

BUNDESPATENTGERICHT

33 W (pat) 285/01

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 300 14 922.0

hat der 33. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 11. März 2003 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Winkler, der Richterin Dr. Hock und des Richters k.A. Kätker

beschlossen:

1. Der Anmelderin wird Wiedereinsetzung in die Frist zur Entrichtung der Beschwerdegebühr gewährt.

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I

Beim Deutschen Patent- und Markenamt ist am 28. Februar 2000 die Wortmarke

Geht nicht, gibt´s nicht

für eine Vielzahl von Waren der Klassen 1 bis 9, 11 bis 14, 16 bis 22, 25, 27, 28, 31 und 34 angemeldet worden.

Mit Beschluss vom 11. Juli 2001 hat die Markenstelle für Klasse 19 durch ein Mitglied des Patentamts die Anmeldung nach §§ 37 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zurückgewiesen. Nach Auffassung der Markenstelle handelt es sich bei der angemeldeten Marke um einen Slogan mit einer lediglich werbeüblichen Anpreisung, der dazu diene, in plakativer Weise die Aufmerksamkeit des Publikums auf sich zu lenken. Der Verkehr werde der Marke lediglich den Hinweis entnehmen, dass der Hersteller auch solche Produkte vertreibe, die landläufig für nicht herstellbar gehalten würden oder die man als Marktangebot nicht kannte. Unter anderem in Bayern werde die Redewendung als Umschreibung verwendet, wenn ein Produkt im Warenangebot vergeblich gesucht werde. Dies gehe auch aus der Werbung eines Möbelhändlers hervor. Nachdem der Bundesgerichtshof in jüngerer Zeit darauf hingewiesen habe, dass sloganartigen Wortfolgen keine Unterscheidungskraft zukomme, wenn sie einen ausschließlich produktbeschreibenden Inhalt aufwiesen oder Anpreisungen allgemeiner Art darstellten, könne der Marke, bei der es sich nur um eine anpreisende Werbeaussage handele, keine Unterscheidungskraft zugebilligt werden.

Der Beschluss ist den damaligen Vertretern der Anmelderin am 30. Juli 2001 zugestellt worden und von dort an die neue Sozietät des sachbearbeitenden Vertreters weitergeleitet worden, wo er am 3. August 2001 entgegengenommen worden ist.

Mit am 24. August 2001 eingegangenen Schriftsatz hat die Anmelderin Beschwerde eingelegt, mit der sie sinngemäß beantragt,

den angefochtenen Beschluss aufzuheben.

Die Beschwerdegebühr ist erst am 21. November 2001 entrichtet worden, nachdem der Senat den Anmeldevetretern am 8. November 2001 telefonisch mitgeteilt hat, dass bislang kein Zahlungsnachweis zur Akte gelangt sei. Mit am 4. Januar 2001 eingegangenen Schriftsatz hat die Anmelderin beantragt,

sie in die Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr wiedereinzusetzen.

Den Wiedereinsetzungsantrag begründet die Anmelderin mit einer ihrer Auffassung nach einmaligen Versehen erfahrener Bürokräfte. Unter anwaltlicher Versicherung und Vorlage von eidesstattlichen Versicherungen der stellvertretenden Bürovorsteherin und der Sekretärin des sachbearbeitenden Anwalts trägt sie vor, dass die stellvertretende Bürovorsteherin zwar die Beschwerdefrist notiert, infolge eines Versehens jedoch die gesonderte Notierung der Frist für die Zahlung der Beschwerdegebühr unterlassen habe. Außerdem hätten der sachbearbeitende Anwalt und seine Sekretärin darauf vertraut, dass die Zahlungsfrist gesondert notiert sei. Die Sekretärin erinnere sich nicht mehr, ob sie nach Eingang des angefochtenen Beschlusses routinemäßig einen Überweisungsträger erstellt habe und ob und warum sie ggf. dessen Vorlage an einen zeichnungsberechtigten Partner zur Unterschrift sowie dessen Absendung vergessen hat. Ergänzend trägt die Anmelderin ausführlich zur Büroorganisation in Zusammenhang mit der Notierung und Überwachung von Fristen und zur Qualifikation der beiden langjährig als Sachbearbeiterin und Anwaltssekretärin beschäftigten Mitarbeiterinnen vor, die sich ihr Versehen bzw. ihre mangelnde Erinnerung nur mit den besonderen Belastungen erklären können, die der zum 1. Juli 2001 erfolgte Sozietätswechsel des sachbearbeitenden Anwalts samt seiner Mitarbeiterinnen im Hinblick auf Abwicklungsarbeiten, den Umzug und Bezug neuer Arbeitsplätze sowie die Übernahme neuer Akten und Aufgaben samt Urlaubsvertretung mit sich brachte.

