



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 557/19

(Aktenzeichen)

B E S C H L U S S

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2018 113 546.3

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 13. Juni 2022 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Mittenberger-Huber, die Richterin Akintche und die Richterin Seyfarth

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

Average Sucks

ist am 2. Dezember 2018 zur Eintragung als Wortmarke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register für die Dienstleistungen der

Klasse 35: Beratung in Bezug auf Direktmarketing; Beratung in Bezug auf Kommunikationsstrategien in der Öffentlichkeitsarbeit [Public Relations]; Direktmarketing; Direktmarketingdienste; Durchführung von Marketingkampagnen; Entwicklung von Marken [Werbung und Verkaufsförderung]; Erstellen von Werbetexten; Marketing; Marktforschung; Öffentlichkeitsarbeit [Public Relations]; Online-Werbung; Planung von Marketingstrategien; Produktion von Werbefilmen; Über soziale Medien bereitgestellte Werbe- und Marketingdienstleistungen; Verfassen von Werbetexten; Verkaufsförderung, Marketing und Werbedienstleistungen; Verkaufsförderung und Werbung; Werbe- und Marketingberatung; Werbe- und Marketingdienstleistungen; Werbung; Werbung mittels Direktmarketing; Werbung und Marketing; Werbung und Öffentlichkeitsarbeit; Werbung und Reklame; Werbung und Reklame per Fernsehen, Rundfunk, Post; Werbung und Verkaufsförderung; Werbung und Werbedienstleistungen;

Klasse 42: Designdienstleistungen bezüglich Verpackungen; Designdienstleistungen eines Designers für Grafiken; Design von

Homepages und Websites; Illustration [Designdienstleistungen];
Kommerzielle Designdienstleistungen;

angemeldet worden.

Mit Beschluss vom 24. Mai 2019 hat die Markenstelle für Klasse 35 des DPMA die Anmeldung unter Bezugnahme auf den Beanstandungsbescheid vom 4. März 2019 wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückgewiesen (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 37 Abs. 1 MarkenG).

Zur Begründung ist ausgeführt, bei dem angemeldeten Zeichen handele es sich um eine üblich gebildete englischsprachige Wortfolge, die der angesprochene Verkehr verstehe, da er an englischsprachige Begriffe im Geschäftsverkehr sowie an fremdsprachige Werbung gewöhnt sei. Die geläufigen Begriffe „Average“ und „Sucks“ bildeten einen unmissverständlichen Werbeslogan, den die angesprochenen Verkehrskreise als anpreisendes Wertversprechen dahingehend auffassen würden, dass die so gekennzeichneten Dienstleistungen in einer überdurchschnittlichen Qualität, Sorgfalt oder sonstigen (positiven) Eigenschaft ausgeführt bzw. angeboten und sich somit vom „ätzenden“ Durchschnitt abheben würden. Die im Vordergrund stehende Werbeaussage lasse keinen Hinweis auf die betriebliche Herkunft erkennen. Dies gelte für alle beanspruchten Dienstleistungen, da eine derart allgemeine Werbeaussage in einem sehr breiten Dienstleistungsspektrum verwendet werden könne, und deshalb für alle betroffenen Dienstleistungen aus denselben Erwägungen die Unterscheidungskraft fehle.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Anmelders, mit der er sinngemäß beantragt,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 35 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 24. Mai 2019 aufzuheben.

