



# BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 536/15

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Markenmeldung 30 2013 048 692.7**

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts im schriftlichen Verfahren am 30. Mai 2016 durch die Vorsitzende Richterin Klante, den Richter Hermann und die Richterin kraft Auftrags Seyfarth

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Das Deutschen Patent- und Markenamt, Markenstelle für Klasse 41, hat mit Beschluss vom 11. August 2015 die für die Waren und Dienstleistungen

Klasse 09:

Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton und Bild; Magnetaufzeichnungsträger, Schallplatten; CDs, DVDs und andere digitale Aufzeichnungsträger; Mechaniken für geldbetätigte Apparate; Registrierkassen, Rechenmaschinen, Hardware für die Datenverarbeitung, Computer; Computersoftware.

Klasse 16:

Druckereierzeugnisse; Buchbinderartikel; Fotografien; Schreibwaren; Klebstoffe für Papier- und Schreibwaren oder für Haushaltszwecke; Künstlerbedarfsartikel; Pinsel; Schreibmaschinen und Büroartikel (ausgenommen Möbel); Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate); Verpackungsmaterial aus Kunststoff, soweit es nicht in anderen Klassen enthalten ist; Drucklettern; Druckstöcke.

Klasse 28:

Spiele, Spielzeug.

Klasse 35:

Werbung; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Büroarbeiten.

Klasse 36:

Versicherungswesen; Finanzwesen; Geldgeschäfte; Immobilienwesen.

Klasse 38:

Telekommunikation.

Klasse 41:

Erziehung; Ausbildung; Unterhaltung; sportliche und kulturelle Aktivitäten.

Klasse 42:

wissenschaftliche und technologische Dienstleistungen und Forschungsarbeiten und diesbezügliche Designerdienstleistungen; industrielle Analyse- und Forschungsdienstleistungen; Entwurf und Entwicklung von Computerhardware und -software

angemeldete Wortmarke 30 2013 048 692

Sportbarometer

teilweise, nämlich für die Waren und Dienstleistungen

Klasse 09:

Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton und Bild; Magnetaufzeichnungsträger, Schallplatten; CDs, DVDs und andere digitale Aufzeichnungsträger; Rechenmaschinen, Hardware für Datenverarbeitung, Computer; Computersoftware

Klasse 16:

Druckereierzeugnisse; Fotografien; Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate)

Klasse 28:

Spiele; Spielzeug

Klasse 35:

Werbung; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Büroarbeiten

Klasse 36:

Versicherungswesen; Finanzwesen; Geldgeschäfte

Klasse 38:

Telekommunikation

Klasse 41:

Erziehung, Ausbildung; Unterhaltung; sportliche und kulturelle Aktivitäten

Klasse 42:

wissenschaftliche und technologische Dienstleistungen und Forschungsarbeiten und diesbezügliche Designerdienstleistungen; industrielle Analyse- und Forschungsdienstleistungen; Entwurf und Entwicklung von Computerhardware und -Software

nach vorangegangenem Beanstandungsbescheid vom 2. Dezember 2013 wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückgewiesen.

Zur Begründung hat sie ausgeführt, das angemeldete Wortzeichen sei eine Kombination, welche aus leicht verständlichen Begriffen des deutschen Sprachschatzes bestehe, die grammatikalisch korrekt aneinandergesetzt von den angesprochenen Verkehrskreisen ohne weiteres verstanden würden.

Den Begriff „Sportbarometer“ werde der Verkehr als sachbezogenen Hinweis auf Erhebungen und/oder Analysen zu Meinungen, Stimmungen, Trends usw. aus dem Bereich „Sport“ wahrnehmen, oder auf Waren oder Dienstleistungen, die damit in Zusammenhang stehen. Insbesondere würden alle zurückgewiesenen Waren und Dienstleistungen im Zusammenhang mit einem Trend / einer Analyse oder Erhebung zum Thema Sport stehen, könnten eine solche bewerben oder diese darstellen.

Ob auch ein Freihaltebedürfnis im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG vorliege, könne aufgrund der fehlenden Unterscheidungskraft dahingestellt bleiben.

Dagegen richtet sich die am 2. September 2015 erhobene Beschwerde der Anmelderin, mit der sie beantragt,

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts, Markenstelle für Klasse 41, vom 11. August 2015 aufzuheben und die Marke auch für die zurückgewiesenen Waren und Dienstleistungen einzutragen.

