



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 163/09

(Aktenzeichen)

Verkündet am
29. Juli 2010

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2008 024 527.1

hat der 25. Senat (Marken Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29. Juli 2010 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Knoll sowie der Richter Merzbach und Metternich

beschlossen:

Die Beschwerde der Anmelderin wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

Gesunde Abwehr

ist am 15. April 2008 zur Eintragung in das Markenregister angemeldet worden, und zwar für die folgenden Waren der Klassen 5, 30 und 32:

„Tee und teeähnliche Erzeugnisse (Kräutertees und Früchtetees) für medizinische Zwecke, auch vitaminisiert und/oder aromatisiert und/oder instantisiert und/oder mineralisiert;

Tee und teeähnliche Erzeugnisse (Kräutertees und Früchtetees) für Genusszwecke, auch vitaminisiert und/oder aromatisiert und/oder instantisiert und/oder mineralisiert; Tee-Extrakte; Eistee; Getränke mit oder auf der Basis von Tee/ Kräutertee/Früchtetee (auch in trinkfertiger Form und/oder Beimischung von Fruchtgetränken und/oder Fruchtsäften); Zubereitungen überwiegend bestehend aus Tee-Extrakten und/oder Extrakten aus teeähnlichen Erzeugnissen in pulverisierter und/oder granulierter und/oder instantisierter Form, auch aromatisiert und/oder vitaminisiert und/oder mineralisiert und/oder mit Gewürzen und/oder Milchbestandteilen und/oder weiteren Zutaten; Getränpulver und Fertiggetränke (soweit in Klasse 30 enthalten), insbesondere auf der Basis von Tee, Tee-Extrakten, Kaffee, Kaffee-Extrakten, Kaffee-Ersatzmitteln, Kaffee-Ersatzmittelextrakten, Kakao, Malz, Zucker, Zuckerersatzmitteln, Zichorie und/oder anderen geschmackgebenden Zutaten (jeweils einzeln und/oder in Kombination miteinander); Kakao; Kakaoextrakte für Nahrungs- und Genusszwecke; Kakao-Erzeugnisse; Schokoladenpulver (auch in Mischung mit Milchpulver), insbesondere als Trinkschokoladenpulver; Kaffee; Kaffee-Ersatzmittel; Zuckerwaren; feine Back- und Konditorwaren; Schokoladenwaren;

alkoholfreie Getränke, insbesondere Getränke unter Beimischung von Tee/ Kräutertee/ Früchtetee; Energie-Getränke (Energy-Drinks); Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Mineralwässer und andere kohlenensäurehaltige Wässer; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken; Instantgetränkepulver zur Herstellung alkoholfreier Getränke; Extrakte und Essenzen zur Herstellung alkoholfreier Getränke.“

Die Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts hat diese unter der Nummer 30 2008 024 527.1 geführte Anmeldung nach entsprechender Beanstandung mit zwei Beschlüssen vom 3. November 2008 und vom 28. Mai 2009, von denen der Letztgenannte im Erinnerungsverfahren ergangen ist, zurückgewiesen.

Aus Sicht der Markenstelle fehlt der angemeldeten Marke die erforderliche Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG). Die Bezeichnung „Gesunde Abwehr“ werde bereits sachbegrifflich verwendet, und zwar als Synonym für eine „funktionierende körpereigene Abwehr“. Der Verkehr würde ähnliche Begriffe wie „Abwehrkräfte, Abwehrschwäche, körpereigene Abwehr, Immunsystem“ kennen und diese Begriffe gerade auch im Zusammenhang mit Nahrungsmitteln verwenden, denen eine die körpereigene Abwehr stärkende Wirkung zugeschrieben werde. Insbesondere gelte dies für Tees mit bestimmten Inhaltsstoffen, bei denen der Verkehr davon ausgehe, sie seien geeignet, Abwehrkräfte auf natürliche Weise zu unterstützen. Auch stünden beispielsweise bestimmte Schokoladensorten im Ruf, zur Vermeidung von Herz-Kreislauf-Erkrankungen beizutragen. Der Durchschnittsverbraucher würde daher die angemeldete Wortfolge als schlagwortartigen Hinweis darauf verstehen, dass die damit gekennzeichneten Produkte helfen würden, seine körpereigene Abwehr gesund und gut funktionierend zu erhalten. Somit sei ein unmittelbar beschreibender oder jedenfalls enger Sachbezug der angemeldeten Bezeichnung hinsichtlich aller beanspruchter Waren zu bejahen, weil in allen derartigen Nahrungsmitteln entsprechende Inhaltsstoffe enthalten sein könnten. Dies führe dazu, dass der Verkehr die angemeldete Wortfolge nur als sach-