Er verweist u. a. auf die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union „VORSPRUNG DURCH TECHNIK“ (GRUR 2010, 228) und hält die angemeldete Wortfolge für kurz, prägnant, interpretationsbedürftig und unterscheidungskräftig. Der Beschluss der Markenstelle setze sich nicht ausreichend mit der vom Anmelder zitierten Rechtsprechung und seiner Argumentation auseinander. Die Markenstelle habe weder Feststellungen zu den angesprochenen Verkehrskreisen gemacht noch sei sie auf die einzelnen beanspruchten Dienstleistungen eingegangen. Für diese enthalte das angemeldete Wortzeichen keine unmittelbare Werbeaussage. Die Entscheidung des 26. Senats des Bundespatentgerichts (26 W (pat) 515/16 – Der Durchschnitt befriedigt, das Außergewöhnliche begeistert.) sei nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar. Im Gegensatz zum Anmeldezeichen handele es sich dort um ein deutlich längeres Zeichen, das erkennbar einen anpreisenden Inhalt habe. Bei dem beschwerdegegenständlichen Zeichen handele es sich nicht um eine gebräuchliche Wortfolge, geschweige denn um eine Redewendung, weder im Englischen noch in der deutschen Übersetzung, sondern um eine ungebräuchliche originelle Kombination fremdsprachiger Wörter. Die beanspruchten Dienstleistungen richteten sich nicht überwiegend an Unternehmensinhaber und Angehörige der Führungsebene, sondern gerade in mittleren und großen Unternehmen an Mitarbeiter, die unter der Führungsebene agierten. Abhängig von Berufsbild und Englischkenntnissen sei die erkennbare unmittelbare Bedeutung von „Average Sucks“ mehrdeutig und interpretationsbedürftig. Auch unter Berücksichtigung der angemeldeten Dienstleistungen sei ein erheblicher Interpretationsaufwand erforderlich, um dem Zeichen einen Bedeutungsgehalt zuzumessen. Neben der Übersetzung seien weitere Zwischenschritte erforderlich. Gerade für den im Englischen versierten Betrachter ergebe sich kein eindeutiger Bedeutungsgehalt. „Average Sucks“ könne sowohl mit „Durchschnitt ist nervig“ als auch mit „Durchschnitt ist scheisse“ übersetzt werden. Letzteres drücke jedoch kategorisch und final eine Ablehnung aus, während „nervig“ nicht ausschließlich negativ konnotiert sei. Insbesondere akademisch gebildete Teile des Verkehrs, wie Unternehmensinhaber und Führungskräfte würden „Suck“ sowieso nicht in dem

genannten umgangssprachlichen Sinne, sondern entweder substantivisch als das „Saugen, Lutschen“ bzw. im kanadischen Englisch als „Heulsuse“ verstehen oder mit „ziehen“ übersetzen. Dann bedeute „Average Sucks“ „Durchschnitt zieht an“ und sei positiv konnotiert. Ein vulgärer Bedeutungsgehalt dürfte für diesen Verkehrskreis eher fernliegen. Die von der Markenstelle und vom Senat in seinem Hinweis angenommene Bedeutung erschließe sich jedenfalls erst nach erheblichem Interpretationsaufwand und würde zunächst bedeuten, dass die Dienstleistungen nur durchschnittlich seien, worin keine werbemäßige Anpreisung liege. Erst durch weitere Abstrahierung könne man zu dem Verständnis kommen, dass die Aussage „Durchschnitt ist scheisse/ätzend“ hinsichtlich der angemeldeten Dienstleistungen bedeute, dass sich diese vom Durchschnitt abheben würden. Zudem sei auch unklar, auf wen sich das Wort „Average“ beziehe und wer „average“ sein solle. Somit löse die Wortfolge „Average Sucks“ selbst nach dem vom DPMA unterstellten Verkehrsverständnis einen Denkprozess aus, der erst durch einigen Interpretationsaufwand geeignet sei, eine mögliche Werbeaussage zu offenbaren. Ungeachtet dessen nehme der Umstand, dass eine Wortfolge auch eine Werbefunktion habe, ihr nicht die Unterscheidungskraft. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sei es für die Unterscheidungskraft einer Marke unerheblich, dass sie gleichzeitig oder sogar in erster Linie als Werbeslogan aufgefasst werde. Die vom Senat übersandten Google-Suchtreffer seien nicht geeignet, die fehlende Eintragungsfähigkeit herzuleiten, da sie weder für den vorliegenden Fall relevant seien, noch seien sie vergleichbar. Es gebe dagegen durchaus Voreintragungen wie „EVERYTHING SUCKS!“, „LAGUNITAS SUCKS“, „perfume.sucks“ oder „CLIMATE SUCKS“ u. a., die berücksichtigt werden müssten.

Mit Hinweis vom 5. September 2019 hat der Senat dem Beschwerdeführer unter Beifügung von Recherchebelegen seine vorläufige Rechtsauffassung, dass er die angemeldete Wortfolge in Bezug auf die beanspruchten Dienstleistungen nicht für schutzfähig erachte, dargelegt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die gemäß §§ 66, 64 Abs. 6 MarkenG zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Der Eintragung des angemeldeten Wortzeichens steht in Bezug auf die beanspruchten Dienstleistungen das Eintragungshindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen.

1) Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden, das die in Rede stehenden Waren und Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und diese Waren oder Dienstleistungen somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet (EuGH GRUR 2015, 1198 Rn. 59 – Nestlé/Cadbury [Kit Kat]; MarkenR 2012, 304 Rn. 23 – Smart Technologies/HABM [WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH]; BGH GRUR 2020, 411 Rn. 10 - #darferdas?, GRUR 2018, 301 Rn. 11 – Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR 2016, 934 Rn. 9 – OUI). Denn die Hauptfunktion einer Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten (EuGH GRUR 2014, 373 Rn. 20 – KORNSPITZ; GRUR 2006, 229 Rn. 27 – BioID AG/HABM [BioID]; BGH]; BGH a. a. O. – #darferdas? II; a. a. O. – OUI). Da allein das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft ein Eintragungshindernis begründet, ist ein großzügiger Maßstab anzulegen, so dass jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft genügt, um das Schutzhindernis zu überwinden (BGH a. a. O. Rn. 11 – Pippi-Langstrumpf-Marke; a. a. O. – OUI). Ebenso ist zu berücksichtigen, dass der Verkehr ein als Marke verwendetes Zeichen in seiner Gesamtheit mit allen seinen Bestandteilen so aufnimmt, wie es ihm entgegentritt, ohne es einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (EuGH GRUR 2004, 428 Rn. 53 – Henkel KGaA; BGH a. a. O. Rn. 15 – Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR 2014, 872 Rn. 13 – Gute Laune Drops).

Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft zum relevanten Anmeldezeitpunkt (BGH GRUR 2013, 1143 Rn. 15 – Aus Akten werden Fakten) sind einerseits die beanspruchten Waren oder 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 der fraglichen Waren oder Dienstleistungen abzustellen ist (EuGH GRUR 2019, 1194 Rn. 20 – AS/DPMA [#darferdas?]; GRUR 2006, 411 Rn. 24 – Matratzen Concord AG/Hukla Germany SA [MATRATZEN]; BGH GRUR 2014, 376 Rn. 11 – grill meister).

An die Beurteilung der Unterscheidungskraft von Wortfolgen und Slogans sind keine strengeren Maßstäbe anzulegen als bei sonstigen Wortzeichen (EuGH GRUR Int. 2012, 914 Rn. 25 – Smart/HABM [WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH]; GRUR 2010, 228. Rn. 36 – Audi/HABM [Vorsprung durch Technik]; GRUR 2004, 1027, Rn. 33 und 34 - Erpo Möbelwerk [Das Prinzip der Bequemlichkeit]; BGH a. a. O. Rn. 17 – for you). Auch wenn Wortfolgen keinen strengeren Schutzvoraussetzungen unterliegen, ist jedoch zu berücksichtigen, dass solche Wortmarken vom Verkehr nicht notwendig in gleicher Weise wahrgenommen werden wie andere Markenkategorien. Nicht unterscheidungskräftig sind demzufolge spruchartige Wortfolgen, die lediglich in sprach- oder werbeüblicher Weise eine beschreibende Aussage über die von der Marke erfassten Waren und Dienstleistungen enthalten oder sich in Anpreisungen und Werbeaussagen allgemeiner Art erschöpfen (vgl. EuGH GRUR 2004, 1027, Rn. 35 - DAS PRINZIP DER BEQUEMLICHKEIT; BGH GRUR 2001, 1047, 1049 - LOCAL PRESENCE, GLOBAL POWER; BGH GRUR 2001, 735, 736 - Test it.). Eine Bejahung der Unterscheidungskraft setzt unverändert voraus, dass das Zeichen geeignet sein muss, die beanspruchten Waren und Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen (EuGH a. a. O. Rn. 44 - Audi/HABM [Vorsprung durch Technik]). Der anpreisende Sinn einer angemeldeten Wortfolge schließt deren Eignung als Herkunftshinweis jedoch dann aus, wenn der Verkehr sie ausschließlich als werbliche Anpreisung versteht (BGH a. a. O. Rn. 23 – OUI).

