



# BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 52/04

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
18. Mai 2005

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Markenmeldung 303 22 160.7**

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 18. Mai 2005 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Stoppel, der Richterin Schwarz-Angele und des Richters Schwarz

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Angemeldet zur Eintragung in das Markenregister ist die Wortkombination

### **Morning Power**

zur Kennzeichnung der Waren:

"Frucht- und Kräuterjoghurt, alkoholfreie Milchmischgetränke, Fruchtspeisequark, Milchdessert, nämlich Fertigdessert, im wesentlichen bestehend aus Milch und/oder Joghurt, Quark, Sahne, Milchpulver, auch solche mit Zusatz von Früchten und Getreide".

Die Markenstelle für Klasse 29 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung wegen fehlender Unterscheidungskraft mit der Begründung zurückgewiesen, das Zeichen bestehe lediglich aus der sprachüblich gebildeten Verbindung zweier Wörter des englischen Grundwortschatzes, die der Verkehr als unmittelbar beschreibenden Sachhinweis ausschließlich dahingehend verstehe, dass die so gekennzeichneten Waren in besonderem Maße Kraft und Energie zu spenden geeignet seien, wenn sie am Morgen verzehrt würden. Hinzukomme, dass der Verkehr aufgrund ständiger Übung daran gewöhnt sei, dass Milchprodukte mit dem Wort "power" beworben würden.

Mit der dagegen gerichteten Beschwerde macht die Anmelderin geltend, das angemeldete Zeichen könne schon deshalb nicht unmittelbar beschreibend wirken, weil die angemeldete Wortkombination lexikalisch nicht nachweisbar sei. Im übrigen komme jedem Wort für sich gesehen ein mehrdeutiger Sinngehalt zu. Für die beanspruchten Waren sei der von der Markenstelle unterstellte Sinngehalt ohnehin irrelevant, da Milchprodukte eher beruhigend wirkten, nicht aber als Muntermar-

cher. Im übrigen fänden sich im Markenregister zahlreiche Voreintragungen für vergleichbare Waren mit den Bestandteilen "morning" und "power".

## II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Auch nach Auffassung des Senates scheidet eine Eintragung der angemeldeten Wortmarke sowohl an der nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG erforderlichen, aber fehlenden Unterscheidungskraft als auch einem nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG bestehenden Freihaltebedürfnis.

Die Markenstelle ist zutreffend davon ausgegangen, daß die Anmeldung sich aus 2 Begriffen des englischen Grundwortschatzes zusammensetzt, deren Bedeutungen dem verständigen Verbraucher wegen ihrer vielfältigen Verwendung auch und gerade auf dem vorliegend beanspruchten Warengbiet ohne weiteres geläufig sind und auch in ihrer Kombination zwanglos im Sinne von "Energie am Morgen" verstanden werden. In bezug auf die Waren liegt damit – wie die Markenstelle schon zutreffend ausgeführt hat - ein deutlicher und unmissverständlicher beschreibender Aussagegehalt im Sinne einer Beschaffenheits- bzw. Bestimmungsangabe auf der Hand, da hier schlagwortartig der ernährungsphysiologische Wirkungsweise der Milchprodukte als Energieträger beschrieben wird, die in besonderem Maße geeignet sind, die über Nacht aufgebrauchten Energiereserven am Morgen wieder aufzufüllen. Die Bezeichnung "morning power" ist mithin nichts anderes als der direkt beschreibende Hinweis auf einen möglichen Verwendungszweck der Waren, d.h. die Bestimmung des Milchprodukt zum Verzehr am Morgen, um Energie zu liefern. Die beanspruchte Wortkombination reiht sich damit nahtlos in eine Vielzahl von Werbeaussagen und beschreibende Hinweise ein, die Milchprodukte als ideale Energielieferanten fürs Frühstück bzw. die Frühstückspause beschreiben. So finden sich im Internet etwa

- a) der "Morning-Starter" für Morgenmuffel, ein Drink aus Milch, Obst und Müsli ([www.fitforfun.msn.de/food/Frühstück](http://www.fitforfun.msn.de/food/Frühstück)).

