



BUNDESPATENTGERICHT

33 W (pat) 101/09

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
27. Juli 2011

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 300 11 033

hat der 33. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juni 2011 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Bender und der Richter Dr. Kortbein und Kätker

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

G r ü n d e

I

Gegen die Eintragung der am 13. Februar 2000 angemeldeten und seit dem 20. Februar 2001 eingetragenen Marke 300 11 033

Micropayment

für

Klasse 9: Software;

Klasse 36: Finanzwesen;

Klasse 42: Erstellen von Programmen für die Datenverarbeitung

hat der Antragsteller, ein Rechtsanwalt, im eigenen Namen einen Antrag auf Löschung nach § 50 Abs. 1 MarkenG i. V. m. § 8 MarkenG wegen absoluter Schutzhindernisse insbesondere wegen Abs. 2 Nr. 1 und 3 gestellt.

Dem ihr am 7. April 2008 zugestellten Antrag auf Löschung hat die Markeninhaberin am 4. Juni 2008 widersprochen.

Mit Beschluss vom 19. Mai 2009 hat die Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet, da sie entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 2 Markengesetz eingetragen worden sei. Nach Auffassung der Markenabteilung ist der Löschungsantrag entgegen der Ansicht der Markeninhaberin zulässig. Insbesondere sei die Person des Antragstellers nach dem Inhalt des Löschungsantrags nicht zweifelhaft. Hierin unterscheide sich der Sachverhalt von dem Fall, der dem von der Markeninhaberin angeführten Beschluss des Bundespatentgerichts (21. Sen.) vom 30. Oktober 2008 (21 W (pat) 20/06) zugrunde liege.

Der Zulässigkeit stehe auch nicht entgegen, dass es sich beim Antragsteller um einen Rechtsanwalt handele. Der Löschungsantrag sei gemäß § 54 Abs. 1 Satz 2 MarkenG als Popularantrag ausgestaltet, der von jeder Person gestellt werden könne, ohne dass es eines eigenen Interesses an der Löschung bedürfe. Daher sei auch ein Rechtsanwalt zur Stellung des Löschungsantrags berechtigt, unabhängig davon, ob er in eigenem oder in fremdem Interesse tätig werde. Anhaltspunkte dafür, dass der Antragsteller als Strohmann fungiere, was unter Umständen gegen die Zulässigkeit sprechen könnte, lägen hier nicht vor, zumal auch kein vorausgegangener rechtskräftiger Beschluss über die Zurückweisung eines zur Marke gestellten Löschungsantrags existiere. Der vorliegende Löschungsantrag sei daher zulässig.

Er sei auch begründet, weil die angegriffene Marke entgegen § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG eingetragen worden sei. Zwar sei der Löschungsantrag nicht ausdrücklich auf diese Vorschrift gestützt worden, seine Begründung enthalte aber Tatsachen, die dieses Schutzhindernis ausfüllten. Bei dem Zeichen „Micropayment“ handele es sich um einen Begriff, der den Gegenstand der eingetragenen Waren und Dienstleistungen beschreibe. Die aus dem Englischen stammende Bezeich-

