



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 250/01

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 300 07 716.5

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 12. November 2003 durch die Vorsitzende Richterin Grabrucker, die Richterin Pagenberg und die Richterin k.A. Fink

beschlossen:

Der Beschluss der Markenstelle für Klasse 38 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 23. Oktober 2001 wird aufgehoben, soweit die Anmeldung zurückgewiesen wurde für die Waren und Dienstleistungen „Elektrische, elektronische, optische, Mess-, Signal-, Kontroll- oder Unterrichtsapparate und –instrumente (soweit in Klasse 9 enthalten); maschinenlesbare Datenaufzeichnungsträger; Verkaufsautomaten und Mechaniken für geldbetätigte Apparate; Büroartikel (ausgenommen Möbel); Bekleidungsstücke, Kopfbedeckungen, Schuhwaren; Spielzeug; gymnastische Geräte und Sportgeräte; Turn- und Sportartikel (soweit in Klasse 28 enthalten); Erziehung; Bauwesen“.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

G r ü n d e

I.

Die Wortmarke

Happy Hour Online

ist am 3. Februar 2000 für die Waren und Dienstleistungen der

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; ma-

schinenlesbare Datenaufzeichnungsträger; Verkaufsautomaten und Mechaniken für geldbetätigte Apparate; Datenverarbeitungsgeräte und Computer;

Klasse 16:

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

Klasse 25:

Bekleidungsstücke, Kopfbedeckungen, Schuhwaren;

Klasse 28:

Spiele, Spielzeug; gymnastische Geräte und Sportgeräte; Turn- und Sportartikel (soweit in Klasse 28 enthalten);

Klasse 35:

Werbung und Geschäftsführung;

Klasse 36:

Versicherungswesen; Finanzwesen; Geldgeschäfte; Immobilienwesen;

Klasse 37:

Bauwesen; Installation, Wartung und Reparatur von Einrichtungen für die Telekommunikation;

Klasse 38:

Telekommunikation; Betrieb und Vermietung von Einrichtungen für die Telekommunikation, insbesondere für Funk und Fernsehen;

Klasse 39:

Transport- und Lagerwesen;

Klasse 41:

Erziehung; Ausbildung; Unterhaltung; Organisation von sportlichen und kulturellen Veranstaltungen; Veröffentlichung und Herausgabe von Büchern, Zeitschriften und anderen Druckerzeugnissen sowie entsprechenden elektronischen Medien (einschließlich CD-ROM und CD-I);

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, Nachrichten und Informationen; Vermietung von Datenverarbeitungseinrichtungen und Computern; Projektierung und Planung von Einrichtungen für die Telekommunikation

zur Eintragung in das Markenregister angemeldet worden.

Die Markenstelle für Klasse 38 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung mit Beschluss vom 23. Oktober 2001 wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückgewiesen. Der Begriff „happy hour“ sei über den Bereich der Gastronomie hinaus für Telekommunikations- und Internetdienstleistungen als Hinweis auf ein nach Tageszeiten beschränktes, verbilligtes Tarifangebot gebräuchlich. Der weitere Bestandteil „online“ weise üblicherweise darauf hin, dass etwas bei bestehender Telekommunikationsverbindung erhältlich bzw zugänglich sei. Hinsichtlich der in Klasse 9 sowie 35, 36, 37, 38, 39 und 42 beanspruchten Waren und Dienstleistungen beschreibe das Zeichen daher lediglich deren Verwendungszweck für die Inanspruchnahme bzw die technische Abwicklung von Happy-Hour-Angeboten im Online-Bereich. Für die Waren der Klasse 16 und die zugehörige Dienstleistung der Klasse 41 stelle die Bezeichnung eine Inhaltsangabe dar. In Bezug auf die Waren der Klasse 25 und 28 sei das Zeichen ein Hinweis auf deren Online-Vertrieb im Rahmen von Happy-Hour-Angeboten.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin. Die angemeldete Wortkombination könne unterschiedliche Bedeutungen haben, weshalb sich ihr in Bezug auf die von der Anmeldung erfassten Waren und Dienstleistungen kein eindeutiger Aussagegehalt zuordnen lasse. An dem Zeichen bestehe daher weder ein Freihaltebedürfnis noch fehle ihm die erforderliche Unterscheidungskraft.

Die Anmelderin beantragt sinngemäß,

den angefochtenen Beschluss aufzuheben.

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache nur teilweise Erfolg. Dem angemeldeten Zeichen fehlt für die nicht vom Tenor erfassten Waren und Dienstleistungen die erforderliche Unterscheidungskraft (§ 8 Abs 2 Nr 1, § 37 Abs 1 MarkenG).

