



# BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 61/06

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Markenmeldung 304 11 822.2**

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Hacker, des Richters Viereck und der Richterin Dr. Kober-Dehm in der Sitzung vom 7. November 2007

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Anmelder werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 41 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 26. September 2005 und vom 13. April 2006 insoweit aufgehoben, als die angemeldete Marke für die Dienstleistung „Zirkusdarbietungen“ zurückgewiesen worden ist.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Die Wortmarke

Hörspielsommer

ist am 5. März 2004 für Dienstleistungen in den Klassen 35, 38 und 41 angemeldet worden.

Seitens der Markenstelle für Klasse 41 wurde die Anmeldung mit Bescheid vom 19. August 2004, dem ein Internetausdruck (mit einer Definition des Begriffs „Hörspiel“) beigefügt war, als insgesamt nicht unterscheidungskräftig und freihaltebedürftig (§ 8 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 MarkenG) beanstandet. Die Anmelder haben sich darauf auf Durchsetzung der Marke im beteiligten Verkehr (§ 8 Abs. 3 MarkenG) berufen.

In einem weiteren Zwischenbescheid der Markenstelle vom 16. März 2005 wurden Hinweise gegeben, auf welche Weise eine Verkehrsdurchsetzung zunächst glaub-

haft gemacht und sodann festgestellt werden kann. Die Anmelder haben erwidert, sie seien aus finanziellen Gründen nicht in der Lage, die benötigten Glaubhaftmachungunterlagen vorzulegen. Dies sei auch nicht erforderlich, da die angemeldete Marke originäre Unterscheidungskraft aufweise und keinem Freihaltebedürfnis unterliege.

In einem ersten Beschluss der Markenstelle vom 26. September 2005 wurde die Anmeldung teilweise, nämlich für die Dienstleistungen

„Durchführung von Live-Veranstaltungen, Information über Veranstaltungen, Organisation und Durchführung von kulturellen Veranstaltungen, Veranstalten von Wettbewerben, Dienstleistungen bezüglich Freizeitgestaltung, Rundfunkunterhaltung, Unterhaltung, Veranstaltung und Durchführung von Seminaren und Workshops, Zirkusdarbietungen“

wegen Bestehens eines Freihaltebedürfnisses (gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG) zurückgewiesen.

Der Begriff „Hörspielsommer“ stelle eine Wortkombination (Hörspiel = Gattung aus dem Rundfunkbereich, Sommer = Jahreszeit) dar, welche in Verbindung mit den von der Eintragung zurückgewiesenen Dienstleistungen für breite Verkehrskreise den im Vordergrund stehenden Sinngehalt vermittele, es werde der „Gegenstand des Genres“ - Hörspiele, die im Sommer stattfinden - bezeichnet (unter Hinweis auf den Beschluss des Senats vom 8. September 2004, 32 W (pat) 378/02 - Kultursommer). Im Interesse der Mitbewerber sei eine markenmäßige Monopolisierung dieser Bezeichnung insoweit nicht zulässig. Die Verwendung der angemeldeten Bezeichnung als Domainname (Internet-Adresse) besage nichts über die markenrechtliche Schutzfähigkeit. Dem Beschluss waren Hinweise auf Entscheidungen des Bundespatentgerichts und des Harmonisierungsamts für den

Binnenmarkt, in denen die Schutzfähigkeit der jeweiligen Markenmeldungen verneint worden war, beigelegt (siehe Ausdrücke aus PAVIS PROMA).

Die Erinnerung der Anmelder ist durch Beschluss der Markenstelle vom 13. April 2006 zurückgewiesen worden. Bei der angemeldeten Marke handele es sich um eine Bezeichnung, welche den Gegenstand bzw. die Art der verfahrensgegenständlichen Dienstleistungen beschreibe. „Hörspielsommer“ sei die Bezeichnung für Veranstaltungen, die im Sommer stattfänden und sich dem Hörspiel widmeten. Derartige kulturelle Unterhaltungsveranstaltungen würden auch bereits von verschiedenen Mitbewerbern angeboten (unter Hinweis auf beigelegte Belegstellen aus dem Internet).

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Anmelder, mit der sie bei sach- und interessengerechter Auslegung die Aufhebung der Beschlüsse der Markenstelle vom 26. September 2005 und vom 13. April 2006 im Umfang der Versagung erstreben.

Ihrer Ansicht nach steht der Eintragung der angemeldeten Marke auch für die verfahrensgegenständlichen Dienstleistungen kein Freihaltebedürfnis entgegen. Die phantasievolle Wortverbindung „Hörspielsommer“ ergebe einen neuen Gesamtbegriff, der über den Sinngehalt der Einzelwörter hinaus gehe. Durch diese Begriffsbildung komme es „zur Phantasie begründenden Dopplung positiver Gefühlsempfindungen“. Die Internet-Belege der Markenstelle bezögen sich überwiegend auf - markenmäßige - Verwendungen der Bezeichnung „Hörspielsommer“ durch Kooperationspartner der Anmelder. Der Beurteilung der Schutzfähigkeit müsse die angemeldete Bezeichnung in ihrer Gesamtheit zugrunde gelegt werden, eine zergliedernde Analyse der Bestandteile sei unzulässig. Der Begriff „Hörspielsommer“ eigne sich nicht nur zur Verwendung in einer bestimmten Jahreszeit; sie, die Anmelder, würden sich unter dieser Bezeichnung auch an der im Frühjahr stattfindenden Leipziger Buchmesse beteiligen.

