



# BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 256/03

---

**(AktENZEICHEN)**

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Markenmeldung 300 60 819.5**

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 24. November 2004 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Grabrucker, des Richters Baumgärtner und der Richterin am Amtsgericht stVDir Dr. Mittenberger-Huber

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Die Wortmarke 300 60 819.5

## **OpenAir**

soll für Waren und Dienstleistungen

Klasse 9: Elektrische, elektronische, optische, Meß-, Signal-, Kontroll- oder Unterrichtsapparate und –instrumente (soweit in Klasse 9 enthalten); Apparate zur Aufzeichnung, Übertragung, Verarbeitung und Wiedergabe von Ton, Bild oder Daten; maschinenlesbare Datenaufzeichnungsträger; Verkaufsautomaten und Mechaniken für geldbetätigte Apparate; Datenverarbeitungsgeräte und Computer; vorgenannte Waren ausschließlich zur Verwendung in geschlossenen Räumen;

Klasse 16: Druckereierzeugnisse; insbesondere bedruckte und/ oder geprägte Karten aus Karton oder Plastik; Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate); Büroartikel (ausgenommen Möbel);

Klasse 35: Werbung und Geschäftsführung;

Klasse 36: Versicherungs- und Finanzwesen;

- Klasse 38: Telekommunikation; Betrieb und Vermietung von Einrichtungen für die Telekommunikation, insbesondere für Funk und Fernsehen; Sammeln und Liefern von Nachrichten und Informationen;
- Klasse 41: Erziehung und Unterhaltung, Rundfunk- und Fernsehunterhaltung, Veranstaltung und Organisation kultureller Veranstaltungen, Vermietung von Rundfunk- und Fernsehgeräten, Veröffentlichung und Herausgabe von Büchern;
- Klasse 42: Erstellen von Programmen für die Datenverarbeitung; Dienstleistungen einer Datenbank, nämlich Vermietung der Zugriffszeiten zu und Betrieb von Datenbanken sowie Sammeln und Liefern von Daten; Vermietung von Datenverarbeitungseinrichtungen und Computern; Projektierung und Planung von Einrichtungen für die Telekommunikation

in das Markenregister eingetragen werden.

Die **Markenstelle für Klasse 38** des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung mit Beschluß vom 16.9.2003 zurückgewiesen.

Das Deutsche Patent- und Markenamt vertritt die Auffassung, bei dem angemeldeten Begriff handle es sich für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen um eine unmittelbar beschreibende, freihaltebedürftige und nicht unterscheidungskräftige Sachangabe. **OpenAir** sei ein allgemein gebräuchlicher Begriff für „Freiluftveranstaltungen“ und kennzeichne in diesem Zusammenhang Waren und Dienstleistungen, die die Durchführung von Open-Air-Veranstaltungen ermöglichen, für solche benötigt würden oder sonst in einer Weise zum Gegenstand hätten.

Mit ihrer hiergegen gerichteten Beschwerde vom 24.10.2003 (Bl. 5 ff. d. A.) trägt die Anmelderin vor, dass Unterscheidungskraft vorliege, da die Wortfolge **OpenAir**

eine Wortneuschöpfung und zugleich mehrdeutig sei. Insbesondere der Wortbestandteil „Air“ als „Luft“ bzw. „Atmosphäre“ weise für den vorliegenden Waren-/Dienstleistungskatalog einen sinnverfremdenden Bezug auf. Der Gesamtbegriff bedeute lediglich „Atmosphäre außerhalb geschlossener Räume“, was ohne jegliche Entsprechung zu den Waren und Dienstleistungen sei. Ein Freihaltebedürfnis sei ebenfalls nicht erkennbar, da konkret und unmittelbar produktbezogen kein Erfordernis bestehe, den Begriff für Mitbewerber freizuhalten, da er überdies nicht beschreibend sei.

Im Beschwerdeverfahren hat sie das Warenverzeichnis in Klasse 9 beschränkt auf „...vorgenannte Waren ausschließlich zur Verwendung in geschlossenen Räumen“.

Die Anmelderin beantragt daher (Bl. 12 d. A.),

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts vom 16. September 2003 aufzuheben und die Marke „OpenAir“ zur Eintragung zuzulassen.

## II.

Die zulässige Beschwerde ist in der Sache erfolglos. Der Eintragung des angemeldeten Zeichens steht das Eintragungshindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gem. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen, außerdem liegt ein Freihaltebedürfnis gem. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG an dem Begriff **OpenAir** vor.

