



BUNDESPATENTGERICHT

33 W (pat) 173/02

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 301 31 324.5

hat der 33. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 8. Juni 2004 durch den Vorsitzenden Richter Winkler, die Richterin Pagenberg und den Richter Kätker

beschlossen:

1. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.
2. Der Antrag auf Rückzahlung der Beschwerdegebühr wird zurückgewiesen.

G r ü n d e

I.

Beim Deutschen Patent- und Markenamt ist am 16. Mai 2001 die Bezeichnung

ANTIQUES 24

für eine Vielzahl von Dienstleistungen der Klassen 35, 36 und 41 (vgl. Anlage zu diesem Beschluß), die im einzelnen alphabetisch aufgeführt sind, zur Eintragung als Wortmarke in das Markenregister angemeldet worden.

Die Markenstelle für Klasse 35 hat die Anmeldung unter Bezugnahme auf den Beanstandungsbescheid vom 10. Oktober 2001 durch Formalbeschluß vom 5. März 2002 wegen der Eintragungshindernisse des § 8 Abs 2 Nr 1 und 2 MarkenG zurückgewiesen. "Antiques" sei die englische Bezeichnung für Antiquitäten. Die angemeldete Marke weise insgesamt lediglich darauf hin, dass die beanspruchten Dienstleistungen im Zusammenhang mit Antiquitäten stehen und ganztägig, also 24 Stunden, erbracht oder angeboten werden. Die angesprochenen Verkehrskreise würden in der auch im Inland im oben genannten Sinn zwanglos verständlichen Bezeichnung lediglich eine Bestimmungs- und Zeitangabe, nicht jedoch einen Hinweis auf einen bestimmten Geschäftsbetrieb sehen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Anmelders. Er macht geltend, daß er sich entgegen den Ausführungen im angefochtenen Beschluß nach der Beanstandung in der Sache geäußert, sein Schreiben vom 9. Januar 2002 aber nicht als Einschreiben versandt habe. Eine Abschrift seiner schriftlichen Äußerung hat er der Beschwerdeschrift zur Überprüfung und Berücksichtigung der dort angegebenen Gründe beigefügt. Darin hat er im wesentlichen vorgetragen, daß bei der angemeldeten Marke sehr wohl Unterscheidungskraft gegeben sei, weil es sich um eine außergewöhnliche Dienstleistung im Bereich Antiquitäten handele, nämlich

um eine Online Dienstleistung, die 24 Stunden täglich erbracht oder angeboten werde. Nach dem Ladenschlußgesetz sei es zum größten Teil nicht gestattet, eine Dienstleistung 24 Stunden am Tag anzubieten. Sofern seinem Antrag nicht stattgegeben werde, begehre er Mitteilung und gesonderte Benachrichtigung, unter welchen Gesichtspunkten die Eintragung einer Reihe von im einzelnen angegebenen Begriffen mit dem Bestandteil 24, die er der Datenbank des Deutschen Patent- und Markenamts entnommen habe, eingetragen worden sei. Mit Schreiben vom 12. Dezember 2001 war dem Anmelder von der Markenstelle mitgeteilt worden, daß die gewünschte Überprüfung der Bezeichnungen nicht im Rahmen der vorliegenden Anmeldung erfolgen könne.

Der Anmelder beantragt sinngemäß,

den Beschluß der Markenstelle für Klasse 35 vom 5. März 2002 aufzuheben und die Beschwerdegebühr zu erstatten.

Der Senat hat den Anmelder auf Bedenken hinsichtlich der Erfolgsaussichten der Beschwerde hingewiesen und ihm Gelegenheit gegeben, zu den übersandten Ermittlungsunterlagen Stellung zu nehmen. Eine Äußerung ist nicht eingegangen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.

Der Eintragung der Bezeichnung "ANTIQUES 24" als Wortmarke stehen die absoluten Schutzhindernisse des § 8 Abs 2 Nr 1 und 2 MarkenG entgegen.

1. Der angemeldeten Marke fehlt für die beanspruchten Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft (§ 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG).

Unterscheidungskraft iSv § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfaßten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefaßt zu werden. Kann demnach einer Wortmarke ein für die fraglichen Dienstleistungen im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsinhalt zugeordnet werden oder handelt es sich um ein gebräuchliches Wort der deutschen Sprache 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 ergibt sich daraus ein tatsächlicher Anhalt dafür, dass ihr jegliche Unterscheidungskraft fehlt (stRspr; BGH GRUR 2001, 1151, 1152 - marktfrisch; GRUR 2001, 1153, 1154 - antiKALK zuletzt GRUR 2003, 1050 - Cityservice).

Diese Voraussetzung ist hier gegeben. Die Bezeichnung "ANTIQUES 24" ist aus dem gebräuchlichen englischen Wort "antiques" für Antiquitäten und der Zahl 24 zusammengesetzt, die wegen der häufigen Verwendung in der Werbung für das maßgebliche Verkehrsverständnis des angesprochenen breiten Abnehmerpublikums mittlerweile zu einem Synonym für "24 Stunden" im Sinne von "rund um die Uhr", insbesondere eine rund um die Uhr bestehende Internetpräsenz und damit eine rund um die Uhr bestehende Verfügbarkeit der im Internet angebotenen Waren und Dienstleistungen geworden ist. Die angemeldete Bezeichnung erschöpft sich somit in der Gesamtaussage, daß es sich bei den beanspruchten Dienstleistungen um solche im Bereich Antiquitäten handelt, die 24 Stunden täglich erbracht oder angeboten werden, wovon auch der Anmelder ausgeht. Die Gesamtbezeichnung "ANTIQUES 24" ist hinsichtlich ihres Begriffsinhalts sprachüblich gebildet und weder ihrer sprachlichen Form nach noch in Bezug auf die Dienstleistungen der Anmeldung ungewöhnlich. Darauf, ob es sich um eine außergewöhnliche Dienstleistung handelt, kommt es entgegen der Ansicht des An-