Wegen sonstiger Einzelheiten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

## II.

Die zulässige Beschwerde der Anmelder ist nur zu einem geringen Teil - hinsichtlich der in der Beschlussformel genannten Dienstleistung „Zirkusdarbietungen“ - begründet. Im Übrigen bleibt sie ohne Erfolg, weil einer Eintragung der angemeldeten Bezeichnung bezüglich der sonstigen verfahrensgegenständlichen Dienstleistungen die Schutzhindernisse der unmittelbar beschreibenden Angabe (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG) und der fehlenden Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) entgegenstehen.

1. Nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG sind Angaben, die im Verkehr zur Bezeichnung u. a. der Art, der Beschaffenheit, der Bestimmung, der Zeit der Erbringung und sonstiger Merkmale der beanspruchten Dienstleistungen dienen können, von der Eintragung als Marke ausgeschlossen. Derartige unmittelbar beschreibende Angaben unterliegen vor allem im Hinblick auf die Bedürfnisse von Konkurrenzunternehmen dem Allgemeininteresse an der Freihaltung von Monopolrechten (vgl. Ströbele in: Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 8 Rdn. 176).

Im Ansatz zutreffend weisen die Anmelder darauf hin, dass der Beurteilung der Schutzfähigkeit das angemeldete Markenwort in seiner Gesamtheit zugrunde zu legen ist, was allerdings nicht ausschließt, dass zuerst der - hier auf der Hand liegende - Sinngehalt der Einzelelemente ermittelt und erst sodann der Frage nachgegangen wird, ob auch die Zusammenfassung glatt beschreibend und somit freihaltebedürftig ist (vgl. z. B. EuGH GRUR Int. 2005, 1012, Nrn. 31, 34 - BioID). Dass die Wortbildung „Hörspielsommer“ einen begrifflichen „Überschuss“ gegenüber den Einzelteilen aufweist, kann nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden; daraus folgt aber noch nicht, dass die Zusammenfassung - im Blick auf die konkret

beanspruchten Dienstleistungen - nicht ebenfalls beschreibend wäre. Vorliegend ist sie es im Vergleich mit den Einzelwörtern sogar in gesteigertem Maße.

Auf die Fragen, ob die Wortbildung „Hörspielsommer“ neu ist und ob die Anmelder diese Bezeichnung kreiert und als erste verwendet haben, kommt es nicht entscheidend an. Die Beurteilung der Schutzfähigkeit einer Marke - sowohl des Freihaltebedürfnisses wie der Unterscheidungskraft - erfolgt unabhängig von etwaigen Urheber- und Namensrechten (vgl. BPatG GRUR 2005, 675, 676 - JIN SHIN JYUTSU; BPatGE 33, 12 - IRONMAN TRIATHLON; Ströbele in: Ströbele/Hacker, a. a. O., § 8 Rdn. 262).

In Anbetracht der weiterhin zu versagenden Dienstleistungen wird „Hörspielsommer“ verstanden als Veranstaltung, die während des Sommers stattfindet und Hörspiele (für die Rundfunksendung bestimmte oder sonstige auf Tonträgern aller Art aufgezeichnete) zum Gegenstand hat. Hierbei kann es sich um Zusammenkünfte von Menschen (tagsüber oder abends, bei schönem Wetter auch unter freiem Himmel) handeln, die gemeinsam ein Hörspiel (oder mehrere) sich anhören und ggf. anschließend in einen gedanklichen Austausch über dessen künstlerischen oder Unterhaltungswert eintreten. In diesem Sinne ist die angemeldete Bezeichnung für die - teils sehr weiten - Oberbegriffe „Durchführung von Live-Veranstaltungen, Organisation und Durchführung von kulturellen Veranstaltungen, Dienstleistungen bezüglich Freizeitgestaltung, Rundfunkunterhaltung, Unterhaltung“ unmittelbar dienstleistungsbeschreibend, vor allem im Hinblick auf Art und Zeit der Erbringung. Die Dienstleistung „Information über Veranstaltungen“ kann sich naheliegenderweise auf derartige Treffen, bei denen Hörspiele wiedergegeben werden, beziehen; mithin handelt es sich insoweit um eine Bestimmungsangabe. In Verbindung mit „Veranstalten von Wettbewerben“ kann angezeigt werden, dass mehrere Hörspiele einer Bewertung - durch eine Jury oder das Publikum insgesamt - unterzogen werden und die Gewinner (Produzenten, Regisseure und/oder beteiligte Sprecher) einen Preis oder eine Auszeichnung erhalten. „Seminare und

Workshops“ können Hörspiele unter künstlerischen, gesellschaftspolitischen oder sonstigen Aspekten zum Gegenstand haben.