2) Diesen Anforderungen an die Unterscheidungskraft genügt die angemeldete Wortfolge „**Average Sucks**“ insoweit nicht, als die angesprochenen Verkehrskreise darin ausschließlich eine anpreisende Sachaussage und keinen Hinweis auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen erkennen werden. Das Anmeldezeichen wird nämlich trotz der vordergründig negativen Aussage im Sinne von „Durchschnitt ist scheiße/nervig“ nur als rein werbemäßig anpreisend dahingehend wahrgenommen, dass die eigenen Dienstleistungen besonders sind, weil sie sich vom nervigen Durchschnitt abheben.

a) Als beteiligte Verkehrskreise sind alle Kreise zu verstehen, in denen die fragliche Marke Verwendung finden oder Auswirkungen zeitigen kann, wobei eine an den objektiven Merkmalen der beanspruchten Waren/Dienstleistungen, nicht an den subjektiven Vermarktungsstrategien des Anmelders orientierte Betrachtung angezeigt ist (BGH GRUR 2008, 710 Rn. 32 – VISAGE; Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 13. Auflage, § 8 Rn. 208, 442). Bei der Beurteilung des Verkehrsverständnisses ist je nach Art, Verwendungszweck und Absatzmöglichkeit der Verkehrskreis funktionspezifisch zu bestimmen. Hierbei kommt es in erster Linie auf die Vorstellung der Verkehrskreise in dem von den angemeldeten Dienstleistungen unmittelbar betroffenen Branchenbereich an.

In Bezug auf die beanspruchten Beratungs-, Marketing- und Werbedienstleistungen der Klasse 35 sind Unternehmensinhaber und Angehörige der unternehmerischen Führungsebene angesprochen. Auch die in Klasse 42 beanspruchten speziellen Designdienstleistungen richten sich in erster Linie an unternehmerische Kreise; lediglich die „kommerziellen Designdienstleistungen“ werden auch vom allgemeinen Endverbraucher nachgefragt, weil durch den weiten Dienstleistungsbegriff Leistungen eines Modedesigners mitumfasst werden.

Der Einwand des Anmelders, gerade in mittleren und großen Unternehmen seien Mitarbeiter von Abteilungen mit der Bearbeitung von u. a. Marketing- und Werbedienstleistungen befasst, die „weniger professionell aufgestellt sind“, ist

irrelevant. Es ist lediglich abstrakt darauf abzustellen, wem gegenüber die beanspruchten Dienstleistungen (im kaufmännischen Sinne) angeboten werden, wohingegen es nicht darauf ankommt, wer innerhalb des Unternehmens konkret für die Bearbeitung zuständig ist und – wie der Anmelder es ausdrückt - „das verbindende Element zu externen Dienstleistern ist, welche die angemeldeten Dienstleistungen anbieten“.

Vorliegend ergibt sich in der Bewertung des Verständnisses durch Unternehmensinhaber und Führungskräfte einerseits und Mitarbeiter oder auch Endverbraucher andererseits aber ohnehin kein Unterschied. Denn bereits die Englischkenntnisse des Durchschnittsverbrauchers dürfen nicht zu gering veranschlagt werden (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 8 Rn. 208 m. w. N.); darüber hinaus sind die unternehmerischen Kreise ebenso wie die in den Unternehmen arbeitenden Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen mit der Welthandelssprache Englisch vertraut, weil diese in den hier betroffenen Branchen zur zweiten Fach- und Werbesprache geworden ist.

b) Die angemeldete Wortfolge setzt sich aus den beiden englischen Wörtern „Average“ und „Sucks“ zusammen. Bei solchen aus mehreren Bestandteilen kombinierten Marken ist es zulässig, zunächst die Bestandteile getrennt zu betrachten, sofern die Beurteilung des Schutzhindernisses auf einer sich anschließenden Prüfung der Gesamtheit dieser Bestandteile beruht (vgl. EuGH GRUR 2004, 943 - SAT.2; GRUR 2006, 229 – BioID; BGH, Beschluss vom 10.09.2020, I ZB 13/20 - Lichtmiete).

Das englische Wort „Average“ bedeutet „Durchschnitt“, „Mittelwert“ bzw. „durchschnittlich“ (<https://de.langenscheidt.com/englisch-deutsch/average>). „Sucks“ ist die dritte Person Präsens des Verbes „to suck“ und bedeutet „ätzend sein“, „nervig sein“, „Scheiße sein“ (vgl. <https://www.dict.cc/?s=sth+sucks> bzw. <https://www.dict.cc/englisch-deutsch/to+suck.html>). Eine – wie der Anmelder meint – substantivische Verwendung von „Suck“ im Plural i. S. v. „das Mittelmaß das

