



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 538/10

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2009 028 851.8

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 21. April 2011 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Knoll, des Richters Metternich und der Vorsitzenden Richterin am Landgericht Grote-Bittner

beschlossen:

Die Beschwerde der Anmelderin wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Wortfolge

Fit & in Form

ist am 14. Mai 2009 für die Waren

"Tee und teeähnliche Erzeugnisse (Kräutertees und Fruchtees) für Genusszwecke, auch vitaminisiert und/oder aromatisiert und/oder instantisiert und/oder mineralisiert; Tee-Extrakte; Eistee; Getränke auf der Basis von Tee/Kräutertee/Fruchtee (auch in trinkfertiger Form); 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; Kaffee; Kaffee-Ersatzmittel; alkoholfreie Getränke, insbesondere Getränke unter Beimischung von Tee/Kräutertee/ Fruchtee; Energie-Getränke (Energy-Drinks); Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Mineralwasser und andere kohlenensäurehaltige Wässer; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken; Instantgetränke-

pulver zur Herstellung alkoholfreier Getränke; Extrakte und Essenzen zur Herstellung alkoholfreier Getränke"

zur Eintragung in das Markenregister angemeldet worden.

Nach vorheriger Beanstandung wegen absoluter Schutzhindernisse ist diese Anmeldung, die unter der Nummer 30 2009 028 851.8 geführt wird, durch Beschluss der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 26. August 2010 durch einen Beamten des gehobenen Dienstes zurückgewiesen worden, 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 "Fit & in Form" die Aussage, dass die beanspruchten Waren dazu bestimmt und geeignet seien, den Konsumenten fit zu machen und in Form zu halten. Auch wenn es sich dabei nicht um Eigenschaften der Waren selbst handele, so bestehe doch ein enger sachlicher Bezug zwischen den Waren und den genannten Wirkungen. Werbeslogans würden von den angesprochenen inländischen Verkehrskreisen regelmäßig nicht als Betriebskennzeichen aufgefasst.

Dagegen richtet sich die von der Anmelderin erhobene Beschwerde.

Sie hält die angemeldete Marke für schutzfähig. Die Wortfolge "Fit & in Form sei eine originelle Bezeichnung, die entgegen der Auffassung der Markenstelle keine unmittelbar beschreibenden Angaben über Inhaltsstoffe und direkte Wirkungsweisen in Bezug auf die beanspruchten Waren enthalte. Denn der Erwerb oder die Erhaltung körperlicher Fitness, Leistungsfähigkeit oder das Erlangen eines wohlgeformten Körpers sei, was allgemein bekannt sei, das Resultat von regelmäßiger sportlicher Betätigung und könne nicht durch das Konsumieren von Tee erreicht werden, auch wenn Tee anregende Wirkung und manchen Teesorten sogar appe-

titsenkende Eigenschaften zugeschrieben werden. Die Anmelderin verweist noch auf Voreintragungen wie "Frozen Fitness", "Fit & Go", "Fair & Fit", "Fit statt Fett" und "Biofit".

Die Anmelderin beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 26. August 2010 aufzuheben.

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 insbesondere Bezeichnungen, denen der Verkehr im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren und Dienstleistungen lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnet (vgl. BGH GRUR 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 Europäische Gerichtshof 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 Bundesgerichtshof 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 "Fit & in Form", 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 Ge-

samtheit 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 ei-

nen Denkprozess auslösen (EuGH GRUR 2010, 228, Tz. 57 - VORSPRUNG DURCH TECHNIK).

Hiervon ausgehend kann der Wortkombination "Fit & in Form" nicht die Eignung zugesprochen werden, als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der vorliegend beanspruchten Waren zu dienen. Vielmehr wird der angesprochene Verkehr in "Fit & in Form" ausschließlich eine werbemäßige Herausstellung einer Produkteigenschaft sehen und zwar einen Sachhinweis auf den Zweck und die Eignung der beanspruchten Waren, nämlich dass der Konsument dieser Produkte darin unterstützt wird, sich "fit" zu machen und die Figur "in Form" zu bringen oder die körperliche Leistungsfähigkeit "in Form" und damit die Fitness zu erhalten. Dieser sachbezogene Sinngehalt drängt sich dem inländischen Verbraucher bei den beanspruchten Waren wie "Tee, Kaffee, Kakao, alkoholfreie Getränke, insbesondere unter Beimischung von Tee/Kräutertee" auf, er ist seitens der Anmelderin auch beabsichtigt. Denn insbesondere den Getränken Tee, Kaffee, Kakao werden Eigenschaften nachgesagt, die sich für das Wohlbefinden und die körperliche Konstitution des Menschen generell positiv auswirken können, und auch von den angesprochenen Verbrauchern in diesem Sinne ohne weiteres mit der Wortfolge "Fit & in Form" in Verbindung gebracht werden. Kaffee wie auch Tee wird einerseits anregende und die Konzentration fördernde und auch eine beruhigende Wirkung zugeschrieben (s. Anlage 1 zum Schriftsatz der Anmelderin vom 18. November 2009, Bl. 20 bis 22 der Patentamtsakte). Durch den Konsum von Kakao soll eine stimmungsaufhellende Wirkung erzeugt werden können. All dies sind Produkteigenschaften, die generell geeignet erscheinen, Unterstützung dafür zu leisten, dass der Konsument seine Fitness erhält oder verbessert, zumal dem Verbraucher bekannt ist, dass richtiges Trinkverhalten neben Sport und gesunder Ernährung der Verbesserung des körperlichen Wohlbefindens dient und damit zur Fitness beiträgt bzw. diese zumindest begünstigt. Da sämtliche weiteren beanspruchten Waren oberbegriffliche Erzeugnisse umfassen, die als fertiges oder zuzubereitendes Kalt-

und/oder Heißgetränk eine solche Wirkung entfalten und somit einer Bestimmung als "Fitmacher" zugänglich sein können, wird der inländische Verkehr mit der als Slogan erscheinende Wortfolge "Fit & in Form" lediglich eine Sachangabe dahingehend erkennen, dass der Konsum dieser Güter unterstützend wirken könnte, die körperliche Fitness und eine wohlgeformte Figur zu erhalten oder zu verbessern. Die Wortfolge "Fit & in Form" erschöpft sich danach in werbemäßig anpreisender Form auf eine rein sachbezogene Angabe ohne einen erkennbaren herkunftshinweisenden Gehalt.

Aufgrund des sich aus dem oben genannten ergebenden eindeutigen Aussagegehalts des Slogans "Fit & in Form" und des daraus sich ergebenden Zusammenhangs zwischen den beanspruchten Nahrungs- und Genussmitteln und der ihnen zugeschriebenen Wirkungen und Eigenschaften bedarf es für den normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Endverbraucher auch weder einer analysierenden Betrachtungsweise noch eines vertieften Nachdenkens, um diesen rein sachlichen Bezug zwischen der angemeldeten Wortkombination und den beanspruchten Waren zu erkennen und zu erfassen. 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 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 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), 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 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.

2. 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 aus ande-

ren Gründen für erforderlich gehalten, zumal auch keine Tat- oder Rechtsfragen klärungs- oder in mündlicher Verhandlung erörterungsbedürftig erscheinen.

Knoll

Metternich

Grote-Bittner

Hu