



# BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 109/06

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
14. November 2007

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Markenmeldung 305 25 564.9**

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 14. November 2007 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Hacker sowie der Richter Viereck und Kruppa

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

### **Gründe**

#### **I.**

Die Wortmarke

Frisch & Munter

ist für die Waren

„Tee und teeähnliche Erzeugnisse (Kräuter- und Früchtetees) für medizinische Zwecke, auch vitaminisiert und/oder aromatisiert und/oder instantisiert und/oder mineralisiert; Tee und teeähnliche Erzeugnisse (Kräuter- und Früchtetees) für Genusszwecke, auch vitaminisiert und/oder aromatisiert und/oder instantisiert und/oder mineralisiert; Eistee; Getränke mit oder auf der Basis von Tee/Kräutertee/Früchtetees (auch in trinkfertiger Form und/oder Beimischung von Fruchtgetränken und/oder Fruchtsäften); alkoholfreie Getränke, insbesondere Fruchtgetränke und Fruchtsäfte unter Beimischung von Tee/Kräutertee/Früchtetees; Energie-Getränke (Energy-Drinks); Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Mineralwasser und andere kohlenstoffhaltige Wässer; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken“

zur Eintragung in das Register angemeldet.

Die Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung mit Beschluss vom 19. Oktober 2005 wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückgewiesen. Die angemeldete Bezeichnung stelle einen allgemein

verständlichen Ausdruck der deutschen Umgangssprache dar, mit dem der körperliche und/oder geistige Zustand einer Person beschrieben werde. Dieser warenbeschreibende Sachhinweis bringe in direkter und unmissverständlicher Weise zum Ausdruck, dass die angebotenen Waren dazu bestimmt und geeignet seien, das psychische und/oder physische Wohlbefinden der Konsumenten zu steigern, so dass sie nach dem Genuss der beanspruchten Waren „frisch & munter“ seien. Bei der angemeldeten Bezeichnung handele es sich somit um ein werbeübliches Produktversprechen, welches die das Wohlfühl fördernden Eigenschaften der so gekennzeichneten Waren hervorhebe.

Die Erinnerung der Anmelderin ist durch Beschluss derselben Markenstelle vom 7. Juni 2006 zurückgewiesen worden. Auch der Erinnerungsprüfer hält die Marke für nicht unterscheidungskräftig. Diese erschöpfe sich in einer anpreisenden und beschreibenden Werbeaussage allgemeiner Art. Aus einer überblicksartigen Internetrecherche ergebe sich, dass dieser Werbeslogan bereits sehr häufig warenbeschreibend verwendet werde. Da es sich hierbei um einen offenkundigen Sachverhalt handele und das Medium Internet ein allgemein zugängliches Informationsmittel darstelle, verzichte die Markenstelle auf die Übersendung entsprechender Ausdrücke.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Anmelderin, mit der sie die Aufhebung der Beschlüsse der Markenstelle erstrebt. Der angemeldeten Wortfolge komme für die beanspruchten Waren kein konkret beschreibender Begriffsinhalt zu. Der Hinweis auf eine „überblicksartige Internetrecherche“, die noch nicht einmal anhand von Ausdrücken belegt worden sei, stelle einen offenkundigen Begründungsmangel dar. Die angemeldeten Adjektive könnten ausschließlich den Zustand von Lebewesen, nicht jedoch von Waren charakterisieren. Bei der Marke handele es sich um eine starke Suggestivmarke, mit der der angesprochene Verbraucher eine bestimmte Stimmung oder ein bestimmtes Gefühl in Verbindung bringe, der er jedoch keinen unmittelbar produktbeschreibenden Charakter beimesse. An der Bezeichnung bestehe auch kein Freihaltungsbe-

dürfnis. Zur Begründung ihres Eintragungsbegehrens stützt sich die Anmelderin im übrigen auf die Eintragung von ihrer Auffassung nach vergleichbaren Marken wie z. B. „VITAL FRISCH, RÜHR FRISCH, FIX & FRISCH, FRISCH & FRESH, MINERAL VITAL, FRESH & FIT, FIT & FRUITY“.

