteilen, wobei auf die Wahrnehmung der Marke durch einen normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der fraglichen Waren oder Dienstleistungen abzustellen ist (vgl. u. a. EuGH GRUR 2003, 514, 517 (Nr. 41) „Linde, Winward und Rado“; GRUR 2004, 428, 431 (Nr. 50) „Henkel“; GRUR 2004, 943, 944 (Nr. 24) „SAT.2“). Zu berücksichtigen ist außerdem, dass der Verkehr ein als Marke verwendetes Zeichen i. d. R. so aufnimmt, wie es ihm entgegentritt, ohne es einer näheren analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (vgl. u. a. EuGH GRUR 2004, 428, 431 (Nr. 53) „Henkel“; BGH MarkenR 2000, 420, 421 „RATIONAL SOFTWARE CORPORATION“; GRUR 2001, 1151, 1152 „marktfrisch“). Ausgehend hiervon besitzen Wortmarken nach der Rechtsprechung insbesondere dann keine Unterscheidungskraft, wenn ihnen die angesprochenen Verkehrskreise für die fraglichen Waren oder Dienstleistungen lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnen (vgl. u. a. EuGH GRUR 2004, 674, 678 (Nr. 86) „Postkantoor“; BGH GRUR 2001, 1151, 1152 „marktfrisch“; GRUR 2001, 1153 „antiKalk“; GRUR 2005, 417, 418 „BerlinCard“). Dies trifft für die angemeldete Marke in Bezug auf die hier in Rede stehenden beschwerdegegenständlichen Waren zu.

Die angemeldete Marke setzt sich aus allgemein geläufigen Wörtern der deutschen Sprache zusammen, die im inländischen Verkehr von jedermann in ihrer Bedeutung („aktiv“ = wirksam, handelnd, tätig; „Pflege“ = sorgfältige Behandlung,

sorgfältige, liebevolle Betreuung; „Puder“ = feines Pulver; vgl. u. a. Bertelsmann, Wörterbuch der deutschen Sprache, 2004, S. 93, 1049 und 1099) verstanden werden. Dabei vermitteln die einzelnen Wörter den angesprochenen Verbrauchern jeweils für sich, aber auch in ihrer Gesamtheit, worauf für die Beurteilung der Unterscheidungskraft maßgeblich abzustellen ist (vgl. u. a. EuGH GRUR 2004, 943, 944 (Nr. 28) „SAT.2“; GRUR 2006, 229, 230 (Nr. 29) „BioID“), einen ohne weiteres fassbaren, die in Rede stehenden Waren unmittelbar beschreibenden Aussagegehalt im Sinne eines Puders, der den Körper oder sonstige Gegenstände aktiv, wirksam pflegt bzw. für eine solche aktive Pflege bestimmt ist.

Der Begriff „Puder“ bezeichnet im Sinn einer feinen pulvrigen Substanz die Darreichungsform der Produkte. Eine handelsübliche Abgabe in Puderform lässt sich nicht nur für „Mittel zur Körper- und Schönheitspflege“, unter die insbesondere Körperpflegepuder fallen, belegen, sondern auch für „Poliermittel“ (vgl. die Internet-Seite [www.china-deko.de/...](http://www.china-deko.de/...), auf der ein Schwertpflegeset angeboten wird, das Polierpuder enthält), für „Schleifmittel“ (vgl. die Internet-Seite [www.kelkoo.de/...](http://www.kelkoo.de/...), auf der Stein-Schleifpuder angeboten wird) und für „Zahnputzmittel“ (vgl. auf der Internetseite [www.nirava.com/...](http://www.nirava.com/...) der angebotene Vicco Zahnputzer). Da auch die übrigen von der Zurückweisung betroffenen Waren - „Wasch- und Bleichmittel, Putz- und Fettentfernungsmittel“ - als feinpulvrige Substanz erhältlich sind, werden die angesprochenen Verbraucher den Begriff „Puder“ angesichts des engen Sachbezugs insoweit ebenfalls nur als Beschaffenheitsangabe verstehen und darin keinen, wegen eines unüblichen sachwidrigen Wortgebrauchs phantasievollen betrieblichen Herkunftshinweis sehen.