- b) "Power Quark": ein Rezept für Quark mit Obst und Nüssen; ([www.icook.de/rezepte/45134.html](http://www.icook.de/rezepte/45134.html)).
- c) "Power Cocktail": ein Rezept für Joghurt-Mixgetränke mit Obst und Nüsse etc. ([www.3sat.de/Tipps/sportiv/29823](http://www.3sat.de/Tipps/sportiv/29823)).
- d) "Mit Power in den Schulalltag": Milch als idealer Muntermacher; Joghurt, Quark, Milch-, Joghurt- oder Buttermilchgetränk erfrischen in den Pausen; angereicherte Milchmixgetränke eignen sich als Zwischenmahlzeit ([www.Medizinauskunft.de/artikel/familie/kinder/13\\_09\\_schulalltag](http://www.Medizinauskunft.de/artikel/familie/kinder/13_09_schulalltag)).
- e) "Power-Eiweiß-Drinks": Auflistung verschiedener eiweißreicher (proteinreicher) Milchmixgetränke wie Zitronen-Kefir, Brombeer-Dickmilch, Buttermilch-Zitrus-Flip, Melonen-Molke-Drink, Dörrobst-Milchshake, usw. ([www.laufbuecher.de/he-87309\\_i.htm](http://www.laufbuecher.de/he-87309_i.htm)).
- f) "Appenzeller Power Drinks": Frischmilch-Spezialität der Appenzeller Milch AG ([www.Appenzeller-milch.ch/](http://www.Appenzeller-milch.ch/)).
- g) "Brain-Power-Frühstück": ein Rezept für Joghurt mit Trockenfrüchten, Haferflocken und Weizenkeimen ([www.ratgebergesund.de/kohrezepte/artikel/100\\_8.html](http://www.ratgebergesund.de/kohrezepte/artikel/100_8.html)).
- h) "Joghurt-Power" Rezepte rund um den Joghurt; ([www.seehammer.de](http://www.seehammer.de)).
- i) "Power-Drinks"; "Fitmacher am Morgen": und "Aufputzmittel gegen Frühjahrsmüdigkeit und Leistungstief": Sauermilchprodukte wie Joghurt, Dickmilch, Kefir und Molke alleine oder in Kombination mit frischen Früchten, Gemüse Säften, Honig oder Kräutern ([www.Seigott.com/essen+trinken/milch.htm](http://www.Seigott.com/essen+trinken/milch.htm)).

- j) für zusätzliche "Power" sorgen köstlichen Milchgetränke und Desserts aus Milch; ([www.cma.de/profis\\_78809.php](http://www.cma.de/profis_78809.php)).
- k) "Power-Drink" für Kinder: Cocktail aus Joghurt, Orangensaft, Banane und Nüsse; ([www.babywunder.de/artikel/kiddies/brainfood.htm](http://www.babywunder.de/artikel/kiddies/brainfood.htm)).
- l) "Milch-Power": Rezepte für Milch-Drinks aus Milch, Joghurt ausgepresste Grapefruits und Johannisbeersirup; ([www.cocktaildreams.de/cool-drinks/cocktailrezept.cassis-au-lait](http://www.cocktaildreams.de/cool-drinks/cocktailrezept.cassis-au-lait)).
- m) Die "Power" die in der Milch steckt; die "Power" die im Käse steckt: Informationen zu Milch und Milchprodukte als unverzichtbare Ernährungsbestandteile von Kindern und Jugendlichen ([www.vis-ernaehrung.bayern.de/de/left/fachinformationen/ernaehrung](http://www.vis-ernaehrung.bayern.de/de/left/fachinformationen/ernaehrung)).
- n) Mehr "Power" mit Milch: Milch als Power- und Fitnessgetränk; der "Energie-Kick aus dem Kuhstall"; Milch als Fitmacher ([www.familie-im-web.de/familie/rezepte/produktwissen/milch](http://www.familie-im-web.de/familie/rezepte/produktwissen/milch)).
- o) "Milch-Power": Teil einer Verbraucherschutz-Kampagne zur Ernährung mit Informationen rund um die Milch und ihren gesundheitlichen Wert ([www.ruhr-guide.de/rg.php/left/menu/mid/artikel/id/1750](http://www.ruhr-guide.de/rg.php/left/menu/mid/artikel/id/1750)).
- p) "Milch-Power": Milch als ältestes Energiegetränk der Welt gibt die notwendige Power für Sport und Freizeit; TV-Spot und Trailer im Rahmen des Sportshow-Sponsoring des CMA; ([www.media-consulta.com](http://www.media-consulta.com)).
- q) "Power Shakes": Titel eines Buches mit Rezepten für Milchshakes und Sportdrinks; explosive Energiedrinks für mehr Trainingpower; [www.masseaufbau.de/d](http://www.masseaufbau.de/d) ISBN 3 929002 12 Power Shake.