Zur Begründung hat die Beschwerdeführerin ausgeführt, dass die Bezeichnung „Sportbarometer“ als Begriff eines auf Sport bezogenen Barometers interpretationsbedürftig sei, da dieser Begriff sich sowohl auf eine Anzeige zum Thema Sport als auch auf die Erhebung von Umfragen und die Durchführung von Analysen zu Stimmungen, Meinungen, Einstellungen und Trends im Bereich Sport beziehen könne. Außerdem wohne dem Zeichen „Sportbarometer“ ein logischer Bruch inne,

da Sport sich als nicht prognosefähig erweise, während der Begriff des Barometers beim Verkehr ein anerkanntes Prognoseverfahren im Bereich Sport erwarten lasse. Dieser logische Bruch wiederum stehe einem beschreibenden Sinngehalt entgegen. Damit gehen die Zusammenfügung der Bestandteile „Sport“ und „Barometer“ über die Summe dieser Bestandteile hinaus, und aus der somit hergeleiteten Interpretationsbedürftigkeit folge die Herkunftsfunktion und die Unterscheidungskraft des Zeichens. Auch ein Freihaltebedürfnis bestehe nicht. Es gebe vergleichbare Voreintragungen wie „Politikbarometer“, oder „Deutsches Internet-Barometer“.

## II.

Das Bundespatentgericht entscheidet über Beschwerden in Markensachen grundsätzlich im schriftlichen Verfahren (§ 69 MarkenG).

Die zulässige Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg, weil der angemeldeten Bezeichnung für die beanspruchte Dienstleistung jegliche Unterscheidungskraft fehlt (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG).

Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden, das die von der Marke erfassten Waren und Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und diese somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet (vgl. z. B. EuGH GRUR 2012, 610 (Nr. 42) - Freixenet; EuGH GRUR 2008, 608, 611, Nr. 66 f. - EUROHYPO; BGH GRUR 2015, 173, 174 (Nr. 15) - for you; GRUR 2014, 565, 567 (Nr. 12) - smartbook; BGH GRUR 2013, 731, Nr. 11 - Kaleido; GRUR 2012, 1143, Nr. 7 - Starsat; BGH GRUR 2012, 270, 271, Nr. 11 - Link economy). Denn die Hauptfunktion einer Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren bzw. Dienstleistungen zu gewährleisten (vgl. EuGH GRUR 2006, 233, 235,

Nr. 45 - Standbeutel; GRUR 2006, 229, 230, Nr. 27 - BioID; GRUR 2008, 608, 611, Nr. 66 - EUROHYPO). Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft sind einerseits die beanspruchten Waren und Dienstleistungen und andererseits die Auffassung der beteiligten inländischen Verkehrskreise, wobei auf die Wahrnehmung des Handels und/oder des normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers bzw. -abnehmers der fraglichen Produkte abzustellen ist (vgl. EuGH GRUR 2006, 411, 412, Nr. 24 - Matratzen Concord/Hukla; GRUR 2004, 943, 944, Nr. 24 - SAT.2; BGH GRUR 2010, 935, Nr. 8 - Die Vision; GRUR 2010, 825, 826, Nr. 13 - Marlene-Dietrich-Bildnis II; GRUR 2006, 850, 854, Nr. 18 - FUSSBALL WM 2006). Durch die Wortwahl „und/oder“ ist klargestellt, dass auch das Verständnis der beteiligten Fachkreise für sich gesehen von ausschlaggebender Bedeutung sein kann (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 11. Aufl., § 8 Rdn. 134).

Keine Unterscheidungskraft liegt vor, wenn die maßgeblichen Verkehrskreise im Zeitpunkt der Anmeldung des Zeichens (vgl. BGH GRUR 2013, 1143, Nr. 15 - Aus Akten werden Fakten) diesem (dem Zeichen) lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnen (vgl. EuGH GRUR 2004, 674, 678, Nr. 86 - Postkantoor; BGH GRUR 2012, 270, 271, Nr. 11 - Link economy; GRUR 2009, 952, 953, Nr. 10 - DeutschlandCard; GRUR 2006, 850, 854, Nr. 19 - FUSSBALL WM 2006; GRUR 2005, 417, 418 - BerlinCard; GRUR 2001, 1151, 1152 - marktfrisch; GRUR 2001, 1153 - antiKALK) oder wenn das Zeichen aus gebräuchlichen Wörtern oder Wendungen der deutschen Sprache oder einer gebräuchlichen Fremdsprache besteht, die - etwa wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung oder in den Medien - stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werden (vgl. u. a. BGH GRUR 2006, 850, 854, Nr. 19 - FUSSBALL WM 2006; GRUR 2003, 1050, 1051 - Cityservice; GRUR 2001, 1043, 1044 - Gute Zeiten - Schlechte Zeiten). Darüber hinaus besitzen keine Unterscheidungskraft auch solche Zeichen, die sich auf Umstände beziehen, welche die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen zwar nicht unmittelbar betreffen, durch die aber ein enger beschreibender Bezug zu diesen herge-