Zur Begründung der Beschwerde führt die Anmelderin aus, dass die Marke aufgrund der einfachen, alliterativen und zudem reimenden Aussage originell sei und zum Nachdenken anrege, was nicht gehe und warum es das nicht gebe. Es handele sich weder um einen Kaufappell noch um eine beschreibende Angabe in Bezug auf die angemeldeten Waren. Es gehe nicht darum, ob der Slogan für ein Unternehmen, etwa einen Baumarkt, generell beschreibend sei, sondern um die Verwendung als Marke für die einzelne Ware. Als Kennzeichnung von Waren wie z.B. einem Eimer Wandfarbe oder Tier- und Pflanzenpräparaten liege eine phantasievolle und unterscheidungskräftige Marke vor. Die einem Werbeslogan notwendigerweise immanente Werbefunktion schließe die Unterscheidungskraft nicht aus. Soweit ein konkreter Bezug zur Leistung des Unternehmens als Händler hinsichtlich seiner Fähigkeit bestehe, die Produkte anzubieten oder zu beschaffen, die der Kunde benötige, sei ein ausschließlich leistungsbeschreibender Charakter der Marke schon deshalb erkennbar ausgeschlossen, weil die von ihr aufgestellte Forderung offensichtlich unrealistisch sei. Sie könne daher nur als Absichtserklärung, nie aber als ernstgemeinte Darstellung des Angebots und der Leistungen der Anmelderin verstanden werden.

Zwar könne dem Slogan auch die Bedeutung einer Art Motto bzw. einer Grundhaltung in dem Sinne zukommen, dass Probleme stets einer Lösung zugänglich sind und diese Lösung auch gefunden werden soll. Gerade langlebigere, kennzeichenmäßig benutzte Werbeslogans müssten jedoch häufig allgemeinere Aussagen im Sinne eines Mottos machen. Dies gelte z.B. auch für den Slogan "Radio von hier, Radio wie wir", der ebenfalls eine allgemeine Zielsetzung der Markeninhaberin enthalte. Auch ein etwaiges Verständnis als allgemeine Redensart könne nicht einen Mangel an jeglicher Unterscheidungskraft begründen. Nur bei eindeutig beschreibenden Angaben oder Anpreisungen und Werbeaussagen allgemeiner Art könne von mangelnder Unterscheidungskraft ausgegangen werden. Ein rein beschreibender Charakter scheidet für die meisten der beanspruchten Waren jedoch aus. Außerdem hätte der angemeldete Slogan als Beschreibung einer unbegrenzten Machbarkeit " "Geht nicht." Gibt's nicht." lauten müssen. Selbst bei Annahme einer Beschreibung werde nicht klar, wer vom Werbespruch gemeint sei. Er könne sich sowohl auf die Anmelderin, als auch auf ihre Kunden beziehen. Denn die Kunden der Anmelderin bezögen selten fertige Produkte, sondern beabsichtigten,

mit den Produkten selbst etwas zu schaffen. Die Anmeldemarke überlasse es dem Verkehr zu deuten, ob das scheinbar Unmögliche von der Anmelderin oder von ihren Kunden möglich gemacht werden solle. Die angemeldete Marke sei auch originell und prägnant, da sie bereits durch ihre Gestaltung einen einprägsamen Charakter habe. Im Übrigen lasse sich die These der universellen Machbarkeit auch anders ausdrücken, etwa mit "alle Probleme sind lösbar" oder "Nichts ist unmöglich".

