

BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 43/00

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 395 16 054

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 11. Dezember 2000 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Buchetmann sowie des Richters Sommer und der Richterin Schwarz-Angele

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

I.

Die Markeninhaberin hat die vorliegende Markenmeldung am 12. April 1995 als Hörmarke unter Beifügung einer Audiokassette beim Deutschen Patent- und Markenamt eingereicht. Mit Bescheid vom 5. Juni 1996 ist sie von der Markenabteilung ua darauf hingewiesen worden, daß gemäß § 11 MarkenV außer der Kassette auch ein Notenblatt oder Sonagramm eingereicht werden müsse. Dieser Aufforderung hat sie durch Einreichung eines Notenblatts am 6. September 1996 (Eingangsdatum) entsprochen.

Mit Schreiben vom 22. August 1997 hat die Markenstelle für Klasse 9 der Markeninhaberin mitgeteilt, daß für die Zuerkennung des Anmeldetages einer Hörmarke die Vorlage auch der graphischen Wiedergabe als maßgebend angesehen werde und die Anmeldung daher die Priorität vom 6. September 1996 erhalte. Die Marke ist unter Zugrundelegung dieses Anmeldetages eingetragen worden.

Die Beschwerde der Anmelderin gegen diese Entscheidung führte zur Zurückverweisung der Sache an das Deutsche Patent- und Markenamt ohne Sachentscheidung des Senats mit Beschluß vom 5. Juli 1999 da die angefochtene Entscheidung der Markenstelle von einer Beamtin des gehobenen Dienstes erlassen worden war und gegen sie daher nur die Erinnerung gemäß § 64 MarkenG (und nicht die Beschwerde gemäß § 66 MarkenG) vorgesehen ist.

Mit Beschluß vom 9. Dezember 1999 hat die Markenstelle für Klasse 9 des Deutschen Patent- und Markenamts die Erinnerung der Markeninhaberin sowie ihren Antrag zurückgewiesen, der Marke den 12. April 1995 als Anmeldetag zuzuerkennen. Zur Begründung ist ausgeführt, daß es sich bei der nach § 32 Abs 2 Nr 2 MarkenG erforderlichen Wiedergabe der angemeldeten Marke nach der Systematik des Gesetzes und dem Charakter des Registrierverfahrens nur um die gra-

phische Wiedergabe der Marke handeln könne, deren Einreichung daher für die Zuerkennung des Anmeldetages wesentlich sei.

Zur Begründung der dagegen eingelegten Beschwerde verweist die Anmelderin auf ihren Vortrag im vorangegangenen Beschwerdeverfahren. Sie ist der Auffassung, durch die Einreichung einer Audiocassette sei dem Erfordernis des § 32 Abs 2 Nr 2 MarkenG hinreichend entsprochen. Dies sei auch der Entscheidung des Bundespatentgerichts im Fall "INDIKATIV SWF-3" (BPatGE 36, 241 - 6) zu entnehmen.

Sie beantragt,

der deutschen Marke 395 16 054 den 12. April 1995 als Anmeldetag zuzuerkennen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Die Markenstelle ist zutreffend davon ausgegangen, daß dem Erfordernis des § 32 Abs 2 Nr 2 MarkenG nach Wiedergabe der Marke die Einreichung ihrer graphischen Darstellung zugrunde liegt und erst mit deren Eingang der Anmeldetag bestimmt ist (§ 33 Abs 1 MarkenG).

Für den Zeitrang (die Priorität) einer angemeldeten Marke ist gemäß § 6 Abs 1 und 2 MarkenG der Anmeldetag maßgebend, dh der Tag, an dem die Unterlagen mit den Angaben nach § 32 Abs 2 MarkenG beim Patentamt eingegangen sind, § 33 Abs 1 MarkenG. Nach § 32 Abs 2 Nr 2 MarkenG muß die Anmeldung (ua) eine Wiedergabe der Marke enthalten. Nach § 11 Abs 1 MarkenV sind der Anmeldung einer Hörmarke vier übereinstimmende zweidimensionale graphische Wiedergaben der Marke beizufügen. Diese Bestimmung steht in Übereinstimmung mit der Vorschrift des § 8 Abs 1 MarkenG, wonach von der Eintragung solche Marken