melders nicht an. Die angemeldete Marke richtet sich mit dem umfangreichen Dienstleistungsangebot sowohl an Fachkreise wie an das interessierte allgemeine Publikum. Der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher, auf dessen Auffassung es ankommt, erwartet bei der angemeldeten Bezeichnung, die aus sich selbst heraus verständlich ist, daß die Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Angebot von Antiquitäten stehen. Um die Hauptfunktion einer Wortmarke erfüllen zu können, muß die angemeldete Bezeichnung die Dienstleistungen nach ihrer betrieblichen Herkunft und nicht nach ihrer Beschaffenheit oder Bestimmung unterscheidbar machen. Jegliche Unterscheidungskraft fehlt einer Bezeichnung nicht nur dann, wenn es um eine Beschreibung konkreter Merkmale der betreffenden Dienstleistungen geht, sondern auch dann, wenn es sich - wie hier - um ein geläufiges englisches Wort in Verbindung mit einem gebräuchlichen Zahlenkürzel handelt, das als Gesamtbezeichnung vom Verkehr wegen der entsprechenden Verwendung in der Werbung stets nur als Hinweis auf "24 Stunden täglich angebotene Dienstleistungen im Bereich Antiquitäten" und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden wird.

2. Darüber hinaus ist die angemeldete Bezeichnung von der Eintragung als Wortmarke gemäß § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG ausgeschlossen, weil sie ausschließlich aus Angaben besteht, die im Geschäftsverkehr zur Bezeichnung für ein Angebot von Dienstleistungen im Bereich Antiquitäten rund um die Uhr hinsichtlich ihrer Art, ihrer Bestimmung, ihres Gegenstandes oder thematischen Inhalts im Sinne dieses Schutzhindernisses dienen können. Die ermittelten Recherchebeispiele zu Internetauktionen bestätigen die beschreibende Verwendung der angemeldeten Bezeichnung im Internet auf dem Gebiet des Angebots von Antiquitäten (z.B. www.theauctionman.biz/bulkliester.html; [cgi-bin/forum.pl/EveryAuction + 1.5x+General+Discussion/9076814.htm/](http://cgi-bin/forum.pl/EveryAuction+1.5x+General+Discussion/9076814.htm/)).

3. Der Senat weist unter Bezugnahme auf die übersandten PAVIS Auszüge darauf hin, daß ua die Bezeichnungen "fleisch 24", "beauty 24" und "beauty24.de"

für entsprechende Waren und Dienstleistungen als nicht eintragbar beurteilt worden sind (vgl z.B. BPatG GRUR 2004, 336 – beauty 24.de).

Inwieweit die vom Anmelder angegebenen Begriffe "SERVICE 24", "gesicht 24", "Card 24", gallery 24" usw als Wortmarken im Register zu Recht oder zu Unrecht eingetragen und für welche Waren oder Dienstleistungen sie im einzelnen geschützt sind, läßt sich im vorliegenden Anmeldeverfahren "ANTIQUES 24" nicht, sondern allenfalls in jeweils entsprechenden Lösungsverfahren überprüfen.

Im übrigen vermögen Voreintragungen einen Anspruch auf Eintragung nach ständiger Rechtsprechung weder für sich noch in Verbindung mit dem Gleichheitssatz zu begründen, weil die Entscheidung über die Schutzfähigkeit einer Marke keine Ermessens-, sondern eine reine Rechtsfrage darstellt. Die Frage der Schutzfähigkeit ist deshalb nicht anhand eingetragener Drittzeichen zu beurteilen. Ebenso wenig gibt es den Grundsatz der Gleichbehandlung im Unrecht (vgl Ströbele/Hacker MarkenG, 7. Aufl 2003, § 8 Rdn 262 mwN; BGH BIfPMZ 1998, 248 - Today; EuG GRUR Int 2002, 858 = MarkenR 2002, 260, 266 - SAT 2). Darüber hinaus hat der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 12. Februar 2004 klargestellt, daß die Eintragung identischer Marken für identische Waren und/oder Dienstleistungen berücksichtigt werden kann, für die Entscheidung über die Zulassung oder Zurückweisung einer Anmeldung zur Eintragung als Marke aber nicht maßgeblich ist und ähnlich gebildete Marken für ähnliche Waren und Dienstleistungen keinen Einfluß haben (EuGH C - 218/01 MarkenR 2004, 116 - Waschmittelflasche).

4. Die Voraussetzungen für eine Rückzahlung der Beschwerdegebühr nach § 71 Abs 3 MarkenG liegen nicht vor. Abgesehen davon, daß das Schreiben vom 9. Januar 2002 erst mit der Beschwerdeschrift zu den Akten gelangt ist, fehlt es an der erforderlichen Kausalität zwischen dem fehlenden Vorbringen in der Sache und der Notwendigkeit einer Beschwerdeeinlegung. Eine Rückzahlung der Beschwerdegebühr scheidet nämlich aus, wenn auch bei unterstelltem Eingang und Berücksichtigung der vorgetragenen Argumente inhaltlich dieselbe Entscheidung des Deutschen Patent- und Markenamts über die Zurückweisung der Anmeldung

aus den oben genannten Gründen ergangen wäre und deshalb ohnehin Beschwerde hätte eingelegt werden müssen (vgl Ströbele aaO § 71 Rdn 61 mit Rechtsprechungsnachweisen).

Winkler

Kätker

Pagenberg LL.M.Harv.

Hu