



BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 76/06

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 305 19 429.1

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Hacker sowie des Richters Kruppa und der Richterin Dr. Kober-Dehm in der Sitzung vom 19. Dezember 2007

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde des Anmelders werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 41 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 16. März 2006 und vom 31. Mai 2006 aufgehoben, soweit die Anmeldung für die Dienstleistung „Werbung“ zurückgewiesen worden ist.
2. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

HappyBet

ist als Marke für die Dienstleistungen

„35: Werbung; 38: Telekommunikation; 41: Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten; Unterhaltung; sportliche und kulturelle Aktivitäten“

zur Eintragung in das Register angemeldet.

Die Markenstelle für Klasse 41 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung mit Beschlüssen vom 16. März 2006 und vom 31. Mai 2006, von denen letzterer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, zurückgewiesen.

Der angemeldeten Wortmarke fehle in Bezug auf die beanspruchten Dienstleistungen die für eine Eintragung als Marke erforderliche Unterscheidungskraft. Sie bestehe aus einer branchenüblichen Dienstleistungsangabe („bet“ werde von Anbietern im Zusammenhang mit der Veranstaltung und Vermittlung von (Sport-)Wetten verwendet) und einem Werbeschlagwort („happy“ bzw. „happiness“ sei ein allgemeiner Werbebegriff). Der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Verbraucher werde der angemeldeten Bezeichnung im Zusammenhang mit den beanspruchten Dienstleistungen daher die Bedeutung von „glückliche Wette“ (im Sinne einer erfolgreichen Wette) entnehmen. Auch wenn der Bestandteil „Happy“ die englische Übersetzung des Nachnamens des Anmelders sei, liege ein Verständnis der angemeldeten Bezeichnung als Hinweis auf die Person des Anmelders fern. Dies setze eine analysierende Betrachtungsweise voraus, die der Verkehr regelmäßig nicht vornehme. Im Übrigen sei eine Übersetzung von Namen in die englische Sprache zu Werbezwecken nicht üblich und dementsprechend sei der Verkehr an eine solche Praxis auch nicht gewöhnt. Die angemeldete Wortkombination sei zwar kein feststehender Ausdruck wie die dem inländischen Verkehr geläufigen Wortverbindungen „Happy Birthday“, „Happy Hour“ oder „Happy End“. Gleichwohl reihe sich die angemeldete Bezeichnung in Wortkombinationen ein, die wie die bereits tatsächlich verwendeten Begriffe „happy surf“, „Happy Biking“ oder „Happy Aging“ den Abnehmerkreisen auf nahezu allen Gebieten des täglichen Lebens ein Gefühl des Glücklichseins, der Zufriedenheit und des Spaßes vermitteln und so positiv auf den Kauf von Waren und die Inanspruchnahme von Dienstleistungen vorbereiten solle. Die Binnengroßschreibung als in der Werbung übliches Gestaltungsmittel könne die erforderliche Unterscheidungskraft ebenfalls nicht begründen. Zur Verwendung des Ausdrucks „happy“ in englischsprachigen Begriffskombinationen auch im deutschen Sprachgebrauch hat die Markenstelle dem Anmelder Belegstellen aus dem Internet übermittelt.

Gegen diese Beurteilung richtet sich die Beschwerde des Anmelders. Zur Begründung beruft er sich auf seinen Vortrag vor der Markenstelle. Dort hat er geltend

gemacht, dass die Bezeichnung die erforderliche Unterscheidungskraft aufweise und auch keinem Freihaltebedürfnis unterliege. Es komme nicht darauf an, woran der Verkehr gewöhnt sei, sondern allein darauf, welcher Bedeutungsgehalt der Marke zukomme. Wenn es die Hauptfunktion einer Marke sei, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten, sei nicht nachvollziehbar, weshalb die aufgrund des Namens und der Tätigkeit des Anmelders naheliegende Bezeichnung „HappyBet“ als schutzunfähig zurückgewiesen werde. Dass eine Übersetzung von Namen in die englische Sprache zu Werbezwecken nicht üblich sei, treffe nicht zu. Schließlich werde die deutsche Sprache von vielen Anglizismen geprägt. Es sei fern liegend, dass die Bezeichnung „HappyBet“ - wie die Markenstelle annehme - im Sinne von „glückliche Wette“ verstanden werde. Der Anmelder behalte sich ausdrücklich vor, Befragungen der angesprochenen Verkehrskreise durchzuführen, aus denen sich ergeben werde, dass niemand aufgrund der Bezeichnung „HappyBet“ annehmen werde, dass dort eine besonders fröhliche Sportwette stattfindet oder dass dort Wetten zu einem besonders glücklichen Abschluss führten. Mangels beschreibenden Charakters bestehe auch kein Freihaltebedürfnis. Eine Marke „HappyBet“ hindere Wettbewerber nicht daran, ihren Kunden zu erklären, dass sie bei ihnen „fröhlich drauf los wetten können“.

