



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 98/05

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
27. August 2007

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend das Lösungsverfahren gegen die Marke 302 42 431

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juni 2007 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterin Bayer und des Richters Merzbach

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

air-dsl

wurde am 26. August 2002 als Marke für die Waren und Dienstleistungen

„Datenverarbeitungsgeräte und Computer; Telekommunikation;
Entwurf und Entwicklung von Computerhardware“

angemeldet und am 7. Oktober 2002 im Markenregister eingetragen. Inhaber sind die Antragsgegner.

Die Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 11. Januar 2005 den Löschungsantrag zurückgewiesen.

Es könne nicht festgestellt werden, dass die angegriffene Marke entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG eingetragen worden sei. Denn der Marke könne kein eindeutiger die Waren und Dienstleistungen beschreibender Begriffsinhalt beigegeben werden. Dies ergebe sich zwar nicht bereits allein daraus, dass „air-dsl“ weder in allgemeinen Lexika noch in technischen Wörterbüchern nachweisbar sei, da Wörter oder Wortkombinationen unabhängig von einem lexikalischen Eingang beschreibend und freihaltungsbedürftig sein könnten. Auch sei dem Verkehr der Bestandteil „dsl“ als Abkürzung für „digital subscriber line“ als Fachbegriff geläufig.

Allerdings komme dem weiteren englischsprachigen Bestandteil „air“ ein solcher beschreibender Charakter nicht zu. In seiner auch inländischen Verkehrskreisen allgemein bekannten Bedeutung „Luft“ weise dieser Begriff in Bezug auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen keinen beschreibenden Begriffsinhalt auf. Es sei nicht mit der erforderlichen Sicherheit feststellbar, dass „air“ in der Informations- und Kommunikationsbranche neben seiner originären Bedeutung auch mit „Funk“ übersetzt werde. Eine Verwendung des Begriffs mit dieser Bedeutung lasse sich weder in allgemeinen Lexika noch in der Fachliteratur nachweisen. Soweit vereinzelt in verschiedenen Fachwörterbüchern mit dem Bestandteil „air“ gebildete und den Bereich Funkverbindungen betreffende Begriffe wie „airtime“, „airport“ oder „airsnort“ zu finden sind, erlaubten diese nicht den Schluss, dass in der IT-Branche das Wort „air“ üblicherweise als Sachhinweis auf „Funk“ verwendet werde, zumal es sich bei diesen Begriffen um Kunstwörter oder markenmäßig verwendete Begriffsbildungen handele. „Air-dsl“ enthalte zwar als „sprechendes Zeichen“ deutliche Anklänge in Richtung „Funk“, werde aber dennoch vom Verkehr nicht als beschreibende Angabe i. S. von „Funk-dsl“ verstanden, da die Fachbegriffe für drahtlose bzw. auf Funkübertragung basierende Systeme eher „radio“ oder „wireless“ seien.

Ob „air-dsl“ mittlerweile als beschreibende Angabe für eine bestimmte drahtlose Internetzugangstechnologie angesehen werde, könne dahinstehen, da dies jedenfalls für den Zeitpunkt der Eintragung der Marke nicht festgestellt werden könne. Die von der Antragstellerin genannten Verwendungsbeispiele betreffen z. T. den Zeitraum nach der Eintragung bzw. belegen eine kennzeichenmäßige Verwendung von „air-dsl“. So lasse sich insbesondere der Übersicht der Fa. I... GmbH zu funkbasierenden DSL-Verbindungen (benannt als „xDSL-Stammbäume“) keine eindeutige sachbezogene Verwendung der Begriffskombination „air-dsl“ entnehmen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin mit dem Antrag,

den Beschluss der Markenabteilung 3.4. des Deutschen Patent- und Markenamts vom 11. Januar 2005 aufzuheben und die Wortmarke 302 42 431 „air-dsl“ zu löschen.

Sie hat ferner angeregt, die Rechtsbeschwerde zuzulassen.

