



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 537/10

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2010 018 572.4

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 9. Dezember 2010 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Knoll sowie der Richter Merzbach und Metternich

beschlossen:

Die Beschwerde der Anmelderin wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Wortfolge

Mit Liebe gemacht

ist am 26. März 2010 für die Waren

"Konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Gallerten (Gelees), Konfitüren, Kompotte, aus Früchten und Dicksungsmitteln hergestellte Süßspeisen, Rote Grütze, konservierte Fertiggerichte im Wesentlichen bestehend aus Fleisch, Fisch, Gemüse, Früchten, Eiern, Käse, Joghurt, Quark, Reis, Teigwaren, Pudding, Mehlspeisen, Klößen, soweit in Klasse 29 enthalten; Meerrettichzubereitungen bestehend aus Meerrettich sowie Gemüse und/oder Obst und/oder Sahne, Tafelmeerrettich, Meerrettich in Mayonnaise; Salz, Senf; Essig, Saucen (Würzmittel); Gewürzpräparate, verzehrfertig zubereitete Salatsaucen und -dressings, Salatsaucen in Instant- und/oder Pulverform, Gewürze in flüssiger und trockener Form, Würzpasten; Mayonnaise, Salatmayonnaise, Remoulade, Tomatenmark, Ketchup; mayonnaisenhaltige Feinkosterzeugnisse, soweit in Klasse 30 enthalten, mit und ohne Bestandteilen von Obst, Gemüse und Kräutern; mayonnaisenhaltige Erzeugnisse, soweit in Klasse 30 enthalten, mit Obst und/oder Gemüse; mayonnaiseähnliche Erzeugnisse nämlich Salatcreme; Sour Cream, nämlich Creme aus Speisequark und Mayonnaise mit beigegebenen geschmackgebenden Lebensmitteln, soweit in Klasse 30 enthalten, Rote Grütze; Biere; Mineralwässer und Kohlensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke;

Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken"

zur Eintragung in das Markenregister angemeldet worden.

Nach vorheriger Beanstandung wegen absoluter Schutzhindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 u. 2 MarkenG hat die Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts die Anmeldung mit Beschluss vom 17. August 2010 durch eine Beamtin des gehobenen Dienstes zurückgewiesen, weil der Eintragung der angemeldeten Bezeichnung in Bezug auf die beanspruchten Waren bereits das absolute Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegenstehe.

In Verbindung mit den beanspruchten Waren enthalte der Werbeslogan "Mit Liebe gemacht" die anpreisende Sachangabe, dass die Waren mit größter Sorgfalt hergestellt bzw. zusammengestellt worden seien. Der Slogan werde daher vom Publikum nur als Werbespruch mit Kaufanreizcharakter bzw. als Qualitätshinweis empfunden. Im vorliegend maßgeblichen Warenbereich erschöpfe sich die Wortfolge "Mit Liebe gemacht" in Verbindung mit den so gekennzeichneten Waren daher in einer aus sich heraus verständlichen, schlagwortartigen, warenbeschreibenden Aussage. Soweit sich die Anmelderin auf aus ihrer Sicht vergleichbare Voreintragungen berufe, sei zu beachten, dass die Eintragung anderer Marken keinen Anspruch auf Eintragung begründe. Dies gelte auch, soweit der 27. Senat des Bundespatentgerichts in der Sache 27 W (pat) 21/05 vom 7. Juni 2005 die identische Wortfolge "Mit Liebe gemacht" als schutzfähig erachtet habe.

Dagegen richtet sich die von der Anmelderin erhobene Beschwerde. Sie beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom vom 17. August 2010 aufzuheben.