nung sei unschwer in der ursprünglichen Bedeutung „Klein(st)zahlung“ verständlich. Zudem ergebe sich aus den vom Antragssteller vorgelegten Belegen, insbesondere den Anlagen 2 - 4 zum Schriftsatz vom 28.2.2008 und den Anlagen zum Schriftsatz vom 17.10.2008, dass es schon im Jahr 2000 auch in Deutschland vielfach üblich gewesen sei, im Zusammenhang mit der Bezahlung von Klein- oder Kleinstbeträgen bis 10 DM bzw. 5 Euro im Internethandel von „Micropayment“ zu sprechen. Zudem hätten eigene Recherchen der Markenabteilung ergeben, dass der Ausdruck „Micropayment“ bereits seit Ende der 90er Jahre im Rahmen der Diskussion von Zahlungssystemen für das Internet eine wesentliche Rolle gespielt habe. Zur wirtschaftlichen und schnellen Abrechnung kleiner Geldbeträge, die der Bezahlung von im Internet erworbenen digitalen Gütern und Dienstleistungen (wie Informationen, Musik oder Bildern) dienten, hätten bereits im Jahr 2000 mehrere „Micropayment-Systeme“ verschiedener Anbieter, wie z. B. „Net900“, „X-PressPay“, „click&buy“, „CyberCoin“, „ecash“ oder „Paybox“ existiert, die in entsprechenden Publikationen auch mit dem fraglichen Begriff bezeichnet worden seien. Auch die Aufnahme als erläuterter Begriff in Duden, Wörterbuch der New Economy (Drucklegung im Januar 2001), zeige, dass sich die Bezeichnung „Micropayment“ im Bereich des E-Commerce jedenfalls zum Zeitpunkt der Eintragung der angegriffenen Marke bereits zu einem gebräuchlichen Fachbegriff entwickelt habe. Daher habe es sich bei der angegriffenen Marke schon zum Zeitpunkt ihrer Eintragung um eine Angabe gehandelt, die zur unmittelbaren Beschreibung des Bestimmungszwecks bzw. des Gegenstands der fraglichen Waren und Dienstleistungen dienen konnte. Dies treffe nach den vorliegenden Unterlagen auch heute noch zu. Das Vorliegen weiterer Lösungsgründe nach § 50 Abs. 1 MarkenG i. V. m. § 8 Abs. 2 Nr. 1 u. 3 MarkenG könne dahingestellt bleiben.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Markeninhaberin. Zur Begründung führt sie aus, dass der Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt worden sei. Der Schriftsatz der Antragstellerin vom 12. Mai 2009, der neuen und ergänzenden Rechts- und Tatsachenvortrag enthalten habe, sei ihr zwar (mit Amtsbescheid vom 14. Mai 2009) als Doppel des Vorab-Fax vor der

Abfassung des angefochtenen Beschlusses vom 19. Mai 2009 zugestellt worden, jedoch ohne die zugehörigen Anlagen. Hierauf habe die Markeninhaberin mit Eingabe vom 22. Mai 2009 (in Unkenntnis des bereits zu diesem Zeitpunkt abgefassten, aber noch nicht zugestellten Beschlusses der Markenabteilung) das Fehlen der Anlagen beim Deutschen Patent- und Markenamt moniert und um Übersendung des Originals des gegnerischen Schriftsatzes samt Anlagen gebeten. Dies sei erst nach der Zustellung des angefochtenen Beschlusses mit Bescheid vom 5. Juni 2009 geschehen, wobei der gegnerische Schriftsatz den Vertretern der Markeninhaberin am 10. Juni 2009, also mehr als drei Wochen nach der Beschlussfassung (bzw. zwei Wochen nach der Zustellung des Beschlusses) zugestellt worden sei.

Der ihr nicht in vollem Umfang rechtzeitig zugestellte Schriftsatz habe neues und entscheidungserhebliches Vorbringen des Antragstellers zur Entkräftung der Behauptung seiner Strohmanneigenschaft unter Bezugnahme auf eine bisher nicht in das Verfahren eingeführte Entscheidung des Bundespatentgerichts enthalten. Zudem habe er weitere Ausführungen und vermeintliche Belege zur angeblich beschreibenden Bedeutung des Begriffs „Micropayment“ enthalten. Der gegnerische Schriftsatz habe der Markenabteilung bei Abfassung des angegriffenen Beschlusses vorgelegen und sei berücksichtigt worden, zumal die Markenabteilung darin explizit auf das Bezahlungssystem „Net900“ verwiesen und sich mehrfach auf „vom Antragsteller vorgelegte Belege“ bezogen habe. Nach § 59 Abs. 2 MarkenG hätte die Markenabteilung der Markeninhaberin vor der Beschlussfassung Gelegenheit geben müssen, sich zum gegnerischen Schriftsatz zu äußern. Dies sei nicht erfolgt, so dass eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vorliege. Die Sache sei daher an das Patentamt zurückzuverweisen.

