



BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 24/05

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 303 65 184.9

hat 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Hacker, des Richters Viereck und der Richterin Dr. Kober-Dehm in der Sitzung vom 25. Juli 2007

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die am 10. Dezember 2003 angemeldete Wortmarke

Take Power

ist für folgende Waren bestimmt:

- 5: Tee und teeähnliche Erzeugnisse (Kräuter- und Früchtetees) für medizinische Zwecke, auch vitaminisiert und/oder aromatisiert und/oder instantisiert und/oder mineralisiert und/oder mit Zusatz von Koffein oder sonstigen anregenden Zusätzen, auch flüssig in trinkfertiger Form, Vitaminisierte Zuckerwaren, Pharmazeutische Produkte aus oder unter Verwendung von Traubenzucker hergestellt, Traubenzucker oder diätetische Nahrungsmittel für medizinische Zwecke in gepresster, flüssiger, pulverisierter oder dragierter Form, auch vitaminisiert und/oder mineralisiert, auch als Bestandteil für Nahrungsmittel und/oder nicht-alkoholischer Getränke;

- 30: Tee und teeähnliche Erzeugnisse (Kräuter- und Früchtetees) für Genußzwecke, auch vitaminisiert und/oder aromatisiert und/oder instantisiert und/oder mineralisiert und/oder mit Zusatz von Koffein oder sonstigen anregenden Zusätzen, auch flüssig in trinkfertiger Form, Eistee, Getränke mit oder auf der Basis von Tee/Kräutertee/Früchtetees, Zuckerwaren, insbesondere Traubenzucker und Traubenzucker-Komprimat für

nichtmedizinische Zwecke, auch vitaminisiert und/oder mineralisiert;

Traubenzucker für Nahrungszwecke in gepresster, flüssiger, pulverisierter oder dragierter Form (nicht für den medizinischen Gebrauch), auch als Bestandteil für Nahrungsmittel und/oder nicht-alkoholische Getränke;

Nahrungsmittel oder Nahrungsergänzungsmittel aus oder unter Verwendung von Traubenzucker hergestellt;

- 32: Alkoholfreie Getränke, Sportgetränke, isotonische Getränke, Präparate für die Herstellung von Getränken, Brausetabletten und -pulver für die Herstellung von Getränken (alle Waren nur soweit in Klasse 32 enthalten).

Seitens der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts ist die Anmeldung nach vorangegangener Beanstandung in einem ersten Beschluss vom 13. September 2004 wegen fehlender Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) zurückgewiesen worden. Die aus Wörtern des englischen Grundwortschatzes bestehende Bezeichnung „Take Power“ stelle eine für das inländische Publikum allgemein verständliche Aufforderung dar, Kraft (Stärke, Energie) zu sich zu nehmen bzw. auf- oder einzunehmen. In Verbindung mit den beanspruchten Waren werde lediglich der Sachhinweis auf deren Beschaffenheit und Wirkungsweise gesehen. Da der warenbeschreibende Bedeutungsgehalt sich dem Verkehr auf Anhieb und ohne weitere Überlegungen erschließe und die angemeldete Bezeichnung auch nicht mehrdeutig oder phantasievoll sei, fehle ihr die Eignung, einen betrieblichen Herkunftshinweis zu vermitteln.

Die Erinnerung der Anmelderin ist durch Beschluss derselben Markenstelle vom 22. Dezember 2004 zurückgewiesen worden. Die Erinnerungsprüferin vertieft die Argumente des Erstbeschlusses und weist unter Bezugnahme auf mehrere Entscheidungen des Bundespatentgerichts darauf hin, dass „Power“ bereits in die

deutsche Sprache (insbesondere in der Werbung) Eingang gefunden hat. Die angemeldete Wortfolge entspreche der werbeüblichen Identifikationsansprache. Die beanspruchten Waren könnten durchweg belebend und erfrischend wirken und somit Kraft und Energie verleihen, wenn sie z. B. Teein, Dextrose, Vitamine und ähnliche Zusätze enthielten. Mithin liege eine schlagwortartige Sachangabe vor.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Anmelderin, mit der sie bei sach- und interessengerechter Auslegung die Aufhebung der Beschlüsse der Markenstelle erstrebt.

Ihrer Ansicht nach sieht der Verkehr, dem ein Produkt mit dem markenmäßig aufgetragenen Schriftzug „Take Power“ begegnet, hierin keine werbemäßige Sachangabe. Man könne auch nicht voraussetzen, dass durchschnittliche Verbraucher der verfahrensgegenständlichen Waren durchweg über Englischkenntnisse verfügten. Die Zielgruppe der Ware „Tee“ umfasse auch Personen fortgeschrittenen Alters, welche mit der englischen Sprache nicht sonderlich oder gar nicht vertraut seien; entsprechendes gelte in Verbindung mit „Süßwaren“ für Kinder, die der englischen Sprache in der Regel noch nicht mächtig seien. Die Wortfolge „Take Power“ sei - anders als Bezeichnungen wie „Kraft-Bonbon“, „Stärkungs-Tee“ oder „Stärkungs-Saft“ - keine unmittelbar warenbeschreibende Angabe.