In Zusammenhang mit einer Mengenfertigung bzw. industrieller Fertigung von Produkten, wie sie die Anmelderin betreibt, sei die angemeldete Wortfolge mit einem erheblichen Grad an Originalität ausgestattet. Anders als z. B. in Verbindung mit einer rein manuellen Fertigung im Haushalts- und/oder Kleinhandwerksbereich löse die Wortfolge in Bezug auf die hier maßgeblich von der Anmelderin beanspruchten Massenprodukte vor dem Hintergrund, dass die zur Herstellung von Massenprodukten verwendeten Maschinen nicht "mit Liebe" produzieren könnten, einen Denkprozess aus. Insoweit erschließe sich dem Verkehr ein Verständnis in dem von der Markenstelle angenommenen Sinn in Bezug auf die Anmelderin erst, wenn er die mit dem Slogan verbundene Aussage mit der familiär geprägten Entwicklungs-, Produktions- und Qualitätssicherungsphilosophie der Anmelderin in Verbindung bringe.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss der Markenstelle sowie den weiteren Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere gemäß §§ 64 Abs. 6 Satz 1, 66 Abs. 1 Satz 1 MarkenG statthaft. Sie ist aber unbegründet. Die angemeldete Marke weist entgegen der Auffassung der Anmelderin keine Unterscheidungskraft auf (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG), so dass die Markenstelle die Anmeldung zu Recht zurückgewiesen hat (§ 37 Abs. 1 MarkenG).

1. Unterscheidungskraft ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als betrieblicher Herkunftshinweis aufgefasst zu werden. Denn die Hauptfunktion einer Marke liegt darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu gewährleisten (vgl. u. a. EuGH GRUR 2004, 428, 429 f., Tz. 30, 31 - Henkel; BGH GRUR 2006, 850, 854, Tz. 17 - FUSSBALL WM 2006). Keine Unterscheidungskraft besitzen insbe-

sondere Bezeichnungen, denen der Verkehr im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnet (vgl. BGH 2006, 850, 854, Tz. 19 - FUSSBALL WM 2006; EuGH GRUR 2004, 674, 678, Tz. 86 - Postkantor). Darüber hinaus fehlt die Unterscheidungskraft u. a. aber auch solchen Angaben, die sich auf Umstände beziehen, welche die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen zwar nicht unmittelbar betreffen, mit denen aber ein enger beschreibender Bezug zu dem betreffenden Produkt hergestellt wird (BGH - FUSSBALL WM 2006, a. a. O.). Schließlich kann die erforderliche Unterscheidungskraft Angaben und Zeichen fehlen, welche zwar weder die beanspruchten Waren und/oder Dienstleistungen unmittelbar beschreiben noch einen engen beschreibenden Bezug zu diesen Waren und/oder Dienstleistungen aufweisen, die aber aus anderen Gründen nicht zur betrieblichen Herkunftskennzeichnung geeignet sind (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 8 Rdnr. 138). Das ist insbesondere bei allgemein warenanpreisenden Ausdrücken oder Wortfolgen anzunehmen, bei denen – ohne eine warenbeschreibende Sachangabe zu sein – ein auf die Ware bezogener Sinngehalt so stark im Vordergrund steht, dass der Gedanke fern liegt, es könnte sich um einen Herkunftshinweis handeln (vgl. BGH GRUR 2000, 720, 721 - Unter Uns; GRUR 2000, 323, 324 - Partner with the Best; GRUR 2001, 1043, 1044 - Gute Zeiten-Schlechte Zeiten).

Das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft ist im Lichte des Allgemeininteresses auszulegen, wobei dieses darin besteht, die Allgemeinheit vor ungerechtfertigten Rechtsmonopolen zu bewahren (vgl. EuGH GRUR 2003, 604, Tz. 60 - Libertel). Dementsprechend hat der EuGH mehrfach eine strenge und vollständige, nicht auf ein Mindestmaß beschränkte Prüfung von absoluten Schutzhindernissen angemahnt, um eine ungerechtfertigte Eintragung von Marken zu verhindern (EuGH GRUR 2003, 606, Tz. 59 - Libertel; GRUR 2004, 674, Tz. 45 - Postkantor; GRUR 2004, 1027, Tz. 45 - Das Prinzip der Bequemlichkeit). Auch der BGH hat klargestellt,

dass nicht nur eine summarische Prüfung erfolgen darf; vielmehr sind die Gesichtspunkte umfassend zu würdigen, wobei im Rahmen der strengen und umfassenden Prüfung zu berücksichtigen ist, dass auch eine geringe Unterscheidungskraft ausreicht, um das Eintragungshindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zu überwinden (vgl. BGH GRUR 2009, 949, Tz. 11 - My World).