stellt wird (vgl. BGH GRUR 2010, 1100, Nr. 23 - TOOOR!; GRUR 2006, 850, 855, Nr. 28 f. - FUSSBALL WM 2006).

Das angemeldete Zeichen setzt sich aus dem deutschen Wort „Sport“, welches keinerlei Interpretation bedarf, und dem deutschen Wort „Barometer“ unmittelbar und grammatikalisch korrekt zusammen. Ein „Barometer“ bezeichnet dabei nicht nur ein Instrument zum Messen und Anzeigen eines physikalischen Drucks, sondern steht im übertragenen Sinn auch für die Erhebung und / oder Analyse zu Meinungen, Stimmungen, Trends usw.; in diesem Falle aus dem Bereich Sport. Vergleichbar ist beispielsweise das Politbarometer, welches die Erhebung von Analysen über Stimmungen bezüglich politischer Fragen bezeichnet. Gerade der Sport ist eines der zahlreichen Gebiete, in denen „Barometer“ in diesem übertragenen Sinne typischerweise sprachlich und inhaltlich verwendet wird (vgl. schon 25 W (pat) 170/05 - “MediaBarometer”).

Der von der Beschwerdeführerin hervorgehobene Widerspruch besteht schon deshalb nicht, weil das angesprochene Publikum hinter einem Sportbarometer nicht notwendigerweise ein anerkanntes Verfahren vermutet, um zuverlässige Prognosen über den Bereich des Sports, insbesondere einzelne Sportereignisse zu erstellen. Im Gegenteil liegt nahe, dass mit einer Ware oder Dienstleistung, die mit „Sportbarometer“ gekennzeichnet ist, durch Erhebungen und / oder Analysen zu Meinungen, Stimmungen, Trends usw. ein momentaner Zustand aufgenommen wird - ähnlich wie bei einem Barometer im ursprünglichen Sinne die momentane Zustandsgröße des physikalischen Drucks aufgenommen wird - auf deren Basis dann gegebenenfalls Prognosen versucht werden können, ähnlich wie sich an momentane Umfragen im Rahmen eines „Politbarometers“ auch regelmäßig zukünftige Prognosen beispielsweise über künftige Wahlergebnisse anschließen. Sucht man z. B. bei Google nach „Politbarometer“, liefert die Bildersuche eine Mischung von Umfrageergebnissen und daraus erzeugten Prognosen oder Projektionen, es ist also auch dieses Verständnis widerspruchsfrei anwendbar und dem Verkehr bekannt.



Selbst wenn man aber die Bedeutung des Zeichens „Sportbarometer“ auf die Erstellung von Prognosen reduzieren wollte, und die Erhebung und Analyse von Meinungen, Stimmungen, Trends usw. außer Acht ließe, sind auch im Sport Prognosen möglich, ein logischer Bruch besteht daher nur scheinbar. So ist es im Bereich des Sports beispielsweise häufig so, dass Favoriten schon vor einem Ereignis feststehen, wodurch Prognosen ermöglicht werden, die im Rahmen eines Sportbarometers analysiert werden oder für Sportwetten von Bedeutung sein könnten. Auch beispielsweise die Beliebtheit von Sportclubs liegt in einem Bereich, der durch ein Sportbarometer erhoben und angezeigt werden könnte. Dass hingegen die Prognose eines zukünftigen genauen Ergebnisses nicht sinnvoll erscheint, ist zwar richtig, aber vorliegend nicht relevant, da dies auch nicht dem Verständnis des maßgeblichen Verkehrskreises entspricht.

Die Unterscheidungskraft fehlt in Bezug auf alle angegebenen Waren und Dienstleistungen.

Enthält die Markenmeldung Oberbegriffe von Waren oder Dienstleistungen, steht fehlende Unterscheidungskraft einer Eintragung der Marke auch dann entgegen, wenn zwar für einen Teil der unter die Oberbegriffe fallenden Waren oder Dienstleistungen die Schutzfähigkeit zu bejahen ist, unter diese Oberbegriffe aber auch weitere Waren oder Dienstleistungen zu subsumieren sind, für welche die Marke nicht eintragungsfähig ist (Ströbele/Hacker Markengesetz 10. Auflage, § 8 MarkenG Rdnr. 28).