Der Anmelderin ist das Ergebnis einer vom Senat durchgeführten Recherche im Internet übermittelt worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II

1. Die Beschwerde ist zulässig. Insbesondere gilt sie als eingelegt. Die Anmelderin wird nach § 91 Abs. 1 MarkenG in die versäumte Frist zur Entrichtung der Beschwerdegebühr wiedereingesetzt, so dass die für den Fall der Versäumung der Frist vorgesehenen Rechtsfolge (§ 66 Abs. 5 Satz 2 a.F. MarkenG) als nicht eingetreten gilt.

Der Antrag auf Wiedereinsetzung ist zulässig. Insbesondere ist er innerhalb der Frist des § 91 Abs. 2 MarkenG gestellt worden. Geht man vom Vergessen der Fristennotierung und der damit verbundenen Unkenntnis über den ungenutzten Ablauf der Frist als Hinderungsgrund aus, so ist der Hinderungsgrund mit der Überprüfung, die durch den Anruf des Rechtspflegers vom 8. November 2001 veranlasst war, weggefallen. Die Zweimonatsfrist hat daher frühestens am 8. November 2001 zu laufen begonnen. Da der Antrag am 4. Januar 2002 beim Gericht eingegangen ist, hat die Anmelderin die Frist gewahrt.

Der Antrag ist auch begründet. Die Anmelderin hat gemäß § 91 Abs. 1 und 3 MarkenG glaubhaft gemacht, dass sie ohne Verschulden, insbesondere ihrer Vertreter, verhindert war, die nach § 66 Abs. 2 MarkenG a.F. am 30. August 2001 endende Zahlungsfrist für die Entrichtung der Beschwerdegebühr einzuhalten. Nach dem von der Anmelderin durch Vorlage eidesstattlicher Versicherungen und anwalt-

lich versicherten Vortrag glaubhaft gemachten Geschehensablauf liegt ein einmaliger Fehler von Hilfskräften der Anmeldervertreter vor. Solche Versäumnisse muß sich der Betroffene nicht zurechnen lassen, wenn die betreffenden Aufgaben einer Hilfskraft übertragen werden durften, die Hilfskräfte sorgfältig ausgewählt und überwacht sowie alle notwendigen organisatorischen Vorkehrungen getroffen worden sind, um eine sichere Fristwahrung zu gewährleisten (vgl. Benkard, Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 9. Aufl., § 123 PatG, Rdn. 19, 29).

Die Berechnung, Notierung und Überwachung von häufig vorkommenden Fristen kann der Anwalt grundsätzlich Mitarbeitern überlassen, die das Fristenwesen voll beherrschen (vgl. Benkard a.a.O., Rdn. 30, Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 60. Aufl., § 233, Rdn. 85 ff.). Die glaubhaft gemachte berufliche Qualifikation und Erfahrung der Mitarbeiterinnen der Anmeldervertreter erlauben hier eine Übertragung der o.g. Aufgaben. Aus der sinngemäß mit vorgetragene langjährigen Zusammenarbeit des sachbearbeitenden Anwalts mit ihnen lässt sich auch eine ständige begleitende Überwachung entnehmen. Außerdem ist das Fristenwesen in der Vertreterkanzlei so organisiert, dass Fristversäumnisse bei normalem Ablauf nicht vorkommen können. Insbesondere werden Fristenkalender mit angemessenen Vorfristen geführt. Darüber hinaus sind auch mehrere Zusatzsicherungen vorgesehen, die sich auch auf die Zahlungsfristen erstrecken. Unter diesen Umständen stellt eine einmalige Fehlleistung regelmäßig einen Wiedereinsetzungsgrund dar (vgl. Benkard, a.a.O., Rdn. 33; Baumbach, a.a.O., Rdn. 149; Schulte Patentgesetz, 6. Aufl., § 123, Rdn. 115), was besonders in der Zeit kurz nach einem Sozietätswechsel gelten wird.