Schlagwortartige Wortkombinationen, wie die hier vorliegende Markenmeldung "Mit Liebe gemacht", unterliegen weder strengeren noch geringeren, sondern den gleichen Schutzvoraussetzungen wie andere Wortmarken. Einerseits reicht allein die Tatsache, dass ein Zeichen von den angesprochenen Verkehrskreisen als Werbeslogan wahrgenommen wird, - für sich gesehen - nicht aus, um die für die Schutzfähigkeit erforderliche Unterscheidungskraft zu verneinen (vgl. EuGH GRUR 2010, 228, Tz. 44 - VORSPRUNG DURCH TECHNIK). Es ist auch nicht erforderlich, dass schlagwortartige Wortfolgen einen selbständig kennzeichnenden Bestandteil enthalten oder in ihrer Gesamtheit einen besonderen phantasievollen Überschuss aufweisen (vgl. BGH GRUR 2002, 1070, 1071 – Bar jeder Vernunft). Ferner kann selbst dann, wenn die jeweilige Marke zugleich oder sogar in erster Linie als Werbeslogan aufgefasst wird, deren Schutzfähigkeit in Betracht kommen, sofern sie zugleich auch als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der beanspruchten Waren und Dienstleistungen aufgefasst wird (vgl. EuGH GRUR 2010, 228, Tz. 45 - VORSPRUNG DURCH TECHNIK). Andererseits ist auch bei schlagwortartigen Wortfolgen die für die Schutzfähigkeit erforderliche Unterscheidungskraft zu verneinen, wenn - wie bei anderen Markenkategorien auch - ein zumindest enger beschreibender Bezug im eingangs dargelegten Sinn zu den jeweils konkret beanspruchten Waren oder Dienstleistungen vorliegt. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass der Verkehr in Slogans oder schlagwortartigen Wortfolgen regelmäßig dann keinen Herkunftshinweis sieht, wenn diese eine bloße Werbefunktion ausüben - diese kann z. B. darin bestehen, die Qualität der betreffenden Waren oder Dienstleistungen anzupreisen - es sei denn, dass die Werbefunktion im

Vergleich zu ihrer behaupteten Herkunftsfunktion offensichtlich von untergeordneter Bedeutung ist (vgl. EuGH GRUR 2004, 1027, 1029 Tz. 35 - DAS PRINZIP DER BEQUEMLICHKEIT).

Diese Grundsätze werden durch die Entscheidung des EuGH in GRUR 2010, 228 - VORSPRUNG DURCH TECHNIK nicht entscheidend modifiziert. Auch danach setzt die Bejahung der Unterscheidungskraft unverändert voraus, dass das Zeichen geeignet sein muss, die beanspruchten Waren und Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen (vgl. EuGH GRUR 2010, 228, Tz. 44 - VORSPRUNG DURCH TECHNIK). Letzteres kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die jeweilige Marke nicht nur in einer gewöhnlichen Werbemitteilung besteht, sondern eine gewisse Originalität oder Prägnanz aufweist, die ein Mindestmaß an Interpretationsaufwand erfordern oder bei den angesprochenen Verkehrskreisen einen Denkprozess auslösen (EuGH GRUR 2010, 228, Tz. 57 – VORSPRUNG DURCH TECHNIK).

Hiervon ausgehend ist die Wortfolge "Mit Liebe gemacht" nicht geeignet, als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der beanspruchten Waren zu dienen. In allgemein bekannten Redewendungen wie "mit Liebe kochen", "mit Liebe den Tisch decken" oder auch "mit Liebe gemacht" kommt dem Begriff "Liebe" die Bedeutung "mit großer Sorgfalt und innerer Anteilnahme" zu (vgl. DUDEN, Deutsches Universalwörterbuch, 6. Aufl., S. 1077). Der Verkehr wird der angemeldeten Wortfolge dann aber lediglich einen werblich-anpreisenden, beschreibenden Slogan auf die Beschaffenheit der Waren entnehmen, nämlich dass diese "mit großer Sorgfalt und innerer Anteilnahme" gefertigt bzw. hergestellt worden sind. Soweit die Anmelderin geltend macht, dass sie selbst nur industriell gefertigte (Massen)Ware auf den Markt bringt, bei der der Verkehr aufgrund ihrer maschinellen Herstellung kein "liebevolleres Herstellungsverfahren" vermutet, ist zu beachten, dass die Beurteilung von Schutzhindernissen nicht vom Unternehmensgegenstand der Anmelderin ab-