Soweit die allgegenwärtige mediale Übertragung von Sport in ihrer gesamten Breite und die entsprechende Berichterstattung betroffen ist, fehlt dem Zeichen „Sportbarometer“ jegliche Unterscheidungskraft, was u. a. gilt für die Klassen 9, 16 und 38. Die Geräte, Aufzeichnungsträger und Unterrichtsmittel können entsprechende Sendungen oder sonstig verbreitete Formate, in denen Sportbarometer im übertragenen Sinne enthalten sind, aufnehmen, speichern, übertragen oder sonstwie darstellen. Bei der Dienstleistung „Werbung“ ist zwar die Angabe des beworbenen Objektes keine Angabe für die Dienstleistung selbst, weil Werbung sachunabhängig für jede Art von Gegenstand oder Dienstleistung erbracht werden

kann. Werbedienstleistungen werden jedoch durch das Werbemedium, die Zielgruppe oder die Branche, an die sich richten, beschrieben (BGH GRUR 2009, 949 Rdnr. 24 - My World), wobei vorliegend die Wortkombination „Sportbarometer“ auf die Branche der Sportberichterstattung hinweist. Entsprechendes gilt für „Versicherungswesen; Finanzwesen; Geldgeschäfte“. Gerade im Versicherungswesen - und dem damit verknüpften Finanzwesen beziehungsweise den Geldgeschäften - sind Erhebungen und Analysen zu Trends im Sport, beispielsweise bezüglich Auslastung, Schadenspotential oder Risikoneigung von z. B. Großveranstaltungen - von wesentlichem Interesse. Auch „Erziehung, Ausbildung; Unterhaltung; sportliche und kulturelle Aktivitäten wissenschaftliche und technologische Dienstleistungen und Forschungsarbeiten und diesbezügliche Designerdienstleistungen; industrielle Analyse- und Forschungsdienstleistungen“ können sich unmittelbar auf die Erhebung von Umfragen und Erstellung von Prognosen beziehen. Schließlich könne sich „Entwurf und Entwicklung von Computerhardware und –Software, Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Büroarbeiten Spiele; Spielzeug“ auf die Erhebung und Analyse von Meinungen, Stimmungen, Trends usw. beziehen - im Falle der Spiele beispielsweise in Form von Computersimulationen. Insgesamt fehlt dem Zeichen daher die erforderliche Unterscheidungskraft.

Im Übrigen wird zur Begründung der Schutzversagung zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen der Markenstelle in dem angegriffenen Beschluss verwiesen.

Da der Marke bereits wegen fehlender Unterscheidungskraft der Schutz für die beanspruchte Dienstleistung zu versagen war, kann die Frage, ob einer Schutzgewährung auch § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegensteht, dahingestellt bleiben.

Auch die Eintragung von nach der Ansicht der Anmelderin vergleichbaren - aber möglicherweise löschungsreifen - Marken begründet letztlich keinen Anspruch auf Eintragung.

Niemand kann sich auf eine fehlerhafte Rechtsanwendung zugunsten eines anderen berufen, um eine identische Entscheidung zu erlangen (EuGH, Beschluss v.

12.02.02009 - C-39/08, 43/08; GRUR 2009, 667 Tz. 18 - Volks.Handy u. a.; BGH GRUR 2011, 230 - SUPER girl). Ohnehin verbietet sich eine pauschale Betrachtungsweise, da jeder Fall unter Einbeziehung seiner Besonderheiten, insbesondere des beteiligten Publikums, zu beurteilen ist. Die Entscheidung über die Schutzfähigkeit einer Marke ist keine Ermessens-, sondern eine Rechtsfrage. Selbst Voreintragungen identischer oder vergleichbarer Marken führen nach ständiger Rechtsprechung somit nicht zu einem Anspruch auf Eintragung (vgl. EuGH, Beschluss v. 15.02.2008 - C-243/07 P, MarkenR 2008, 163 Rn. 39 - Terranus; BGH, Beschluss v. 17.08.2011 - I ZB 70/10, GRUR 2012, 276 Rn. 18 - Institut der Norddeutschen Wirtschaft e.V. m. w. N.).

#### Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss können die am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde einlegen. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form einzulegen.

Klante

Hermann

Seyfarth

Hu