2. Die Beschwerde ist nicht begründet.

Die zur Eintragung angemeldete Wortfolge weist nicht die für eine Marke erforderliche Unterscheidungskraft auf (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG). Unterscheidungskraft im Sinne dieser Vorschrift ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die angemeldeten Waren eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden (vgl. BGH GRUR 2001, 413, 414 - SWATCH, m.w.N.; GRUR 2001, 240, 241 - SWISS ARMY; MarkenR 2001, 407 - antiKALK). Hierbei ist grundsätzlich von einem großzügigen Maßstab auszugehen. Kann einer Wortmarke kein für die fraglichen Waren im Vor-

dergrund stehender beschreibender Begriffsinhalt zugeordnet werden und handelt es sich auch sonst nicht um ein gebräuchliches Wort der deutschen oder einer bekannten Fremdsprache, das vom Verkehr – etwa auch wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung – stets nur als solches und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird, so gibt es keinen tatsächlichen Anhalt dafür, dass ihr die Unterscheidungseignung und damit jegliche Unterscheidungskraft fehlt (vgl. BGH MarkenR 2001, 408, 409 - INDIVIDUELLE m.w.N).

Den danach an die Unterscheidungskraft einer Marke zu stellenden Anforderungen wird die angemeldete Bezeichnung nicht gerecht. Sie stellt eine von zahlreichen Unternehmen verwendete Werbeaussage allgemeiner Art dar, die von Haus aus jegliche Eignung zur betrieblichen Herkunftsunterscheidung fehlt. Die angemeldete Marke enthält - wie auch die Anmelderin nicht verkennt – die Aussage, dass jedes Problem gelöst werden kann und bringt den Anspruch zum Ausdruck, diese Lösung stets auch zu finden. Es soll dahingestellt bleiben, ob sie damit zugleich eine Beschreibung von Merkmalen der beanspruchten Waren darstellt, was die Anmelderin zumindest für einen Teil der Waren bestreitet. Jedenfalls ist sie eine Werbeaussage allgemeiner Art, die sich für jedes Unternehmen eignet, das im Interesse seiner Kunden Probleme zu lösen hat. Die nahezu universelle Verwendbarkeit zeigt sich nicht nur in der sprachlichen Allgemeinheit der Aussage sondern auch in der aus der Senatsrecherche ersichtlichen Beliebtheit, mit der Unternehmen unterschiedlichster Branchen wie etwa Feinkosthersteller, Metallbaubetriebe, EDV-Systemberater bis hin zu Bestattern, Fernsehanstalten und sogar Künstlern und Privatpersonen zur Herausstellung ihrer Leistungsfähigkeit von ihr Gebrauch machen.

Zwar schließen sich die Werbewirkung und die Identifizierungsfunktion nicht gegenseitig aus (vgl. BGH BIPMZ 2000, 161, 162 – Radio von hier; 2000, 163 - Partner with the Best), dies lässt jedoch nicht den umgekehrten Schluss zu, dass schon die Werbewirkung für die Unterscheidungskraft spricht (vgl. BPatG BIPMZ 2001, 155 - HAPPINESS). Vielmehr hat der Bundesgerichtshof in den o.g. Entscheidungen ausdrücklich festgehalten, dass von mangelnder Unterscheidungskraft auch bei Anpreisungen oder Werbeaussagen allgemeiner Art auszugehen ist (BGH, a.a.O., 162 u. 163 jew. re. Sp., zuletzt BIPMZ 2002, 463, re. Sp. - Bar jeder Vernunft). Damit wäre es unvereinbar, wenn allein die Werbewirkung die Unterscheidungskraft begründen

könnte. Daher lässt sich die Unterscheidungskraft insbesondere nicht aus dem Charakter der Wortfolge als offensichtlich unrealistische Absichtserklärung herleiten. Es ist gerade ein typisches Merkmal einer reinen Werbeaussage, dass sie in ihrer inhaltlichen Aussage erkennbar unrealistisch übertreibend ist (z.B. "Nichts ist unmöglich", "wäscht weißer als weiß", "Mit diesem Duft kann Dir alles passieren").