Hilfsweise trägt die Markeninhaberin vor, dass die Markenabteilung zu Unrecht die sich aus den §§ 322, 325 ZPO ergebenden Grundsätze nicht berücksichtigt habe. Danach seien auch im Lösungsverfahren gemäß § 54 MarkenG beliebige Wiederholungen des Streits ausgeschlossen. Dementsprechend könne ein Lösungsantrag auch nicht zulässig von einem Strohmann des Hintermannes gestellt werden. Auch der 33. Senat des Bundespatentgerichts habe in einer Entscheidung vom 2. März 2004 (BPatGE 48, 233) anerkannt, dass die Frage der Strohmanneigenschaft grundsätzlich im Lösungsverfahren entscheidungserheblich sei.

Dieser Grundsatz müsse auch im vorliegenden Fall eines ersten Antrags angewendet werden. Denn auch im Fall eines ersten Antrags sei eine subjektive Rechtskraftwirkung der Entscheidung zwischen den Parteien zu gewährleisten. Andernfalls könne eine Partei die Rechtskraftwirkung dadurch unterlaufen, dass sie einen ersten Lösungsantrag durch einen Strohmann stellen lasse, um sich die Option offen zu halten, die Rechtskraftwirkung des Beschlusses durch einen weiteren eigenen oder von einem anderen Strohmann gestellten Lösungsantrag wieder in Frage zu stellen. Dementsprechend müsse ein Lösungsantrag unzulässig sein, wenn die Antragstellung, sofern sie durch einen Hintermann erfolgt wäre, einen Rechtsmissbrauch darstellen würde. Die Auffassung der Markenabteilung, dass der Lösungsantrag von jeder Person gestellt werden könne und grundsätzlich zulässig sei, während ein Strohmann nur die gegenüber dem Hintermann ggf. bestehenden Einreden gegen sich gelten lassen müsse, greife hier nicht. Die Markenabteilung übersehe, dass der Antragsgegner den Hintermann nicht kenne und daher gar nicht wissen könne, ob und welche Einreden ihm zustehen könnten. Damit sei der Lösungsantrag hier als unzulässig zurückzuweisen.

Die Markeninhaberin beantragt sinngemäß,

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts aufzuheben und die Sache an das Deutsche Patent- und Markenamt zurückzuverweisen,

hilfsweise den angegriffenen Beschluss aufzuheben und den Antrag auf Löschung der Marke 300 11 033 zurückzuweisen.

Der Antragsteller beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er trägt vor, dass sein Schriftsatz vom 12. Mai 2009, der der Gegnerin vor Erlass des angefochtenen Beschlusses nicht vollständig zugestellt worden sei, entgegen deren Ausführungen kein neues und entscheidungserhebliches tatsächliches und rechtliches Vorbringen enthalten habe, so dass das Gebot des rechtlichen Gehörs nicht verletzt worden sei. Insbesondere sei die darin genannte Entscheidung des Bundespatentgerichts vom 30. Oktober 2008 (21 W (pat) 20/06) nicht von ihm, sondern zuvor von der Markeninhaberin in das Verfahren eingeführt worden. Er habe lediglich darauf hingewiesen, dass die Entscheidung im vorliegenden Fall nicht einschlägig sei.

Des Weiteren seien die mit Schriftsatz vom 12. Mai 2009 eingeführten Dokumente ausschließlich mittels einer einfachen Internetrecherche mit der Suchmaschine „Google“ zum Suchbegriff „Micropayment“ ermittelt worden. Diese einfach aufzufindenden und jedermann zugänglichen Dokumente wären auch ohne den Schriftsatz des Antragstellers vom Amt aufgefunden und verwendet worden. Sie ergänzten lediglich die in den vorherigen Schriftsätzen vorgelegten Unterlagen, die schon für sich genommen den beschreibenden Charakter der angegriffenen Marke belegten. Somit hätten dem Amt auch ohne Berücksichtigung des Schrift-

satzes des Antragstellers vom 12. Mai 2009 alle zur Entscheidung erforderlichen Unterlagen vorgelegen.

Zudem seien der Markeninhaberin nunmehr alle Entscheidungen und Argumente des Patentamts bekannt. In ihrer Beschwerdebegründung habe sie Gelegenheit gehabt, dazu umfassend vorzutragen und von der Möglichkeit des rechtlichen Gehörs Gebrauch zu machen. Dennoch habe sie außer der Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör fast keine materiell-rechtlichen Argumente vorgetragen, sondern schwerpunktmäßig einen Verstoß gegen den Grundsatz rechtlichen Gehörs und die Unzulässigkeit des Löschantrags gerügt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II

Die zulässige Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke ist nicht begründet.