Saugen (Plural)“ oder „Mittelmaß Heulsusen“ ist sinnfrei. Da es eine sinnvolle Übersetzung gibt, werden die angesprochenen Verkehrskreise diese zugrunde legen. Die Wortfolge „Average Sucks“ kann somit mit „Durchschnitt ist ätzend/nervig/scheiße“ übersetzt werden. Diese Bedeutung erschließt sich den angesprochenen Verkehrskreisen, und zwar sowohl dem Endverbraucher als auch dem Fachverkehr, ohne dass dafür analysierende gedankliche Zwischenschritte erforderlich wären. Nicht nur die Bedeutung von „Average“ ist, wovon auch der Beschwerdeführer ausgeht, eindeutig. Auch bei dem Wort „Sucks“ besteht kein Grund zu der Annahme, dass, wie der Beschwerdeführer vorträgt, „insbesondere akademisch gebildete Teile“ des Verkehrs die umgangssprachliche und häufig verwendete Bedeutung „nervig“ oder „ätzend“ nicht verstehen und „Average Sucks“ daher vorrangig mit „Durchschnitt zieht an“ übersetzen würden. Gerade was die englische Umgangssprache anbelangt, ist davon auszugehen, dass diese wegen ihrer Verwendung in Medien und Werbung, aber auch wegen ihrer Rolle bei Urlaubsaufenthalten und in der privaten Kommunikation einem größeren Teil der angesprochenen Verkehrskreise geläufig ist, wodurch die umgangssprachliche Bedeutung in den Vordergrund rückt (vgl. BPatG, Beschluss vom 23.07.2018, 26 W (pat) 501/15 – Fucking Awesome). Die Tatsache, dass „sucks“ sowohl mit „ist nervig“ als auch mit „ist scheiße“ übersetzt werden kann, führt – wiederum anders als der Anmelder meint – nicht von einem eindeutigen Bedeutungsgehalt weg. Trotz der graduellen Unterschiede zwischen „nervig“ und „scheiße“ handelt es sich in beiden Fällen jedenfalls um eine klare Aussage dahingehend, dass der Durchschnitt als negativ erachtet wird. Der Einwand des Anmelders, „nervig“ könne auch „neckisch oder nett“ gemeint sein, greift aus Sicht des Senats nicht. Denn zum einen ist „nervig“, wie der Anmelder selbst vorträgt, lexikalisch erfasst als „störend, lästig, unangenehm“ (vgl. <https://www.duden.de/rechtschreibung/nervig>), zum anderen konkretisiert sich die Bedeutung im Kontext mit der vorangestellten Angabe und den beanspruchten Dienstleistungen. Bei fremdsprachigen Slogans kommt es im Übrigen zudem weniger darauf an, ob der inländische Verkehr jedes einzelne Wort korrekt übersetzt, sondern darauf, ob die rein anpreisende Gesamtaussage sich für

ihn ohne weiteres erschließt (Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 8 Rn. 272).

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers sind die vom Senat übersandten Google-Rechercheergebnisse insoweit von Relevanz für das Verkehrsverständnis als sie aufzeigen, dass Wortfolgen mit „Durchschnitt/Mittelmaß + Verb“ bzw. „Substantiv + sucks“ üblich und schon deshalb im vom Senat aufgezeigten Sinn verständlich sind. Die recherchierten Verwendungsbeispiele, u. a. „Durchschnitt ist was für Verlierer“ (Bl. 43 d. A.), „Durchschnitt ist Angst“ (Bl. 42 d. A.) oder „Advertising sucks“ (Bl. 50 d. A.), „Reality sucks“ (Bl. 52 d. A.), „Sale sucks“ (Bl. 57 d. A.) zeigen, dass der Verkehr beide Wortbestandteile – entweder einzeln oder jeweils in Kombination mit anderen Wörtern – aus der Werbung kennt und daher auch die Kombinationen der beiden Bestandteile versteht. Anhand dieses Verkehrsverständnisses wird die Unterscheidungskraft des konkret angemeldeten Zeichens geprüft, ohne dass es um weitere (schutzunfähige) Bestandteile ergänzt wird. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Fall von der vom Beschwerdeführer herangezogenen Entscheidung des BGH „for you“ (BGH GRUR 2015, 173 Rn. 21).

