



BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 90/07

(Aktenzeichen)

Verkündet am
27. November 2007

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die angemeldete Marke 305 04 842.2

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 27. November 2007 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Albrecht und die Richter Schwarz und Kruppa

beschlossen:

Die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 28 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 30. Mai 2006 und vom 3. Januar 2007 werden aufgehoben-

Gründe

I

Die Markenstelle für Klasse 28 des Deutschen Patent- und Markenamtes hat mit Beschlüssen vom 30. Mai 2006 und 3. Januar 2007, von denen einer im Erinnerungsverfahren erging, die Anmeldung der für die Waren und Dienstleistungen

Klasse 9:

Geräte zur Aufzeichnung und Wiedergabe von Ton und Bild; Datenverarbeitungsgeräte; Ton- und Bildempfangsgeräte; Magnetbandgeräte (Datenverarbeitung); Textverarbeitungsgeräte; Notebooks (Computer); Tonbandgeräte; Tonübertragungsgeräte; audiovisuelle Unterrichtsapparate; Unterhaltungsgeräte als Zusatzgeräte für Fernsehapparate; CD-Player; optische Datenträger; optische Platten (Datenverarbeitung); Magnetdatenträger, insbesondere Magnetbänder; Magnetkarten, Magnetplatten; Compact Discs (Ton, Bild), Compact Discs (ROM Festspeicher), Disketten; Kassetten; Tonträger; Computer-Programme (gespeichert), Hörbücher; Computer-Programme (herunterladbar); elektronische Publikationen (herunterladbar); Spielprogramme für Computer; Videospiele als Zusatzgeräte für Fernsehapparate; elektronische Terminkalender; Filme (belichtet), insbesondere Zeichentrickfilme; magnetische Identifikationskarten; Karten mit integrierten Schaltkreisen (Smart Cards); elektronische Stifte (für

Bildschirmgeräte); Fernsteuergeräte; Mäuse (Datenverarbeitung); Mauspads; Handgelenksauflagen zur Verwendung mit Computern; Telefonapparate, insbesondere Mobiltelefone; Kopfhörer; Optikerwaren, wie Brillen (Optik), Brillenetuis, Brillenfassungen, Brillengläser, Kontaktlinsen, Kontaktlinsenetuis; Lupen (Optik); Schutzhelme für den Sport, Schwimmflügel, Schwimmgürtel, Schwimmwesten; geldbetätigte Musikboxen;

Klasse 16:

Druckereierzeugnisse; Bücher; Broschüren; Zeitschriftenmagazine; Comichefte; Prospekte; Schriften (Veröffentlichungen); Zeitpläne (Drucksachen); Abreißkalender; Atlanten; Formulare; Farbdrucke; grafische Darstellungen; grafische Reproduktionen; Kalender; Kataloge; Fotografien; Fotogravuren; Kunstgegenstände (lithografisch); Öldrucke; Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate); Globen (Erdkugeln); Landkarten; Drucklettern; Druckstöcke (Klischees); Drucktücher für Dokumentenvervielfältigungsmaschinen; Drucktücher, nicht aus textilem Material; Drucktypen; Matrizen; Büroartikel (ausgenommen Möbel), wie Anfeuchter, Befeuchter, Bleistifte, Bleistifthalter, Bleistiftminen, Bleistiftspitzer (elektrisch oder nicht elektrisch), Bleistiftspitzmaschinen (elektrisch oder nicht elektrisch), Briefbeschwerer, Büroklammern, Briefkörbe, Falzmesser, Federn, Fingerlinge, Tintenwischer, Hefter, Klemmtafeln, Locher, Lochzangen, Ordner, Farbbänder, flüssige Korrekturmittel; Papiermesser, Papierzerkleinerer, Schreibgeräte, wie Stifte, insbesondere Bleistifte, Buntstifte, Stifthalter, Stiftminen, Schiefertafeln und -griffe, Pinsel, Radierartikel, Heftzwecken; Schreibmappen (Schreibnecessaires); Kästen für Papier- und Schreibwaren; Federkästen; Farbkästen; Aktenhüllen; Bänder zum Befestigen von Schreibgeräten; Pantografen (Zeichengeräte); Pape-