1. Der Senat sieht davon ab, die Sache nach § 70 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG ohne Entscheidung in der Sache an das Patentamt zurückzuverweisen. Zwar geht der Senat mit der Markeninhaberin davon aus, dass das Verfahren vor dem Patentamt an einem wesentlichen Mangel i. S. dieser Vorschrift leidet. Denn der Markeninhaberin sind offenbar die Anlagen zum Schriftsatz des Antragstellers vom 12. Mai 2009 vor Erlass des angefochtenen Beschlusses nicht zur Kenntnisnahme unter Einräumung einer Äußerungsfrist zugestellt worden. Die Anlagen enthalten fünf Belege zur Verwendung von „Micropayment“, davon vier mit Datum vor dem Eintragungstag der angegriffenen Marke. Dabei geht der Senat zugunsten der Markeninhaberin davon aus, dass der (nur) handschriftliche, offenbar später hinzugesetzte Vermerk auf dem Aktenexemplar des Bescheids vom 14. Mai 2009 (Bl. S58), mit dem der Markeninhaberin ein Doppel des fraglichen Schriftsatzes (ge-

nauer: dessen Vorab-Fax) zugesandt worden ist, unrichtig ist. Hierfür spricht zum einen, dass die dort bezeichneten Aktenblätter „S55/S57“ (d. h. S55 bis S57) nur ein Telefax umfassen, das am 12. Mai 2009 als dreiseitiges Fax und am 14. Mai 2009 (zusammen mit einer Mitteilung der Änderung der Anschrift) als vierseitiges Fax eingereicht wurde. Weitere Seiten, insbesondere die am 13. Mai 2009 eingegangene umfangreiche Anlage, enthielt der als Bl. S55 bis S57 nummerierte Aktenteil nicht. Erst das am 13. Mai 2009 eingegangene Original enthielt eine etwa 50 Seiten lange Anlage. Diese wurde aber, ebenso wie der eigentliche Schriftsatz, nicht foliiert. Vielmehr wurde auf der ersten Seite des Original-Schriftsatzes die Angabe „zu S55/S57 + Anlagen“ angebracht. Wenn die dem Verfahrensgegner zu übersendende Anlage dann im Bescheid vom 14.5.2009 mit „S55/S57“ bezeichnet wird, so kann dies bei Unklarheiten über den genauen Inhalt der Anlagen nicht zu Ungunsten der Verfahrensbeteiligten ausgelegt werden.

Auch die spätere Anforderung des Schriftsatzes samt dessen Anlagen (Eingabe der Markeninhaberin vom 22. Mai 2009, Bl. S58a) und ihre - unbestrittene - anwaltliche Stellungnahme spricht dagegen, dass ihr der fragliche Schriftsatz mit seinen Anlagen bereits am 14. Mai 2009 übersandt worden ist. Auch der z. T. chronologisch falsche Aufbau der patentamtlichen Akte, bei der die o. g. Anforderung der Markeninhaberin vom 22. Mai 2009, eingegangen am 26. Mai 2009 (Bl. S58a), und der hierauf ergangene Bescheid vom 5. Juni 2009 (Bl. S58b) unter Verwendung der Buchstabenzusätze „a“ und „b“ zur jeweiligen Blattzahl vor dem angefochtenen Beschluss vom 19.5.2009 (Bl. S59 ff.) eingehftet worden sind, stellt eine weitere Unregelmäßigkeit dar, die in der Zusammenschau für die Darstellung der Markeninhaberin spricht.

Dementsprechend geht der Senat davon aus, dass der Markeninhaberin die zum Schriftsatz des Antragstellers vom 12. Mai 2009 beigefügte Anlage vor Erlass des angefochtenen Beschlusses nicht zur Stellungnahme übersandt worden ist, worin bereits eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör liegt. Dies gilt auch dann, wenn sich die Markenabteilung im angefochtenen Beschluss offenbar nicht

schwerpunktmäßig auf diese Anlagen gestützt hat, sondern andere Schriftsätze mit deren Anlagen hervorgehoben hat (vgl. Seite 5, 5. Absatz des Beschlusses).

