



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 135/05

(Aktenzeichen)

Verkündet am
10. Januar 2007

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 302 24 067

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 10. Januar 2007 durch ...

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I

Die Wort-/Bildmarke



wurde am 21. November 2002 für die Waren

Druckereierzeugnisse, insbesondere Werbematerial wie Flugblätter, Prospekte, Eintrittskarten

in das Register eingetragen.

Am 23. November 2004 hat die Antragstellerin beim Deutschen Patent- und Markenamt die Löschung der Marke beantragt. Nach ihrer Auffassung sei die Marke trotz eines Freihaltebedürfnisses und mangelnder Unterscheidungskraft eingetragen worden. Das englische Wort „Flyer“ sei mit der Bedeutung von „Handzettel“ in den deutschen Sprachgebrauch eingegangen und beschreibe unmittelbar die mit der Marke geschützten Waren. Bei der Zahl 24 handele es sich um ein in den inländischen Verkehrskreisen geläufiges Synonym für eine 24-stündige Verfügbarkeit. Die Marke erschöpfe sich daher in dem ohne weiteres verständlichen Hinweis auf ein rund um die Uhr zur Verfügung stehendes Angebot von Flyern.

Die Markenabteilung 3.4. des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 30. August 2005 die Löschung der Marke angeordnet. Der Eintragung habe das absolute Schutzhindernis der mangelnden Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegengestanden, das auch noch fortbestehe. Als eine bereits für das Jahr 2001 lexikalisch belegte Bezeichnung für „Handzettel“ beschreibe der Markenbestandteil „flyer“ unmittelbar die von der Eintragung erfassten Waren. Die Recherche im Schutzrechtsinformationssystem des Amtes zeige, dass seit 1999 zahlreiche Zeichenkombinationen mit der Zahl 24 angemeldet worden seien. Bereits im Jahr 2002 habe das Bundespatentgericht die Schutzunfähigkeit der Zahl 24 in Verbindung mit Sachbegriffen festgestellt. Für die Annahme einer geänderten Verkehrsauffassung zum beschreibenden Begriffsinhalt der Zahl 24 fehle es an Anhaltspunkten. Als reiner Sachhinweis auf ein rund um die Uhr verfügbares Angebot von Flyern sei die Marke für die in Rede stehenden Waren daher nicht schutzfähig. Die grafische Gestaltung weise keine charakteristischen Merkmale auf und könne daher nicht die Unterscheidungskraft begründen. Die Voreintragungen entsprechend gebildeter Marken stünden dieser Beurteilung nicht entgegen, zumal die Eintragungspraxis nicht einheitlich sei und das Amt zahlreiche Markenmeldungen mit dem Bestandteil 24 zurückgewiesen habe.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde des Markeninhabers. Zur Begründung trägt er im Wesentlichen vor, dass es sich bei der angegriffenen Marke um eine ihrer Struktur nach ungewöhnliche Wortneubildung handele, der sich kein klarer Bedeutungsgehalt zuordnen lasse. Im Übrigen habe die Markenabteilung in ihrer Entscheidung verkannt, dass die Löschung nur dann erfolgen könne, wenn das absolute Schutzhindernis bereits zum Zeitpunkt der Eintragung im November 2002 bestanden habe. Das Deutsche Patent- und Markenamt habe aber im Zeitraum von 2002 bis 2003 zahlreiche entsprechend gebildete Wortmarken, wie z. B. block24, broschüre24, businesspaper24, card24, formular24, kalender24, logo24, office24, pen24, Poster 24, print24, prospekt24 eingetragen. Diese Eintragungspraxis belege die Schutzfähigkeit der angegriffenen Marke im Zeitpunkt ihrer Eintragung.

Der Markeninhaber und Antragsgegner beantragt,

den Beschluss der Markenabteilung vom 30. August 2005 aufzuheben.

Er regt die Zulassung der Rechtsbeschwerde an zu der Frage, inwieweit eine durch eine nicht unerhebliche Zahl einschlägiger Voreintragungen belegte Eintragungspraxis des Deutschen Patent- und Markenamts der Annahme einer Schutzunfähigkeit der angegriffenen Marke im Zeitpunkt der Eintragung entgegenstehen kann.