Die als Anlage zum Erinnerungsbeschluss übersandten Belege aus dem Internet zeigen, dass der Begriff „Hörspielsommer“ in diesem Sinne auch bereits von verschiedenen Veranstaltern, u. a. auch Rundfunkanstalten, verwendet wird. Ob diese in irgendwelchen rechtlichen oder geschäftlichen Beziehungen zu den Anmeldern stehen - etwa deren Lizenznehmer sind -, ist im vorliegenden Zusammenhang nicht entscheidungserheblich.

Die - als richtig unterstellte - Behauptung der Anmelder, die von ihnen beanspruchten Dienstleistungen würden auch außerhalb des Sommers, z. B. während der Leipziger Buchmesse im Frühjahr, unter der Bezeichnung „Hörspielsommer“ angeboten und erbracht, ändert nichts daran, dass der Begriff als solcher auf eine bestimmte Jahreszeit, die als Zeit der Erbringung verstanden wird, hinweist. Sie kann somit als Merkmalsangabe i. S. v. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG dienen. Zudem kommt es auf Verwendungsabsichten oder tatsächlich erfolgte Benutzungshandlungen im Rahmen der Prüfung des Freihaltebedürfnisses (und der originären Unterscheidungskraft) ohnehin nicht an.

Mithin ist - wie die Markenstelle im Ergebnis zutreffend festgestellt hat - eine Monopolisierung der Bezeichnung „Hörspielsommer“ zugunsten der Anmelder für die genannten Dienstleistungen, die Gegenstand der Beschwerde sind (mit Ausnahme von „Zirkusdarbietungen“), nicht vertretbar.

2) Auf die in den angefochtenen Beschlüssen der Markenstelle offen gelassene Frage, ob der angemeldeten Bezeichnung zusätzlich auch jegliche Unterscheidungskraft fehlt (gem. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) kommt es von daher nicht an. Allerdings ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (GRUR 2004, 674, Nr. 86 - Postkantor) einer Wortmarke, die Merkmale von Dienstleistungen (und Waren) - also auch Art, Beschaffenheit, Bestimmung sowie Zeit der Erbringung - beschreibt, aus



diesem Grunde zwangsläufig die Unterscheidungskraft in Bezug auf diese Dienstleistungsangebote fehlt. Eine etwaige Werbewirksamkeit bzw. die von den Anmeldern unterstellte Wirkung, Interessenten auf einer emotionalen Ebene anzusprechen, vermag die fehlende Eignung zur Vermittlung eines betrieblichen Herkunftshinweises nicht zu kompensieren (vgl. Ströbele in: Ströbele/Hacker, a. a. O., § 8 Rdn. 39).

3) Soweit sich die Anmelder im patentamtlichen Verfahren darauf berufen haben, die im Jahre 2003 angemeldete Domain „www.hoerspielsommer.de“ stehe ihnen zu und werde intensiv genutzt, lässt sich diesem Umstand - wie bereits die Erstprüferin zutreffend dargelegt hat - nichts für die markenrechtliche Schutzfähigkeit der angemeldeten Bezeichnung entnehmen, weil insoweit andere Maßstäbe gelten (vgl. ergänzend Ströbele in: Ströbele/Hacker, a. a. O., § 8 Rdn. 87 m. w. Nachw.).

4. Auf Durchsetzung der angemeldeten Marke im beteiligten Verkehr infolge Benutzung (§ 8 Abs. 3 MarkenG) können die Anmelder ihr Eintragungsbegehren ebenfalls nicht mit Erfolg stützen. Da im Rahmen der Beschwerdebeurteilung auf diesen rechtlichen Gesichtspunkt nicht (mehr) eingegangen worden ist, erscheint bereits fraglich, ob die Anmelder sich weiterhin - hilfsweise - auf Verkehrsdurchsetzung berufen wollen. Jedenfalls fehlt es aber an den für die Einleitung eines Durchsetzungsverfahrens erforderlichen Glaubhaftmachungsunterlagen (vgl. Ströbele in: Ströbele/Hacker, a. a. O., § 8 Rdn. 345), so dass für eine Zurückverweisung der Sache an die Markenstelle zwecks Prüfung der behaupteten Durchsetzung (gem. § 70 Abs. 3 Nr. 3 MarkenG) kein Raum ist.

5. Eine andere Beurteilung der Schutzfähigkeit ist (nur) bezüglich der Dienstleistung „Zirkusdarbietungen“ geboten. Diese entfalten ihre Wirkungen vor allem aufgrund optischer Reize und Wahrnehmungen (Tierdressuren, Trapez-Akrobatik, Auftritte von Clowns usw.); die visuelle - und nicht akustische - Aufnahme durch das Publikum steht im Vordergrund. Zirkusdarbietungen in Form von Hörspielen wiederzugeben, liegt ebenso wenig nahe wie die Annahme, diese könnten als Rahmenprogramm bei Veranstaltungen des Hörspielsommers angeboten werden. Mithin stellt „Hörspielsommer“ insoweit keine Merkmalsangabe gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG dar und entbehrt auch nicht aus sonstigen Gründen jeglicher Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

Prof. Dr. Hacker

Dr. Kober-Dehm

Viereck

Hu