Daß vor diesem Hintergrund die beanspruchte Wortkombination wesentliche Eigenschaften der beanspruchten Waren beschreibt, sollte damit auch für die Anmelderin auf der Hand liegen, zumal sie die aufgeführten Beispiele in keiner Weise argumentativ und sachlich ausgeräumt hat.

Richtig ist demgegenüber allein, dass sich die angemeldete Wortkombination nicht in den einschlägigen Nachschlagewerken findet. Dies begründet jedoch noch nicht die Schutzfähigkeit eines Wortes i.S. des Markengesetzes. Denn auch Wortneubildungen oder neue Wortkombinationen können vom Markenschutz ausgenommen sein, wenn sie sprachüblich gebildet sind und vom Verkehr ohne weiteres im Warenkontext verstanden werden, wie das vorliegend der Fall ist. Auch der Hinweis der Anmelderin auf Voreintragungen beider Markenbestandteile vermag weder für sich noch in Verbindung mit dem Gleichheitsgrundsatz zu einer anspruchsbegründenden Selbstbindung zu führen (BGH BIPMZ 1998, 248 today). Im übrigen ist die Schutzunfähigkeit der Wortkombination "morning power" vom Bundespatentgericht schon einmal für die Ware "Tee" als warenbeschreibend und rein werbliche Anpreisung verneint worden (24 W (pat) 57/01 v. 9. Oktober 2001 PAVIS-CD-ROM).

In rechtlicher Hinsicht sei die Anmelderin lediglich noch auf die neuere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hingewiesen (insbes. Entsch. V. 12. Februar 2004 – C-265/00- Biomild), wo klar zum Ausdruck kommt, dass die bloße Kombination von Wortbestandteilen, von denen jeder Merkmale der beanspruchten Ware beschreibt, für diese Merkmale selbst dann beschreibend bleibt, wenn es sich um eine sprachliche Neuschöpfung handelt; die bloße Aneinanderreihung solcher Bestandteile ohne Vornahme einer ungewöhnlichen Änderung, insbes. syntaktischer oder semantischer Art kann nämlich nur zu einer Marke führen, die ausschließlich aus Angaben oder Zeichen besteht, die im Verkehr zur Bezeichnung von Merkmalen der genannten Waren dienen können (EuGH aaO Rdnr. 39). Dieser Auffassung hat sich übrigen auch bereits der Bundesgerichtshof angeschlossen (vgl. BGH GRUR 2003, 1050 CityService).

Zusammenfassend kann mithin festgestellt werden, dass die Wortkombination "Morning Power" von den angesprochenen Verkehrskreisen in Bezug auf die beanspruchten Waren als bloße Sachangabe im Sinne von "Energie am Morgen" aufgefasst wird. Dies stellt eine unmittelbar verständliche Bezeichnung der Bestimmung dieser Waren dar und unterliegt für die angemeldeten Waren einem Freihaltebedürfnis gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG.

Als unmittelbar verständliche Sachangabe bezüglich der Merkmale der von der Marke erfassten Waren ist das Zeichen schließlich auch nicht geeignet, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel hinsichtlich der Herkunft der Waren aus einem bestimmten Unternehmen dienen zu können. Die angesprochenen Verkehrskreise werden in der Marke kein Kennzeichen der Anmelderin, sondern eine Eigenschaft der von dem Zeichen erfassten Waren sehen. Der Marke fehlt somit auch jegliche Unterscheidungskraft i.S. des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

Die Beschwerde konnte damit keinen Erfolg haben und war als unbegründet zurückzuweisen.

Stoppel

Schwarz-Angele

Schwarz

Pü