Durch Voranstellen des Wortes „Pflege“ wird der Puder näher dahingehend bestimmt, dass er der Pflege dient bzw. pflegende Wirkung hat. Pflegekomponenten können dabei nicht nur Körperpflegemittel und Zahnputzmittel aufweisen, sondern auch sonstige der Reinigung und Pflege von Gegenständen dienende Mittel.

Die Art der Pflege wird wiederum durch das dem Wort „Pflege“ vorangestellte Adjektiv „Aktiv“ als eine aktive, d. h. wirksame, tätige Pflege, spezifiziert. Das Argument der Anmelderin, aktiv könnten nur Personen, nicht aber tote Gegenstände sein, überzeugt nicht. Abgesehen davon, dass gerade bei der Bewerbung von Waren häufig an sich personenbezogene Begriffe produktbezogen eingesetzt werden, wird das Eigenschaftswort „Aktiv.../aktiv“ bereits im allgemeinen Sprachgebrauch nicht ausschließlich in Bezug auf Personen, sondern ebenso in Bezug auf Sachen verwendet (vgl. z. B. „aktiver Wortschatz, aktives Wahlrecht“; Bertelsmann, a. a. O., S. 93). Zudem lässt sich nicht nur der beschreibende warenbezogene Gebrauch des Adjektivs „aktiv“ (vgl. hierzu BGH GRUR 1998, 394 „Active Line“), sondern insbesondere auch der Gebrauch der in der angemeldeten Marke enthaltenen Kombination „Aktiv Pflege“ für einschlägige Mittel belegen (vgl. die Internet-Recherche/Google-Suche zu „aktiv-pflege“ in der Anlage zum Beschluss der Markenstelle vom 4. Juni 2006 sowie in der vom Senat durchgeführten ergänzenden Internet-Recherche u. a. die Seiten <http://cgi.ebay.de/NIVEA-VITAL...> „NIVEA VITAL STRAFFENDE AKTIVPFLEGE“; [www.emax24.de/...](http://www.emax24.de/...) „Aktiv-Pflege zur Faltenverringerung + Hautverfeinerung“; [www.biotherm.de/...](http://www.biotherm.de/...) „AGE FITNESS POWER 2 Glättende Aktiv-Pflege gegen die ersten Zeichen der Hautalterung...“; <http://cgi.de/ws/eBAYISAPI...> „Ladival med Aktivpflege-Fluid 125 ml“; [www.zwinger-vom-pulverfass.de/...](http://www.zwinger-vom-pulverfass.de/...) „Logona Aktivpflege Duschgel“).

Die Eintragbarkeit der angemeldeten Marke lässt sich schließlich nicht mit einer entsprechenden Eintragungspraxis des Deutschen Patent- und Markenamts hinsichtlich vergleichbarer Marken mit dem Bestandteil „aktiv“ für Waren der Klassen 3 und 5 begründen. So vermögen nach der Rechtsprechung selbst identische oder vergleichbare Markeneintragungen weder für sich noch in Verbindung mit dem Gleichheitssatz zu einer anspruchsbegründenden Selbstbindung des Patentamtes zu führen, weil die Entscheidung über die Schutzfähigkeit einer Marke keine Ermessens-, sondern einer reine Rechtsfrage darstellt (vgl. u. a. BGH GRUR 1997, 527, 529 „Autofelge“; BIPMZ 1998, 248, 249 „Today“). Abgesehen davon sind die von der Anmelderin genannten Marken (siehe oben) sowohl hin-

sichtlich ihrer Wortform mit jeweils nachgestelltem Wort „AKTIV“ als auch hinsichtlich ihres Begriffsgehalts nicht mit der vorliegend beanspruchten Wortkombination vergleichbar. Zudem existieren, worauf bereits die Markenstelle hingewiesen hat, auch etliche Zurückweisungen von Markenmeldungen mit dem Bestandteil „aktiv“ bzw. (engl.) „active“, die durch das Bundespatentgericht sowie den Bundesgerichtshof bestätigt worden sind (vgl. BGH a. a. O. „Active Line“; BPatG PAVIS PROMA 24 W (pat) 247/99 „Duo-Aktiv Tabs“; 28 W (pat) 111/00 „aktiv Frühstück“; 24 W (pat) 132/01 „ACTIVE FRESH“).

Schließlich hat die Anmelderin die Voraussetzungen für eine Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG nicht schlüssig vorgebracht und belegt. Das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG findet demzufolge weiterhin Anwendung.