Bei der Zeichenfolge „air-dsl“ handele es sich um eine vom Verkehr leicht wahrzunehmende Beschreibung betreffend den Übertragungsweg des DSL. Denn der Begriff „air“ sei in seiner Bedeutung allgemein bekannt. Der Verkehr werde diesen Begriff in Zusammenhang mit „dsl“ ohne weiteres i. S. von „durch die Luft, wireless, nicht sichtbar“ verstehen und die Begriffskombination sofort als beschreibenden Hinweis auf einen kabellosen DSL-Anschluss verstehen. Dies gelte um so mehr, als sich vergleichbar gebildete Wortkombinationen in Zusammenhang mit drahtlosen Übertragungstechniken wie z. B. „onair“ nachweisen ließen. So werde auch auf dem Flughafen München ein „wireless lan“ unter dem Begriff „air-lan“ betrieben, was jeder als Hinweis auf eine drahtlose Verbindung zu einem Inter- oder Intranet verstehen werde. Es könne daher selbst bei Unterstellung einer Wortneuschöpfung keine Rede davon sein, dass die in sprachtypischer Weise gebildete Wortkombination „air-dsl“ in ihrer Gesamtheit

einen Eindruck erwecke, der hinreichend weit von dem abweiche, der durch die bloße Zusammenstellung der Bestandteile entstehe und somit über die Summe dieser Bestandteile hinausgehe.

Die Markeninhaber beantragen,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Bei „air-dsl“ handele es sich nicht um eine Technik, sondern um ein Dienstleistungsprodukt, bei dem handelsübliche Wireless-Lan-Geräte in einem bestimmten Frequenzband eingesetzt würden. Die Bezeichnung sei daher ebenso unterscheidungskräftig wie die vergleichbare und seit 1999 als Marke eingetragene Bezeichnung „skydsl“, unter der ein schneller Internetzugang über Satellit angeboten werde. Entsprechend seien vergleichbar gebildete Marken wie „AIRNET“, „AIRWAY“ oder „AIRLAN“ im Markenregister eingetragen.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin ferner eine Frist zur Stellungnahme zu der vom Senat aufgeworfene Frage beantragt, ob belegbar sei, dass der Verkehr die Zeichenfolge „air-dsl“ nur als beschreibende Angabe verstehe. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Beschluss der Markenabteilung sowie auf die Schriftsätze der Beteiligten Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde der Löschungsantragstellerin ist zulässig, insbesondere statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt, § 66 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 MarkenG. Sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

Nach § 54, 50 Abs. 1 Nr. 3 Markengesetz wird eine Marke wegen Nichtigkeit dann gelöscht, wenn sie entgegen § 8 MarkenG eingetragen worden ist, und das

Schutzhindernis auch noch im Zeitpunkt der Entscheidung besteht. Der Senat vermochte aber nicht mit hinreichender Sicherheit festzustellen, dass die angegriffene Marke entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 1, 2 MarkenG eingetragen worden ist.

1. Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einer Marke innewohnende konkrete Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfassten Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden. Bei der Prüfung der Unterscheidungskraft ist grundsätzlich von einem großzügigen Maßstab auszugehen, so dass auch ein geringes Maß ausreicht, um das Schutzhindernis zu überwinden. Die Unterscheidungskraft einer Wortmarke fehlt unter anderem dann, wenn die angesprochenen Verkehrskreise dem Zeichenwort für die fraglichen Waren und Dienstleistungen lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnen (vgl. EuGH GRUR 2004, 674, 678 - Postkantoor) oder wenn das Zeichenwort eine für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen im Vordergrund stehende Sachaussage darstellt (st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 2003, 1050, 1051 - Cityservice; EuGH GRUR 2003, 58 - COMPANYLINE - zur GMV). Für die Beurteilung der Schutzfähigkeit einer Wortkombination wie „air-dsl“ kommt es dabei nicht darauf an, ob es den Einzelementen an der erforderlichen Unterscheidungskraft mangelt; entscheidend ist ausschließlich, ob der damit entstandenen Gesamtaussage die Eignung zur betrieblichen Herkunftskennzeichnung fehlt bzw. - was das Lösungsverfahren betrifft - zum Zeitpunkt der Eintragung bereits gefehlt hat (vgl. EuGH, GRUR 2004, 680, 681 Tz. 27 - BIOMILD; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 8 Rdnr. 92).

Dies wäre zum einen dann der Fall, wenn es sich bei „air-dsl“ zum Zeitpunkt der Eintragung um keine sprachunübliche Wortneuschöpfung, sondern um eine gebräuchliche Sachbezeichnung für einen dsl-Zugang bzw. Anschluss per Funk, d. h. für einen kabellosen Breitbandzugang ins Internet gehandelt hätte, so dass der Verkehr bereits aus diesem Grunde darin keine individuelle Herkunftskenn-

zeichnung mehr erkannt hätte. Dafür bieten sich aber keine konkreten Anhaltspunkte.