bezogenen Hinweis auf bestimmte Eigenschaften, nicht aber im Sinne eines individualisierenden Herkunftshinweises auffassen werde. Die angemeldete Bezeichnung weise kein Element auf, welches die Zuordnung zu einem bestimmten Geschäftsbetrieb ermöglichen würde. Insgesamt würde ihr die gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG erforderliche Unterscheidungskraft fehlen. Ob auch ein Freihaltebedürfnis im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG bestehe, könne letztlich dahingestellt bleiben. Der Hinweis der Anmelderin auf aus ihrer Sicht vergleichbare Voreintragungen ändere an dieser Beurteilung nichts. Zum einen lasse sich aus Voreintragungen kein Anspruch auf Eintragung herleiten. Zum anderen seien die von der Anmelderin benannten, eingetragenen Marken schon deshalb nicht mit der angemeldeten Bezeichnung vergleichbar, da diese keine bereits eingeführten Sachbezeichnungen darstellten.

Dagegen richtet sich die von der Anmelderin erhobene Beschwerde.

Sie ist der Auffassung, die angemeldete Bezeichnung sei für die beanspruchten Waren im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG unterscheidungskräftig. Die angemeldete Wortmarke habe weder einen ausschließlich produktbeschreibenden Inhalt, noch stelle sie eine allgemein übliche Werbeaussage dar. „Gesund“ könne „gesundheitsbewusst, munter, bekömmlich, unverletzt, erholt etc.“ bedeuten; „Abwehr“ könne „Gegenwehr, Ablehnung, Defensive, Notwehr, Verteidigung, etc. gegen jemanden/ etwas“ bedeuten. Die Bedeutung der Wortfolge „gesunde Abwehr“ sei hingegen unklar, da eine Abwehr „gut, organisiert oder effizient“ sein könne, nicht aber „gesund“. Das Substantiv „Abwehr“ habe keinen beschreibenden Bezug zu den beanspruchten Waren. Auch bleibe offen, gegen wen oder was eine Verteidigung erfolgen solle, und inwiefern „Abwehr“ für die beanspruchten Waren beschreibend sei. Durch die Kombination beider Begriffe zu der Wortfolge „Gesunde Abwehr“ ergebe sich ebenfalls kein ausschließlich produktbeschreibender Inhalt, da kein Bezug zu den beanspruchten Waren oder zu deren Eigenschaften wie z. B. Geschmack, Inhaltsstoffen, Qualität, Zusammensetzung bestehe. Bei den von der Markenstelle genannten Fundstellen werde „Gesunde Abwehr“ nicht in Allein-