teriewaren, wie Karten, Briefpapier; Blöcke; Aufkleber; Bilder; Abziehbilder; Alben; Tickets (Fahrkarten, Eintrittskarten); Etiketten, nicht aus Textilstoffen; Lesezeichen; Leuchtpapier; Lochkarten; Packpapier; Notizbücher; Registerbücher; Sachregister; Schablonen (Papier- und Schreibwaren); Schnelltrennsätze (Papier- und Schreibwaren); Zeichenblöcke; Xuan-Papier (für chinesische Malerei und Kalligrafie); Zeichenbedarfsartikel; Adressenplatten für Adressiermaschinen, Adressenstempel; Apparate für das laminieren von Dokumenten; Blaupausen; Blumentopfmanchetten aus Papier; Buchbindeartikel; Einbände; Bucheinbände; Buchstützen; Etais für Schablonen; Schreibetuis; Fahnen, Wimpel (aus Papier); Flaschenverpackungen aus Pappe oder Papier; Folien aus Kunststoff für Verpackungszwecke oder aus regenerierter Zellulose für Verpackungszwecke; Graviernadeln für Radierungen; Gravierplatten; Gravierungen; Kartonagen; Lätzchen aus Papier; Papierbänder oder Karten für die Aufzeichnung von Computer-Programmen; Plakate aus Papier und Pappe; Plakatträger aus Papier oder Pappe; Scheckheftüllen; Reisepasshüllen; Schachteln und Behälter aus Pappe oder Papier; Schilder aus Papier oder Pappe; Schrankpapier (parfümiert oder nicht); Schreibmaschinen (elektrisch oder nicht elektrisch); Schreibunterlagen; Siegeloblaten, Siegelstempel; Stempel, Stempelhalter, Stempelkästen, Stempelkissen, Stempelunterlagen; Handarbeitsmuster, wie Stick- oder Strickmuster, Schnittmuster für die Schneiderei; Tischwäsche aus Papier; Untersetzer aus Papier; Zigarettenbauchbinden;

Klasse 28:

Spielwaren, wie Bauklötze und Baukästen (Spielwaren), Bingo-karten, Brettspiele; Dominospiele, Gesellschaftsspiel, Kartenspiele, Spielkarten; Drachen; Jetons für Spiele; Spielkugeln; Spiel-

tische für Tischfußball; Spielwürfel; Plüschtiere; Teddybären; Puppen (Spielwaren) und Zubehör, soweit in Klasse 28 enthalten; Theatermasken; Würfelbecher; Geräte für Zauberkünstler; Spiele (automatisch, ausgenommen als Zusatzgeräte für Fernsehapparate); Spiele, elektronische (einschließlich Videospiele), ausgenommen als Zusatzgeräte für Fernsehapparate; Konfetti; Babyrasseln; Sportartikel und Sportzubehör; Sportgeräte; Eislaufstiefel (komplett);

Klasse 41:

Bereitstellen von elektronischen Publikationen (nicht herunterladbar); Dienstleistungen eines Verlages (ausgenommen Druckarbeiten); Herausgabe von Texten (ausgenommen Werbetexte); Herausgabe von Verlags- und Druckereierzeugnissen, insbesondere Zeitschriften und Büchern, in elektronischer Form, auch im Internet; Veröffentlichung von Büchern; Desktop-Publishing (Erstellen von Publikationen mit dem Computer); Dienstleistungen eines Ton- und Fernsehstudios; Filmproduktionen; Verfassen von Drehbüchern; Erstellen von Untertiteln; Komponieren von Musik; Montage (Bearbeitung) von Videobändern; Betrieb eines Bücherbusses; Betrieb von Kinos; Bücherverleih; Filmverleih (Vermietung von Kinofilmen); Vermietung von Audiogeräten; Vermietung von Tonaufnahmen; digitaler Bilderdienst; online angebotene Spieldienstleistungen (von einem Computernetzwerk); Erziehung und Unterricht; Fernunterricht; Fernsehunterhaltung; Rundfunkunterhaltung; Zusammenstellung von Fernseh- und Rundfunkprogrammen; Produktion von Shows; Durchführung von Live-Veranstaltungen

als Wortmarke beanspruchten Kennzeichnung

SchauHör

nach § 37 Abs. 1, § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG als nicht unterscheidungskräftige und freihaltungsbedürftige Angabe zurückgewiesen, weil der Verkehr sie nur als beschreibende Sachangabe darauf verstehe, dass die beanspruchten Waren und Dienstleistungen zum Schauen und Hören bestimmt und geeignet seien.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Anmelderin, mit der sie beantragt,

den angegriffenen Beschluss aufzuheben und die Eintragung der Marke zu veranlassen.