Zwar waren die Begriffe „air“ und „dsl“ bereits zum Zeitpunkt der Eintragung weiten Teilen des Verkehrs in ihrer Bedeutung „Luft“ bzw. als Bezeichnung für einen schnellen Breitbandzugang ins Internet („digital subscriber line“) bekannt.

Eine Kombination beider Begriffe zu „air-dsl“ ist jedoch in Fachwörterbüchern und -lexika weder allgemein noch in Zusammenhang mit der Technologie eines drahtlosen Internetzugangs nachweisbar. Der Senat konnte im Anschluss an die Entscheidung der Markenabteilung auch nicht feststellen, dass die Wortkombination „air-dsl“ im Inland bisher zu irgendeinem Zeitpunkt als Sachangabe für einen dsl-Zugang per Funk, d. h. einen kabellosen Breitbandzugang ins Internet benutzt wurde. Unter der Bezeichnung „air-dsl“ bieten die Markeninhaber bzw. ihre Lizenznehmerin eine drahtlose Internet(breitband)verbindung mittels der sog. WIMAX-Technologie in Gebieten an, in denen eine DSL-Versorgung mittels Kabel nicht gegeben ist (hier handelt es sich um Teile der Eifel). Neben der o. g. Firma gibt es noch eine Vielzahl anderer lokaler Anbieter dieser Dienstleistung (vgl. die Zusammenstellung auf www.kein-DSL.de/breitbandanbieter). Für diese Form des Internetzugangs lassen sich zwar Begriffe wie z. B. „Funk-dsl“ oder auch „wireless-dsl“ als Sachbezeichnung nachweisen, nicht jedoch „air-dsl“.

Die Markenabteilung hat ferner zutreffend dargelegt, dass auch die seitens der Antragstellerin vorgelegten Verwendungsbeispiele nicht zum Beleg eines beschreibenden, sachbezogenen Gebrauchs von „air-dsl“ herangezogen werden können, diese vielmehr für einen kennzeichenmäßigen Gebrauch dieser Bezeichnung sprechen. Dies gilt insbesondere für die seitens der Antragstellerin zum Nachweis einer beschreibenden Verwendung vorgelegten Aufstellungen „xSSL-Family-Tree“ bzw. eines „xDSL-Stammbaums“. Denn in beiden Aufstellungen ist „AirDSL“ jeweils mit zwei weiteren Bezeichnungen unter den beschreibenden Begriffen „wireless“ bzw. „Funk“ aufgelistet. Diese Anordnung

schließt aber nicht aus, dass der Verkehr in den einzelnen Bezeichnungen wie „AirDSL“ den Produktnamen eines ganz bestimmten Anbieters eines drahtlosen Internetzugangs per Funk erkennt. Für ein kennzeichenmäßiges Verständnis dieser Wortkombination spricht ferner der dem angefochtenen Beschluss als Anlage 2 beigefügte Auszug aus der Internetseite „dsl-review“, in dem „AirDSL“ ebenso wie die übrigen „Verfahren“ unter den beschreibenden Oberbegriffen „Funk“ bzw. „funkbasierende xDSL-Verfahren“ aufgeführt ist.

Auch in den weiteren von der Antragstellerin zum Nachweis einer sachbezogenen Verwendung vorgelegten Verwendungsbeispielen wird „air-dsl“ in einer kennzeichenmäßigen, nicht jedoch beschreibenden Weise verwendet, da die Wortkombination jeweils mit den erklärenden, beschreibenden Zusätzen „Internetzugang Funk“ bzw. „Wireless Broadband Services“ versehen ist und daher der Bezeichnung eines konkreten Produkts eines Herstellers dient. Die seitens der Antragstellerin benutzte prioritätsältere Domain „air-dsl.de“ ist ebenfalls nicht zum Nachweis einer beschreibenden Benutzung dieser Wortkombination geeignet, da eine Internetdomain selbstverständlich kennzeichnungskräftig sein kann und es in der Regel nach dem Willen der Domaininhaber auch sein soll. Seitens der Antragstellerin wurden im Beschwerdeverfahren auch keine weiteren Unterlagen mehr vorgelegt, die Rückschlüsse auf einen beschreibenden Gebrauch dieser Wortkombination zum Zeitpunkt der Eintragung bzw. gegenwärtig erlauben würden. Auch der Senat konnte keine Fundstellen ermitteln, dass „air-dsl“ für einen drahtlosen Internetzugang in einer beschreibenden Art und Weise tatsächlich benutzt wurde bzw. wird.