Die Antragstellerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Antragstellerin ist der Beschwerde entgegengetreten. Die Zahl 24 habe bereits vor dem Tag der Eintragung der angegriffenen Marke als Synonym für eine 24-stündige Verfügbarkeit Eingang in den deutschen Sprachgebrauch gefunden.

Nach dem im Verfahren vorgelegten Auszug aus dem amtlichen Schutzrechtssystem habe das Amt bis zum März 2005 insgesamt 310 Anmeldungen mit der Zahl 24 zurückgewiesen. Von einer Eintragungspraxis, nach der Kombinationszeichen mit der Zahl 24 schutzfähig seien, könne daher nicht ausgegangen werden.

Die Antragstellerin regt hilfsweise die Zulassung der Rechtsbeschwerde an zu der Frage der Schutzfähigkeit einer aus einem Wort und der Zahl 24 zusammengesetzten Marke.

II

Die zulässige Beschwerde der Antragsgegnerin hat in der Sache keinen Erfolg. Der angegriffenen Marke fehlte im Zeitpunkt der Eintragung die erforderliche Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Dieses Schutzhindernis besteht auch noch im Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag fort (§ 50 Abs. 1, Abs. 2 S. 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). Die erforderliche Unterscheidungskraft fehlt einer Wortmarke nur dann, wenn sich dem Zeichenwort ein für die beanspruchten Wa-

ren und Dienstleistungen klarer und ohne weiteres verständlicher beschreibender Begriffsinhalt zuordnen lässt oder es sich um ein gebräuchliches Wort der deutschen Sprache oder einer bekannten Fremdsprache handelt, das vom angesprochenen Publikum stets nur als solches und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird (vgl. BGH GRUR 1999, 1089 - YES; GRUR 2005, 417, 418 - BerlinCard; GRUR 2006, 850, Tz. 18 ff. - FUSSBALL WM 2006). Nach diesen Grundsätzen weist die angegriffene Marke weder im Zeitpunkt der Eintragung im November 2002 noch im Zeitpunkt der Entscheidung des Senats die erforderliche Unterscheidungskraft auf.

2. Das englische Wort „flyer“ ist für den deutschen Sprachgebrauch mit der Bedeutung von „Handzettel“ lexikalisch belegt (vgl. Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 6. Aufl. 2006 [CD-ROM]). In Verbindung mit den Waren „Druckereierzeugnisse“, für die die angegriffene Marke Schutz genießt, erschöpft sich die Kombination dieses Begriffs mit der Zahl 24 in dem werbeüblichen und ohne weiteres verständlichen Hinweis auf ein rund um die Uhr verfügbares Angebot von Flyern. Sowohl die Kleinschreibung des Wortbestandteils als auch die grafische Gestaltung der Zahl 24 bewegen sich im Rahmen werbüblicher Grafik und verändern den beschreibenden Aussagegehalt des Zeichens nicht. Diese Beurteilung entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundespatentgerichts zu entsprechend gebildeten Kombinationszeichen (vgl. 26 W (pat) 158/04 vom 21. Juni 2006 - mailing24; 25 W (pat) 113/04 vom 26. April 2006 - adress24; 29 W (pat) 196/03 vom 19. Oktober 2005 - Autorecht24; 24 W (pat) 162/03 vom 16. November 2004 - unfallrecht24; 29 W (pat) 155/04 vom 29. September 2004 - design24; 29 W (pat) 137/02 vom 29. September 2004 - cam24; 29 W (pat) 262/02 vom 7. Juli 2004 - auskunft 24; 29 W (pat) 251/03 vom 14. Januar 2004 - Druck-Discount24.de; 30 W (pat) 210/02 vom 3. November 2003 - pharmacy24; 25 W (pat) 110/03 vom 23. Oktober 2003 - beauty24.de [GRUR 2004, 336 ff.]; 24 W (pat) 126/02 vom 24. Juni 2003 - surf24; 28 W (pat) 92/02 vom 14. Mai 2003 - fleisch24; 25 W (pat) 280/01 vom 19. September 2002 - Alarm 24).

3. Das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft bestand auch schon im Zeitpunkt der Eintragung der angegriffenen Marke im November 2002.