Schließlich kann allein aus der Neuheit der Wortkombination die Unterscheidungskraft nicht hergeleitet werden, zumal der Verkehr daran gewöhnt ist, ständig mit neuen und ungewohnten Begriffen konfrontiert zu werden, durch die ihm sachbezogene Informationen lediglich in einprägsamer Form vermittelt werden sollen. Auch bisher noch nicht verwendete, aber gleichwohl verständliche Sachaussagen werden als solche aufgefasst (vgl. BGH GRUR 2012, 272 Rn. 13 – Rheinpark-Center Neuss; Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O. § 8 Rn. 175). Dies gilt auch für fremdsprachige Ausdrücke (Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O.).

c) In Bezug auf die beanspruchten Dienstleistungen handelt es sich bei „Average Sucks“ um eine allgemein werblich anpreisende Sachangabe dahingehend, dass die angebotenen Dienstleistungen „mehr als nur Durchschnitt“ sind.

Auch wenn damit nicht unmittelbar eine Eigenschaft der beanspruchten Dienstleistungen beschrieben wird, werden die angesprochenen Verkehrskreise die Wortfolge lediglich als werbeüblichen schlagwortartigen Hinweis ohne einen über diese Werbefunktion hinausreichenden Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Dienstleistungen sehen, der dazu animieren soll, diese in Anspruch zu nehmen. Ein besonderer Interpretationsaufwand ist für dieses Verständnis nicht erforderlich. Denn die Verkehrskreise, die sich für die beanspruchten Dienstleistungen interessieren, werden nicht annehmen, dass diese selbst als durchschnittlich und nervig „angepriesen“ werden. Sie sind vielmehr daran gewöhnt, dass in der Werbung häufig das Außergewöhnliche und das Durchschnittliche als Gegensatzpaar dargestellt werden, da am Durchschnitt kein Interesse besteht (vgl. Bl. 41 ff.: „Durchschnitt ist der Hit für die Masse. Außergewöhnlich ist Kunst“; „Durchschnitt ist Pflichterfüllung. Außergewöhnlich ist Veränderung“, „Durchschnitt ist für andere“; „Durchschnitt ist nicht mein Thema; „Keine Lust auf Durchschnitt? So wirst Du maximal erfolgreich“ etc.; vgl. auch BPatG, Beschluss vom 10. August 2016, 26 W (pat) 515/16 – Der Durchschnitt befriedigt, das Außergewöhnliche begeistert.). Die Markenstelle hat in ihrem Beanstandungsbescheid vom 04.03.2019 auf die Homepage des Beschwerdeführers Bezug genommen, wonach der Name „eben Programm sein“ solle und er „ein Signal senden“ wolle. Für die Beurteilung der Unterscheidungskraft kommt es zwar nicht auf die subjektiven Vorstellungen eines Anmelders an, sondern darauf, ob sich das Anmeldezeichen als betriebskennzeichnender Hinweis auf einen bestimmten Dienstleister eignet. Die angesprochenen Verkehrskreise werden aber – wie der Anmelder selbst beabsichtigt - in der Wortfolge „Durchschnitt nervt“ nur den schlagwortartigen Hinweis auf das Angebot überdurchschnittlicher Leistungen sehen, weshalb davon auszugehen ist, dass ausschließlich der werbeanpreisende Aussagegehalt im Vordergrund steht. Dies gilt, selbst wenn vorliegend, anders als bei der

vorgenannten Entscheidung des 26. Senats die Begriffe „außergewöhnlich“ oder „überdurchschnittlich“ nicht ausdrücklich genannt werden. Der Verkehr wird aus der vordergründig negativen Aussage ohne weiteres und unmittelbar auf eine positive Aussage, nämlich „wir sind gerade nicht durchschnittlich“, schließen. Genau darin besteht der beabsichtigte und sofort erkennbare Werbeeffect. Dieser kann sich auf alle von der Anmeldung umfassten Werbe- und Marketingdienstleistungen in Klasse 35, ebenso wie die Designdienstleistungen in Klasse 42 beziehen.

Auch der Hinweis des Beschwerdeführers auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs („Wir machen das Besondere einfach“ und „Vorsprung durch Technik“), wonach sich Identifizierungsfunktion und Werbewirkung nicht gegenseitig ausschließen, führt zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung. Zwar schließen sich demnach Herkunftsfunktion und Werbefunktion bei Slogans gegenseitig nicht in der Weise aus, dass ein Slogan nicht auch als betrieblicher Herkunftshinweis verstanden werden kann (EuGH MarkenR 2012, 304 Rn. 30 – Smart Technologies/HABM [WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH]). Was allerdings ausschließlich als Werbung verstanden wird, kann die Herkunftsfunktion nicht erfüllen und ist deshalb als nicht unterscheidungskräftig zu bewerten (a. a. O., Rn. 34 unter Hinweis auf EuGH GRUR 2010, 228, Rn. 44, 45 - Audi/HABM [Vorsprung durch Technik]).