Nachdem in einer Zwischenverfügung des Senats (nochmals) auf die Entscheidung des 26. Senats des Bundespatentgerichts vom 21. Oktober 1998 (26 W (pat) 163/96 - Take Power, BIPMZ 1999, 229) sowie auf den in einem Lösungsverfahren ergangenen „POWER ENERGY“-Beschluss des erkennenden Senats vom 13. Dezember 2006 (32 W (pat) 12/05) hingewiesen wurde, hat die Anmelderin ausgeführt, die Beurteilungspraxis unterliege Schwankungen und habe sich seit 1998 verändert; zudem unterscheide sich die vorliegend beanspruchte Marke deutlich von der Bezeichnung „POWER ENERGY“. Auch Marken mit einem u. U. geringen Maß an Unterscheidungskraft seien schutzfähig. Ergänzend wird auf die seit 1995 für „Tee“ eingetragene Marke 395 37 966 „Take Po-

wer“ sowie auf weitere, nach Ansicht der Anmelderin vergleichbare eingetragene deutsche Wortmarken verwiesen.

Wegen sonstiger Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde der Anmelderin ist zulässig (§ 66 MarkenG), insbesondere auch fristgerecht eingelegt, jedoch in der Sache nicht begründet.

Verfahrensrechtliche Bedenken stehen der vorliegenden Markenmeldung und der Weiterverfolgung des Eintragungsbegehrens in der Beschwerdeinstanz allerdings nicht entgegen, trotz der im Jahre 1998 erfolgten rechtskräftigen Zurückweisung einer gleichlautenden Wortmarke (BPatG BIPMZ 1999, 229). Denn zum einen liegt diese Entscheidung nunmehr fast neun Jahre zurück (wobei die Beurteilung der Unterscheidungskraft generell - wie die Anmelderin zurecht anmerkt - in der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der Amtspraxis des Deutschen Patent- und Markenamts gelegentlich unterschiedliche Maßstäbe aufweist), zum anderen betraf der betreffende Beschluss des 26. Senats nur die Ware „Limonade“, während vorliegend ein wesentlich umfassenderes Warenverzeichnis beansprucht ist, das auch „Tee und teeähnliche Erzeugnisse“ in Klasse 30 einschließt, für welche die Bezeichnung „Take Power“ seit 1995 Markenschutz genießt (395 37 966). Die Anmelderin hat somit ein berechtigtes Interesse, die Schutzfähigkeit einer gleichlautenden Marke erneut zur Prüfung zu stellen.

Jedoch fehlt der angemeldeten Bezeichnung in Verbindung mit den beanspruchten Waren, die ihren Schwerpunkt auf dem Lebensmittel- und Getränkesektor haben, von Hause aus jegliche Unterscheidungskraft (gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG). Unterscheidungskraft im Sinne dieser Vorschrift ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die be-

anspruchten Erzeugnisse (und ggf. Dienstleistungsangebote) eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden (st. Rspr.; vgl. z. B. BGH GRUR 2003, 1050 - Cityservice). Denn Hauptfunktion einer Marke ist es, die Ursprungsidentität der so gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu gewährleisten (vgl. EuGH GRUR 2002, 804 - Philips; GRUR 2004, 428 - Henkel; GRUR 2004, 943 - SAT.2; GRUR Int. 2004, 631 - Dreidimensionale Tablettenform I). Die Prüfung, ob das erforderliche Maß an Unterscheidungskraft vorhanden ist, muss streng und vollständig sein (vgl. EuGH GRUR 2003, 604 - Libertel; GRUR 2004, 674 - Postkantoor). Bei Wortmarken ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von fehlender Unterscheidungskraft auszugehen, wenn diesen ein für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen im Vordergrund stehender beschreibender Sinngehalt zugeordnet werden kann oder wenn es sich um ein gebräuchliches Wort (bzw. eine Wortfolge) der deutschen Sprache oder einer bekannten Fremdsprache handelt, das vom Verkehr, etwa wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung oder in den Medien, stets nur als solches und nicht als Unterscheidungsmittel der Herkunft nach verstanden wird (st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 2006, 850, 854 - FUSSBALL WM 2006; GRUR 2003, 1050 - Cityservice).

