



BUNDESPATENTGERICHT

33 W (pat) 113/06

(Aktenzeichen)

Verkündet am
23. September 2008

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 306 25 068.3

hat der 33. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 23. September 2008 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Bender und der Richter Knoll und Kätker

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I

Die Anmeldung der Wortmarke

1 2 3 dabei

ist mit Beschluss der Markenstelle für Klasse 35 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 14. August 2006 durch ein Mitglied des Patentamts teilweise nach §§ 37 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zurückgewiesen worden, nämlich für die Dienstleistungen

Klasse 35: Durchführung von Auktionen und Versteigerungen, auch im Internet;

Klasse 36: Telekommunikation; Bereitstellung und Betrieb von Internet-Plattformen, insbesondere in Zusammenhang mit Online-Auktionen.

Nach Auffassung der Markenstelle fehlt der Anmeldemarke jegliche Unterscheidungskraft. Die Zahlenfolge "1 2 3" bedeute umgangssprachlich "sehr schnell, im Handumdrehen". Mit dieser Bedeutung werde sie (im Internet belegbar) auch vielfach zur Anpreisung von Waren und Dienstleistungen eingesetzt, um auf einen schnellen Erfolg, eine schnelle Wirkungsweise oder auch auf eine schnelle Zubereitungsöglichkeit bei Nahrungsmitteln hinzuweisen. In Verbindung mit dem Wortbestandteil "dabei" erschöpfe sich die Gesamtaussage der Anmeldemarke in Zusammenhang mit der Dienstleistung "Durchführung von Auktionen und Versteigerungen" nur im allgemeinen Werbeversprechen, einen schnellen (Inter-

net-)Zugang und gegebenenfalls auch eine schnelle Beteiligung am Veräußerungs- bzw. Bietergeschehen zu ermöglichen. Dieser Bedeutungsgehalt erschließe sich dem Verkehr auch ohne weiteres, ohne dass eine Mehrdeutigkeit vorliege.

Auch im Hinblick auf die beanspruchte Dienstleistung "Bereitstellung und Betrieb von Internet-Plattformen, insbesondere im Zusammenhang mit Online-Auktionen" und ihren Oberbegriff "Telekommunikation" erschöpfe sich der Sinngehalt der Anmeldemarke in der sloganartigen Aussage, dass mittels solcher Internet-Plattformen ein rascher Zugriff auf Informationen ermöglicht bzw. schnelle Kommunikationsmöglichkeiten geschaffen würden.

Für die übrigen Dienstleistungen seien hingegen keine absoluten Schutzhindernisse feststellbar, da die Marke hierfür vage bzw. die "schnelle Erbringung" keine üblicherweise beworbene wesensbestimmende Eigenschaft dieser Dienstleistungen sei. Die Dienstleistungsangabe "Groß- und Einzelhandel mit Waren für den Gastronomie- und Hotelleriebedarf" bedürfe jedoch noch einer formellen Klärung.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Anmelderin, mit der sie sinngemäß beantragt,

den angegriffenen Beschluss aufzuheben.

Zur Begründung führt sie aus, dass die Deutung der Markenstelle willkürlich und gekünstelt erscheine. Der Begriffsgehalt der angemeldeten Marke sei angesichts der vielfältigen Verständnismöglichkeiten der Zahlenfolge "1 2 3" und des Wortes "dabei" diffus. Die Markenstelle habe keinen nachvollziehbaren Beleg für ihre genteilige Auffassung gegeben. Der von ihr angenommene Begriffsgehalt im Sinne eines schnellen Internetzugangs sei nur eine, zudem fern liegende, der zahlreichen Deutungsmöglichkeiten der Anmeldemarke. Zudem beanspruche die Anmeldemarke nicht ausschließlich Schutz für internetbezogene Dienstleistungen,

sondern auch für "klassische" Auktionen, bei denen ein solches Verständnis ausscheide. Auch die Deutung der Markenstelle, die Anmeldemarke könne als Möglichkeit einer "schnellen und aktiven Beteiligung am Veräußerungs- bzw. Bietergeschehen" verstanden werden, erscheine eher willkürlich und unklar. Worin konkret die Möglichkeit dieser Beteiligung bestehen solle, bleibe unklar.