1. Unterscheidungskraft im Sinne der Vorschrift des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einer Marke innewohnende konkrete Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfassten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden

(st. Rspr.; BGH GRUR 2003, 1050 - Cityservice; BGH GRUR 2001, 1153/1154 - antiKALK).

Hierbei ist grundsätzlich von einem großzügigen Maßstab auszugehen, d.h., jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft reicht aus, um das Schutzhindernis zu überwinden (BGH WRP 2002, 1073/1074,1075 - BONUS II).

Kann einem Zeichen für die in Frage stehenden Waren und Dienstleistungen ein im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsinhalt zugeordnet werden, oder handelt es sich auch sonst um eine verständliche Wortfolge der deutschen oder einer geläufigen Fremdsprache, die vom Verkehr - etwa auch wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung - stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird, so fehlt ihm die Unterscheidungskraft (BGH GRUR 2001, 1153/1154 – antiKALK; BGH WRP 2001, 1082/1083 - marktfrisch; BGH GRUR 2001, 1043 - Gute Zeiten – Schlechte Zeiten; BGH GRUR 2001, 1042 - REICH UND SCHOEN; BGH BIfPMZ 2001, 398 - LOOK, BGH WRP 2002, 1073/1074,1075 - BONUS II).

Die Unterscheidungskraft ist dabei zum einen im Hinblick auf die angemeldeten Waren oder Dienstleistungen und zum anderen im Hinblick auf die beteiligten Verkehrskreise zu beurteilen, wobei auf die mutmaßliche Wahrnehmung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der fraglichen Waren oder Dienstleistungen abzustellen ist (EuGH MarkenR 2003, 187/190 Rn. 41 - Linde, Winward und Rado; EuGH MarkenR 2004, 116/120 Rn. 50 - Waschmittelflasche).

1.1. Beim Begriff **OpenAir** handelt es sich um ein zusammengesetztes Zeichen, das aus mehreren, dem Verkehr auch einzeln gegenüber tretenden Komponenten besteht.

Es gilt deshalb für die Beurteilung der Schutzfähigkeit die Maßgeblichkeit des Gesamteindrucks, worauf die Anmelderin zu Recht hinweist.

Die angesprochenen Abnehmer müssen aus dem Gesamtbegriff unmittelbar und ohne weiteres Nachdenken einen Bezug zu den Waren und Dienstleistungen her-

stellen können, ohne eine analysierende Betrachtung der Einzelbestandteile vorzunehmen (Ströbele/ Hacker, Kommentar zum MarkenG, 7. Aufl., § 8 Rn. 125; Ingerl/Rohnke, Kommentar zum MarkenG, 2. Aufl., § 8 Rn. 53).

1.2. Lexikalisch ist der Begriff nachgewiesen als Kurzform für Open-Air-Festivals bzw. Open-Air-Konzerte (*Duden* – Deutsches Universalwörterbuch, 4. Aufl., 2001). Das Open-Air-Festival wird sodann als „im Freien stattfindende Großveranstaltung (für Folklore, Popmusik o. Ä.)“ näher konkretisiert. Der englische Begriff „open-air“ wird adjektivisch verwendet und bedeutet „im Freien“ (Collins, Globalwörterbuch Englisch, 2001) mit dem entsprechenden Substantiv dahinter.

Es handelt sich bei dem Wort **OpenAir** also gerade nicht um eine Wortschöpfung, wie die Anmelderin behauptet hat, sondern um eine verständliche Wortfolge der englischen Sprache, die als Schlagwort Eingang in den deutschen Sprachgebrauch gefunden hat. Allein auf den deutschsprachigen Seiten von G... gibt es ca. 1,1 Millionen Einträge zu „Open air“ als Suchbegriff.