Den Sinngehalt der englischsprachigen Wortfolge „Take Power“ in Verbindung mit den beanspruchten Waren (im Sinne von „nimm Kraft [zu dir]“) hat die Markenstelle zutreffend aufgezeigt. Der Senat folgt auch der Bewertung, dass dieser Begriff für sämtliche beanspruchten Erzeugnisse in den Klassen 5, 30 und 32 als werbemäßig beschreibend - insbesondere im Hinblick auf die Wirkungsweise - verstanden werden kann (vgl. ergänzend Senatsbeschluss vom 13. Dezember 2006, 32 W (pat) 12/05 - POWER ENERGY). Diese Beurteilung gilt auch für „Tee und teeähnliche Erzeugnisse (Kräuter- und Früchtetees)“, unabhängig davon, ob diese für medizinische (Klasse 5) oder für Genusszwecke (Klasse 30) bestimmt sind. Tee und teeähnliche Erzeugnisse für medizinische Zwecke können z. B. die Herzfunktion, den Kreislauf, den Stoffwechsel oder die Verdauung günstig beeinflussen, entsprechende Produkte in Klasse 30 können

das allgemeine Wohlbefinden, z. B. an kalten Tagen, erhöhen und in diesem Sinne dem Konsumenten Kraft verleihen. Durch diesen unmittelbar warenbezogenen Anklang unterscheidet sich „Take Power“ z. B. von solchen nach Ansicht des Bundesgerichtshofs - unbeschadet ihrer Werbewirksamkeit - schutzfähigen englischsprachigen Bezeichnungen wie „FOR YOU“ (GRUR 1999, 1093) und „YES“ (GRUR 1999, 1089).

Nicht tragfähig ist die Argumentation der Anmelderin, ein Mindestmaß an Unterscheidungskraft ergebe sich bereits aus dem Umstand, dass der Verkehr auch Bevölkerungsteile umfasse, die (wie ältere Leute oder kleine Kinder) nicht bzw. noch nicht über Englischkenntnisse verfügten. Dem mag zwar tatsächlich so sein, jedoch ist der Begriff des Durchschnittsverbrauchers normativ - und nicht empirisch - zu bestimmen (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 8 Rdn. 24, 70). Maßgeblich ist insoweit, dass (Grund-) Kenntnisse der englischen Sprache mittlerweile in Deutschland in einem weiten Umfang vorhanden sind, was insbesondere auch daraus erhellt, dass sich die inländische Werbung - auf zahlreichen Warendektoren - nicht selten dieser Sprache, und zwar keineswegs nur einzelner Wörter oder (einfacher) Redewendungen, bedient.

Unzutreffend ist auch der Hinweis der Anmelderin, bei einem auf dem jeweiligen Produkt markenmäßig angebrachten Schriftzug „Take Power“ sehe der Verkehr hierin keine sachbezogene Aussage. Dass Interessenten bei einer Kennzeichnung von Waren mit einer werbemäßig beschreibenden Angabe (ohne sonstige Zusätze) diese zwangsläufig so benennen müssen, stellt kein Argument für das Vorhandensein eines Mindestmaßes von Unterscheidungskraft dar. Andernfalls müssten so gut wie alle glatt beschreibenden Angaben je nach den Umständen ihrer tatsächlichen Verwendung als unterscheidungskräftig gelten, dieser Schutzversagungsgrund also weitgehend leerlaufen, was aber nicht Sinn der gesetzlichen Regelung des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG sein kann (vgl. BPatGE 48, 100, 104 - COLLECTION).

Aus der Eintragung und Schutzgewährung für andere (deutsche, ausländische und europäische) Marken, welche mit der angemeldeten Bezeichnung übereinstimmen oder dieser nahekommen, vermag die Anmelderin keinen Anspruch auf Registrierung im vorliegenden Fall abzuleiten. Voreintragungen - selbst eines identischen Zeichens wie hier der Marke 395 37 966 - führen weder für sich, noch in Verbindung mit dem Gleichheitssatz des Grundgesetzes zu einer Selbstbindung derjenigen Stellen, welche über die Eintragung zu befinden haben. Denn die Entscheidung über die Schutzfähigkeit einer Marke stellt keine Ermessens-, sondern eine Rechtsfrage dar (vgl. z. B. BGH BIPMZ 1998, 248 - Today; BPatGE 32, 5 - CREATION GROSS; BPatG GRUR 2007, 333 - Papaya; BPatG BIPMZ 2007, 236 - CASHFLOW; EuGH GRUR 2004, 428, Nr. 63 - Henkel; GRUR 2004, 674, Nrn. 43, 44 - Postkantoor).

Auf den Gesichtspunkt der Durchsetzung der angemeldeten Wortmarke im beteiligten Verkehr infolge Benutzung (gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG) hat die Anmelderin ihr Eintragungsbegehren nicht gestützt.

Vorsitzender Richter
Prof. Dr. Hacker ist wegen
Urlaubs an der Unterschrift
verhindert.

Dr. Kober-Dehm

Viereck

Viereck

Hu