Sie hält die Anmeldemarke für schutzfähig, weil sich Schauen und Hören nur auf Personen und nicht auf Sachen oder Tätigkeiten beziehen könne und damit die beanspruchten Waren und Dienstleistungen nicht beschreiben könne. Darüber hinaus beanstandet sie das Verfahren der Markenstelle wegen Nichtbeachtung rechtlichen Gehörs, weil sie gegen den Erstbeschluss Dienstaufsichtsbeschwerde mit dem Hinweis, nach dessen Abschluss ihre Erinnerung zu begründen eingelegt, die Markenstelle aber über die Erinnerung vor Eingang einer Erinnerungsbegründung entschieden habe.

An der auf ihren Hilfsantrag anberaumten mündlichen Verhandlung hat die Anmelderin gemäß zuvoriger Ankündigung nicht teilgenommen.

II

A. Die nach § 66 MarkenG zulässige Beschwerde ist begründet. Die angemeldete Kennzeichnung ist für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen weder wegen Fehlens jeglicher Unterscheidungskraft noch als mögliche beschreibende

Angabe nach § 37 Abs. 1, § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG von der Eintragung ausgeschlossen.

1. Nach Ansicht des Senats ist die angemeldete Bezeichnung nicht nach § 37 Abs. 1 i. V. m. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG mangels jeglicher Unterscheidungskraft von der Eintragung ausgeschlossen. Unter Zugrundelegung des gebotenen großzügigen Maßstabs (st. Rspr., vgl. BGH GRUR 1995, 408 409] - PROTECH; BGH GRUR 2001, 413, 415 - SWATCH) kann ihr nicht die Eignung abgesprochen werden, von den Abnehmern der beanspruchten Waren und Dienstleistungen noch als Unterscheidungsmittel für die angemeldeten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden (st. Rspr., vgl. EuGH MarkenR 2003, 187, 190 [Rz. 41] - Gabelstapler, WRP 2002, 924, 930 [Rz. 35] - Philips/Remington; BGH GRUR 2000, 502, 503 - St. Pauli Girl; GRUR 2000, 720, 721 - Unter Uns).

Allerdings werden die angesprochenen Verkehrskreise, bei denen es sich wegen der Art der beanspruchten Waren und Dienstleistungen um alle Inlandsverbraucher handelt, die die Wortteile der angemeldeten Marke ohne jede Mühe nur als Imperativformen der Verben „schauen“ und „hören“ und damit lediglich als bloßen Sachhinweis auf die sinnlichen Wahrnehmungsformen des Schauens bzw. Hörens verstehen. Soweit die beanspruchten Waren und Dienstleistungen damit in irgendeinem Zusammenhang mit diesen Wahrnehmungsformen stehen können, was bei den meisten Waren und Dienstleistungen, für welche die Anmelderin einen Schutz anstrebt, der Fall ist, handelt es sich daher um glatt beschreibende und damit für sich genommen dem Markenschutz nicht zugängliche Angaben.

Auch wenn die Marke somit aufgrund ihrer Einzelelemente nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 und 2 MarkenG nicht schutzfähig ist, bedeutet dies aber noch nicht, dass ihr ein Schutz als Marke zur Gänze zu versagen ist. Marken, die aus für sich genommen

schutzunfähigen Einzelbestandteilen bestehen, kann nämlich ein geringer Schutz gewährt werden, wenn sie aufgrund ihres Gesamteindrucks, auf den allein abzustellen ist, von einem bloßen Verständnis als sachbeschreibende Angabe weggeführt; dabei kommt ein Markenschutz auch dann in Betracht, wenn die Kennzeichnung nur in optischer, akustischer *oder* semantischer Hinsicht als Produktkennzeichnung und nicht nur als Sachhinweis wirkt. Dass in einem solchen Fall der Schutz auf das Mindestmaß beschränkt ist, also dann, wenn die Marke nur in optischer, akustischer *oder* semantischer Hinsicht Schutz genießt, dieser Schutz lediglich gegenüber solchen Drittmarken besteht, welche mit ihr in genau derselben schutzbegründenden Weise - also bei optischer, akustischer *oder* semantischer Wiedergabe - identisch sind, ist dabei hinzunehmen.

Ein solcher geringer Schutz kann der Anmeldemarke vorliegend aufgrund ihrer besonderen Gestaltung nicht abgesprochen werden. Denn auch wenn sie aus für sich genommen schutzunfähigen Wortteilen besteht, so ist doch ihre aus dem üblichen Rahmen fallende Schreibweise zu berücksichtigen, die darin zu sehen ist, dass die beiden Imperativformen der Verben „schauen“ und „hören“ zusammengeschrieben sind und aus jeweils einem beginnenden Großbuchstaben und hieran anschließenden Kleinbuchstaben zusammengesetzt sind, wobei auch die Anlehnung der Wortfolge an die geläufige Aufforderung „schau her“ ihr eine gewisse Eigenart verleiht, die schutzbegründend wirkt. Diese Besonderheiten, die allein schutzbegründend sind, reichen aus, um den Verkehr von der Vorstellung einer bloßen Sachangabe wegzuführen und ihm nahezu legen, in der Anmeldemarke den für eine Produktkennzeichnung unentbehrlichen Hinweis auf die Herkunft der gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen aus einem bestimmten Unternehmen zu sehen. Damit erfüllt die Anmeldemarke in der angemeldeten Form noch die geringstmöglichen Anforderungen an die Hauptfunktion einer Marke, so dass ihr insoweit die nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG erforderliche Unterscheidungskraft eben noch zuzubilligen ist.