Allerdings führt allein der fehlende Nachweis eines beschreibenden Gebrauchs dieser Wortfolge nicht zwangsläufig zur Überwindung bestehender Schutzhindernisse nach § 8 Abs. Nr. 1 und 2 MarkenG. Da der Verkehr daran gewöhnt ist, ständig mit Wortneubildungen konfrontiert zu werden, durch die ihm sachbezogene Informationen in einprägsamer Form übermittelt werden sollen, wäre die Marke „air-dsl“ gleichwohl zu löschen, wenn durch die Zusammenfügung der

Wörter der sachbezogene Charakter der Wortkombination nicht verloren geht bzw. der von der Wortkombination erweckte Eindruck in seiner Gesamtheit nicht hinreichend weit von dem abweicht, der durch die bloße Zusammenstellung der Bestandteile entsteht und somit über die Summe dieser Bestandteile hinausgeht (vgl. EuGH GRUR 2004, 680, 681 – BIOMILD). Dies vermag der Senat aber nicht festzustellen.

Zwar ist mit der Antragstellerin davon auszugehen, dass beachtliche Teile des Verkehrs ohne größere Überlegungen den Bedeutungsgehalt von „Air-dsl“ im Sinne von „Luft-dsl“ bzw. „DSL durch die Luft“ erkennen können und darin auch die Andeutung eines drahtlosen Internet-Zugangs auf W-LAN Basis sehen. Darin erschöpft sich die Wortkombination jedoch nach Auffassung des Senats nicht. Von Bedeutung dafür ist, dass drahtlose Übertragungstechniken von elektromagnetischen Wellen allgemein mit dem Begriff „Funk“ (vgl. DUDEN, Deutsches Universalwörterbuch, 5. Aufl., S. 623), nicht jedoch mit „air“ oder „Luft“ bezeichnet werden. Anhaltspunkte dafür, dass der Begriff „air“ bzw. „Luft“ gleichsam als Synonym des Begriffs „Funk“ für solche Übertragungstechniken in einer beschreibenden und sachbezogenen Art und Weise Verwendung findet oder jedenfalls nur so verstanden wird, bestehen nicht. Die von der Markenstelle in dem angefochtenen Beschluss aufgeführten Beispiele einer Verwendung von „air“ in Wortkombinationen in Zusammenhang mit funktechnischen Einrichtungen und -verbindungen (z. B. „Airdata“, „Air solution“, „AirSnort“ oder auch „DSL-Onair“) wie auch die von der Antragstellerin ausdrücklich benannte Bezeichnung „air-lan“ erlauben schon deshalb keine Rückschlüsse auf eine Verwendung des Begriffs „air“ im IT-Bereich als Synonym für „Funk“ oder ein darauf beschränktes Verständnis, weil die Begriffs- bzw. Wortkombinationen kennzeichenmäßig und nicht beschreibend gebraucht werden. Der von der Antragstellerin in diesem Zusammenhang ausdrücklich genannte Begriff „onair“ in seiner Bedeutung „auf Sendung“ bezeichnet seinem Inhalt nicht den funktechnischen Vorgang einer Programmübertragung, da auch durch Kabel übertragene Programme „onair“ sein können, so dass auch diese Begriffs-

bildung nicht zum Nachweis einer Verwendung des Begriffs „air“ i. S. von „Funk“ herangezogen werden kann.