Vielmehr weise die Anmeldemarke einen fantasievollen Überschuss auf. Der angemeldete Slogan sei kurz und weise - insbesondere aufgrund seiner Reimform - durchaus Originalität und Prägnanz auf. Auch seine Mehrdeutigkeit und Interpretationsbedürftigkeit stellten einen Anhalt für hinreichende Unterscheidungskraft dar.

Zwar habe der Senat in seiner Recherche verschiedentlich die angemeldete Zahlen-Wortkombination selbst aufgefunden, hierbei erscheine sie jedoch entweder kennzeichnend oder ihre Bedeutung erschließe sich nicht ohne weiteres. Damit lasse sich ein Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft nicht feststellen.

Ebenso wenig liege ein Eintragungshindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG vor, da eine beschreibende Verwendung der Anmeldemarke nicht festgestellt worden sei. Angesichts des diffusen Begriffsgehalts seien die Mitbewerber nicht auf die Freihaltung zur freien beschreibenden Verwendung angewiesen. Bei der Anmeldemarke handele es sich allenfalls um eine sprechende, nicht aber um eine glatt beschreibende Angabe. Ergänzend verweist die Anmelderin auf die Eintragung einer Marke "1-2-3 clean" für Schleifmittel.

Mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung sind der Anmelderin Kopien des Ergebnisses einer vom Senat durchgeführten Recherche übersandt worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II

Die Beschwerde ist nicht begründet. Die zur Eintragung angemeldete Bezeichnung weist für die streitgegenständlichen Dienstleistungen nicht die für eine Marke erforderliche Unterscheidungskraft auf (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG).

Entsprechend der Hauptfunktion der Marke, dem Verbraucher oder Endabnehmer die Ursprungsidentität der durch die Marke gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu garantieren, ist unter Unterscheidungskraft im Sinne dieser Vorschrift die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung zu verstehen, Waren oder Dienstleistungen als von einem Unternehmen stammend zu kennzeichnen und sie somit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. EuGH GRUR 2002, 804 Nr. 35 - Philips/Remington; GRUR 2004, 428 Nr. 30, 48 - Henkel). Die Unterscheidungskraft ist zum einen im Hinblick auf die angemeldeten Waren oder Dienstleistungen, zum anderen im Hinblick auf die beteiligten Verkehrskreise zu beurteilen, wobei auf den normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der Waren oder Dienstleistungen abzustellen ist (vgl. EuGH GRUR 2004, 943 Nr. 24 - SAT.2). Durch die in der Anmeldung beanspruchten Dienstleistungen werden sowohl das allgemeine Publikum als auch die eher speziellen Fachverkehrskreise angesprochen, die sich an Auktionen und Versteigerung beteiligen bzw. diese organisieren.

Kann einer Wortmarke ein für die fraglichen Waren und Dienstleistungen im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsinhalt zugeordnet werden oder handelt es sich sonst um ein gebräuchliches Wort der deutschen Sprache oder einer bekannten Fremdsprache, das vom Verkehr - etwa wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung - stets nur als solches und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird, so ergibt sich daraus ein tatsächlicher Anhalt dafür, dass ihr jegliche Unterscheidungskraft fehlt (vgl. BGH GRUR 2003, 1050, 1051 - Cityservice).

