



BUNDESPATENTGERICHT

33 W (pat) 59/08

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 306 39 042.6

hat der 33. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 24. November 2009 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Bender und der Richter Kätker und Knoll

beschlossen:

Die Beschwerde der Anmelderin wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

PowerTab

ist am 23. Juni 2006 für folgende Waren der Klassen 1, 2 und 3 zur Eintragung in das Markenregister angemeldet worden:

Klasse 1:

Chemische Erzeugnisse soweit in Klasse 1 enthalten, nämlich Mittel zur pH-Regulierung, Oxidation, Enttrübung, Fäulnisverhinderung, Chlorung, Flockung, Entkalkung, Filterung, Wasseranalyse, insbesondere zur Chlorwert- und pH-Wert-Analyse, Härtestabilisation; sämtliche Mittel für Schwimmbäder;

Klasse 2:

Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel, nämlich für Schwimmbäder, Schwimmbad-Reinigungsmittel, Schwimmbad-Entfettungsmittel, Sauna-Aufgussmittel einschließlich ätherischer Öle, Dampfbad-Emulsionen, Duschbäder;

Klasse 3:

Desinfektionsmittel, nämlich zur Schwimmbadwasser- und Fußsprühdesinfektion und zur Flächendesinfektion für Schwimmbäder; Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren; Algizide, Viruzide und Bakterizide, nämlich für Schwimmbäder.

Die Markenstelle für Klasse 1 des Deutschen Patent- und Markenamts hat in zwei Beschlüssen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, die Marken-anmeldung wegen fehlender Schutzfähigkeit zurückgewiesen.

Der Eintragung der angemeldeten Marke stünden Schutzhindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG entgegen. Der angemeldeten Marke fehle die Unterscheidungskraft, weil bei ihr ein die beanspruchten Waren beschreibender Begriffs- und Aussagegehalt gegeben sei. Die Bezeichnung „PowerTab“ setze sich erkennbar aus den Bestandteilen „Power“ (= Leistung, Kraft, Stärke) und „Tab“ zusammen und vermittele in ihrer Gesamtheit lediglich den leicht verständlichen Hinweis auf eine „leistungsstarke, kraftvolle Tablette“. Damit erschöpfe sie sich in Bezug auf die beanspruchten Waren, die jeweils auch in Tablettenform angeboten werden könnten, in der Beschreibung der Beschaffenheit und Leistungsstärke. Auch wenn es sich bei der Bezeichnung „PowerTab“ um eine Wortneuschöpfung handele, würden breiteste Verkehrskreise im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren den beschreibenden Charakter erkennen. An der ohne weiteres verständlichen, unmittelbar warenbeschreibenden Angabe bestehe auch ein Freihaltungsbedürfnis. Die von der Anmelderin genannten Beispiele zur Eintragungspraxis des Patentamts seien nicht bindend.

Gegen diese Entscheidungen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin, die sinngemäß beantragt,

die angefochtenen Beschlüsse der Markenstelle aufzuheben und die Eintragung der angemeldeten Marke zu verfügen.

Zur Begründung beruft sich die Anmelderin auf ihr bisheriges Vorbringen vor der Markenstelle und weist - wie bereits vor der Markenstelle - auf (vergleichbare) Voreintragungen hin. Vor der Markenstelle hatte sie im Erinnerungsverfahren ausgeführt, dass die angemeldete Marke über die notwendige Unterscheidungskraft verfüge und auch kein Freihaltungsbedürfnis bestehe. Außerdem verweist die

Anmelderin auf die nach ihrer Auffassung vergleichbaren Voreintragungen „Medical PowerCard“, „ActivePowerClean“, „PicturePower“, „raps-Power“, „Gartenpower“, „wellpower“ und „Power Lotto“ hin.

Mit der Terminladung ist die Anmelderin unter Vorlage von Recherchematerial zur beschreibenden Verwendung der angemeldeten Bezeichnung darauf hingewiesen worden, dass die Beschwerde nach vorläufiger Auffassung des Senats keine Aussicht auf Erfolg hat. Ohne in der Sache weiter vorzutragen, hat die Anmelderin mitgeteilt, dass sie den anberaumten Termin nicht wahrnehmen werde. Darüber hinaus hat sie Entscheidung nach Aktenlage beantragt. Der Termin zur mündlichen Verhandlung ist daraufhin abgesetzt worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Anmelderin hat in der Sache keinen Erfolg. Die angemeldete Bezeichnung stellt nach der Erkenntnis des Senats in Bezug auf die beanspruchten Waren eine beschreibende Angabe nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG dar, der zudem die Unterscheidungskraft fehlt, § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Die Anmeldung war deshalb von der Markenstelle zu Recht zurückgewiesen worden.