Auch Fachlexika weisen in Zusammenhang mit kabellosen Datenübertragungsnetzwerken und -techniken soweit ersichtlich nur Begriffsbildungen mit „Funk“ aus wie z. B. „Funknetzwerke“ (DATA BECKER, das große PC & Internet Lexikon 2007, S. 362), FunkLAN (BROCKHAUS, Fachlexikon Computer 2003, S. 374) oder auch „Funkmaus“ (Markt + Technik, Computer Lexikon 2006, S. 329), hingegen keine mit „air“. Dementsprechend lassen sich auch keine vergleichbar gebildeten beschreibenden Wortkombinationen mit dem Bestandteil „air“ in Zusammenhang mit funktechnischen Sachverhalten nachweisen. Insbesondere entspricht es nicht dem allgemeinen Sprachgebrauch, Funkverbindungen als „Verbindungen durch die Luft“ zu benennen bzw. zu bezeichnen. Es liegt für den Verkehr zudem auch nicht nahe, neben den gebräuchlichen Begriffen „Funk“ bzw. - im IT-Bereich - „wireless“ das Wort „air“ zur Benennung und Bezeichnung drahtloser Übertragungstechniken heranzuziehen, zumal „air“ in Bezug auf diese Technologie unpräzise und durchaus missverständlich ist, weil „Luft“ - anders als z. B. ein „Kabel“ bei einem kabelgebundenen Internetanschluss - nicht zur Herstellung und Aufrechterhaltung einer Funkverbindung notwendig ist.

In Anbetracht dieser Umstände ist die Kombination von „air“ und „dsl“ in Zusammenhang mit einem kabellosen DSL-Internetzugang daher nach Auffassung des Senats so sprachunüblich, dass sie in Bezug auf die beanspruchten Waren und Dienstleistungen trotz ihres beschreibenden Begriffsanklangs von einem Verständnis als reine Sachangabe wegführt. Sie erschöpft sich nicht in einem rein sachbezogenen Aussagegehalt, der ihrer Auffassung als betrieblicher Herkunftshinweis entgegensteht und auch schon im Zeitpunkt der Eintragung der Marke entgegenstand. Der Bezeichnung kann daher die erforderliche Unterscheidungskraft nicht abgesprochen werden, wenngleich ihr Schutzzumfang als sogenanntes „sprechendes Zeichen“ von Haus aus auch erheblich eingeschränkt sein mag.

2. Mangels eines eindeutig beschreibenden Charakters für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen sowie in Anbetracht des Umstands, dass sich „Air“ weder jetzt noch zum Zeitpunkt der Eintragung als Bezeichnung bzw. Synonym für „Funk“ und damit für eine sachbezogene Verwendung in Wortkombinationen in Zusammenhang mit Funkverbindungen angeboten hat und sich zukünftig anbietet, weil es - wie bereits dargelegt - nicht dem Sprachgebrauch entspricht, Funkverbindungen als „Verbindungen durch die Luft“ zu bezeichnen, stellt die angegriffene Marke auch keine Merkmalsangabe i. S. von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG dar.

3. Weitere Eintragungshindernisse sind nicht ersichtlich und seitens der Antragstellerin auch nicht geltend gemacht worden.

4. Die Beschwerde ist damit insgesamt unbegründet und zurückzuweisen. Soweit die Antragstellerin im Termin auf Hinweis des Gerichts, dass eine beschreibende Verwendung der Kombination „Air-dsl“ bzw. ein Verständnis des Begriffs „Air“ i. S. von „Funk“ vom Senat nicht ermittelt werden konnte und seitens der Antragstellerin nicht mit Unterlagen belegt worden sei, die Möglichkeit zur Einreichung weiterer Unterlagen zum Nachweis einer beschreibenden Verwendung der Wortkombination erbeten hat, ist dem nicht nachzukommen. Das Gericht ist weder verpflichtet noch im Rahmen seiner Neutralitätspflicht berechtigt, darauf hinzuweisen, wie, in welcher Form das mit dem Löschantrag verfolgte Begehren vorzutragen und zu belegen ist. Dieser Sachstand war bereits Grundlage der angefochtenen Entscheidung der Markenabteilung des Deutschen Patent- und Markenamts; in der mündlichen Verhandlung hat sich demgegenüber keine neue Situation ergeben. Die - seitens der Anmelderin insoweit angeregte - Zulassung der Rechtsbeschwerde war deshalb nicht veranlasst, da es sich insoweit weder um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt noch ersichtlich ist, dass die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes erforderlich machen würden (§ 83 Abs. 2 MarkenG). Allein der von der Anmelderin geltend gemachte Umstand, dass es sich dabei um eine Rechtsfrage handele, zu der sich der BGH noch

nicht geäußert habe, rechtfertigt nicht die Zulassung der Rechtsbeschwerde (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl. § 83 Rdnr. 20).

5. Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bot der Streitfall keinen Anlass (§ 71 Abs. 1 MarkenG).

Kliems

Bayer

Merzbach

Bb