stellung verwendet, sondern in Verbindung mit zusätzlichen Begriffen. Ohne diese Zusätze sei die Wortfolge „gesunde Abwehr“ jedoch originell und habe einen Hintersinn, auf welchen der Verbraucher nicht ohne analysierende Zwischenschritte stoßen würde. Der Begriff „Gesunde Abwehr“ sei zwar ein Suggestivhinweis darauf, dass das körpereigene Immunsystem gut funktioniere. Er sei aber geeignet, die beanspruchten Waren nach ihrer Herkunft aus einem bestimmten Betrieb zu individualisieren. Auch wenn der Verkehr ähnliche Begriffe wie „Abwehrkräfte, Abwehrschwäche, körpereigene Abwehr und Immunsystem“ kenne, führe dies zu keiner anderen Einschätzung. Der Begriff „Gesunde Abwehr“ sei, wie sich aus der Auflistung der Markenstelle ergebe, gerade keine hinreichend bekannte Bezeichnung, welche in Bezug auf entsprechende Nahrungsmitteln im Verkehr verwendet werde, um eine „die Abwehr stärkende Wirkung“ zu beschreiben.

Die angemeldete Marke sei eine prägnante, schlagwortartige Wortfolge. Unterscheidungskraft könne nur dann verneint werden, wenn der konkrete Sinngehalt in Bezug auf die konkreten Waren nach der Verkehrsauffassung dazu führen würde, dass eine Sachangabe über die Waren angenommen würde. Da der Wortfolge „Gesunde Abwehr“ keine konkrete Aussage über die gekennzeichneten Waren entnommen werden könne, sondern sie allenfalls Assoziationen wecke, sei sie kennzeichnungskräftig. Entgegen der Auffassung der Markenstelle handele es sich auch nicht um eine eingeführte Sachbezeichnung. Schließlich liege auch kein Freihaltebedürfnis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG vor, da der Bezeichnung „Gesunde Abwehr“ für die beanspruchten Waren kein beschreibender Aussagegehalt hinsichtlich Art und Beschaffenheit der Waren zukomme.

Die Anmelderin beantragt,

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 3. November 2008 und vom 28. Mai 2009 aufzuheben.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die angefochtenen Beschlüsse der Markenstelle, die Schriftsätze der Anmelderin und den übrigen Akteninhalt verwiesen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, 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).

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 insbesondere 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] „Postkantoor“). 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.).

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] - Postkantoor; 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).

Werbeslogans und sonstige schlagwortartigen Wortfolgen - wie die vorliegend als Marke angemeldete Wortfolge „Gesunde Abwehr“ - sind bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft wie andere Wortmarken zu behandeln. Sie unterliegen keinen strengeren Schutzvoraussetzungen und müssen insbesondere keine zusätzliche Originalität aufweisen (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 8 Rdnr. 143 m. w. N.). Allein die Tatsache, dass ein Zeichen von den angesprochenen Verkehrskreisen als Werbeslogan wahrgenommen wird, reicht - 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 Slogans oder 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).

Slogans und schlagwortartige Wortfolgen unterliegen aber auch keinen geringeren Schutzvoraussetzungen. So 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 hinsichtlich der 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 wenn allein aus der Tatsache, dass es sich bei dem jeweiligen Zeichen um einen Werbeslogan oder um eine schlagwortartige Wortfolge handelt, nicht auf die fehlende Schutzfähigkeit dieses Zeichens geschlossen werden kann, so 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). Dies 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).

Ausgehend von diesen Grundsätzen weist die angemeldete Wortfolge „Gesunde Abwehr“ in Bezug auf die beanspruchten Waren keine Unterscheidungskraft auf.

Die Wortfolge „Gesunde Abwehr“ stellt in ihrer Gesamtheit eine Sachaussage dar, die auf ein gutes, funktionierendes Immunsystem beim Menschen hinweist, in diesem Sinne ohne weiteres verständlich ist und im Verkehr auch so verwendet wird. Dies wird durch die von der Markenstelle aufgezeigten Fundstellen auch hinreichend belegt (vgl. Bl. 7 ff. und Bl. 57 ff. der Amtsakte). Gerade zur Herstellung einer „gesunden Abwehr“ wird auf die Ernährung als wichtigem Faktor zur Herstellung und Erhaltung des menschlichen Immunsystems hingewiesen (vgl. Bl. 11, 13, 61 ff. der Amtsakte). Vor diesem Hintergrund wird der Verkehr und hier insbesondere der normal informierte, angemessen aufmerksame und verständige Endverbraucher in dem Gesamtbegriff „Gesunde Abwehr“, wenn ihm dieser auf den hier beanspruchten Waren begegnet, ohne den geringsten Interpretationsaufwand eine sachbezogene Aussage erkennen, die ihn schlagwortartig darauf hinweist, dass der Konsum dieser Waren die Herstellung und Erhaltung des eigenen Immunsystems fördert. Insbesondere im Zusammenhang mit den Waren