hängt. Der beabsichtigte Einsatz des Zeichens ist für die registerrechtliche Frage deren Eintragungsfähigkeit irrelevant (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 8 Rdnr. 255). Es kommt nicht darauf an, für welche Art von Waren die Anmelderin das angemeldete Zeichen verwenden will, sondern wofür es nach dem beanspruchten Warenverzeichnis verwendet werden kann, wobei ein Eintragungshindernis bereits dann vorliegt, wenn ein Schutzhindernis hinsichtlich einzelner unter den Oberbegriff fallender Waren und/oder Dienstleistungen anzunehmen ist (vgl. BGH, GRUR 2002, 261 - AC; GRUR 2006, 850, 856 Tz. 36 - FUSSBALL WM 2006). Ausgehend vom beanspruchten Warenverzeichnis können jedoch sämtliche beanspruchten Waren aus dem Nahrungs- und Genußmittelbereich ihrer Art und Beschaffenheit nach nicht nur industriell gefertigt, sondern auch individuell "in Handarbeit" hergestellt werden, z. B. im Rahmen von kleineren, auf die Fertigung hochwertiger (Lebensmittel-)Produkte spezialisierter Manufakturen, so dass der Verkehr in der angemeldeten Wortfolge jedenfalls in Zusammenhang mit solchen Produkten eine rein sachbezogene Aussage erkennen wird, die in einer das Hervorrufen von Aufmerksamkeit zielenden, werbemäßig anpreisenden Form darauf hinweist, dass diese Waren "mit großer Sorgfalt und innerer Anteilnahme" gefertigt bzw. hergestellt worden sind.

Zudem erschöpft sich die sloganartige Wortfolge entgegen der Auffassung der Anmelderin selbst in Bezug auf industriell gefertigte (Nahrungs- und Genußmittel)Produkte in einer anpreisenden Qualitätsangabe. Wenngleich damit jedenfalls nicht vordergründig die Art und Weise eines (industriellen) Herstellungsverfahrens beschrieben wird, so wird der Verkehr entsprechend dem verallgemeinernden Sinn- und Bedeutungsgehalt der Wortfolge ohne weiteres annehmen, dass z. B. Entwicklung, Planung, Konzeption etc. des entsprechenden (industriell gefertigten) Produkts "mit großer Sorgfalt" vorgenommen worden ist und daher insoweit einem individuell gefertigten Produkt in Qualität und Standard entspricht. Selbst wenn der Verkehr bei einem industriell gefertigten Massenprodukt nicht von einer solchen Sorgfalt aus-

gehen sollte, wird er in der angemeldeten Wortfolge lediglich die übliche werbemäßige übertreibende Produktpreisung sehen und keinen individuellen betrieblichen Herkunftshinweis.

Aufgrund des eindeutigen Aussagegehalts der Wortfolge "Mit Liebe gemacht" bedarf es für den normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Endverbraucher auch keiner gedanklicher Auseinandersetzung oder Überlegungen in Bezug auf den Betrieb bzw. das Unternehmen der Anmelderin, um diesen rein sachlichen Bedeutungsgehalt der angemeldeten Wortkombination in Bezug auf die beanspruchten Waren zu erkennen und zu erfassen. Die Wortfolge ist in Bezug auf die hier maßgeblichen Waren ohne weiteres aus sich heraus als anpreisende Qualitätsangabe verständlich. Der Verkehr, der daran gewöhnt ist, vor allem im Bereich der Werbung ständig mit neuen schlagwortartigen Begriffen und Wortkombinationen konfrontiert zu werden, durch die ihm sachbezogene Informationen in einprägsamer und schlagwortartiger Form übermittelt werden sollen (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 8 Rdnr. 117), wird die Wortfolge "Mit Liebe gemacht" daher auch in Zusammenhang mit Waren, bei dem ihm dieser Slogan bisher nicht als Werbeversprechen begegnet ist, in dem dargelegten Sinn als rein werbemäßiges Qualitätsversprechen verstehen. Unerheblich ist daher auch, ob sich eine beschreibende Verwendung dieser Wortfolge im hier relevanten Warenbereich bereits nachweisen lässt, was allerdings nach der allgemeinen Lebenserfahrung der Fall ist. Der Verkehr wird in solchen reklamehaften Anpreisungen oder schlagwortartigen Werbeaussagen zu Eigenschaften und Beschaffenheit von Produkten keinen Hinweis auf die betriebliche Herkunft dieser Waren sehen (vgl. dazu auch BGH MarkenR 2010, 25, 26 Tz. 13 - hey!).