Bei der Beurteilung von Schutzhindernissen ist maßgeblich auf die Auffassung der beteiligten inländischen Verkehrskreise abzustellen, wobei dies alle Kreise sind, in denen die fragliche Marke Verwendung finden oder Auswirkungen haben kann. Dabei kommt es auf die Sicht des normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers im Bereich der einschlägigen Waren und Dienstleistungen an (Ströbele/Hacker, MarkenG, 9. Aufl., § 8 Rdn. 23 ff.). Von den beanspruchten Waren der Klassen 1 bis 3 werden die allgemeinen

Verkehrskreise, aber auch Fachverkehrskreise aus dem Bereich Schwimmbadwartung und -reinigung angesprochen.

Nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG sind Marken von der Eintragung ausgeschlossen, die ausschließlich aus Angaben bestehen, welche im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Bestimmung oder sonstiger Merkmale der beanspruchten Waren oder Dienstleistungen dienen können. Nach der Rechtsprechung des EuGH verfolgt die mit Art. 3 Abs. 1 Buchstabe c der Ersten Richtlinie des Rates der EG Nr. 89/104 (Markenrichtlinie) übereinstimmende Bestimmung des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG das im Allgemeininteresse liegende Ziel, dass sämtliche Zeichen oder Angaben, die Merkmale der beanspruchten Waren oder Dienstleistungen beschreiben können, von allen frei verwendet werden können. Solche Zeichen oder Angaben dürfen deshalb nicht aufgrund einer Eintragung nur für ein Unternehmen monopolisiert werden (vgl. EuGH GRUR 1999, 723, 725 (Nr. 25) „Chiemsee“; GRUR 2004, 146, 147 (Nr. 31) „DOUBLEMINT“; GRUR 2004, 674, 676 (Nr. 54, 56) „Postkantoor“; GRUR 2004, 680, 681 (Nr. 35 - 36) „BIOMILD“; vgl. auch Ströbele/Hacker, MarkenG, 9. Aufl., § 8 Rdn. 222 m. w. N.). In diesem Sinne ist die angemeldete Bezeichnung nach Auffassung des Senats beschreibend.

Die Bezeichnung „PowerTab“ ist ausgehend von der ohne weiteres verständlichen Bedeutung der Einzelbestandteile „Power“ und „Tab“ auch in der konkreten Kombination deutlich im Sinne von „leistungsstarke, kraftvolle Tablette bzw. Tab“ verständlich. Die Bezeichnung „Powertab“ bzw. „Powertabs“ wird u. a. im Bereich von chemischen Erzeugnissen, Wasch- und Reinigungsmitteln unterschiedlichster Art und Desinfektionsmitteln, insbesondere auch im Bereich der Schwimmbadreinigung als entsprechende Sachbezeichnung verwendet, was durch die der Anmelderin mit der Terminladung übersandten Unterlagen einer Internetrecherche zweifelsfrei belegt werden konnte (siehe dazu Bl. 17/35 d. A.) und wogegen sich die Anmelderin auch selbst anscheinend nicht mehr wendet. Angesichts der umfangreichen tatsächlichen Verwendung der Bezeichnung „Powertab“ bzw. „Po-

wertabs“ besteht an dieser Bezeichnung im Zusammenhang mit den vorgenannten Waren sogar ein außerordentlich großes Freihaltungsbedürfnis.

Da der Verkehr im vorgenannten Warenezusammenhang in der angemeldeten Bezeichnung zudem lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt und keinen betrieblichen Herkunftshinweis erkennen wird, fehlt der angemeldeten Bezeichnung auch die Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

Es kann dahinstehen, ob das Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG auch für die übrigen Waren wie etwa „Saunaaufgussmittel, Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren; Algizide, Viruzide und Bakterizide, nämlich für Schwimmbäder“ besteht. Unabhängig davon, ob solche Waren bereits derzeit in Tab-Form angeboten werden, ist es gut vorstellbar, dass solche Waren etwa als Konzentrate in Tablettenform zur Auflösung in Wasser angeboten werden, so dass auch insoweit die Annahme gerechtfertigt erscheint, dass sich die angemeldete Bezeichnung grundsätzlich auch insoweit zur Warenbeschreibung i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG eignet. Selbst wenn man bei sehr restriktiver Auslegung der Vorschrift ein Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG verneinen würde, weil diese Waren derzeit noch nicht in Tab-Form angeboten werden, wird der Verkehr angesichts der umfangreichen Verwendung der Bezeichnungen „Powertab“ und „Powertabs“ in unterschiedlichsten Bereichen gleichwohl entsprechendes vermuten und in der angemeldeten Bezeichnung keinen betrieblichen Herkunftshinweis, sondern eine beschreibende Angabe sehen, so dass auch insoweit jedenfalls die Unterscheidungskraft fehlt.