Der Anmelder beantragt (sinngemäß),

die angefochtenen Beschlüsse der Markenstelle aufzuheben.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde der Anmelderin ist zulässig, in der Sache jedoch nur insoweit begründet, als die Anmeldung für die Dienstleistung „Werbung“ zurückgewiesen

worden ist. Im Übrigen hat die Markenstelle zu Recht angenommen, dass die angemeldete Marke nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG wegen fehlender Unterscheidungskraft von der Eintragung ausgeschlossen ist.

Unterscheidungskraft in diesem Sinne ist die einem Zeichen 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. Denn die Hauptfunktion der Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten (st. Rspr.; EuGH GRUR 2006, 229, 230 [Nr. 27 ff.] - BioID; BGH GRUR 2003, 1050 - Cityservice; GRUR 2006, 850, 854 - FUSSBALL WM 2006). Keine Unterscheidungskraft kommt zunächst solchen Bezeichnungen zu, die einen beschreibenden Begriffsinhalt aufweisen, der für die in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen ohne Weiteres und ohne Unklarheiten als solcher erfasst wird. Bei derartigen beschreibenden Angaben gibt es keinen tatsächlichen Anhaltspunkt, dass der Verkehr sie als Unterscheidungsmittel versteht (BGH GRUR 2001, 1151, 1152 - marktfrisch; GRUR 2005, 417, 418 - BerlinCard). Darüber hinaus fehlt die erforderliche Unterscheidungskraft auch solchen Angaben, die sich auf Umstände beziehen, die die beanspruchte Ware oder Dienstleistung zwar nicht unmittelbar betreffen, durch die aber ein enger beschreibender Bezug zu der betreffenden Ware oder Dienstleistung hergestellt wird (BGH GRUR 2006, 850, 854 - FUSSBALL WM 2006; GRUR 1998, 465, 468 - BONUS). Die Eignung, Produkte ihrer Herkunft nach zu unterscheiden, kommt schließlich auch solchen Angaben nicht zu, die aus gebräuchlichen Wörtern oder Wendungen der deutschen oder einer geläufigen Fremdsprache bestehen, die etwa wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung oder in den Medien stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werden (BGH GRUR 2006, 850, 854 - FUSSBALL WM 2006; GRUR 2001, 1042 - REICH UND SCHÖN; GRUR 2001, 1043, 1044 - Gute Zeiten - Schlechte Zeiten). Nach diesen Grundsätzen kann der angemeldeten Marke die erforderliche Unterscheidungskraft im Umfang der Zurückweisung nicht zuerkannt werden.

Wie die Markenstelle zutreffend ausgeführt hat, bedeutet „HappyBet“ soviel wie „Glückliche Wette“. Ebenfalls zutreffend hat die Markenstelle dargelegt und durch Fundstellen aus dem Internet untermauert, dass englischsprachige Wortkombinationen mit dem Bestandteil „Happy“ vielfach Eingang in den deutschen Sprachgebrauch gefunden und als Werbeversprechen eingesetzt werden, die die positiven Befindlichkeiten potentieller Konsumenten auf dem jeweiligen Dienstleistungssektor ansprechen und so zur Inanspruchnahme der entsprechenden Dienstleistung animieren sollen (vgl. hierzu auch BPatG BlfPMZ 2001, 155, 156 f. - HAPPINESS; Ströbele in: Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 8 Rn. 113).

a) Im Hinblick auf die Dienstleistungen

„Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten“

stellt die Bezeichnung „HappyBet“ daher lediglich einen in die Form einer werbemäßigen Anpreisung gekleideten Hinweis auf die Art der Dienstleistungen dar, macht diese aber nicht hinsichtlich ihrer betrieblichen Herkunft unterscheidbar.

Entsprechendes gilt für die Dienstleistungen

„Unterhaltung; kulturelle Aktivitäten“.