Auch die in der Voranstellung einer geläufigen Ausrede ("Geht nicht") und der anschließenden Verneinung ihrer Existenz ("gibt's nicht") liegende kreative Formulierung kann hier nicht die Eignung zur betrieblichen Herkunftsunterscheidung begründen. Abgesehen von der belegten umfangreichen Verwendung der Wortfolge durch Dritte, ist zu berücksichtigen, dass sprachlich kreativ formulierte, markante, elegante oder witzige Aussagen übliche Stilmittel zur Wiedergabe eines Mottos, Wahlspruchs, Leitsatzes, u.Ä. darstellen (vgl. Senatsentscheidung GRUR 2001, 511 – Energie mit Esprit).

Entgegen der Auffassung der Anmelderin vermag die angemeldete Wortfolge auch nicht in einem Umfang zum Nachdenken anzuregen, dass sich bereits hieraus eine Eignung zur betrieblichen Herkunftsunterscheidung ergibt. Schon der Charakter der Anmeldemarke als offensichtliche werbetypische Übertreibung spricht gegen eine Einladung zum Nachdenken. Die darin enthaltene Kernaussage, dass alles geht bzw. alles möglich ist, kann der an solche Aussagen gewöhnte Verkehr ohne Weiteres auf alle mit den so gekennzeichneten Waren verbundenen Aspekte des Möglichen oder Machbaren beziehen, sei es dass die Ware selbst oder ihr Händler alles möglich macht, oder dass der Kunde damit alles möglich machen kann. Dies wäre die umfassendste Werbeaussage, die angesichts der sprachlichen Allgemeinheit des angemeldeten Slogans für den nicht zur Markenanalyse neigenden Verkehr durchaus nahe liegt. Damit ist zwar nicht ganz ausgeschlossen, dass bei bestimmten Waren nur ein einzelner Aspekt im Vordergrund stehen kann. Sofern es sich bei einer Ware z.B. um ein für Hand- oder Heimwerker bestimmtes Produkt handelt, das der Weiterverarbeitung bedarf, wird der Abnehmer jedoch schon aus der Natur der konkreten Ware den jeweils im Vordergrund stehenden konkreten Aspekt des Machbaren entnehmen können (vgl. BPatG GRUR 2000, 330 - "128").

Abgesehen vom werblich-beschreibenden Charakter war die Unterscheidungskraft letztlich vor Allem zu verneinen, weil die Wortfolge, wie vom Senat belegt, von einer Vielzahl von Unternehmen, öffentlichen Institutionen und Privatpersonen als Werbeslogan, Unternehmens- oder Lebensmotto oder allgemeine Redensart verwendet wird. Diese tatsächlichen Anhaltspunkte sprechen dafür, dass der Slogan wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung nur als solcher, also als für eine unbestimmte Vielzahl von Unternehmen geeignete reine Werbeaussage verstanden wird, nicht aber als Hinweis auf die Herkunft der damit gekennzeichneten Waren aus einem bestimmten Betrieb. Soweit die Anmelderin hiergegen anführt, dass Dritte den von ihr umfangreich beworbenen Slogan übernommen haben, kann dies schon deshalb nicht gegen das Eintragungshindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG sprechen, weil die Schutzfähigkeit einer angemeldeten Marke zum Zeitpunkt der Eintragung bzw. der Entscheidung über die Eintragung zu beurteilen ist (vgl. Althammer/Ströbele/Klaka, Markengesetz, 6. Aufl., § 37, Rdn. 3). Im Übrigen sprechen einige der Belege dafür, dass die Wortfolge auch schon zum Zeitpunkt der Anmeldung von Dritten verwendet wurde (z.B. "... war bereits 1983 das Motto des heutigen Geschäftsführers...", "... soll schon mein Urgroßvater gesagt haben.", "Seit 1992 ist die Firma... Unser Motto seit her: ...").

Schließlich vermag auch der Hinweis der Anmelderin auf die nach ihrer Meinung unrichtige Schreibweise nicht die Unterscheidungskraft der angemeldeten Wortfolge zu begründen. Wie aus dem Rechercheergebnis hervorgeht, wird die Wortfolge in zahlreichen Variationen mit unterschiedlich gesetzten oder teilweise auch weggelassenen Anführungszeichen, Kommata, Bindestrichen und Ausrufezeichen verwendet.

Die Beschwerde war damit zurückzuweisen.

Winkler

Dr. Hock

Kätker

CI