



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 97/05

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 302 06 325.0

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 27. Juni 2007 durch die Vorsitzende Richterin Grabrucker sowie die Richterinnen Fink und Dr. Mittenberger-Huber

beschlossen:

1. Die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 38 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 28. November 2003 und 14. Juni 2005 werden aufgehoben, soweit die Anmeldung zurückgewiesen wurde für die Dienstleistungen

Fernsehwerbung; Rundfunkwerbung;

Sammeln und Liefern von Nachrichten; Übermitteln von Nachrichten; Presseagenturen; Sammeln und Liefern von Pressemeldungen;

Erstellen von Programmen zur Ausstrahlung und Verbreitung durch elektronische Medien, Fernsehen, Kabelfernsehen, Hörfunk, Bildschirmtext.

2. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Wortfolge

Hit für Hit ein Hit!

ist zur Eintragung in den Farben Schwarz und Rot angemeldet für die Dienstleistungen

Klasse 35:

Fernsehwerbung; Rundfunkwerbung;

Klasse 38:

Ausstrahlung von Fernsehprogrammen; Ausstrahlung von Hörfunksendungen; Sammeln und Liefern von Nachrichten; Übermitteln von Nachrichten; Presseagenturen; Sammeln und Liefern von Pressemeldungen;

Klasse 42:

Erstellen von Programmen zur Ausstrahlung und Verbreitung durch elektronische Medien, Fernsehen, Kabelfernsehen, Hörfunk, Bildschirmtext.

Die Markenstelle für Klasse 38 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung mit zwei Beschlüssen vom 28. November 2003 und 14. Juni 2005 als nicht unterscheidungskräftige Angabe zurückgewiesen. Das Wort „Hit“ sei den beteiligten Verkehrskreisen mit der Bedeutung von „Schlager“ geläufig und insbeson-

dere im Bereich der populären Musik zur Bezeichnung eines Bestsellers weitverbreitet. Das angesprochene Publikum erfasse die werbeüblich gebildete Wortfolge deshalb ohne Weiteres im Sinne von „Schlager für Schlager ein Schlager!“ und damit als reine Werbeaussage zum Inhalt der beanspruchten Dienstleistungen. Auch die grafische Gestaltung der Marke bewege sich im Rahmen des Werbeüblichen und sei daher nicht geeignet, die Unterscheidungskraft der angemeldeten Wortfolge zu begründen.

Gegen diese Beschlüsse richtet sich die Beschwerde der Anmelderin. Sie verweist auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zur Schutzfähigkeit des Werbeslogans „Das Prinzip der Bequemlichkeit“. In der maßgeblichen Gesamtheit des Zeichens lasse sich der angemeldeten Wortfolge kein eindeutiger Aussagegehalt zuordnen. Der von der Markenstelle angenommene Begriffsinhalt sei unzutreffend, da es sich bei den von der Anmelderin ausgestrahlten Sendungen nicht um Hitparaden oder Hitsendungen handele, sondern u. a. auch um Nachrichtensendungen und Sendungen zu anderen Themenbereichen. Da die Wortfolge außerdem die von der Rechtsprechung für Slogans geforderte Originalität und Prägnanz aufweise, sei die Schutzfähigkeit gegeben. Im Übrigen werde das Zeichen jedenfalls in Sachsen als betrieblicher Herkunftshinweis auf die Anmelderin wahrgenommen.

Der Senat hat der Beschwerdeführerin das Ergebnis der Internetrecherche zur beschreibenden Verwendung des Begriffs „Hit“ übersandt und sie auf die Möglichkeit der Verkehrsdurchsetzung hingewiesen. Daraufhin hat die Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass sie nicht beabsichtige den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung zu erbringen.

II.

Die nach § 66 Abs. 1 und 2 MarkenG zulässige Beschwerde hat in der Sache nur teilweise Erfolg. Für die Dienstleistungen „Ausstrahlung von Fernsehprogrammen; Ausstrahlung von Hörfunksendungen“ steht der Eintragung des angemeldeten Zeichens das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft entgegen (§ 37 Abs. 1 i. V. m. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG).

1. Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG 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. Sie entspricht der Hauptfunktion der Marke, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten. Die Beurteilung der Unterscheidungskraft hat sich daher einerseits an den beanspruchten Waren und Dienstleistungen und andererseits an der Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise zu orientieren (vgl. EuGH GRUR 2006, 229, Rn. 27 f. - BioID; GRUR 2004, 674, Rn. 34 - POSTKANTOOR; BGH GRUR 2005, 417, 418 - BerlinCard; GRUR 2006, 850, Tz. 18 - FUSSBALL WM 2006). Enthalten die Bestandteile einer Bezeichnung einen beschreibenden Begriffsinhalt, den das angesprochene Publikum für die in Rede stehenden Waren und Dienstleistungen ohne Weiteres erfasst, ist der angemeldeten Bezeichnung die Eintragung als Marke wegen Fehlens jeglicher Unterscheidungskraft zu versagen (vgl. BGH GRUR 2001, 1153 - antiKALK; GRUR 2001, 1151, 1152 - marktfrisch; a. a. O. Tz. 19 - FUSSBALL WM 2006). Nach diesen Grundsätzen fehlt der angemeldeten Marke für die vorgenannten Waren und Dienstleistungen die erforderliche Unterscheidungskraft.

2. Für die Beurteilung der Unterscheidungskraft von Wortfolgen gelten die gleichen Grundsätze. Die Annahme mangelnder Unterscheidungskraft ist daher nur bei beschreibenden Angaben oder Anpreisungen und Werbeaussagen allgemeiner Art gerechtfertigt. Anhaltspunkte für die Unterscheidungskraft einer Wortfolge

können hingegen Kürze, eine gewisse Originalität und Prägnanz einer Wortfolge sowie deren Mehrdeutigkeit oder Interpretationsbedürftigkeit sein. Ein selbständig kennzeichnender Bestandteil oder ein fantasievoller Überschuss sind jedenfalls nicht Voraussetzung einer unterscheidungskräftigen Wortfolge (vgl. BGH GRUR 2000, 321, 322 – Radio von hier; GRUR 2000, 323, 324 – Partner with the Best; GRUR 2001, 1047, 1046 – LOCAL PRESENCE, GLOBAL POWER; GRUR 2002, 1070, 1071 – Bar jeder Vernunft). Nach diesen Grundsätzen fehlt der angemeldeten Wortfolge für die oben genannten Dienstleistungen die erforderliche Unterscheidungskraft.

3. Das englische Wort „Hit“ ist für die deutsche Umgangssprache mit verschiedenen Bedeutungen lexikalisch belegt, nämlich „besonders erfolgreiches Musikstück; etw., was (für eine bestimmte Zeit) besonders erfolgreich, beliebt ist, von vielen gekauft wird; Resultat einer Suche im Internet“ (vgl. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 6. Aufl. Mannheim 2006 [CD-ROM]). Im Bereich der hier einschlägigen Dienstleistungen der Ausstrahlung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen erfasst das angesprochene Publikum den Begriff ohne Weiteres im Sinne eines erfolgreichen Musikstücks. Dazu trägt bei, dass die hier maßgeblichen allgemeinen Verkehrskreise im Kontext der Fernseh- und Hörfunksendungen an verschiedene Wortkombinationen mit dem Wort „Hit“ gewöhnt sind, wie z. B. „Hitparade“ zur Bezeichnung einer Radiosendung, „Hit-Radio“ für eine bestimmte Ausrichtung eines Radiosenders und die Wortfolge „Hit auf Hit“ zur Bezeichnung von Samplern mit Schlagermusik üblich, z. B. www.amazon.de - „Hit auf Hit rund ums Matterhorn“. In Verbindung mit der Ausstrahlung von Fernsehprogrammen und Hörfunksendungen versteht der Verkehr die angemeldete Wortfolge daher ohne Weiteres als beschreibenden Hinweis auf Musiksendungen, in denen ausschließlich Hits gespielt werden. Mit dieser Bedeutung ist eine Verwendung der Wortfolge „Hit für Hit ein Hit“ bereits für das Jahr 1993 belegt und in diesem Sinne wird sie auch aktuell von verschiedenen Radiosendern eingesetzt z. B. jetzt.sueddeutsche.de - „Hit für Hit ein Hit - Warum MashUps meist nerven“; www.ffh.de - „Der grün-weiß gestreifte Zeppelin [...] startete unter dem Motto „Hit

für Hit ein Hit“; radiochemnitz.net - „Hit für Hit ein Hit! - Sendeplan, News und Community für die Hörer“.