Eine differenzierte Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, dass das angemeldete Zeichen zusammengeschrieben ist und ein in Binnengroßschreibung stehendes „A“ enthält. Abwandlungen beschreibender Angaben, die so geringfügig sind, dass der Verkehr sie nicht bemerkt oder für Druck- bzw. Hörfehler hält, können keine die Unterscheidungskraft herbeiführende Eigenart gegenüber nicht unterscheidungskräftigen Begriffen enthalten (Ströbele/Hacker, a.a.O., § 8 Rn. 122). Klanglich besteht kein Unterschied, ob das Wort mit oder ohne Bindestrich, in Binnengroßschreibung, zusammen oder auseinander geschrieben wird. Auch bildlich wird dem aufmerksamen, interessierten Durchschnittsverbraucher in der angemeldeten Schreibweise die Bedeutung „im Freien“ bzw. „Freilicht...“ bzw. „Freiluft...“ spontan einfallen. Im übrigen handelt es sich bei einem Großbuchstaben in der Mitte eines Wortes um eine überaus verbreitete werbemäßig übliche Darstellung. An der Bedeutung bzw. dem Sinngehalt des Wortes wird der Verbraucher deshalb nicht zweifeln.

Auch ohne analysierende Betrachtungsweise ist der angemeldete Begriff daher weder mehrdeutig noch interpretationsbedürftig. Die Übersetzung durch die Anmelderin ist absolut fern liegend.

2.1. Glatt beschreibend ist **OpenAir** für die angemeldeten Dienstleistungen in Klasse 41. Insbesondere die „Veranstaltung und Organisation kultureller Veranstaltungen“ ist der klassische Bereich in dem Freiluftveranstaltungen stattfinden, und zwar vom Freiluftkino über die Musikveranstaltung jeden Genres von der Popmusik über die Opernveranstaltung bis hin zum Fußballspiel. In diesem Zusammenhang findet für derartige Veranstaltungen im Freien auch eine Vermietung von Rundfunk- und Fernsehgeräten statt. Dies z.B. bei Großereignissen wie der Fußballwelt- oder Europameisterschaft, wo in größeren Städten auf großen Plätzen riesige Leinwände aufgestellt werden, damit möglichst viele Leute im Freien an dem jeweiligen Spektakel teilhaben können.

Sieht man „Erziehung und Unterhaltung“ in diesem Kontext, besteht auch dafür keine Eintragungsmöglichkeit, da diese Freiluftgroßveranstaltungen im wesentlichen der Unterhaltung dienen. Die Internet-Recherche hat insoweit die meisten Treffer zu den klassischen Open-air-Veranstaltungen erbracht.

Es gibt aber auch Veranstaltungen, wie das Wacken **Open Air** ([www.wacken.com/info//info\\_festivalabc\\_ger.html](http://www.wacken.com/info//info_festivalabc_ger.html)), wo im Rahmen eines Gesamtkonzepts diverse Waren und Dienstleistungen einerseits im World Wide Web, andererseits zur tatsächlichen Open-Air-Veranstaltung angeboten werden. Die entsprechenden Informationen gehen dabei von „A“ wie Abendkasse bis „Z“ wie Zoll und umfassen u.a. Informationen zu Finanzdienstleistungen (Exchange/Bank/Cashpoint) ebenso wie bedruckte Karten aus Plastik (e-cards), Unterhaltungsdienstleistungen (Festivalband; Fußballspiel; W:O:A Warm up Parties), Telekommunikation (Black Box Container zur Aufzeichnung und Sendung an die Website; Videowall; Web Cam) und Druckerzeugnisse (Programmheft). **OpenAir** ist dabei für die beteiligten Verkehrskreise kein Herkunftshinweis auf ein bestimmtes Unternehmen, sondern lediglich die beschreibende Angabe für ein Gesamtkonzept, bei

dem vom Verbraucher unterschiedlichste Waren und Dienstleistungen abgefordert werden können.

2.2. Auch nach der Einschränkung des Warenverzeichnisses für die Waren der Klasse 9 besteht keine Eintragungsfähigkeit für „Elektrische, elektronische, optische, Meß-, Signal-, Kontroll- oder Unterrichtsapparate und –instrumente (soweit in Klasse 9 enthalten); Apparate zur Aufzeichnung, Übertragung, Verarbeitung und Wiedergabe von Ton, Bild oder Daten; maschinenlesbare Datenaufzeichnungsträger; Verkaufsautomaten und Mechaniken für geldbetätigte Apparate; Datenverarbeitungsgeräte und Computer“. Zum einen gibt es bereits jetzt auf dem Markt spezielle elektrische und elektronische Geräte - insbesondere Aufnahme-, Wiedergabe- und Übertragungsgeräte für Ton und Bild - zum alleinigen oder vorrangigen Einsatz bei Freiluft-Veranstaltungen unterschiedlicher Art angeboten, wobei es üblich ist, auf den besonderen Bestimmungszweck dieser Produkte durch Verwendung der englischen Wortfolge „**Open Air**“ hinzuweisen.