1. Unterscheidungskraft im Sinne der genannten Vorschrift ist die einer Marke innewohnende konkrete Eignung vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die angemeldeten Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden. Bei der Prüfung der Unterscheidungskraft ist grundsätzlich von einem großzügigen Maßstab auszugehen, so dass auch ein geringes Maß ausreicht, um das Schutzhindernis zu überwinden. Die Unterscheidungskraft einer Wortmarke fehlt dann, wenn das Zeichenwort eine für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen im Vordergrund stehende Sachaussage darstellt oder es sich um ein gebräuchliches Wort der deutschen oder einer bekannten Fremdsprache handelt, das vom Verkehr – etwa wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung – stets nur als solches und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird (vgl. BGH GRUR 1999, 1089 – YES; Beschluss vom 28. August 2003 – I ZB 6/03 - Cityservice). Letzteres ist hier der Fall.

1.1. Das angemeldete Zeichen ist erkennbar aus den beiden Bestandteilen „Happy Hour“ und „Online“ zusammengesetzt. Als Bezeichnung für eine bestimmte Tageszeit, zu der Bars und Gaststätten alkoholische Getränke zu reduzierten Getränken verkaufen, ist der Begriff „Happy Hour“ in den deutschen Sprachschatz eingegangen (vgl Duden, Das große Fremdwörterbuch, 3. Aufl 2003, S 541; Carstensen/Busse, Anglizismen-Wörterbuch, Band 2 F – O, 2001, S 617). Im Bereich der Telekommunikation ist der Begriff im übertragenen Sinn als Hinweis auf eine zu bestimmten Tageszeiten gewährte Tarifvergünstigung gebräuchlich. Ergänzend zu den von der Markenstelle ermittelten Belegen hat die Internet-Recherche des Senats dazu folgende Beispiele ergeben: „OneTel senkt den Preis in der Happy Hour. Ab übermorgen senkt OneTel den Minutenpreis für Ferngespräche ins Festnetz für die Zeit von 18 bis 20 Uhr in zwei Tarifen.“ (www.teltarif.de/arch/2003/kw33/s1261.html); „Happy-Hour-Sparaktion bei Vodafone. Zwei Monate zwischen 21 und 22 Uhr 50 Prozent des Minutenpreises sparen“ (www.teltarif.de/arch/2003/kw25/s10856.html); „Surfen Sie los, ohne auf die Uhr schauen zu müssen. Mit skyDSL Happy Hours tun Sie das in der Freizeit, an Wochenenden und an Feiertagen zum extrem günstigen Fixpreis um nur...“ (www.sbyd.at/skydsl-happy.html).

Der Begriff „online“ beschreibt sowohl die direkte Verbindung zu einem Netzwerk als auch den Anschluss an das Internet (vgl Duden, Universalwörterbuch, 4. Aufl 2001, CD-ROM; Wahrig, Universalwörterbuch Rechtschreibung, 2002). Als nachgestellter Zusatz bezeichnet er üblicherweise ein Online-Angebot, zB „Bücher online“, „Fotos online“ (vgl 29 W (pat) 210/01 – BusinessOnline).

1.2. In Bezug auf die nicht vom Tenor erfassten Waren und Dienstleistungen erfasst das angesprochene Publikum die Verbindung der beiden gängigen Ausdrücke „Happy Hour“ und „Online“ ohne weiteres als Hinweis auf ein für eine bestimmte Tageszeit verbilligtes Tarif- oder Online-Angebot.

Für die Dienstleistungen „Telekommunikation; Betrieb und Vermietung von Einrichtungen für die Telekommunikation; Dienstleistungen einer Datenbank, nämlich

Vermietung der Zugriffszeiten zu und Betrieb von Datenbanken sowie Sammeln und Liefern von Daten, Nachrichten und Informationen“, bei denen nach der Verkehrsauffassung die Online-Verbindung zum Wesen der Dienstleistung gehört, beschreibt das Zeichen lediglich eine günstige Tarifzeit.

Angesichts des engen Sachzusammenhangs zwischen einer Online-Verbindung und den für deren Inanspruchnahme üblicherweise verwendeten Geräten erschließt sich dieser beschreibende Aussagegehalt auch unmittelbar bezüglich der Waren „Apparate zur Aufzeichnung, Übertragung, Verarbeitung und Wiedergabe von Ton, Bild oder Daten; Datenverarbeitungsgeräte und Computer“. Insbesondere im Bereich der Datenaufzeichnungsgeräte, wie zB Videorecorder und Radiorecorder, ist die Programmierung auf bestimmte Betriebszeiten üblich. Der angesprochene Verkehr sieht in dem Zeichen daher lediglich den Hinweis auf eine technische Funktion für den Online-Betrieb dieser Geräte zur jeweils günstigsten Tageszeit. Entsprechendes gilt für die zugehörige Dienstleistung „Vermietung von Datenverarbeitungseinrichtungen und Computern“.

