



# BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 515/16

---

(AktENZEICHEN)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Markenmeldung 30 2014 063 420.1**

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 10. August 2016 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Kortge, des Richters Reker und des Richters kraft Auftrags Schödel

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Die Wortfolge

**Der Durchschnitt befriedigt, das Außergewöhnliche begeistert.**

ist am 23. Oktober 2014 unter der Nummer 30 2014 063 420.1 zur Eintragung in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register für folgende Waren angemeldet worden:

Klasse 25: Bekleidungsstücke; Schuhwaren; Kopfbedeckungen;

Klasse 32: Biere; Mineralwässer; kohlenensäurehaltige Wässer; alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke; Fruchtsäfte; Sirupe für die Zubereitung von Getränken; Präparate für die Zubereitung von Getränken; Energiegetränke [Energydrinks];

Klasse 33: Alkoholische Getränke [ausgenommen Biere], insbesondere Sekt und Schaumwein.

Die Markenstelle für Klasse 32 des DPMA hat die Anmeldung mit Beschluss vom 12. August 2015 gemäß §§ 37 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG wegen fehlender

Unterscheidungskraft zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, die angemeldete Wortfolge bringe zum Ausdruck, dass es sich bei den darunter vertriebenen Waren nicht um durchschnittliche Waren, die nur den Ansprüchen genügten, sondern um etwas Außergewöhnliches handele, das begeistere. Angesichts dieses beschreibenden Aussagegehalts sei die angemeldete Marke nicht geeignet, die Waren des Anmelders ihrer betrieblichen Herkunft nach zu kennzeichnen und von den Waren anderer Unternehmen zu unterscheiden.

Dagegen wendet sich der Anmelder mit der Beschwerde, mit der er sinngemäß beantragt,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 32 des DPMA vom  
12. August 2015 aufzuheben.

Zur Begründung der Beschwerde verweist er auf seinen Vortrag gegenüber der Markenstelle. Dort hat er die Ansicht vertreten, die angemeldete Marke erschöpfe sich nicht darin, die Qualität der beanspruchten Waren zu beschreiben oder in sonstiger Weise anzupreisen. Ihr fehle jeglicher Bezug zu den beanspruchten Waren.

Mit gerichtlichem Schreiben vom 10. Mai 2016 ist die Anmelderin unter Beifügung von Recherchebelegen (Anlagen 1 bis 3) darauf hingewiesen worden, dass das angemeldete Wortzeichen nicht für schutzfähig erachtet werde.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet. Der Eintragung der angemeldeten Wortfolge als Marke für die beanspruchten Waren steht, wie die Markenstelle zu-

treffend festgestellt hat, das Schutzhindernis fehlender Unterscheidungskraft entgegen (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG).

1. Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden, das die in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und diese Waren oder Dienstleistungen somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet (EuGH GRUR 2015, 1198, 1201 Rdnr. 59 f. – Nestlé/Cadbury [Kit Kat]; BGH, Beschl. v. 31. Mai 2016 – I ZB 39/15 Rdnr. 9 – OUI; GRUR 2015, 173, 174 Rdnr. 15 – for you). Denn die Hauptfunktion der Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten (EuGH GRUR 2010, 228 Rdnr. 33 - Audi AG/HABM [Vorsprung durch Technik]; BGH a. a. O. – OUI; a. a. O. – for you). Da allein das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft ein Eintragungshindernis begründet, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein großzügiger Maßstab anzulegen, so dass jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft genügt, um das Schutzhindernis zu überwinden (BGH a. a. O. – OUI; a. a. O. – for you). Ebenso ist zu berücksichtigen, dass der Verkehr ein als Marke verwendetes Zeichen in seiner Gesamtheit mit allen seinen Bestandteilen so aufnimmt, wie es ihm entgegentritt, ohne es einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (EuGH GRUR 2004, 428 Rdnr. 53 - Henkel; BGH a. a. O. Rdnr. 10 – OUI; a. a. O. Rdnr. 16 – for you).

Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft zum relevanten Anmeldezeitpunkt (BGH GRUR 2013, 1143, 1144, Rdnr. 15 – Aus Akten werden Fakten) sind einerseits die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen und andererseits die Auffassung der beteiligten inländischen Verkehrskreise, wobei auf die Wahrnehmung des Handels und/oder des normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der fraglichen Waren oder Dienstleistungen abzustellen ist (EuGH GRUR 2006, 411 Rdnr. 24 - Matratzen Concord/Hukla; BGH GRUR 2014, 376 Rdnr. 11 - grill meister).