Darüber hinaus hat sich die Markenabteilung im Beschluss maßgeblich auch auf eigene Recherchen gestützt (a. a. O., 6. Absatz). Das Ergebnis dieser Recherche ist den Beteiligten aber erst zusammen mit dem Beschluss zugestellt worden, so dass sie sich vor der Entscheidung nicht dazu äußern konnten. Auch hierin liegt eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. BGH GRUR 2004, 77, 79 - PARK & BIKE; GRUR 2004, 76, 77 - turkey & corn; Ströbele/Hacker, Marken-gesetz, 9. Aufl., § 83, Rdn. 35 a. E.), so dass das Verfahren vor dem Patentamt an einem wesentlichen Mangel i. S. d. § 70 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG leidet.

Der Senat übt das ihm nach § 70 Abs. 3 MarkenG gewährte Ermessen jedoch dahingehend aus, dass er von einer Zurückverweisung absieht und in der Sache abschließend entscheidet.

Hierbei war zu berücksichtigen, dass der Markeninhaberin mit dem Löschantrag vom 28. Februar 2008 bereits sieben Belege, die meisten davon mit Bedeutung bereits für den Eintragungstag der angegriffenen Marke, zugestellt worden sind. Auch zusammen mit dem Schriftsatz des Antragstellers vom 17. Oktober 2008 sind ihr weitere vier Belege, drei davon mit Bedeutung für den Eintragungsantrag übersandt worden. Zudem hatte sie die Möglichkeit, im Laufe des seit etwa zwei Jahren anhängigen Beschwerdeverfahrens zu den o. g., ihr vor Erlass des angefochtenen Beschlusses nicht zugestellten insgesamt 10 Belegen Stellung zu nehmen.

Darüber hinaus hat der Senat weitere 19 Belege ermittelt und sie der Markeninhaberin mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung zur Kenntnisnahme zugestellt. Er hat damit erkennen lassen, dass die Beurteilung der Frage des Vorliegens eines Lösungsgrundes nach § 50 Abs. 1 MarkenG i. V. m. § 8 Abs. 1 MarkenG aus seiner Sicht durch umfassende Recherchen bzw. Rechercheergebnisse vor-

bereitet ist und nunmehr auf der Grundlage des gesamten vorliegenden Materials beantwortet werden kann. Wenn das Gericht selbst im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 73 Abs. 1 MarkenG) Ermittlungen anstellt und (erstmalig) zu diesen und zugleich (nachträglich) zu verschiedenen Unterlagen aus dem patentamtlichen Verfahren zusammenfassend das erforderliche rechtliche Gehör gewähren kann, so wäre es prozessunökonomisch, die entscheidungsreife Sache zurückzuverweisen (vgl. a. Ströbele/Hacker, a. a. O., Rdn. 7, 2. Abs.). Im Übrigen hat die Markeninhaberin nicht vorgetragen, welches schützenswerte Interesse sie an einer erneuten Befassung der Markenabteilung mit der Sache hat, insbesondere ob und welche inhaltlichen Einwendungen sie gegen die ihr vorenthaltenen Anschauungsbeispiele für beschreibende Verwendungen vorbringen könnte, die eine Neubefassung der ersten Instanz erforderlich erscheinen lassen.

2. Der Löschantrag ist zulässig. Seiner Zulässigkeit steht insbesondere nicht der Grundsatz der materiellen Rechtskraft entgegen. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Antragsteller ein Rechtsanwalt ist. Nach dem aus den §§ 322, 325 ZPO folgenden Grundsatz der materiellen Rechtskraft ist jede neue Verhandlung und Entscheidung über eine rechtskräftig festgestellte Rechtsfolge ausgeschlossen (Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, 32. Aufl., § 322, Rdn. 8). Bei Identität des Streitgegenstands im späteren Prozess wie im rechtskräftig entschiedenen ist in den Grenzen der Rechtskraft die Klage einer früheren Partei, die dieselbe oder gegenteilige Rechtsfolge begehrt, ohne Sachprüfung als unzulässig abzuweisen (Thomas Putzo, a. a. O., Rdn. 11).

