

# BUNDESPATENTGERICHT

24 W (pat) 271/99

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
19. September 2000

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Markenmeldung 395 40 937.3**

hat der 24. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 19. September 2000 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Ströbele sowie der Richterin Werner und des Richters Dr. Hacker

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Anmelderin werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 3 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 5. August 1997 und vom 30. März 1999 aufgehoben, soweit die Anmeldung für die Waren "diätetische Lebensmittel für medizinische Zwecke, Nahrungsergänzungsmittel für medizinische Zwecke" zurückgewiesen worden ist.

Im übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

## **G r ü n d e**

### **I.**

Die Marke

**PHYTO CARE**

ist für die folgenden Waren zur Eintragung in das Register angemeldet:

"Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Parfümerien, ätherische Öle, Seifen, Zahnputzmittel;  
Arzneimittel, pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege, diätetische Lebensmittel für medizinische Zwecke, Nahrungsergänzungsmittel für medizinische Zwecke, Pflaster und Verbandmaterial".

Die Markenstelle für Klasse 3 des Deutschen Patent- und Markenamts hat diese Anmeldung mit zwei Beschlüssen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, teilweise zurückgewiesen mit der Begründung, daß die angemeldete Marke freihaltungsbedürftig iSv § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG sei und ihr außerdem die erforderliche Unterscheidungskraft iSv § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG fehle. Das Markenelement "PHYTO" stamme aus dem Griechischen und bedeute "pflanzlich, Pflanzen-". Deswegen sei es als beschreibende Angabe für die beanspruchten Waren geeignet. Inzwischen lägen auch hinreichende Anhaltspunkte dafür vor, daß die angesprochenen Verkehrskreise die angemeldete Marke in diesem Sinne lediglich als Hinweis darauf verstünden, daß die angebotenen Waren aus Pflanzen gewonnen seien oder überwiegend aus pflanzlichen Rohstoffen bestünden. In Verbindung mit dem weiteren geläufigen Begriff "CARE" ergebe sich eine naheliegende beschreibende Aussage mit der Bedeutung "pflanzliche Pflegemittel".

Von der Zurückweisung ausgenommen sind die Waren "Parfümerien, Pflaster und Verbandmaterial".

Gegen diese Beschlüsse richtet sich die Beschwerde der Anmelderin. Sie meint, ihre Marke verfüge über die erforderliche Unterscheidungskraft und sei nicht freihaltungsbedürftig. Die Bedeutung des griechischen Wortes "phyto" sei der deutschen Allgemeinheit nicht bekannt. Die Mitbewerber der Anmelderin seien auf eine Verwendung des Begriffs "phyto" nicht angewiesen. Außerdem verweist die Anmelderin auf eine Reihe eingetragener Marken, die alle mit dem Wort "Phyto" beginnen.

Die Anmelderin beantragt (sinngemäß),

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 3 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 5. August 1997 und vom 12. Oktober 1999 aufzuheben.

Zu den weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Beschwerde der Anmelderin ist nur teilweise begründet.

Hinsichtlich der Waren

"Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, ätherische Öle, Seifen, Zahnputzmittel; Arzneimittel, pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege"

ist die Beschwerde unbegründet.

In bezug auf diese Waren ist das angemeldete Markenwort "PHYTO CARE" freihaltungsbedürftig iSv § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG, weil es als Angabe über die Beschaffenheit der beanspruchten Waren dienen kann. "PHYTO CARE" setzt sich aus den Begriffen "phyto" und "care" zusammen. "Phyto" stammt aus dem Griechischen und bedeutet "pflanzlich, Pflanzen-". Es wird in derselben Schreibweise und in derselben Bedeutung auch im Englischen verwandt (vgl Webster's Third New International Dictionary of the English Language Unabridged, 1986, S 1708).

Der englische Ausdruck "care" bedeutet im Bereich von Medizin und Kosmetik "Behandlung, Pflege". Er ist im Bereich englischsprachiger Warenbezeichnungen und -beschreibungen für in Deutschland vertriebene Kosmetika zu einem Standardausdruck für "Pflege, Pflegemittel" geworden. Die Kombination beider Begriffe steht im Einklang mit den englischen Sprachregeln, die in diesem Fall sowohl Getrennt- als auch Zusammenschreibung erlaubt. "PHYTO CARE" bedeutet daher "pflanzliches Pflegemittel" bzw. - im Bereich der pharmazeutischen Erzeugnisse - "pflanzliches Behandlungsmittel". Das sind in bezug auf die Waren "Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, ätherische Öle, Seifen, Zahnputzmittel; Arzneimittel, pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege" konkrete Warenbeschreibungen, denn alle diese Waren können auf pflanzlicher Basis hergestellt werden.