Ausgehend hiervon besitzen Wortzeichen dann keine Unterscheidungskraft, wenn ihnen die angesprochenen Verkehrskreise lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnen (EuGH GRUR 2004, 674, Rdnr. 86 - Postkantoor; BGH GRUR 2012, 270 Rdnr. 11 - Link economy) oder wenn diese aus gebräuchlichen Wörtern oder Wendungen der deutschen Sprache oder einer bekannten Fremdsprache bestehen, die vom Verkehr - etwa auch wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung - stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werden (BGH a. a. O. Rdnr. 12 – OUI; GRUR 2014, 872, 874 Rdnr. 21 - Gute Laune Drops). Darüber hinaus besitzen keine Unterscheidungskraft vor allem auch Zeichen, die sich auf Umstände beziehen, welche die beanspruchten Waren und Dienstleistungen zwar nicht unmittelbar betreffen, durch die aber ein enger beschreibender Bezug zu diesen hergestellt wird und die sich damit in einer beschreibenden Angabe erschöpfen (BGH GRUR 2014, 1204 Rdnr. 12 - DüsseldorfCongress). Hierfür reicht es aus, dass ein Wortzeichen, selbst wenn es bislang für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen nicht beschreibend verwendet wurde oder es sich gar um eine sprachliche Neuschöpfung handelt, in einer seiner möglichen Bedeutungen ein Merkmal dieser Waren und Dienstleistungen bezeichnen kann (EuGH GRUR 2004, 146 Rdnr. 32 - DOUBLEMINT); dies gilt auch für ein zusammengesetztes Zeichen, das aus mehreren Begriffen besteht, die nach diesen Vorgaben für sich genommen schutzunfähig sind. Der Charakter einer Sachangabe entfällt bei der Zusammenfügung beschreibender Begriffe jedoch dann, wenn die beschreibenden Angaben durch die Kombination eine ungewöhnliche Änderung erfahren, die hinreichend weit von der Sachangabe wegführt (EuGH MarkenR 2007, 204 Rdnr. 77 f. - CELLTECH; BGH a. a. O. Rdnr. 16 - DüsseldorfCongress).

An die Beurteilung der Unterscheidungskraft von Wortfolgen und Slogans sind keine strengeren Maßstäbe anzulegen als bei sonstigen Wortzeichen (EuGH GRUR Int. 2012, 914 Rdnr. 25 - Smart/HABM [WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH]; a. a. O. Rdnr. 36 - Audi/HABM [Vorsprung durch Technik]; GRUR 2004, 1027, Rdnr. 33 und 34 - Erpo Möbelwerk [Das Prinzip der Bequemlichkeit];

BGH a. a. O. Rdnr. 17 – for you; GRUR 2014, 872 Rdnr. 14 - Gute Laune Drops; GRUR 2014, 565 Rdnr. 14 - smartbook). Vielmehr ist in jedem Fall zu prüfen, ob die Wortfolge einen ausschließlich produktbeschreibenden Inhalt hat oder ihr über diesen hinaus eine, wenn auch noch so geringe Unterscheidungskraft für die angemeldeten Waren oder Dienstleistungen zukommt (BGH a. a. O. – My World, Willkommen im Leben u. Die Vision). Selbst wenn aber Marken, die aus Zeichen oder Angaben bestehen, die sonst als Werbeslogans, Qualitätshinweise oder Aufforderungen zum Kauf der in Bezug genommenen Waren und Dienstleistungen verwendet werden, eine Sachaussage in mehr oder weniger großem Umfang enthalten, ohne unmittelbar beschreibend zu sein, können sie dennoch geeignet sein, den Verbraucher auf die betriebliche Herkunft der in Bezug genommenen Waren oder Dienstleistungen hinzuweisen (EuGH a. a. O. Rdnr. 56 – Audi/HABM [Vorsprung durch Technik]). Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn diese Marken nicht nur in einer gewöhnlichen Werbemitteilung bestehen, sondern eine gewisse Originalität oder Prägnanz aufweisen, ein Mindestmaß an Interpretationsaufwand erfordern oder bei den angesprochenen Verkehrskreisen einen Denkprozess auslösen (EuGH a. a. O. Rdnr. 57 – Audi/HABM [Vorsprung durch Technik]; BGH a. a. O. Rdnr. 17 – for you; GRUR 2013, 552 Rdnr. 9 - Deutschlands schönste Seiten; a. a. O. – My World).