4. In Verbindung mit den Dienstleistungen „Ausstrahlung von Fernsehprogrammen; Ausstrahlung von Hörfunksendungen“ erschöpft sich die angemeldete Wortfolge daher in einer reinen Werbeaussage über Inhalt und Qualität der angebotenen Rundfunkprogramme. Da diese Werbefunktion im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu „Das Prinzip der Bequemlichkeit“ im Vordergrund steht, ist das Zeichen nicht geeignet als Herkunftshinweis zu wirken. Dabei steht der Annahme eines beschreibenden Begriffsinhalts nicht entgegen, dass es sich bei den ermittelten Recherchebelegen möglicherweise um Verwendungen durch Hörfunksender handelt, die mit der Anmelderin wirtschaftlich verbunden sind. Denn auch eine beschreibende Verwendung durch den Anmelder selbst kann dazu führen, dass eine ursprünglich schutzfähige Bezeichnung eine beschreibende Funktion entfaltet (vgl. BGH GRUR 2003, 436, 439 - Feldenkrais). Ebenso unbeachtlich für die Prüfung der Schutzfähigkeit ist die Tatsache, dass die Anmelderin unter der angemeldeten Bezeichnung nicht ausschließlich Musiksendungen, sondern auch andere Programme anbietet. Wird nämlich ein weiterer Dienstleistungsbegriff beansprucht, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof ein Eintragungshindernis bereits dann anzunehmen, wenn das Zeichen für eine von diesem Oberbegriff erfasste Dienstleistung einen beschreibenden Bedeutungsgehalt aufweist (vgl. BGH GRUR 2002, 261, 262 - AC).

5. Auch die grafische Gestaltung in Form zweier unterschiedlich großer roter Punkte, die am Ende der Wortfolge über den Buchstaben „H“ und „i“ angeordnet sind, vermögen nicht die Schutzfähigkeit zu begründen. Auf Grund ihrer im Verhältnis zur Schrifthöhe geringen Größe treten sie im Gesamteindruck nicht hervor und werden wegen der Anordnung über dem „i“ lediglich als werbeübliche Ausschmückung des i-Punkts und nicht als herkunftshinweisend wahrgenommen (vgl. BGH GRUR 2001, 1153, 1154 - antiKALK).

6. Etwas Anderes gilt für die Dienstleistungen „Fernsehwerbung; Rundfunkwerbung; Sammeln und Liefern von Nachrichten; Übermitteln von Nachrichten; Presseagenturen; Sammeln und Liefern von Pressemeldungen; Erstellen von Programmen zur Ausstrahlung und Verbreitung durch elektronische Medien, Fernsehen, Kabelfernsehen, Hörfunk, Bildschirmtext“. Insoweit kann der angemeldeten Wortfolge weder ein klarer Aussagegehalt zugeordnet werden noch lässt sich feststellen, dass es sich für diese Dienstleistungen um eine Werbeaussage allgemeiner Art handelt.

6.1. Der von der Anmelderin in Klasse 42 beanspruchte Dienstleistungsbegriff „Erstellen von Programmen zur Ausstrahlung und Verbreitung durch elektronische Medien“ ist unklar und daher nicht eintragungsfähig (§ 32 Abs. 3 MarkenG i. V. m. § 20 Abs. 1 MarkenV). Die Klasse 42 umfasst zwar das Erstellen von Programmen für die Datenverarbeitung. Datenverarbeitungsprogramme werden aber nicht durch elektronische Medien ausgestrahlt und verbreitet, sondern sind allenfalls technisches Hilfsmittel einer solchen Übertragung. Angesichts dieser Unklarheit hätte die von der Anmelderin gewählte Formulierung daher der Klärung bedurft. Diese Klärung hat die Markenstelle nicht vorgenommen.