Diese Dienstleistungen können als Oberbegriffe auch die Veranstaltung von Sportwetten umfassen. Dementsprechend weist die angemeldete Bezeichnung auch insoweit nur auf die Art dieser Dienstleistungen hin.

b) Aber auch soweit die angemeldete Bezeichnung für die Dienstleistung

„sportliche Aktivitäten“

bestimmt ist, kann ihr die erforderliche Unterscheidungskraft nicht zuerkannt werden. Die Veranstaltung und Vermittlung von (Sport-)Wetten stellt selbst zwar keine sportliche Veranstaltung dar. Es gibt jedoch Sportveranstaltungen, bei denen der Wettbetrieb mindestens so wichtig ist wie der eigentliche sportliche Wettbewerb bzw. zwingend zu der Sportveranstaltung dazu gehört, beispielsweise bei Pferderennen. Bei dieser Sachlage liegt ein Verständnis der Bezeichnung „HappyBet“ als werbemäßige Anpreisung der mit der Sportveranstaltung möglicherweise verbundenen Wettangebote näher als die Annahme, dass der Verkehr die so gekennzeichneten sportlichen Aktivitäten einem bestimmten Anbieter zuordnen werde.

- c) Ebenso steht der Eintragung der angemeldeten Bezeichnung in Bezug auf die Dienstleistung

„Telekommunikation“

das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft entgegen. Insoweit stellt die Wortkombination „HappyBet“ lediglich einen Hinweis darauf dar, dass die Telekommunikationsdienstleistung speziell auf die Erfordernisse für Wetten per Telekommunikation ausgerichtet ist. Dies ist deshalb naheliegend, da das Wettgeschäft heutzutage zu einem wesentlichen Teil nicht mehr über Wettbüros, sondern elektronisch abgewickelt wird. Außer über Internet ist es inzwischen auch möglich, Wetten per Mobiltelefon abzuschließen.

- d) Die Binnengroßschreibung kann nach der Rechtsprechung keine Unterscheidungskraft begründen, da sie im Rahmen eines üblichen Schriftbildes liegt (BGH GRUR 2003, 963, 965 - AntiVir/AntiVirus). Sie ist damit nicht geeignet, der Marke in ihrem Gesamteindruck die Eignung zur Unterscheidung der betrieblichen Herkunft der mit ihr gekennzeichneten Dienstleistungen zu verleihen.

- e) Nicht gefolgt werden kann auch der Argumentation des Anmelders, dass die angemeldete Wortkombination unterscheidungskräftig sei, weil sie - da der Bestandteil „Happy“ die englische Übersetzung seines Nachnamens sei - in individualisierender Weise eindeutig auf ihn hinweise. Dies würde eine analysierende Betrachtungsweise voraussetzen, die der Verkehr regelmäßig nicht vornimmt (Ströbele in: Ströbele/Hacker, a. a. O., § 8 Rn. 54). Das Verbot, eine analysierende Betrachtungsweise zugrunde zu legen, gilt nicht nur für die Begründung der Schutzfähigkeit einer Marke, sondern ist generell maßgebend. Demnach ist es ausgeschlossen, eine bei unbefangener Betrachtungsweise durch den maßgeblichen Durchschnittsverbraucher nicht feststellbare Unterscheidungskraft aufgrund von Erwägungen zu bejahen, die vom Verkehr besondere Aufmerksamkeit, eingehende Betrachtung oder nähere Analysen verlangen würden (Ströbele in: Ströbele/Hacker, a. a. O., § 8 Rn. 55). Anders als der Anmelder meint, ist für die Frage, ob einer Bezeichnung Unterscheidungskraft im markenrechtlichen Sinn zukommt, die Auffassung der beteiligten Verkehrskreise maßgeblich und nicht der Bedeutungsgehalt, den der Anmelder seinem Zeichen beimisst (Ströbele in: Ströbele/Hacker, a. a. O., § 8 Rn. 61). Der Verkehr wird den Bestandteil „Happy“ in erster Linie im Zusammenhang mit dem Bestandteil „Bet“ sehen und ohne weiteres als das englische Wort für „glücklich“ oder auch „fröhlich“ verstehen. Anhaltspunkte, dass der Bestandteil „Happy“ auch auf den Namen des Markeninhabers hinweisen könnte, ergeben sich aus der Marke selbst nicht und in der Regel wird die Marke dem Verkehr auch nicht zusammen mit dem Namen des Anmelders begegnen, so dass der Verkehr keine Veranlassung hat, in dem Bestandteil „Happy“ einen individualisierenden Hinweis auf die Herkunft der so gekennzeichneten Dienstleistungen aus dem Unternehmen des Anmelders zu sehen.

