



# BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 86/10

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### betreffend die Markenmeldung 30 2008 030 982.2

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 2. August 2011 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Albrecht, den Richter Kruppa und die Richterin am Landgericht Werner

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Die Markenstelle für Klasse 41 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit zwei Beschlüssen vom 19. Januar 2010 und vom 9. April 2010, von denen letzterer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, die Anmeldung der Wortmarke

Die große Gala Nacht der Operette

für die Waren und Dienstleistungen

„Eintrittskarten, Plakate, Plakate aus Papier und Pappe, Plakatträger aus Papier und Pappe, Prospekte, Tickets; Dienste von Unterhaltungskünstlern, Live-Veranstaltungen, Musikdarbietungen, Organisation und Veranstaltung von Konzerten, Musikshows, Veranstaltung von Unterhaltungsshows“

wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückgewiesen. Zur Begründung wird im Erinnerungsbeschluss ausgeführt, den Begriff „Die große Gala Nacht der Operette“ werde das hier angesprochene Publikum als Hinweis so verstehen, dass die in Frage stehenden Waren und Dienstleistungen mit einer festlichen Abendveranstaltung zu tun hätten, bei der Operetten gespielt und bekannte Operettenmelodien dargeboten würden. Die Wortzusammensetzung sei sprachüblich aus Wörtern der deutschen Alltagssprache gebildet. Sie sei damit ohne Weiteres verständlich. Alle in Frage stehenden Waren und Dienstleistungen könnten der Durchführung einer solchen Abendveranstaltung mit Operetten dienen.

Die Bezeichnung stelle einen sachgerechten Hinweis auf Art und Thema der Waren und Dienstleistungen sowie deren Erbringungszeitraum dar. Der ange-

meldete Markenbegriff sei also für die in Frage stehenden Waren und Dienstleistungen unmittelbar beschreibend und enthalte eine sinnvolle Sachaussage. Zudem würden vergleichbare Begriffe wie „Galanacht der Hotellerie und Gastronomie“, „Galanacht des Sports“, „Die Galanacht des Tanzes“, „Galanacht der deutschen CD“, „Galanacht des Musicals“, „Galanacht der Schulen“ und „Galanacht des Reisens“ bereits verwendet, und das nicht nur von dem Anmelder, wie sich aus dem Beschluss beigefügten Internetauszügen ergebe. Das angesprochene Publikum würde auch nicht davon ausgehen, dass es nur ein Unternehmen gebe, das eine große Gala Nacht der Operette durchführe.

Auf die Eintragung von Drittmarken, mit denen sich die Markenstelle auseinandergesetzt habe, könne der Anmelder sein Eintragungsbegehren nicht erfolgreich stützen.

Es gebe auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die fehlende Schutzfähigkeit durch eine Durchsetzung im Verkehr nach § 8 Abs. 3 MarkenG überwunden worden sei. Ein firmeneigener Flyer oder Internetaufdruck besage nichts über die Bekanntheit.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde des Anmelders, mit der er (sinngemäß) beantragt,

die Beschlüsse der Markenstelle vom 19. Januar 2010 und vom 9. April 2010 aufzuheben.

Unter Bezugnahme auf sein Vorbringen im Amtsverfahren vertritt der Anmelder weiterhin die Auffassung, die angemeldete Marke sei unterscheidungskräftig. Die Besucher der Veranstaltungen des Anmelders verbänden mit ihm und insbesondere mit der angemeldeten Marke eine besondere und gehobene Qualität sowohl in der Darstellung als auch bei den Interpreten. Die Besucher der Veranstaltungen wüssten, wer der Veranstalter sei. Es spiele für die Besucher sogar eine hervorgehobene Rolle, dass „Die große Gala Nacht der Operette“

gerade vom Anmelder durchgeführt werde. Nur so sei eine gleichbleibende und hohe Qualität gesichert. Hierauf komme es dem Besucher auch maßgeblich und entscheidend an. Die Waren und angebotenen Dienstleistungen würden im Wettbewerb gerade auf den Anmelder bezogen dargestellt und von dem angesprochenen Publikum auch so wahrgenommen.

Im Übrigen verweist der Anmelder auf die Eintragung der Marke „Best of Musical 2007“.

## II.

Die zulässige Beschwerde des Anmelders bleibt in der Sache ohne Erfolg, weil es der Marke auch nach der Auffassung des Senats für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen an jeglicher Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG fehlt.