„Tee und teeähnliche Erzeugnisse (Kräutertees und Früchtetees) für medizinische Zwecke, auch vitaminisiert und/oder aromatisiert und/oder instantisiert und/oder mineralisiert; Tee und teeähnliche Erzeugnisse (Kräutertees und Früchtetees) für Genusszwecke, auch vitaminisiert und/oder aromatisiert und/oder instantisiert und/oder mineralisiert; Tee-Extrakte; Eistee; Getränke mit oder auf der Basis von Tee/ Kräutertee/Früchtetee (auch in trinkfertiger Form und/oder Beimischung von Fruchtgetränken und/oder Fruchtsäften); Zubereitungen überwiegend bestehend aus Tee-Extrakten und/oder Extrakten aus teeähnlichen Erzeugnissen in pulverisierter und/ oder granulierter und/oder instantisierter Form, auch aromatisiert und/oder vitaminisiert und/oder mineralisiert und/oder mit Gewürzen und/oder Milchbestandteilen und/oder weiteren Zutaten; alkoholfreie Getränke, insbesondere Getränke unter Beimischung von Tee/ Kräutertee/ Früchtetee; Energie-Getränke (Energy-Drinks); Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Mineralwässer und andere kohlenensäurehaltige Wässer“

handelt es sich bei der Wortfolge „Gesunde Abwehr“ um eine im vorgenannten Sinne deutlich beschreibende, naheliegende und von den beteiligten Verkehrskreisen ohne weiteres als solche zu verstehende Sachaussage. Denn diese Waren werden nicht nur zu Genusszwecken konsumiert, sondern können regelmäßig zumindest auch zur Erhaltung einer „gesunden Abwehr“ im Sinne eines gut funktionierenden Immunsystems verwendet werden; zumindest haben diese Eigenschaften für die Endverbraucher beim Erwerb solcher Waren häufig diese Bedeutung. Mit der Wortfolge „Gesunde Abwehr“ wird daher nichts anderes in einer anpreisenden Weise zum Ausdruck gebracht als die Beschaffenheit und die Eigenschaften dieser Waren, und zwar als Nahrungsmittel bzw. Getränke, die für die Erhaltung und Förderung des Immunsystems bestimmt und geeignet sind. Diese Bedeutung drängt sich den beteiligten Verkehrskreisen bei den vorgenannten Waren geradezu auf und bedarf keiner analysierenden Betrachtungsweise. In einer derart naheliegenden, als solche sich ohne weiteres erschließenden Sachangabe, die sich auf die Beschaffenheit und die Eigenschaften der beanspruchten Waren bezieht, wird der Verkehr keinen Hinweis auf die betriebliche Herkunft dieser Waren sehen.

