



BUNDESPATENTGERICHT

33 W (pat) 99/03

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 301 51 833.5

hat der 33. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 24. Juni 2003 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Winkler, des Richters Baumgärtner und der Richterin Dr. Hock

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I

Beim Deutschen Patent- und Markenamt ist am 29. August 2001 die Wortmarke

PERFORMANCE

für folgende Waren zur Eintragung in das Register angemeldet worden:

„Schleifmittel in Form von Schleifkörpern, namentlich Schleifscheiben, Schleifsegmente, Schleifsteine, alle mit gebundenen abrasiven Partikeln, zum Einsatz mit Maschinenwerkzeugen und/oder mit Handwerkzeugen“.

Die Markenstelle für Klasse 7 hat die Anmeldung durch Beschluß vom 7. November 2002 gemäß § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, daß es sich bei dem angemeldeten Markenwort um den englischen Ausdruck für „Leistung, Leistungsfähigkeit“ handle. Der Begriff werde in verschiedenen technischen Waren- und Dienstleistungsbereichen aber auch für Schleifmittel als allgemeine Angabe zur Beschreibung der Leistungsfähigkeit und Leistungsstärke eines derartigen Produktes verwendet.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde. Die Anmelderin beantragt sinngemäß,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben.

Sie trägt vor, daß der Begriff „PERFORMANCE“ vieldeutig sei, er werde beispielsweise im kulturellen Bereich als Bezeichnung für „Bühnenaufführung“ verwendet. Zwar werde das Markenwort „PERFORMANCE“ nach der der Anmelderin

vom Senat übersandten Recherche in ihrer Branche aber auch anderweitig zur Beschreibung der Leistungsfähigkeit verschiedenster Produkte benutzt. Es bezeichne dort jedoch nicht marken- oder herkunftsmäßig die Produkte als solche, sondern lediglich werbemäßig deren besondere Eigenschaften.

Die Anmelderin verweist im übrigen auf weitere vom Deutschen Patent- und Markenamt eingetragene Wortmarken „PERFORMANCE“ für verschiedene Waren und Dienstleistungen.

Der Senat hat die Anmelderin unter Übersendung eines Zwischenbescheids auf Bedenken hinsichtlich der Erfolgsaussichten der Beschwerde hingewiesen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II

Die Beschwerde ist nicht begründet.

Nach Auffassung des Senats fehlt der als Marke angemeldeten Bezeichnung hinsichtlich der beanspruchten Waren jedenfalls jegliche Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG. Die Markenstelle hat die Anmeldung daher im Ergebnis zu Recht gemäß § 37 Abs 1 MarkenG zurückgewiesen.

Bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft als der einer Marke innewohnenden konkreten Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfaßten Waren eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefaßt zu werden, ist grundsätzlich ein großzügiger Maßstab anzulegen, dh jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft reicht aus, um dieses Schutzhindernis zu überwinden (stRspr vgl BGH WRP 2001, 1082 - marktfrisch; GRUR 2002, 540 - OMEPRAZOK). Dies gilt insbesondere deshalb, weil der Verkehr ein als Marke verwendetes Zeichen in aller Regel so aufnimmt, wie es ihm

entgegentritt und er es keiner analysierenden Betrachtungsweise unterzieht. Kann demnach einer Wortmarke kein für die beanspruchten Waren im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsinhalt zugeordnet werden und handelt es sich auch sonst nicht um ein gebräuchliches Wort der deutschen oder einer bekannten Fremdsprache, das vom Verkehr - etwa auch wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung - stets nur als solches und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird, so gibt es keinen tatsächlichen Anhalt dafür, daß ihm die vorerwähnte Unterscheidungseignung und damit jegliche Unterscheidungskraft fehlt (stRspr BGH aaO - marktfrisch; BGH GRUR 1999, 1089 - YES).

Es kann dahinstehen, ob diese Grundsätze der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Hinblick auf das „Farbe Orange“-Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 6. Mai 2003, Rs C-104/01, künftig in vollem Umfang aufrechterhalten werden können. Jedenfalls wird die angemeldete Marke selbst den vom Bundesgerichtshof aufgestellten niedrigen Anforderungen an die Unterscheidungskraft nicht gerecht.

Der englische Begriff „Performance“ bedeutet im Deutschen „Leistung“ (vgl. Langenscheidts Handwörterbuch Englisch-Deutsch 1999, S 470). Zwar trägt die Anmelderin zutreffend vor, daß das englische Wort auch mit „Aufführung,“ „Darstellung“ im kulturellen Bereich übersetzt werde, für den hier einschlägigen Warenbereich, nämlich verschiedene Schleifmittel, liegt dieser Bedeutungsgehalt jedoch vollkommen fern.

Die angesprochenen Verkehrskreise, hier im wesentlichen ein Fachpublikum, werden das angemeldete Markenwort (namentlich in Alleinstellung) als Hinweis auf die Leistungskraft und Fähigkeit der angemeldeten Waren und damit als allgemeine werbliche Anpreisung verstehen. Dies gilt insbesondere deshalb, weil der angemeldete Begriff in diesem Sinne beschreibend bereits zahlreich Verwendung findet, wie sich aus der vom Senat ermittelten und der Anmelderin übersandten Internetrecherche ergibt. So wirbt beispielsweise die Firma „TYROLIT“ für Schleif-

werkzeuge mit „revolutionary performance“ (www.tyrolit.com), unter www.hstolols.de werden „HIGH-PERFORMANCE-PROFI-POLITUREN“ angeboten, unter www.joest-abrasives.com, ebenfalls einer Internetseite für Schleifmittel, werden diese als „High Performance Abrasives“ beschrieben.

Entgegen der Rechtsauffassung der Anmelderin ist gerade die Verwendung des angemeldeten Markennwortes in beschreibender Art und Weise im Zusammenhang mit den streitgegenständlichen Waren ein deutlicher Anhalt dafür, daß die angesprochenen Verkehrskreise die Marke ohne weiteres in ihrem beschreibenden Gehalt erkennen und nicht als betriebskennzeichnend ansehen werden.

Die Anmelderin kann zur Frage der Schutzzfähigkeit schließlich auch nicht auf eingetragene Drittzeichen verweisen. Selbst einer Reihe gleicher Marken - die Anmelderin nennt Wortmarken „PERFORMANCE“ für verschiedenste Waren und Dienstleistungen - kann nicht zu einer Selbstbindung des Deutschen Patent- und Markenamts führen und ist erst Recht für das Bundespatentgericht unverbindlich (vgl. BGH GRUR 1989, 420 - K-SÜD).

Der Senat neigt im übrigen zur Annahme eines Freihaltungsbedürfnisses bezüglich des angemeldeten Begriffes „PERFORMANCE“, was hier jedoch keiner abschließenden Beurteilung mehr bedarf.

Winkler

Baumgärtner

Dr. Hock

CI