2. Soweit der 27. Senat des Bundespatentgerichts in der Entscheidung des 27 W (pat) 21/05 vom 7. Juni 2005 die identische Wortfolge "Mit Liebe gemacht" (303 52 333) für schutzfähig erachtet hat, ist dieser Fall mit der vor-

liegenden Anmeldung bereits deshalb nicht vergleichbar, weil die Wortfolge dort Schutz für andere Waren, u. a. für "Babywäsche" und andere Textilien, beansprucht hat. Im Übrigen hat das OLG Hamburg einen auf diese Marke gestützten Unterlassungsanspruch in einem Urteil vom 7. April 2008 (3 W (pat) 30/08 - Baby-Body-Slogan) im Wesentlichen mit der Begründung zurückgewiesen, dass der Verkehr in der auf Babykleidung aufgedruckte Wortfolgen "Mit Liebe gemacht" keinen Herkunftshinweis erkenne und es daher an einer markenmäßigen Benutzung der eingetragenen Wortfolge fehle.

Unabhängig davon ist in rechtlicher Hinsicht zu beachten, dass identische bzw. mehr oder weniger vergleichbare Voreintragungen zwar zu berücksichtigen sind, jedoch keine für den zu entscheidenden Fall rechtlich bindende Wirkung zu entfalten vermögen. Dies hat der EuGH mehrfach und auf ein dahingehend gerichtetes Vorabentscheidungsersuchen nochmals ausdrücklich bestätigt (vgl. EuGH GRUR 2009, 667 - Bild.T-Online u. ZVS unter Hinweis u. a. auf die Entscheidungen EuGH GRUR 2008, 229, Tz. 47 - 51 - BioID; GRUR 2004, 674, Tz. 42 - 44 - Postkantoor; GRUR 2004, 428, Tz. 63 - Henkel). Dies entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des Bundespatentgerichts und des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH GRUR 2008, 1093, Tz. 18) - Marlene-Dietrich-Bildnis I; BPatG GRUR 2007, 333 - Papaya mit ausführlicher Begründung und mit zahlreichen Literatur- und Rechtsprechungsnachweisen). Mehrere Senate des BPatG, u. a. auch der erkennende Senat, haben sich zur Frage der Voreintragungen intensiv auseinandergesetzt (vgl. dazu GRUR 2009, 1175 - Burg Lissingen; MarkenR 2010, 139 - VOLKSFLAT und die Senatsentscheidung MarkenR 2010, 145 - Linuxwerkstatt). Die Entscheidung zur Frage der Schutzfähigkeit einer angemeldeten Marke ist keine Ermessensentscheidung, sondern eine gebundene Entscheidung, die allein auf der Grundlage des Gesetzes und nicht auf der Grundlage einer vorherigen Entscheidungspraxis zu beurteilen ist. Aus dem Gebot rechtmäßigen Handelns folgt, dass sich niemand auf eine fehlerhafte Rechtsanwendung

zugunsten eines anderen berufen kann, um eine identische Entscheidung zu erlangen.

3. Die angemeldete Wortfolge weist somit zu allen beanspruchten Waren einen zumindest engen beschreibenden Bezug auf, so dass ihr die nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG erforderliche Unterscheidungskraft fehlt. Aus den vorgenannten Gründen spricht auch einiges dafür, dass der angemeldeten Wortfolge das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegensteht; dies kann jedoch letztlich dahingestellt bleiben.
4. Einer mündlichen Verhandlung bedurfte es nicht. Die Anmelderin hat keinen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt (§ 69 Nr. 1 MarkenG). Der Senat hat eine mündliche Verhandlung auch nicht als sachdienlich erachtet (§ 69 Nr. 3 MarkenG), zumal auch keine Tat- oder Rechtsfragen klärungs- oder in mündlicher Verhandlung erörterungsbedürftig erscheinen.

Knoll

Metternich

Merzbach

Hu