Das Zeichen kann auch dazu dienen, eine entsprechende Qualität bzw. Tauglichkeit für den Einsatzzweck zu beschreiben. So wirbt zum Beispiel die Fa. shosys GmbH damit, dass sie innovative Outdoor-Mobilkonzepte für Großveranstaltungen und Bühnen, sowie Sonderbauten für Open-Air-Veranstaltungen auf Anfrage zur Verfügung stellen könne ([www.shosys.de](http://www.shosys.de)). Beim HDAV-Open-Air ([www.diamai.de/av-open-air/](http://www.diamai.de/av-open-air/)) werden mit speziellen Beamern hochauflösende digitale Diaschauen und Videofilme auf eine Leinwand projiziert.

Die anderen für Klasse 9 genannten Waren, insbesondere Verkaufsautomaten für geldbetätigte Apparate sind vom Bancomaten über Spielautomaten bis zum Zigarettenautomaten solche, die zumindest auch im Freien, und nicht nur in geschlossenen Räumen, stehen. Insoweit ist auch die Einschränkung seitens der Anmelderin auf die ausschließliche Verwendung der Waren in geschlossenen Räumen unbehelflich, da sie nicht gewährleistet werden kann. Apparate zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton, Bild und anderen Daten sind u.a. auch Mobiltelefone, deren spezifischer Nutzen gerade darin liegt, dass man sie überall, insbesondere und gerade auch im Freien, benutzen kann. Eine derartige Ein-



schränkung des Warenverzeichnisses würde nach Auffassung des EuGH (C-363/99 Rn. 114/ 115 – Postkantoor) zu einer Rechtsunsicherheit des Markenschutzes führen, da Dritte im Allgemeinen nicht darüber informiert wären, dass sich bei bestimmten Waren der durch die Marke verliehene Schutz nicht auf Waren erstreckt, die ein bestimmtes Merkmal aufweisen.

2.3. Für Klasse 38 gelten im wesentlichen dieselben Ausführungen wie für Klasse 41. Geht man von großen Freiluft-Spektakeln wie Konzerte oder Übertragung von Fußballspielen oder Fernsehshows aus, bedarf es „insbesondere für Funk und Fernsehen“ des Betriebs und der Nutzung von Mitteln der Telekommunikation. Die Definition des Begriffs „Telekommunikation“ als dem Nachrichtenaustausch mithilfe nachrichtentechnischer Übermittlungsverfahren, legt bereits nahe, dass gerade die üblich gewordene Live-Schaltung aus dem Rundfunk- oder Fernsehstudio ins Freie zu einem Spiel, einer Befragung, einem Auslandskorrespondenten, einem Reporter vor Ort sich des Mediums Telekommunikation über Internet, Telefon, Satellit oder Kabel bedient. Der Verkehr ist also daran gewöhnt, dass die Dienstleistung der Telekommunikation entweder open air stattfindet, oder für den Nachrichtenaustausch über größere Distanzen erforderlich ist und wird das Zeichen nur als Hinweis auf eine Übertragungsart oder –inhalt auffassen und nicht als Herkunftshinweis.

2.4. Die „Projektierung und Planung von Einrichtungen für die Telekommunikation“ in Klasse 42 überschneidet sich mit den Dienstleistungen der Telekommunikation in Klasse 38, da aufgrund der Zweckbestimmung der Dienstleistung der Einsatzort, nämlich in geschlossenen Räumen oder im Freien, von erheblicher Bedeutung ist und bei der Planung bereits berücksichtigt werden muß.

Es ergibt sich ein weiterer unmittelbarer sachlicher Zusammenhang der dort angemeldeten Waren und Dienstleistungen mit denen der Telekommunikation, da eine enge Verzahnung zwischen dem „Erstellen von Programmen für die Datenverarbeitung; Dienstleistungen einer Datenbank, nämlich Vermietung der Zugriffszeiten zu und Betrieb von Datenbanken sowie Sammeln und Liefern von Daten“

und „Betrieb und Vermietung von Einrichtungen für die Telekommunikation“ besteht.