Die Bestimmung des § 8 Abs. 3 MarkenG erfordert, dass sich die angemeldete Marke infolge ihrer Benutzung für die beanspruchten Waren in einem erheblichen Teil der beteiligten Verkehrskreise durchgesetzt hat. Als im Rechtssinn erheblich ist es dabei anzusehen, wenn die Mehrheit der angesprochenen Verkehrskreise in der Marke nicht mehr nur eine nicht unterscheidungskräftige Sach- oder sonstige Angabe, sondern einen auf ein bestimmtes Unternehmen bezogenen kennzeichnenden Herkunftshinweis sieht (vgl. EuGH GRUR 1999, 723, 727 (Nr. 52) „Chiemsee“; GRUR 2002, 804, 808 (Nr. 65) „Philips“; BGH GRUR 2001, 1042, 1043 „REICH UND SCHOEN“; BPatG GRUR 2005, 337, 341 f. „VISAGE“). Wer zu den beteiligten Verkehrskreisen zählt, die neben den Herstellern und Händlern in erster Linie die Endabnehmer der betroffenen Waren umfassen (vgl. EuGH GRUR 2004, 682, 683 (Nr. 23 - 25) „Bostongurka“), bestimmt sich nach den angemeldeten Waren und deren üblicher bestimmungsgemäßer Verwendung, die nach dauerhaften charakteristischen Kriterien zu beurteilen ist, nicht nach Werbekonzeptionen, die jederzeit geändert werden können (vgl. BGH GRUR 2002, 340, 341 „Fabergé“). Körperpflegepuder, wofür die Anmelderin die Marke nach den eingereichten Unterlagen ausschließlich einsetzt und wofür eine Verkehrsdurchset-

zung daher ohnehin nur in Betracht käme, ist nach Art und Verwendungszweck ein der täglichen Körperpflege dienender Konsumartikel, der, wie etwa Hautcreme oder Deodorants, ohne Einschränkung grundsätzlich von allen Bevölkerungsgruppen regelmäßig benutzt und erworben wird. Hierfür spricht auch die Vermarktung des Körperpflegepuders der Anmelderin in Supermarktketten, in denen im Wesentlichen Produkte des täglichen Bedarfs angeboten werden. Besondere Umstände, die auf objektiven Produkteigenschaften von Körperpflegepuder beruhen, und die zu einer Einschränkung der Abnehmerkreise oder der Absatzmenge führen würden, sind von der Anmelderin nicht vorgetragen worden und sind auch nicht ersichtlich. Etwaige sonstige, auf Vermarktungsstrategien der Anmelderin beruhende, subjektive Faktoren, die ggf. Auswirkungen auf die Käuferzielgruppe oder auf den Umfang des Absatzes zeitigen, wären insoweit unbeachtlich.

Geht man demnach, wie die Markenstelle dies zutreffend getan hat, bei den beteiligten Endabnehmern von breiten Käuferkreisen im gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland aus, reichen die im Verfahren vor der Markenstelle genannten jährlichen Umsatzzahlen bzw. Absatz-Stückzahlen in den Jahren 2001 bis 2003, nämlich zwischen 281 000,-- € bzw. 171 000 Stück in 2001 und 302 000,-- € bzw. 183 000 Stück in 2003, welche jeweils weit unter einer Million Euro oder Stück liegen, nicht annähernd aus, um angesichts der allgemein verständlichen, für ein Körperpflegepuder glatt beschreibenden Bezeichnung „Aktiv-Pflege Puder“ die Annahme zu rechtfertigen, dass diese infolge einer solchen, dem Umfang nach allenfalls durchschnittlichen Benutzung - den markenmäßigen Gebrauch der Bezeichnung einmal unterstellt - bei einer Mehrheit der angesprochenen Endverbraucher in Deutschland einen Bedeutungswandel hin zu einem auf die Herkunft von Körperpflegepuder aus einem bestimmten Unternehmen hinweisenden Kennzeichen erfahren haben könnte.

Nachdem der Vortrag der Anmelderin keinen Anhalt für eine mögliche Verkehrsdurchsetzung der angemeldeten Marke für zumindest einen Teil der beanspruch-

ten Waren ergibt, hat die Markenstelle zu Recht davon abgesehen, ein förmliches Verkehrsdurchsetzungsverfahren einzuleiten.

gez.

Unterschriften