Dem Vortrag des Beschwerdeführers, die Markenstelle habe sich nicht hinreichend mit den einzelnen beanspruchten Dienstleistungen auseinandergesetzt, kann nicht gefolgt werden. Die Erwägungen für die Verneinung der Unterscheidungskraft gelten vorliegend gleichermaßen für alle beanspruchten Dienstleistungen. Die Markenstelle durfte sich daher auf eine globale Begründung für alle betroffenen Dienstleistungen beschränken (vgl. EuGH GRUR 2010, 534 R. 46 – PRANAHAUS; GRUR 2012, 324 Rn. 43 – Fidelio (Hallux); BGH GRUR 2012, 272 Rn. 19 – Rheinpark-Center Neuss).

d) Wie der Beschwerdeführer zu Recht vorträgt, ist die Frage der Schutzfähigkeit eines angemeldeten Zeichens keine Ermessensentscheidung und nicht auf der Grundlage einer vorherigen Entscheidungspraxis zu beurteilen. Dies gilt sowohl für Zurückweisungen von Anmeldungen als auch für Voreintragungen. Bei etwaigen Entscheidungen über ähnliche Anmeldungen ist zwar, soweit sie bekannt sind, im Rahmen der Prüfung zu berücksichtigen, ob im gleichen Sinn zu entscheiden ist oder nicht; sie sind aber keinesfalls bindend (vgl. EuGH, GRUR 2009, 667 Rn. 17 und 19 - Bild digital und ZVS Zeitungsvertrieb Stuttgart; BGH GRUR 2014, 376 Rn. 19 - grill meister). Zum einen können aus zu Unrecht vorgenommenen Eintragungen anderer Marken keine weitergehenden Informationen im Hinblick auf die Beurteilung der konkreten Anmeldung entnommen werden und zum anderen darf auch unter Berufung auf den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht von einer den rechtlichen Vorgaben entsprechenden Entscheidung abgesehen werden (vgl. EuGH, GRUR 2009, 667 Rn. 18 - Bild digital und ZVS Zeitungsvertrieb Stuttgart; BGH a. a. O. – grill meister m. w. N.). Insofern führen auch die vom Beschwerdeführer genannten Voreintragungen, zu keiner abweichenden rechtlichen Beurteilung. Im Übrigen unterscheiden diese sich nach Art der Wortbildung und im Hinblick auf die Waren und Dienstleistungen und sind schon deshalb nicht vergleichbar. So erschließt sich z. B. aus der Wortfolge „LAGUNITAS SUCKS“ kein beschreibender oder anpreisender Sinngehalt in Bezug auf die beanspruchte Ware der Klasse 32 „Ale“. Gleiches gilt für die Marken „EVERYTHING SUCKS!“, „perfume.sucks“ oder „CLIMATE SUCKS“, die weder nach der Bedeutung noch was die beanspruchten Dienstleistungen anbelangt, vergleichbar sind.

Das angemeldete Zeichen eignet sich somit nicht als Hinweis auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen, so dass ihm die erforderliche Unterscheidungskraft i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG fehlt.

3. Da schon das Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG vorliegt, kann dahinstehen, ob die angemeldete Bezeichnung darüber hinaus gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG für die fraglichen Dienstleistungen freihaltebedürftig ist.

4. Für die Zulassung der Rechtsbeschwerde fehlen die gesetzlichen Voraussetzungen des § 83 Abs. 2 MarkenG. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ist im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden (§ 83 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG). Auch unter dem Gesichtspunkt der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ist eine Zulassung der Rechtsbeschwerde nicht veranlasst, weil der Senat in seiner Entscheidung nicht von den bisherigen Grundsätzen der Rechtsprechung zur Beurteilung der Unterscheidungskraft abweicht (§ 83 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss steht den am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. 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 eine beim Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwältin oder durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt einzulegen.

Dr. Mittenberger-Huber

Akintche

Seyfarth