Das gleiche gilt, soweit es um die übrigen Waren

„Getränkpulver und Fertiggetränke (soweit in Klasse 30 enthalten), insbesondere auf der Basis von Tee, Tee-Extrakten, Kaffee, Kaffee-Extrakten, Kaffee-Ersatzmitteln, Kaffee-Ersatzmittelextrakten, Kakao, Malz, Zucker, Zuckerersatzmitteln, Zichorie und/oder anderen geschmackgebenden Zutaten (jeweils einzeln und/oder in Kombination miteinander); Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken; Instantgetränkpulver zur Herstellung alkoholfreier Getränke; Extrakte und Essenzen zur Herstellung alkoholfreier Getränke, Kakao; Kakaoextrakte für Nahrungs- und Genusszwecke; Kakao-Erzeugnisse; Schokoladenpulver (auch in Mischung mit Milchpulver), insbesondere als Trinkschokoladenpulver; Kaffee; Kaffee-Ersatzmittel; Zuckerwaren; feine Back- und Konditorwaren; Schokoladenwaren“

geht. Auch in Bezug auf diese Waren stellt die Wortfolge „Gesunde Abwehr“ eine rein sachbezogene Aussage hinsichtlich Beschaffenheit und Eigenschaften dieser Waren dar. Zum einen handelt sich bei den beanspruchten Waren „Getränkepolver und Fertiggetränke, Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken, Instantgetränkepolver, Extrakte und Essenzen zur Herstellung alkoholfreier Getränke“ um Zubereitungen und Extrakte, aus denen Getränke, die aus Sicht des Verkehrs im o. g. Sinne zur Erhaltung und Förderung des Immunsystems beitragen können, hergestellt werden können. Zum anderen können die Waren „Kakao- und Schokoladengetränke“ und die in diesem Zusammenhang beanspruchten Zubereitungen und Getränkepulver vor allem Kindern als Heißgetränke etwa bei kalter Witterung auch mit dem Ziel der Erhaltung und Förderung des Immunsystems gegeben werden. Bei den Waren „Kaffee- und Kaffee-Ersatzmittel“ achten die Verbraucher gerade auch mit Blick auf den Schutz des eigenen Immunsystems auf Herkunft, Herstellung und Zusammensetzung, so z. B. bei Bio-Produkten, so dass der Verkehr in der angemeldeten Wortfolge auch in Bezug auf diese Waren eine werbliche Anpreisung als „für die Erhaltung und Förderung des Immunsystems geeignet“ sehen wird. Gleiches gilt auch in Bezug auf die Waren „Zuckerwaren und feine Back- und Konditorwaren“, wo z. B. die Verwendung von Traubenzucker bzw. von Vollkornprodukten für die körpereigene Abwehr von Belang sein kann. Schließlich kann auch die ebenfalls beanspruchte Ware „Schokolade“ Inhaltsstoffe enthalten, die die Gesundheit und die körpereigene Abwehr fördern können, wie dies auch bereits von der Markenstelle belegt wurde (vgl. Bl. 62 der Amtsakte).

Soweit die Anmelderin auf aus ihrer Sicht vergleichbare Voreintragungen verwiesen hat, rechtfertigt dies keine andere Beurteilung. Bestehende Eintragungen sind zwar zu berücksichtigen, vermögen aber keine für den zu entscheidenden Fall rechtlich bindende Wirkung zu entfalten. Dies hat der EuGH mehrfach und zuletzt auf ein dahingehend gerichtetes Vorabentscheidungsersuchen ausdrücklich nochmals 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 in letzter Zeit intensiv auseinandergesetzt (vgl. dazu GRUR 2009, 1175 - Burg Lissingen; MarkenR 2010, 139 - VOLKSFLAT und die Senatsentscheidung MarkenR 2010, 145 - Linuxwerkstatt), wobei in diesen Entscheidungen teilweise darauf hingewiesen wird, dass sich auch Äußerungen zur Schutzfähigkeit von im Register eingetragenen Marken verbieten, weil diese Marken durch ihre Nennung nicht verfahrensgegenständlich werden und deren Inhaber nach den markenrechtlichen Verfahrensbestimmungen auch nicht am Verfahren beteiligt werden können. Die 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.

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 jedenfalls überwiegend das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegensteht; dies kann jedoch letztlich dahingestellt bleiben.

Die Beschwerde bleibt daher ohne Erfolg.

Knoll

Merzbach

Metternich

Bb