Die Anmeldemarke setzt sich aus der Zahlenfolge "1 2 3" und dem nachgestellten Wort "dabei" zusammen. Der Bestandteil "1 2 3" wird im Hinblick auf die getrennte Schreibweise der Einzelzahlen als aufsteigende Zahlenfolge "eins zwei drei" gesprochen und verstanden. Wie bereits die Markenstelle ausgeführt hat, wird diese Zahlenfolge häufig verwendet, um damit einen schnellen bzw. sich zügig abspielenden Vorgang zu umschreiben, wobei ein nachgestelltes Wort wie "fertig" o. Ä. das Ziel oder Ergebnis eines solchen Vorgangs bezeichnet. In etwa diesem Sinne hat der Senat die angemeldete Zahlen-Wortfolge "1 2 3 dabei" auch verschiedentlich belegen können, etwa:

www.wiehl.de/kultur/musikschule_archiv.html:

"... Unter dem Motto "1,2,3...dabei" können Sie zu einem Preis von nur 57 € drei Unterrichtsstunden per Gutschein verschenken.";

www.ppvmedien.de/product_info.php...:

"1-2-3...dabei! Der ultimative Wegweiser durch das Flightcase-Wunderland...";

www.annoncieren.de/cgi-bin/kleinanzeigen.pl?Cmd...:

"1, 2, 3 dabei - biete Parfüm, Kosmetik & Schmuck zu TOP Preisen...";

www.muelheimerperspektiven.de/cms/upload/pdfs/123dabei.pdf:

"Mühlheimer Perspektiven" - 1, 2, 3 dabei!

Eine Initiative der Augenklinik Mülheim zum 200. Jubiläum der Stadt Mülheim."

Zwar ist der Anmelderin darin zu folgen, dass der genaue Sinngehalt der Zahlen-Wortkombination in diesen Beispielen nicht, jedenfalls nicht mit Sicherheit, festgestellt werden kann. Vielmehr lässt sich häufig nur vermuten, dass der damit Angesprochene innerhalb kurzer Zeit bei etwas dabei sein bzw. an etwas teilnehmen kann. Die Beispiele zeigen jedoch bereits, dass man sich der Zahlen-Wortkombination "1 2 3 dabei" in der allgemeinen und in der Werbesprache durchaus gerne bedient, insbesondere als schlagwortartige Überschrift.

Darüber hinaus wird sie verschiedentlich - in einem variierten Sinn - verwendet, um die Erläuterung eines (nur) drei Bearbeitungsschritte verlangenden Vorgangs zu umschreiben und so den Leser zur Vornahme dieser Bearbeitungsschritte (um "dabei" zu sein) einzuladen, z. B.:

<http://eyke.winnermobile.de...>:

"Es ist ganz einfach - 1,2,3 dabei!

1. Füllen Sie das nebenstehende Formular aus. ...
2. Im Anschluss startet die erste Qualifikationsrunde.
3. Zur Bestätigung erhalten Sie eine E-Mail von unserem Team-Koordinator. Und schon sind Sie ...";

www.echo.at/portfolio/186:

"... GESTALTUNGSPAKET - 1, 2, 3 DABEI!

1. Schritt: ... 2. Schritt: ... 3. Schritt ...";

www.bkk-vaillant.de/...:

"1-2-3 dabei!

1. Kündigen Sie noch heute Ihre alte Krankenversicherung ...".

Bereits diese Feststellungen, die auf ein Verständnis der Anmeldemarke als ge-läufige einladende Aufforderung, auch als allgemeines Motto zum (baldigen, zügi-gen) Dabeisein hindeuten, lassen die Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke für eine Vielzahl von Waren oder Dienstleistungen, insbesondere für die hier streitgegenständlichen Dienstleistungen zweifelhaft erscheinen. Vorliegend kommt jedoch hinzu, dass die Dienstleistungen nach ihrem Schwerpunkt auf das Auktions- und Versteigerungswesen ausgerichtet sind, wobei auch die Dienstlei-stung "Telekommunikation" als Oberbegriff auktionenbezogene Telekommunika-tionsdienstleistungen mit umfasst. Gerade in diesem Bereich findet sich aber die Aufzählung "1,2,3" sehr häufig, wobei es sich offenbar um eine Anspielung auf die

bekannte Zählfolge zum Auktionszuschlag ("Zum Ersten, zum Zweiten und ... zum Dritten") handelt. Hierzu wird beispielhaft verwiesen auf:

vgl. [www.clever-lernen.net/...](http://www.clever-lernen.net/):