Entgegen der Auffassung des Anmelders begründet der Umstand, dass die angemeldete Marke mit dem Bestandteil „Bet“ auf den Tätigkeitsbereich des Anmelders Bezug nimmt, erst recht nicht die markenrechtliche Unterscheidungskraft. Diese setzt voraus, dass das Zeichen die damit gekennzeichneten

Waren und Dienstleistungen nach ihrer betrieblichen Herkunft unterscheidbar macht. Eine Angabe, die die beanspruchten Dienstleistungen ihrer Art nach beschreibt, erfüllt diese Voraussetzung nicht (Ströbele in: Ströbele/Hacker, a. a. O., § 8 Rn. 38).

- f) Schließlich kann der Anmelder sein Eintragungsbegehren auch nicht mit Erfolg darauf stützen, dass die angemeldete Marke sich in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt habe (§ 8 Abs. 3 MarkenG). Ein Anmelder, der sich auf Verkehrsdurchsetzung beruft, hat die behauptete Durchsetzung zunächst glaubhaft zu machen und sodann auch zu beweisen (Ströbele in: Ströbele/Hacker, a. a. O., § 8 Rn. 344). Die Glaubhaftmachung verlangt Angaben, aus denen sich ergibt, in welcher Form, für welche Dienstleistungen, von wem, in welchem Gebiet und Umfang sowie seit wann die angemeldete Angabe im Verkehr nach Art einer Marke eingesetzt worden ist. Zwar dürfen an das Erfordernis der vorherigen Glaubhaftmachung keine überzogenen Anforderungen gestellt werden. Es ist vielmehr ausreichend - aber auch erforderlich -, dass nach dem schlüssigen Vortrag und den vorgelegten Unterlagen eine Verkehrsdurchsetzung als möglich erscheint. Die vom Anmelder vorgelegte ...-Recherche zum Suchbegriff „happybet“ vom 11. November 2005 erfüllt diese Anforderungen nicht. Zwar wird darin der Begriff „HappyBet“ namens- bzw. firmenmäßig genannt. Allerdings ergibt sich hieraus nicht, ob und in welchem Umfang sich die Bezeichnung in den Verkehrskreisen als Marke für den Anmelder durchgesetzt haben könnte. Ebenso wenig ergeben sich aus der Internetrecherche Anhaltspunkte für eine mögliche Verkehrsdurchsetzung gerade im Bundesgebiet. Zwar hat der Anmelder sich vorbehalten, Verkehrsbefragungen durchzuführen, aus denen sich ergebe, dass der Begriff „Happy-Bet“ nicht beschreibend oder anpreisend verstanden werde. Eine solche Umfrage könnte aber ebenso wenig wie die bisher eingereichten Unterlagen glaubhaft machen, dass sich die angemeldete Bezeichnung gerade zugunsten des Anmelders im Verkehr durchgesetzt hat. Eine Überwindung des Schutzhindernisses der fehlenden Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 3 MarkenG ist

daher zu verneinen. Da es bereits an einer Glaubhaftmachung der Verkehrsdurchsetzung fehlt, kommt eine Zurückverweisung der Sache an das Deutsche Patent- und Markenamt zum Zwecke der Prüfung einer Verkehrsdurchsetzung nach § 70 Abs. 3 MarkenG nicht in Betracht.

- g) Eine andere Beurteilung der Schutzfähigkeit ist lediglich für die Dienstleistung „Werbung“ angezeigt. Insoweit steht der Eintragung des Begriffs „HappyBet“ weder das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG noch der Ausschlussgrund des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegen. Die Bezeichnung „HappyBet“ ist ersichtlich nicht geeignet, Merkmale dieser Dienstleistung unmittelbar zu beschreiben. Zwar kann die Dienstleistung „Werbung“ - wie auf jedes andere Betätigungsfeld - auch auf die Bewerbung von Wetten bezogen sein. Jedoch liegen keine Anhaltspunkte vor, aus denen sich ergibt, dass eine solchermaßen ausgerichtete Werbedienstleistung speziellen Erfordernissen genügen müsste, die sich von Werbedienstleistungen für andere Angebote unterscheiden und die mit dem Gegenstand der Werbedienstleistung beschrieben werden könnten. Mangels eines im Vordergrund stehenden beschreibenden oder werbemäßigen Sinngehalts kann der Wortkombination insoweit auch nicht jegliche Unterscheidungskraft abgesprochen werden. In diesem Umfang konnten die angefochtenen Beschlüsse der Markenstelle daher keinen Bestand haben.

Hacker

Kruppa

Kober-Dehm

CI