Wird eine angemeldete Wortfolge aber ausschließlich als werbemäßiger Hinweis auf Eigenschaften der Ware oder sonst ausschließlich als Werbeaussage verstanden, fehlt ihr auch nach den Maßstäben der „Vorsprung durch Technik“-Entscheidung die erforderliche Unterscheidungskraft (EuGH GRUR Int 2011, 255, Rdnr. 51 – 53 – BEST BUY).

2. Diesen Anforderungen genügt die angemeldete Wortfolge **„Der Durchschnitt befriedigt, das Außergewöhnliche begeistert.“** nicht. Die hier angesprochenen breiten Verkehrskreise, nämlich der Groß- und Einzelhandel des Bekleidungs- sowie des Getränkesektors sowie der Endverbraucher, verstehen die angemeldete Wortfolge in Bezug auf die angemeldeten Waren aus dem Beklei-

dungs- und Getränkebereich in den Klassen 25, 32 und 33 nur und ausschließlich als allgemeine Werbeaussage, so dass sie ihr keinen betrieblichen Herkunftshinweis entnehmen werden.

a) Die beanspruchte Wortfolge **„Der Durchschnitt befriedigt, das Außergewöhnliche begeistert.“** besteht aus einer normalen Satzreihe, die sprachüblich gebildet ist und den angesprochenen breiten Verkehrskreisen eine eindeutige Sachaussage vermittelt. Denn sie bringt dem Wortsinn ihrer Bestandteile nach ([www.duden.de/rechtschreibung](http://www.duden.de/rechtschreibung) zu den Begriffen „Durchschnitt“, „befriedigen“, „außergewöhnlich“ und „begeistern“, Anlagenkonvolut 1 zum gerichtlichen Schreiben vom 10. Mai 2016) schlicht und ohne weiteres verständlich zum Ausdruck, dass die mit ihr gekennzeichneten Waren über das gewohnte Mittelmaß hinausgehen, außergewöhnlich sind und die angesprochenen breiten Verkehrskreise mit Begeisterung erfüllen werden. Sie verfügt daher nicht über Originalität. Sie ist angesichts ihres klaren, sofort erfassbaren Begriffsgehalts auch nicht interpretationsbedürftig und löst auch keinen Denkprozess aus.

b) Gegen eine Unterscheidungskraft spricht im vorliegenden Fall zudem die Länge der hier zu beurteilenden Wortfolge. Nach der Entscheidung des BGH zu „Die Vision“ (GRUR 2010, 935, Rdnr. 11) vermitteln längere Wortfolgen regelmäßig nicht den Eindruck eines betrieblichen Herkunftshinweises (siehe auch BPatG, 27 W (pat) 45/11 - Faster than hockey, rougher than rugby, sexier than golf).

c) In der Werbung werden zudem sehr häufig, auch in den hier einschlägigen Branchen, das Außergewöhnliche und das Begeisternde der Produkte im Vergleich zum Alltäglichen bzw. zum Durchschnitt herausgestellt, wie eine Internetrecherche des Senats ergeben hat ([www.slogans.de](http://www.slogans.de), Anlagenkonvolut 2 zum gerichtlichen Schreiben vom 10. Mai 2016).

d) Der Verbraucher wird daher in der angemeldeten Wortfolge ohne jede gedankliche Analyse einen werbeüblichen, schlagwortartigen Hinweis sehen, der im

Zusammenhang mit dem Erwerb der fraglichen Produkte positive Assoziationen signalisieren und damit zum Kauf der Waren animieren soll. Beim Anmeldezeichen handelt es sich somit um eine ohne Weiteres verständliche Werbebotschaft, deren anpreisender Charakter im Zusammenhang mit den beanspruchten Waren so dominierend im Vordergrund steht, dass ihr die Verbraucher neben einer Werbewirkung keinen betrieblichen Herkunftshinweis zuordnen werden.

### III.

#### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Beschluss ist das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde nur gegeben, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerdeschrift muss von einer beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältin oder von einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet und innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe eingereicht werden. Die Frist kann nicht verlängert werden.

Vorsitzende Richterin  
Kortge hat Urlaub und ist  
deshalb an der Unter-  
zeichnung gehindert

Reker

Reker

Schödel

prä