6.2. Als eine unklare Angabe ist die Willenserklärung der Anmelderin aber auslegungsfähig. Bei dem Antrag auf Eintragung einer Marke handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die nach den allgemeinen Grundsätzen nach dem Empfängerhorizont auszulegen ist.

6.2.1. Zwar hat die Anmelderin in einem der Anmeldung nachfolgenden Schriftsatz vom 28. Februar 2002 im Hinblick auf zukünftige Markenmeldungen um Mitteilung der Markenstelle gebeten, in welche Klasse die Dienstleistung „Zusammenstellung von Fernsehprogrammen und Rundfunkprogrammen“ einzuordnen sei. Es liegt daher die Annahme nahe, dass sie eigentlich diese Dienstleistung hat beanspruchen wollen. Eine nachträgliche Umklassifizierung der beanspruchten Dienstleistung in die Klasse 41 kommt aber nicht in Betracht, weil die Anmelderin

mit selbem Schriftsatz zur Vermeidung einer weiteren Klassengebühr für die verfahrensgegenständliche Anmeldung ausdrücklich auf die Beanspruchung der Klasse 41 verzichtet hat. Damit hat sie den Schutzzumfang ihrer Markenmeldung wirksam auf die Dienstleistungsklassen 35, 38 und 42 beschränkt.

6.2.2. Bei der Auslegung heranzuziehen ist der Umstand, dass die von der Anmelderin gewählte Formulierung „Erstellen von Programmen“ Bestandteil des zulässigen Dienstleistungsbegriffs „Erstellen von Programmen der Datenverarbeitung“ ist und diese Dienstleistung auch von der beanspruchten Klasse 42 umfasst ist. Bei der Auslegung ist deshalb davon auszugehen, dass die Marke nach dem Willen der Anmelderin für eine Programmierdienstleistung und zwar die Dienstleistung „Erstellen von Programmen für die Ausstrahlung und Verbreitung durch elektronische Medien, Fernsehen, Kabelfernsehen, Hörfunk, Bildschirmtext“ eingetragen werden soll. Dieser Dienstleistungsbegriff ist hinreichend bestimmt und stellt damit eine ausreichende Grundlage für die Beurteilung der Schutzfähigkeit dar (vgl. BPatG GRUR 2006, 1039, 1040 - Rätsel total).

6.2.3. Unter Berücksichtigung dieses im Wege der Auslegung ermittelten Dienstleistungsbegriffs konnte der Senat in der Sache entscheiden. Dementsprechend wird das Deutsche Patent- und Markenamt bei der Eintragung von dem vom Senat zugrunde gelegten Dienstleistungsbegriff auszugehen haben.

6.3. Die Dienstleistungen „Fernsehwerbung; Rundfunkwerbung; Sammeln und Liefern von Nachrichten; Übermitteln von Nachrichten; Presseagenturen; Sammeln und Liefern von Pressemeldungen; Erstellen von Programmen für die Ausstrahlung und Verbreitung durch elektronische Medien, Fernsehen, Kabelfernsehen, Hörfunk, Bildschirmtext“ umfassen nicht das Senden bzw. Abspielen populärer bzw. erfolgreicher Musik. Zwar werden Hits in Charts gelistet und können im Einzelfall auch Gegenstand einer Nachrichten- oder sonstigen Pressemeldung sein. Der Senat hat aber nicht feststellen können, dass Nachrichtendienste und Presseagenturen üblicherweise auf bestimmte Hits ausgerichtet sind. Zur inhaltli-

chen Beschreibung im Sinne eines bestimmten Themengebiets erscheint die Wortfolge daher nicht geeignet. An einem werblichen oder inhaltlichen Bezug fehlt es auch für die Dienstleistungen „Fernsehwerbung; Rundfunkwerbung; Erstellen von Programmen für die Ausstrahlung und Verbreitung durch elektronische Medien, Fernsehen, Kabelfernsehen, Hörfunk, Bildschirmtext“, da diese Dienstleistungen ihrer Art nach unabhängig sind von den beworbenen Themen bzw. dem Inhalt des jeweiligen Datenverarbeitungsprogramms und daher regelmäßig nicht ihrem thematischen Inhalt nach beschrieben werden.

Grabrucker

Fink

Dr. Mittenberger-Huber

WA