ausgenommen sind, die sich nicht graphisch darstellen lassen (s dazu auch Art 2 MarkenRichtl, wonach die graphische Darstellbarkeit als Voraussetzung der Markenfähigkeit normiert ist). Die graphische Darstellbarkeit der zur Registrierung angemeldeten Marke ist danach jedoch kein bloßes Formerfordernis, sondern eine Grundvoraussetzung für die Registrierung und Publizierung von Marken (Althammer/Ströbele MarkenG, 6. Aufl, § 3 Rdn 11). Im Hinblick auf die Registrierung und Publizierung der Marke in graphischer Form ist ihre graphische Darstellung als die in § 32 Abs 2 Nr 2 MarkenG genannte "Wiedergabe der Marke" anzusehen. Dies steht bei Wort- und Bildmarken bereits aufgrund ihres graphischen Charakters bzw Gebrauchs außer Frage (s auch §§ 7 und 8 MarkenV). Es ist ferner für dreidimensionale Marken, für Kennfadenmarken und für sonstige Markenformen entsprechend geregelt (s §§ 9, 10 und 12 MarkenV). § 13 MarkenV bestimmt ausdrücklich, daß der Markenmeldung keine Muster oder Modelle der mit der Marke versehenen Gegenstände oder in den Fällen der §§ 9, 10 und 12 MarkenV der Marke selbst beigefügt werden dürfen. Hiervon ausgenommen ist allein § 11 Abs 3 MarkenV, wonach der Anmelder einer Hörmarke (zusätzlich) eine klangliche Wiedergabe der Marke einreichen muß. Hierbei handelt es sich, wie der gezeigten Systematik des Gesetzes zu entnehmen ist, nicht etwa um eine zur graphischen Darstellung alternative Form der Wiedergabe der angemeldeten Hörmarke. Denn registriert und publiziert wird die Marke nur in ihrer graphischen Darstellung. Bei der klanglichen Wiedergabe der Hörmarke gemäß § 11 Abs 3 MarkenV handelt es sich vielmehr um ein (durch § 65 Abs 1 Nr 2 MarkenG gedeckt) gesetzlich bestimmtes weiteres Anmeldungserfordernis im Sinne von § 32 Abs 3 MarkenG (Althammer/ Ströbele, aaO, § 32 Rdn 17; BPatG GRUR 1997, 134/5 - Anmeldetag), das die für die Registrierung und Publikation erforderliche graphische Darstellung nicht zu ersetzen vermag. Die Markenstelle ist somit zutreffend davon ausgegangen, daß die in § 32 Abs 2 MarkenG genannten sogenannten Mindestvoraussetzungen für die Einreichung einer Markenmeldung vorliegend erst mit der Einreichung der graphischen Darstellung der Hörmarke erfüllt waren und deren Eingang damit für die Bestimmung des Anmeldetages maßgebend ist. Die graphische Darstellung der Marke ist aufgrund einer eingereichten Kassette in aller Regel auch

nicht - jedenfalls nicht exakt - möglich, kann deshalb schon theoretisch nicht amtsseitig erfolgen. Die Aufgabe des Anmelders, die Wiedergabe der Klangmarke in Notenschrift oder Sonagramm einzureichen, ist daher auch aus diesem Grund unersetzbar (vgl auch Ströbele GRUR 1999, 1041, 1044). Als Anmeldetag kann jedoch erst der Tag zugestanden werden, an dem die Marke in publizierfähiger Form vorliegt.

Abweichendes folgt auch nicht aus der genannten Entscheidung des 29. Senats im Fall "INDIKATIV SWF-3". Dort wird vielmehr klar zwischen den Anforderungen des § 32 Abs 2 MarkenG - hier insbesondere dessen Ziffer 2 - und den in § 32 Abs 3 MarkenG genannten weiteren Anmeldungserfordernissen unterschieden. Dabei wird die graphische Darstellung der Hörmarke als (sog Mindest-)Erfordernis im Sinne von § 32 Abs 2 Nr 2 MarkenG, die klangliche Wiedergabe gemäß § 11 Abs 3 MarkenV jedoch als "weiteres Anmeldungserfordernis" im Sinne von § 32 Abs 3 MarkenG angesehen. Daraus folgt, daß auch der 29. Senat in dieser Entscheidung nicht etwa davon ausging, daß als "Wiedergabe der Anmeldung" im Sinne von § 32 Abs 2 Nr 2 MarkenG auch deren klangliche Wiedergabe angesehen werden kann.

Die Zulassung der Rechtsbeschwerde beruht auf § 83 Abs 2 Nr 1 MarkenG. Die Rechtsfrage, in welcher Form die Hörmarke bei der Anmeldung wiederzugeben ist, ist von grundsätzlicher (dh bei vielen Anmeldungen von Hörmarken maßgebender) Bedeutung und wird auch in der Literatur kontrovers diskutiert (etwa Becker, Kennzeichenschutz der Hörmarke, WRP 2000, 56, 59; Winkler, Erfahrungen des DPA mit dem erweiterten Markenbegriff, MA 1996, 516, 521).

Dr. Buchetmann

Sommer

Schwarz-Angele

Mü/Hu