Auch der Hinweis der Anmelderin auf vermeintlich vergleichbare Voreintragungen rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die zu ähnlichen Anmeldungen ergangenen Entscheidungen muss die zuständige nationale Behörde (und auch das zur Entscheidung berufene Gericht) zwar berücksichtigen, soweit in dieser Hinsicht Informationen vorliegen (vgl. EuGH GRUR 2009, 667 (Nr. 17) - Bild.T-Online u.

ZVS). Dabei ist besonderes Augenmerk auf die Frage zu richten, ob im gleichen Sinne zu entscheiden ist oder nicht. Die zur Entscheidung berufene Stelle ist jedoch keinesfalls an diese Entscheidungen gebunden (vgl. EuGH - Bild.T-Online u. ZVS a. a. O.). Dies hat der EuGH in seiner auch für das nationale Verfahren maßgeblichen Rechtsprechung mehrfach und zuletzt auf ein dahingehend gerichtetes Vorabentscheidungsersuchen ausdrücklich nochmals bestätigt (vgl. EuGH GRUR 2009, 667 - Bild.T-Online u. ZVS unter Hinweis u. a. auf die Entscheidungen EuGH GRUR 2008, 229 (Nr. 47 - 51) - BioID; GRUR 2004, 674 (Nr. 42 - 44) - Postkantoor; GRUR 2004, 428 (Nr. 63) - Henkel). Dies entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des Bundespatentgerichts und des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH GRUR 2008, 1093 (Nr. 18) - Marlene-Dietrich-Bildnis; BPatG GRUR 2007, 333 - Papaya mit ausführlicher Begründung und mit zahlreichen Literatur- und Rechtsprechungsnachweisen). Die Frage der Schutzfähigkeit einer angemeldeten Marke ist keine Ermessensentscheidung, sondern eine gebundene Entscheidung, die allein auf der Grundlage des Gesetzes und nicht auf der Grundlage einer vorherigen Entscheidungspraxis zu beurteilen ist. Aus dem Gebot rechtmäßigen Handelns folgt, dass sich niemand aus Gründen der Gleichbehandlung auf eine fehlerhafte Rechtsanwendung zugunsten eines anderen berufen kann, um eine identische Entscheidung zu erlangen.

Eine allgemeine Verpflichtung der zuständigen nationalen Registerbehörden oder der zur Entscheidung berufenen Gerichte zu einem Vergleich der angemeldeten mit den im Register eingetragenen vergleichbaren Zeichen hat der EuGH im Übrigen in der Entscheidung „Bild.T-Online u. ZVS“ (a. a. O.) nicht aufgestellt. Die Forderung zur Berücksichtigung von Voreintragungen wird nämlich durch den EuGH selbst dadurch auf ein sinnvolles Maß reduziert, dass dies nur dann gilt, wenn die zur Entscheidung berufene Stelle in dieser Hinsicht über entsprechende Informationen verfügt. Solche Informationen fehlen aber bei bloßen Eintragungen regelmäßig, weil die Eintragungsentscheidungen in aller Regel nicht begründet sind. Der bloße Umstand der Eintragung ermöglicht keine sinnvolle sachlich-argumentative Auseinandersetzung mit der Eintragungsentscheidung. Aus der For-

derung des EuGH folgt deshalb im Ergebnis lediglich die Verpflichtung, sich mit den ins Verfahren eingeführten oder sonst ersichtlichen, für die Eintragung der verfahrensgegenständlichen Marke sprechenden Argumenten, die sich u. a. auch aus der Begründung von Eintragungsentscheidungen zu Drittmarken ergeben können, auseinanderzusetzen. Soweit dies geschieht, ist auch dem Begründungserfordernis ausreichend Genüge getan.

Mit der Nennung der Voreintragungen im vorliegenden Verfahren wurden keine sachlichen Argumente vorgebracht, die für die Schutzfähigkeit der angemeldeten Marke sprechen. Es wurden auch keine Fundstellen genannt, wo solche Argumente aufgeführt sein könnten. Deshalb bestand vorliegend kein Anlass und letztlich auch keine Möglichkeit, sich mit den genannten Voreintragungsentscheidungen im Rahmen der hier zu treffenden Schutzfähigkeitsentscheidung argumentativ auseinanderzusetzen.

Bender

Kätker

Knoll

Cl