2.5. Die Veröffentlichung und Herausgabe von Druckereierzeugnissen beschäftigt sich zum einen thematisch mit den Freiluftveranstaltungen. So z.B. der Bildband „Open-Air-Galerie“ von Edith Welser-Ude, der einen „Entdeckungstrip in Sachen Wandmalerei“ ([www.wams.de/data/2004/10/24/349977.html](http://www.wams.de/data/2004/10/24/349977.html)) enthält. Zum anderen kann die Wortfolge lediglich ein beschreibender Veranstaltungshinweis auf Eintrittskarten zu den jeweiligen Veranstaltungen sein.

2.6. Auch für Klasse 36 Versicherungs- und Finanzwesen besteht keine Unterscheidungskraft, da es bereits Spezialversicherungen gibt, die das Risiko von bzw. für Freiluftveranstaltungen versichern ([www.insurancebrokers.ch/spez-vers.htm](http://www.insurancebrokers.ch/spez-vers.htm)) und den Begriff „open air“ dabei verwenden. Damit ist das angemeldete Zeichen auch dafür nur eine im Vordergrund stehende beschreibende Sachangabe, die im Verkehr zur Beschreibung von Art oder Zweck dient, jedoch die Hinweisfunktion auf den Hersteller nicht erfüllt.

Im Bereich des Versicherungswesens gibt es eine weitere beschreibende Bedeutung von „Open Air“. Die meisten Versicherungen verlangen nämlich einen Risikozuschlag für das „open air“-Fahren, d.h. das Fahren mit einem Cabrio. Allerdings reicht für die Annahme, ein Zeichen sei nicht unterscheidungskräftig, bereits eine beschreibende Bedeutung aus, sofern sie sich konkret auf die angemeldeten Waren und/ oder Dienstleistungen bezieht.

2.7. Für die Werbung in **Klasse 35** gilt, dass **OpenAir** auch hier als gängiges Schlagwort vom Verkehr nur als Zeichen für den Ort der Werbung, nämlich entweder im Freien (Starten eines Fesselballons, Litfasssäule, Leuchtanzeige an Gebäuden, Bandenwerbung bei Großveranstaltungen) oder im Rahmen von Open-Air-Veranstaltungen verstanden wird. Die Recherche hat insoweit ergeben, dass sich Markt- und Freizeitforschungsinstitute im Hinblick auf die Werbeplanung und -strategie mit der Frage der Werbeeffizienz beschäftigen: „Für Werbungtreibende

werden Radio, Zeitungen und Zeitschriften immer interessanter. Und weil die Außer-Haus-Freizeit immer beliebter wird, gewinnen Außenwerbung und mobile *Open-Air-Werbung* im Erlebnisfeld von Sport, Kultur und Unterhaltung an Bedeutung – von der Veranstaltungswerbung bis zur Banden- oder Trikotwerbung.“ ([http://medialine.focus.de/PM1D/PM1DB/PM1DBF/pm1dbf\\_d.htm?snr=701](http://medialine.focus.de/PM1D/PM1DB/PM1DBF/pm1dbf_d.htm?snr=701)).

Geschäftsführung im modernen Sinn von Eventmanagement kann ebenfalls ausschließlich dem Zweck dienen, Veranstaltungen im Freien zu organisieren.

3. Es besteht auch ein Freihaltebedürfnis, da im Interesse des Wirtschaftsverkehrs, Ausschließlichkeit an beschreibenden Angaben zu verhindern, die freie Benutzung der Bezeichnung **OpenAir** möglich bleiben muß. Die Frage, ob etwas in einem geschlossenen Raum, oder im Freien geschieht, ist für den Verkehr eine wichtige und unmittelbar beschreibende Angabe. Insbesondere der Nachweis der existierenden häufigen Verwendung des Zeichens auf allen möglichen Gebieten bestätigt die Wahrscheinlichkeit, dass eine Verwendung der angemeldeten Wortfolge auch in Zukunft auf einem Waren- und Dienstleistungsgebiet erfolgen wird, auf dem es sich bisher noch nicht nachweisen lässt. Für das Bestehen des Freihaltebedürfnisses reicht dabei ohnehin schon aus, dass ein - noch nicht verwendeter – Begriff in Zukunft zur Bezeichnung dienen kann (EuGH, GRUR 2003, 58 - Companyline; EuGH, GRURInt 2004, 410 - BIOMILD). A minore ad maius muß dies gelten, wenn die Häufigkeit des Gebrauchs bereits aktuell auf vielen Gebieten nachgewiesen ist.

Grabrucker

Baumgärtner

Dr. Mittenberger-Huber

CI