Unterscheidungskraft im Sinn dieser Vorschrift ist die einem Zeichen innewohnende (konkrete) Eignung als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfassten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen. Die Hauptfunktion der Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten (st. Rspr., EuGH Int. 2005, 1012, Nrn. 27 ff. - BioID; BGH GRUR 2006, 850, 854 - FUSSBALL WM 2006). Die Schutzfähigkeit als Marke ist dabei stets anhand der angemeldeten Bezeichnung in ihrer Gesamtheit zu beurteilen (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 9. Aufl., § 8 Rn. 18). Enthält eine Bezeichnung einen beschreibenden Begriffsinhalt, ist ihr die Eintragung als Marke wegen Fehlens jeglicher Unterscheidungskraft zu versagen. Bei derartigen beschreibenden Angaben gibt es keinen tatsächlichen Anhaltspunkt, dass das Publikum sie als Unterscheidungsmittel versteht (BGH GRUR 2001, 1151, 1152 - marktfrisch; GRUR 2005, 417, 418 - BerlinCard).

Ist - wie hier - die Unterscheidungskraft einer Wortfolge zu beurteilen, so bestehen grundsätzlich keine abweichenden Anforderungen gegenüber anderen Wortmarken. Bei einer aus mehreren Wörtern bestehenden Marke ist auf die Bezeichnung in ihrer Gesamtheit abzustellen (vgl. BGH GRUR 2001, 162 - RATIONAL SOFTWARE CORPORATION). Wortfolgen sind dann nicht unterscheidungskräftig, wenn es sich um beschreibende Angaben oder um Anpreisungen und Werbeaussagen allgemeiner Art handelt (vgl. z. B. BGH BIPMZ 2000, 161 - Radio von hier). Dies ist vorliegend der Fall.

Das von den beanspruchten Waren und Dienstleistungen angesprochene Publikum wird die Wortfolge „Die große Gala Nacht der Operette“ in dem von der Markenstelle aufgezeigten Sinn verstehen, nämlich dass die in Frage stehenden Waren und Dienstleistungen mit einer festlichen Abendveranstaltung zu tun haben, bei der Operetten gespielt und bekannte Operettenmelodien dargeboten werden. Die angemeldete Bezeichnung beschreibt damit lediglich die Art und das Thema der Waren und Dienstleistungen. Sämtliche beanspruchten Waren und Dienstleistungen können im Zusammenhang mit einer derartigen Veranstaltung angeboten bzw. erbracht werden.

Für ein entsprechendes Verständnis sprechen die von der Markenstelle ermittelten Internetbelege, die eine Verwendung von vergleichbaren Wortfolgen jeweils mit den Begriffen „Gala Nacht“ durch Dritte belegen.

Für die Beurteilung der markenrechtlichen Unterscheidungskraft spielt die angebliche Bekanntheit des Anmelders keine Rolle, da die Prüfung der Unterscheidungskraft grundsätzlich unabhängig von der Person des Anmelders zu erfolgen hat (BGH GRUR 2006, 503 - Casino Bremen). Entgegen der Auffassung des Anmelders kann für die Beurteilung der Frage, ob ein Zeichen Unterscheidungskraft hat, nicht auf bereits erfolgte Benutzungshandlungen des Anmelders abgestellt werden. Für die Beurteilung der Unterscheidungskraft kommt es darauf an, ob die Bezeichnung eine sich aufdrängende Bedeutung hat und

nicht, ob die Bezeichnung bereits Verwendung gefunden hat (vgl. EuGH GRUR 2004, 146 - DOUBLEMINT).

Etwaigen Benutzungshandlungen des Anmelders könnte allenfalls im Rahmen der Prüfung einer Verkehrsdurchsetzung gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG Bedeutung zukommen. Dass sich die angemeldete Marke infolge tatsächlicher Benutzung für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen durchgesetzt hat, hat der Anmelder nicht ansatzweise glaubhaft gemacht.

Aus der Schutzgewährung für andere, vermeintlich ähnlich gebildete deutsche Marken kann der Anmelder keinen Anspruch auf Registrierung der vorliegend angemeldeten Bezeichnung ableiten. Inländische Voreintragungen - selbst identischer Marken - führen weder für sich noch in Verbindung mit dem Gleichheitssatz des Grundgesetzes zu einer anspruchsbegründenden Selbstbindung derjenigen Stellen, welche über die Schutzgewährung zu befinden haben. Es gibt keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht. Die Entscheidung über die Schutzfähigkeit einer Marke stellt keine Ermessens-, sondern eine Rechtsfrage dar (vgl. EuGH GRUR 2004, 674 - Postkantoor; GRUR 2004, 428 - Henkel).

Nachdem der Marke bereits wegen fehlender Unterscheidungskraft der Schutz zu verweigern war, kann die Frage, ob einer Schutzgewährung auch § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegensteht, dahingestellt bleiben.

Dr. Albrecht

Kruppa

Werner

br/Me