

# BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 254/01

---

**(Aktenzeichen)**

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Markenmeldung 399 28 499.0**

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 4. Dezember 2002 durch die Vorsitzende Richterin Winkler, Richter Dr. Albrecht und Richter Sekretaruk

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## Gründe

### I

Die Anmeldung der Wortmarke

#### SCHLUMMERTRUNK

für die Waren "Tee, auch Kräuter- und Früchtetee" hat die Markenstelle für Klasse 30 mit zwei Beschlüssen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, zurückgewiesen, weil SCHLUMMERTRUNK im Zusammenhang mit Getränken darauf hinweise, dass diese zur Entspannung verwendet würden. Sie habe Internetnachweise für Literatur "Zwischen Morgenschlaf und Schlummertrunk", einen coolen "Sommertrunk mit Kate Moss? Wunderbar", eine Bowlingbahn, die "zum Apéro oder auf einen Schlummertrunk" einlade und frage, "Wie wär es mit einem Schlummertrunk in der Bar "Le Pavillon", und viele weitere Fundstellen und Nachweise im Internet gefunden. Auch im Duden sei "Schlummertrunk" enthalten und mit "Schlaftrunk" beschrieben. Viele Fundstellen zeigten, dass es sich bei "Schlummertrunk" um einen Hinweis darauf handle, dass der Trunk zum Einschlafen verhelfen solle, dass man ihn kurz vor dem Zubettgehen einnehme, dass er einen angenehmen Schlaf ermögliche und dergleichen. Gerade bei Teearten seien unterschiedliche Wirkungen bekannt; es gäbe auch Beruhigungs- und Schlaftees.

Gegen diese Entscheidungen hat die Anmelderin Beschwerde eingelegt. Sie ist der Ansicht, SCHLUMMERTRUNK sei nicht sprachgebräuchlich oder verkehrsüblich für Tees einschließlich Kräuter- und Früchtetee. Damit fehle SCHLUMMERTRUNK die Unterscheidungskraft nicht. Es sei auch nicht freihaltensbedürftig, da es keine verständliche und unmittelbar beschreibende Angabe für Tee sei. Eine bloße Wortinterpretation genüge nicht, einer Marke die Schutzfähigkeit abzuspochen. Dementsprechend seien andere Marken SCHLUMMER-

TRUNK eingetragen worden. Der 26. Senat habe SCHLUMMERTRUNK sogar für alkoholfreie Getränke eingetragen.

Im übrigen verstoße es gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs, dass sie erst mit dem abweisenden Erstbeschluss mit den Fundstellen aus dem Internet konfrontiert worden sei.

Die Anmelderin beantragt sinngemäß,

unter Aufhebung der angefochtenen Beschlüsse die Eintragung der angemeldeten Marke zu beschließen.

Nachdem ein Dritter einen Schriftsatz eingereicht hatte, wies die Anmelderin darauf hin, dass dieser nicht am Verfahren beteiligt sei und sein Schriftsatz daher nicht zu berücksichtigen sei. Sollte der Senat anderer Meinung sein und den Dritten als legitimiert ansehen, in diesem Verfahren mitzuwirken, oder den Beschluss des 26. Senats für einschlägig zu halten, werde um einen Hinweis nach § 139 ZPO gebeten.

Die Anmelderin wurde daraufhin darüber informiert, dass der Dritte nicht am Verfahren beteiligt sei, es aber wohl trotzdem nicht zu einer Stattgabe kommen werde. Mit Schreiben vom 24. Oktober 2002 hat der Senat der Anmelderin ferner eine Fundstelle aus der Süddeutschen Zeitung Nr. 58 S. 40 vom 11. März 1999 zugesendet. Dort heißt es in einem Bericht über die deutschen "Skispringer im Reisetstress", dass es im Hotel gerade noch zu einem Schlummertrunk gereicht habe. Ferner wurde die Anmelderin darauf hingewiesen, dass der Senat bei dem im Duden nachweisbaren Wort "Schlummertrunk" Bedenken habe, für Tee Unterscheidungskraft anzunehmen bzw ein Freihaltungsbedürfnis abzulehnen.

Die Anmelderin hat hierzu geäußert, aus den Verwendungsbeispielen könne man nicht ableiten, dass "Schlummertrunk" eine übliche Bezeichnung für Kräuter- oder Früchtetee sei. Tee könne ganz unterschiedliche Wirkungen haben.

## II

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Der begehrten Eintragung in das Markenregister steht das Eintragungshindernis der fehlenden Unterscheidungskraft sowie das einer bezeichnenden Angabe i.S.v. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegen.

Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einer Marke innewohnende Eignung, dem Verkehr als Unterscheidungsmittel für die angemeldeten Waren des Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen zu dienen. Hierbei ist grundsätzlich ein großzügiger Maßstab anzuwenden; dh. jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft reicht aus, um das Schutzhindernis zu überwinden (st.Rspr.; vgl. zB. BGH GRUR 2002, 261 – AC).

Unterscheidungskraft ist nicht gegeben, wenn eine Marke einen für die fraglichen Waren im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt hat, der von den angesprochenen Verkehrskreisen auch als solcher aufgefasst wird (vgl. BGH GRUR 2002, 816 – Bonus II). SCHLUMMERTRUNK ist für die Waren Tee, auch Kräuter - und Früchtetee eine beschreibende Sachaussage, weil damit Wirkung und Verwendungszweck unmißverständlich bezeichnet werden. SCHLUMMERTRUNK besagt, dass der Genuss des Getränkes den Schlaf fördert. Dies ist bei Tee eine für den Verbraucher durchaus wichtige Aussage, weil Tee, insbes. schwarzer Tee auch eine sehr anregende Wirkung haben kann, die das Einschlafen hindert. Ein SCHLUMMERTRUNK dient daher dem Zweck, ein ungestörtes Ein- und Durchschlafen herbeizuführen. Wie aus den der Anmelderin von der Markenstelle und dem Senat übermittelten Fundstellen ersichtlich, ist SCHLUMMERTRUNK sprachüblich wie Schlaftrunk (Duden) gebildet. Wie andere Begriffe auch z.B. Sundowner, Absacker, early morning tea, Aperitif, Verdauungsschnäpschen gibt er Wirkung und Zweck an.

Mit diesen Bedeutungsinhalten fällt SCHLUMMERTRUNK auch unter das Eintragungshindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. Nach Vorschrift sind Marken von

der Eintragung ausgeschlossen, die ausschließlich aus Angaben bestehen, die zur Bezeichnung der beanspruchten Waren nach Art, Beschaffenheit oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale dienen (vgl. BGH GRUR 2002, 64 – Individuelle). Diese Vorschrift umfasst auch andere für die umworbenen Abnehmerkreise bedeutsamen Umstände mit einem konkreten Bezug zur Ware, wie Wirkung und Verwendungszweck.

Die Eintragung von SCHLUMMERTRUNK für Dritte vermag weder für sich noch in Verbindung mit dem Gleichheitssatz zu einer anspruchsbegründenden Selbstbindung zu führen, weil die Entscheidung über die Schutzzfähigkeit einer Marke keine Ermessens- sondern eine reine Rechtsfrage darstellt (st. Rspr., vgl. Althammer, Ströbele, MarkenG, 5. Aufl., § 8 Rdnr. 57 m.w.N.).

Winkler

Sekretaruk

Dr. Albrecht

Na