Für die Frage nach dem Freihaltungsbedürfnis kommt es vor allem auf die Belange der Mitbewerber der Anmelderin an. Ob die angesprochenen allgemeinen Verkehrskreise das angemeldete Markenwort richtig verstehen werden, ist nur insoweit von Bedeutung, als es zur Warenbeschreibung dann nicht geeignet sein kann, wenn von vornherein feststeht, daß es für das angesprochene Publikum völlig unverständlich sein und bleiben wird (vgl. Althammer/Ströbele, Markenrecht, 6. Aufl. 2000, § 8 Rdn 69). Das trifft im vorliegenden Fall nicht zu. Daß der englische Ausdruck "care" sowohl im Zusammenhang mit Kosmetika als auch mit Arzneimitteln und pharmazeutischen Erzeugnissen allgemein geläufig ist, wurde bereits festgestellt. Hinsichtlich der Verständlichkeit von "phyto" ist zunächst festzuhalten, daß der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in seiner Rechtsprechung zum allgemeinen Wettbewerbsrecht und ebenso zum Markenrecht seit längerem einen Wandel des Verbraucherleitbildes vom flüchtigen Abnehmer zum durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher eingefordert und der Bundesgerichtshof diesen Wandel für das nationale Markenrecht vollzogen hat (EuGH GRUR Int. 1999, 734, 735 Tz. 26 "Lloyd"; WRP 2000, 289, 292 Tz. 27 "Lifting-Creme"; BGH, MarkenR 2000, 140, 144 "ATTACHÉ/ TISSERAND"). Die Druckwerke, welche die Markenstelle

den angegriffenen Beschlüssen beigefügt hat, belegen, daß Hersteller und Vertreiber inzwischen Werbe- und Informationstexte entworfen haben, die auch für den Endabnehmer bestimmt sind und den Begriff "phyto" verwenden, also von dessen allgemeiner Verständlichkeit ausgehen. Daß diese Texte auch an die Öffentlichkeit gelangen, ist belegt durch den Auszug aus der Zeitschrift "FÜR SIE", Nr. 24/1995, S 91, den die Markenstelle dem Beschluß vom 5. August 1997 beigefügt hat und in dem für "Phytokosmetik" der Marke "Lierac" geworben wird. Unter diesen Voraussetzungen kann nicht von einer völligen Unverständlichkeit des Begriffs "phyto" für die angesprochenen Verkehrskreise ausgegangen werden.

Aus diesen Gründen mußte die Beschwerde zurückgewiesen werden, soweit die angegriffenen Beschlüsse die Anmeldung der Marke für die Waren

"Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, ätherische Öle, Seifen, Zahnputzmittel; Arzneimittel, pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege"

zurückgewiesen haben.

Hinsichtlich der Waren

"diätetische Lebensmittel für medizinische Zwecke, Nahrungsergänzungsmittel für medizinische Zwecke"

ist die Beschwerde dagegen begründet. Für diese Waren ist die angemeldete Marke nicht freihaltungsbedürftig. Es ist zwar denkbar, daß diätetische Lebensmittel und Nahrungsergänzungsmittel auf überwiegend pflanzlicher Basis hergestellt werden. Dagegen läßt sich der englische Ausdruck "care" nicht unmittelbar auf die Versorgung mit Lebensmitteln beziehen (vgl Webster's Third New International Dictionary of the English Language Unabridged, 1986, S 338). Soweit mit

"care" auch das Sorgen für einen anderen Menschen ausgedrückt werden kann, ist damit immer ein umfassender Begriff der Fürsorge gemeint, der sich nur mit weiteren Ergänzungen auf einen bestimmten Teilaspekt, wie zB den der Ernährung, beschränken läßt (vgl Webster's aaO und Pons Collins, Großwörterbuch Deutsch/ Englisch, Englisch/Deutsch, Neubearbeitung 1999, S 1149/1150).

Die Marke hat, bezogen auf "diätetische Lebensmittel für medizinische Zwecke" und "Nahrungsergänzungsmittel für medizinische Zwecke" auch die erforderliche Unterscheidungskraft iSv § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG. Daß "PHYTO CARE" in diesem Zusammenhang keine konkrete Warenbeschreibung enthält, wurde bereits bei der Prüfung des Freihaltungsbedürfnisses festgestellt. Es sind auch keine anderen Umstände erkennbar, welche die Unterscheidungskraft insoweit ausschließen könnten. Zwar enthält die Marke insofern werbende Anklänge, als sie auf eine Versorgung des Verbrauchers mit Produkten auf pflanzlicher Basis hinweisen könnte. Eine mögliche Werbewirkung steht jedoch noch nicht der Annahme einer hinreichenden Identifizierungsfunktion einer Marke entgegen (vgl BGH GRUR 2000, 321, 322 "Radio von hier").

Aus diesen Gründen sind die angegriffenen Beschlüsse insoweit aufzuheben, als darin die Anmeldung der Marke für die Waren

"diätetische Lebensmittel für medizinische Zwecke, Nahrungsergänzungsmittel für medizinische Zwecke"

zurückgewiesen worden ist.

Ströbele

Hacker

Werner

prä