Angebot eines Ratgeberbuchs mit dem Titel "eBay - Auktionen - 1,2,3 dabei!";

<http://blog.zeit.de/autopapst/?p=117>:

"1,2,3, ... mein Winterauto!" (persönlicher Bericht über ein ersteigertes Kfz);

www.netzeitung.de/entertainment/people/1072817.html:

"1,2,3 Model-Look herbei...: Haarteil von Kate Moss als Ebay-Hit";

[www.kriegs-recht.de/...](http://www.kriegs-recht.de/):

"Kauf von Diebesgut auf eBay: 1,2,3 - doch keine Hehlerei";

www.amazon.de:

Angebot eines Buchs mit dem Titel: "1-2-3 vorbei: Aufstieg und Fall eines Powersellers ...";

[www.manager-magazin.de...](http://www.manager-magazin.de/):

"Jenseits von Ebay - Eins,zwei,drei - und die Ware gehört dem Höchstbietenden. Mit niederen Gebühren und verschiedenen Auktionsmodellen buhlen derzeit kleinere Internetversteigerer um die Gunst der Kunden. ...";

<http://auktion.westfaelische-nachrichten.de/cgi-bin/index.cgi>:

"... Vielleicht sind sie beim nächsten Mal dabei, wenn es wieder heißt: "eins, zwei, drei Deins"";

[www.stern.de/computer-technik/internet/...](http://www.stern.de/computer-technik/internet/):

"Eins, zwei, drei - leih!

"Mieten statt bieten" ist das Motto des Online-Mietmarktes Erento. ...";

[www.macwelt.de/_misc/article/ ...](http://www.macwelt.de/_misc/article/):

"Eins, zwei, drei - Auktion vorbei

eBay andersherum: Bei sellerent.de wird unterboten ...".

Diese tatsächlichen Feststellungen zeigen, dass die angemeldete Marke "1 2 3 dabei" von den angesprochenen Verkehrsteilnehmern auf dem Gebiet des Auktions- und Versteigerungswesens nur als allgemeiner Slogan verstanden wird, mit dem kombiniert auf die Zählfolge zum Erhalt des Zuschlags angespielt und zugleich das Dabeisein bzw. die Teilnahme an der Versteigerung oder Auktion benannt wird. Angesichts der vom Senat festgestellten Verwendung dieser und ganz ähnlich lautender Zahlen-Wortkombinationen in Zusammenhang mit verschiedenen Auktionsanbietern vermag die Anmeldemarke nicht mehr als betrieblicher Herkunftshinweis zu dienen. Vielmehr wird sie vom Verkehr nur als Slogan aufgefasst werden, der von jedem beliebigen, nicht aber einem ganz bestimmten Anbieter verwendet werden kann. Damit fehlt der angemeldeten Marke für die streitgegenständlichen Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft. Die Anmeldung ist somit von der Markenstelle zu Recht teilweise zurückgewiesen worden.

Ob diese Beurteilung auch für das gänzlich andere Warengbiet der Schleifmittel gilt, für das die Anmelderin die Voreintragung einer ähnlichen Markenbildung angeführt hat, die ebenfalls aus den Zahlen "1-2-3" besteht, jedoch in Kombination mit einem anderen englischsprachigen Begriff, kann angesichts des Rechercheergebnisses, das gerade für den Bereich des Auktions- und Versteigerungs-

wesens Hinweise gegen das Vorliegen jeglicher Unterscheidungskraft erbracht hat, dahingestellt bleiben.

Die Beschwerde war damit zurückzuweisen.

Bender

Knoll

Kätker

Cl