In der mündlichen Verhandlung hat die Anmelderin eine Liste eingetragener Marken im Teebereich und diverse Internetausdrucke von Teeprodukten überreicht, auf die sie ihr Eintragungsbegehren zusätzlich stützt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg, weil der angemeldeten Bezeichnung für die verfahrensgegenständlichen Waren jegliche Unterscheidungskraft fehlt (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG).

Unterscheidungskraft im Sinne dieser Vorschrift ist die einem Zeichen inwohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfassten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden. Denn die Hauptfunktion der Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten (st. Rspr.; EuGH GRUR Int. 2005, 1012 [Nr. 27 ff.] - BioID; BGH GRUR 2003, 1050 - Cityservice; GRUR 2006, 850, 854 - FUSSBALL WM 2006). Die Schutzfähigkeit als Marke ist dabei stets anhand der angemeldeten Bezeichnung in ihrer Gesamtheit zu beurteilen (Ströbele in: Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 8 Rdn. 15). Enthält eine Bezeichnung danach einen beschreibenden Begriffsinhalt, ist der angemeldeten Bezeichnung die Eintragung als Marke wegen Fehlens jeglicher Unterscheidungskraft zu versagen. Bei derartigen beschreibenden Angaben gibt es keinen tatsächlichen Anhalts-

punkt, dass der Verkehr sie als Unterscheidungsmittel versteht (BGH GRUR 2001, 1151, 1152 - marktfrisch; GRUR 2005, 417, 418 - BerlinCard).

Nach diesen Grundsätzen weist das angemeldete Zeichen in Bezug auf die verfahrensgegenständlichen Waren nicht die für eine Eintragung als Marke erforderliche Unterscheidungskraft auf. Die Wortfolge „Frisch & Munter“ wirkt in Bezug auf die beanspruchten Waren lediglich wie eine allgemeine Werbeaussage, nämlich dass man sich nach dem Genuss der so gekennzeichneten Getränke frisch und munter fühlt. Es handelt sich bei der angemeldeten Wortfolge um eine Sachaussage bezüglich der Wirkung der so gekennzeichneten Getränke. In diesem Sinn wird die Wortfolge „frisch und munter“ auch von Dritten bereits verwendet, wie sich aus den vom Senat ermittelten Internet-Belegen ergibt, die der Anmelderin mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung übersandt worden sind. Den Internetausdrucken [www.megavitalshop.de.shop/suessholz.htm](http://www.megavitalshop.de.shop/suessholz.htm) und [www.dragonspice.de/shop.php/sit/x/shp/oxbaseshop/cl/details/anid](http://www.dragonspice.de/shop.php/sit/x/shp/oxbaseshop/cl/details/anid) lässt sich entnehmen, dass die Redewendung „frisch und munter“ gerade im Zusammenhang mit Tee bereits verwendet wird. So gibt es etwa einen „Aurica Frisch und Munter Tee“ oder einen „Frisch und Munter Ayurveda Tee“.

Der Verkehr wird die angemeldete Wortfolge somit lediglich als Hinweis auf die Wirkung der so gekennzeichneten Getränke verstehen und hierin keinen Hinweis auf die Herkunft aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb sehen. Daran vermag die Schreibweise mit dem Kürzel „&“ nichts zu ändern, da es sich hierbei um ein im kaufmännischen Verkehr üblicherweise verwendetes Zeichen handelt, das die Bedeutung von „und“ hat. Die Verwendung eines derart geläufigen Zeichens verleiht beschreibenden Angaben noch nicht die erforderliche Unterscheidungskraft (Ströbele in: Ströbele/Hacker, a. a. O., § 8 Rdn. 86).

Aus der Schutzgewährung für andere, nach ihrer Ansicht vergleichbare Marken kann die Anmelderin keinen Anspruch auf Eintragung ableiten. Voreintragungen führen weder für sich noch in Verbindung mit dem Gleichheitssatz des Grundgesetzes zu einer Selbstbindung derjenigen Stellen, welche über die Eintragung zu befinden haben. Denn die Entscheidung über die Schutzfähigkeit einer Marke stellt keine Ermessens-, sondern eine Rechtsfrage dar (EuGH GRUR 2004, 674

[Nrn. 43, 44] - Postkantoor; GRUR 2004, 428 [Nr. 63] - Henkel; BPatG GRUR 2007, 333, 335 ff. - Papaya).

Hacker

Viereck

Kruppa

Hu