3.1. Zu Marken, die aus Zusammensetzungen mit einer Sachangabe und der Zahl 24 gebildet sind, zeigt die Recherche im amtlichen Schutzrechtsinformationssystem DPINFO, dass das Deutsche Patent- und Markenamt solchen Zeichen jedenfalls seit dem Jahr 1998 in ständiger Entscheidungspraxis als rein beschreibenden Hinweisen auf ein 24-stündiges Waren- oder Serviceangebot für die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen die Eintragung versagt hat. Dies ergibt sich z. B. aus der sog. „Nichtschutzbegründung“ für die Zurückweisung der Marken „SHOPPING 24; Archiv 24; dryclean 24; PFLEGE 24; FITNESS 24; Versandapotheke 24; camping 24“. Die Prüfungspraxis des Amtes steht damit im Einklang mit der oben zitierten Rechtsprechung des Bundespatentgerichts, die ebenfalls bereits vor dem Zeitpunkt der Eintragung des angegriffenen Zeichens die Schutzunfähigkeit derartiger Kombinationszeichen festgestellt hat. Soweit Marken mit dem Bestandteil „24“ in dem hier relevanten Zeitraum zur Eintragung gelangt sind, handelt es sich entweder um Kombinationen, bei denen der zusätzliche Wortbestandteil keinen klaren und eindeutigen Aussagegehalt aufweist, wie z. B. „MEG 24; PERSO JOB 24; LaLeLu 24; genial getroffen 24“ oder um Wort-/Bildmarken, die wegen ihrer grafischen Gestaltung mit der angegriffenen Wortmarke nicht vergleichbar sind.

3.2. Bei dieser Sachlage bestand für den Senat keine Veranlassung - wie vom Markeninhaber angeregt - zur Frage des Verkehrsverständnisses der angesprochenen Verkehrskreise im Zeitpunkt der Eintragung der angegriffenen Marke ein Sachverständigengutachten einzuholen. Angesichts der vom Deutschen Patent- und Markenamt veröffentlichten Begründungen für die mangelnde Schutzfähigkeit von mit der Zahl 24 gebildeten Kombinationszeichen und der tatsächlichen Feststellungen in den genannten Entscheidungen des Bundespatentgerichts bestehen für den Senat keine Zweifel, dass die angegriffene Marke vom angesprochenen Publikum bereits im November 2002 als reiner Sachhinweis erfasst wurde.

4. Die zu Gunsten des Markeninhabers erfolgten Voreintragungen der Marken „block24, broschüre24, businesspaper24, card24, formular24, kalender24, logo24, office24, pen24, Poster 24, print24, prospekt24“ rechtfertigen keine andere Beurteilung. Zwar kann eine uneinheitliche Entscheidungspraxis des Deutschen Patent- und Markenamts, die dazu führt, dass in einer nicht unerheblichen Zahl von Fällen wesentlich gleiche Sachverhalte ohne nachvollziehbaren Grund ungleich behandelt worden sind, grundsätzlich eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes nach Art. 3 GG darstellen. Dies setzt aber voraus, dass sich die bisherige Amtspraxis als willkürlich darstellt und nicht erkennen lässt, welche der vorangegangenen Entscheidungen rechtmäßig und welche unrechtmäßig waren. Anhaltspunkte für eine solche auf Willkür beruhende, ungleiche Amtspraxis sind aber für den Senat nicht ersichtlich. Die Frage, ob diese Voreintragungen für die hier einschlägigen Waren zu Unrecht erfolgt sind, ist nicht Gegenstand des hier zu entscheidenden Verfahrens und bedarf daher keiner weiteren Erörterung. Aus diesem Grund erübrigte sich auch die vom Markeninhaber angeregte Beiziehung der betreffenden Verfahrensakten.

5. Für die Zulassung der Rechtsbeschwerde fehlen die gesetzlichen Voraussetzungen des § 83 Abs. 2 MarkenG. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung war nicht zu entscheiden, da der Senat in seiner Entscheidung nicht von den in der Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen zur Beurteilung der

Schutzfähigkeit von Kombinationsmarken und zur Bindungswirkung von Voreintragungen abweicht.

6. Eine Kostenentscheidung war nicht veranlasst (§ 71 Abs. 1 Satz 2 MarkenG).

gez.

Unterschriften