2. Aus denselben Gründen steht der Eintragung der angemeldeten Bezeichnung auch nicht das Eintragungshindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegen, weil die angemeldete Bezeichnung aufgrund ihrer ungewöhnlichen Schreibweise nicht *ausschließlich* aus Zeichen oder Angaben besteht, die im Verkehr zur Bezeichnung von Merkmalen der Waren oder Dienstleistungen dienen können, die für den Warenverkehr wichtige und für die umworbenen Abnehmerkreise irgendwie bedeutsame Umstände angeben (vgl. hierzu BGH GRUR 1999, 1093, 1094 - FOR YOU; GRUR 2000, 211, 232 - FÜNFER) und hinreichend eng mit einer Ware oder Dienstleistung in Bezug stehen (vgl. BGH GRUR 2005, 417, 419 - Berlin Card).

3. Damit kann der Anmeldemarke ein äußerst geringer Schutz letztlich nicht abgesprochen werden. Dem stehen auch Belange der Allgemeinheit (vgl. EuGH GRUR 2003, 604, 607 [Rz. 51] - Libertel) nicht entgegen, weil der Schutz der Anmeldemarke auf die ganz konkrete Schreibweise beschränkt ist, also insbesondere nicht gegenüber Kennzeichnungen oder sonstigen Angaben besteht, welche zwar ebenfalls die beiden Wortteile allein oder gemeinsam enthalten, aber nicht die besondere Schreibweise der angemeldeten Marke aufgreifen, so dass bereits eine leicht veränderte Gestaltungsform der beiden Wortteile der Allgemeinheit weiterhin offen steht. Bei einer diesen Schutzzumfang überschreitenden ungerechtfertigten Geltendmachung angeblicher Rechte aus der Anmeldemarke gegenüber der - auch markenmäßigen - Verwendung von Kennzeichnungen, welche zwar identische oder ähnliche Wortbestandteile enthalten, nicht aber die allein schutzbegründende konkrete Gestaltungsform aufweisen, müsste die Anmelderin nicht nur mit zivil- (vgl. BGH GRUR 2005, 882 - Unberechtigte Schutzrechtsverwarnung), sondern auch mit strafrechtlichen (§§ 263, 22, 23 StGB) Folgen rechnen.

Da die Markenstelle somit im Ergebnis der Anmeldemarke zu Unrecht die Eintragung wegen der Schutzhindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG versagt hat, waren die anderslautenden Beschlüsse der Markenstelle auf die Beschwerde der Anmelderin aufzuheben.

B. Für die von der Anmelderin lediglich angeregte, aber nicht ausdrücklich beantragte Rückzahlung der Erinnerungs- oder Beschwerdegebühr nach § 71 Abs. 3 MarkenG bestand keine Veranlassung, denn besondere Umstände, aufgrund derer es unbillig wäre, die Beschwerdegebühr einzubehalten (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl. 2006, § 71 Rn. 31 ff.; Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 2. Aufl., § 71 Rn. 35 ff.) sind weder dargetan noch anderweitig ersichtlich; insbesondere liegen weder schwere Verfahrensverstöße (vgl. hierzu Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 2. Aufl., § 71 Rn. 40 f.; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl. 2006, § 71 Rn. 32) oder Verstöße gegen die Verfahrensökonomie (vgl. hierzu Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 2. Aufl., § 71 Rn. 42; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl. 2006, § 71 Rn. 32) im Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt vor. Die von der Anmelderin angestrebte Verknüpfung des Erinnerungsverfahrens mit anderen Rechtsmitteln musste das Patentamt nicht berücksichtigen; es konnte daher die sachliche Entscheidung über das Eintragungsbegehren vorziehen. Allein der Erfolg der Beschwerde insoweit rechtfertigt nicht die Rückzahlung der Beschwerdegebühr (vgl. BPatGE 2, 78; 22, 29, 32).

Dr. Albrecht

Kruppa

Schwarz

Pr