In Bezug auf die Waren „Druckereierzeugnisse, insbesondere bedruckte und/oder geprägte Karten aus Karton oder Plastik; Lehr- und Unterrichtsmittel“ erschöpft sich die Bezeichnung lediglich in dem Hinweis auf den thematischen Inhalt dieser Druckerzeugnisse bzw auf den Verwendungszweck der Karten für die Inanspruchnahme einer Happy Hour Online, vergleichbar Telefonkarten. Wegen des engen sachlichen Zusammenhangs zwischen Print- und digitalen Medien und den Dienstleistungen ihrer Veröffentlichung und Herausgabe ist der Begriff „Happy Hour Online“ auch zur Beschreibung der Dienstleistung „Veröffentlichung und Herausgabe von Büchern, Zeitschriften und anderen Druckerzeugnissen sowie entsprechenden elektronischen Medien (einschließlich CD-ROM und CD-I)“ geeignet (vgl BGH GRUR 2003, 342 – Winnetou).

Für die Ware „Spiele“, zu der auch elektronische und Videospiele zu rechnen sind, die online gespielt werden können, stellt das Zeichen ebenfalls einen Hinweis auf ein zu einer bestimmten Tageszeit günstiges Online-Spielangebot dar.

Bei den Dienstleistungen „Werbung und Geschäftsführung; Versicherungswesen; Finanzwesen; Geldgeschäfte; Immobilienwesen; Transport- und Lagerwesen;

Ausbildung; Unterhaltung; Organisation von sportlichen und kulturellen Veranstaltungen“ gilt zwar, dass sie ihrem Gegenstand nach regelmäßig unabhängig sind von den technischen Hilfsmitteln, mit denen sie erbracht werden (vgl zB 29 W (pat) 220/01 – HOME INFOTAINMENT CENTER). Allerdings werden diese Dienstleistungen auch über das Internet angeboten, wobei es beispielsweise bei Banken und Ticketbüros üblich ist, für die Online-Abwicklung Vergünstigungen anzubieten. Aus diesem Grund erkennt das angesprochene Publikum auch in Verbindung mit diesen Dienstleistungen nur den Hinweis auf ein für bestimmte Tageszeiten vergünstigtes Leistungsangebot und keinen Unternehmenshinweis.

Dies gilt gleichermaßen für die Dienstleistung „Installation, Wartung und Reparatur von Einrichtungen für die Telekommunikation“, weil die Fernwartung und Reparatur von Geräten über das Internet zwar noch nicht der Regelfall ist, die Verkehrskreise aber diese technische Möglichkeit aus der einschlägigen Fachpresse kennen (vgl zB „Geräteüberwachung als Dienstleistung, Elektronik 22/2003, S 23).

Für die eng mit der Telekommunikation verknüpften Dienstleistungen „Erstellen von Programmen für die Datenverarbeitung; Projektierung und Planung von Einrichtungen für die Telekommunikation“ weist das Zeichen lediglich auf deren Gegenstand hin.

2. Etwas anderes gilt für die im Tenor genannten Waren und Dienstleistungen „Elektrische, elektronische, optische, Mess-, Signal-, Kontroll- oder Unterrichtsaparate und –instrumente (soweit in Klasse 9 enthalten); maschinenlesbare Datenaufzeichnungsträger; Verkaufsautomaten und Mechaniken für geldbetätigte Apparate; Büroartikel (ausgenommen Möbel); Bekleidungsstücke, Kopfbedeckungen, Schuhwaren; Spielzeug; gymnastische Geräte und Sportgeräte; Turn- und Sportartikel (soweit in Klasse 28 enthalten); Erziehung; Bauwesen“, für die sich der angemeldeten Marke kein eindeutig beschreibender Aussagegehalt zuordnen lässt. Zwar können die genannten Apparate und Instrumente als Bauteil in einem Datenverarbeitungsgerät oder Computer enthalten sein. Insoweit besteht zu der kostengünstigen Inanspruchnahme eines Online-Dienstes aber nur ein mittelbarer Bezug. Auch für die Ware „Büroartikel (ausgenommen Möbel)“ fehlt der erforderli-

che Sachzusammenhang zu einem vergünstigten Online-Tarif, so dass der Verkehr insoweit keine Sachaussage erkennt. Gleiches gilt in Bezug auf die Waren „Bekleidungsstücke, Kopfbedeckungen, Schuhwaren; Spielzeug; gymnastische Geräte und Sportgeräte; Turn- und Sportartikel (soweit in Klasse 28 enthalten)“. Selbst wenn man mit der Markenstelle davon ausgeht, dass „Happy Hour Online“ auf ein besonders günstiges Online-Angebot hinweist, wird damit lediglich eine Vertriebsmodalität und kein Produktmerkmal dieser Waren beschrieben (vgl BGH GRUR 2002, 816 – Bonus II). Die Dienstleistungen „Erziehung; Bauwesen“ werden nach dem Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise üblicherweise nicht über das Internet erbracht. Dass der Verkehr insoweit in der angemeldeten Marke einen beschreibenden Hinweis auf einen vergünstigten Online-Tarif sieht, ist daher nicht anzunehmen.

Grabrucker

Pagenberg

Fink

Cl