Die materielle Rechtskraft verhindert also nur, dass derselbe Lösungsgrund vom selben Antragsteller (bzw. dessen Rechtsnachfolger) erneut zur Überprüfung gestellt wird (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 54, Rdn. 5). Dementsprechend muss ein ohne eigenes Interesse im Auftrag und Interesse des Hintermannes handelnder Strohmänn nach h. M. die gegenüber dem Hintermann bestehende Einwendung der entgegenstehenden Rechtskraft gegen sich gelten lassen (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 54, Rdn. 2 u. 5 mit Hinweis auf Senatsentschei-

dung BPatGE 48, 33; gegen 28. Sen. (28 W (pat) 60/03), der zusätzlich unlauteres oder rechtsmissbäuchliches Handeln des Strohmanns verlangt (beide Entscheidungen in Parallelfällen ergangen), vgl. a. BGH GRUR 2010, 231 - Legosteine, Nr. 10 ff.).

Vorliegend fehlt es bereits an einer vorausgegangenen rechtskräftigen Zurückweisung eines (ersten) Löschungsantrags, deren Rechtskraft nunmehr durch Einschaltung des hier antragstellenden Rechtsanwalts als Strohmann umgangen werden könnte. Soweit die Markeninhaberin hiergegen sinngemäß argumentiert, dass eine Partei die Rechtskraftwirkung dadurch unterlaufen könne, dass sie bereits einen ersten Löschungsantrag durch einen Strohmann stellen lasse und sich so die Option offen halte, die Rechtskraftwirkung später durch einen weiteren Löschungsantrag zu unterlaufen, der von der interessierten Partei (Hintermann) selbst oder durch einen weiteren Strohmann gestellt werde, rechtfertigt dies keine andere Beurteilung. Denn selbst bei einer derart eingefädelten Konstellation von zwei hintereinander gestellten Löschungsanträgen kann erst der zweite eine Umgehung des Grundsatzes der materiellen Rechtskraft darstellen. Erst dann kann bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte ein Grund bestehen, der Frage der entgegenstehenden Rechtskraft nachzugehen.

Das dürfte, ohne dass es hier einer Entscheidung bedarf, selbst dann gelten, wenn vorliegend bereits Anhaltspunkte für eine solche Planung eines doppelten Löschungsantrags (desselben Hintermannes) bestünden, etwa wenn die Markeninhaberin nachgewiesen hätte, dass der Antragsteller im Auftrag eines konkurrierenden Anbieters von Zahlungssystemen auftritt. Denn auch hier kann der Grundsatz der entgegenstehenden Rechtskraft nicht dagegen sprechen, dass der Hintermann eine erste rechtskräftige Entscheidung erwirkt, selbst wenn er hierfür eine andere Person einschaltet. Auf die „erste“ Entscheidung hat jeder einen Anspruch. Erst bei einem zweiten Löschungsantrag durch eine wirtschaftlich verbundene Person kann die Gefahr der Umgehung der Grundsätze über die entgegenstehende Rechtskraft entstehen und erst dann ist ihr zu begegnen.

Abgesehen davon hat die Markeninhaberin außer dem Hinweis auf die Eigenschaft des Antragstellers als Rechtsanwalt und ihrer Bemerkung, dass es lebensfremd erscheine, dass ein Rechtsanwalt die Amtskosten aus eigener Tasche zahle und für seine Tätigkeit kein Honorar erhalte (Schriftsatz v. 17. Juli 2008), keinerlei konkrete Hinweise auf eine Vorbereitung eines mehrfachen Löschungsantrags gegeben. Insoweit kann zunächst - wenn auch rechtsvergleichend - auf die Entscheidung EuGH GRUR 2010, 931, Nr. 26, 36 - 44 - COLOR EDITION verwiesen werden, in der der Europäische Gerichtshof unter Auslegung der Vorschrift des Art. 55 Abs. 1 GMV keine Bedenken gegen die Zulässigkeit von Löschungsanträgen erhoben hat, die von einer „Rechtsanwaltskanzlei“ im eigenen Namen gestellt werden. Auch die jüngere Entscheidung BGH GRUR 2010, 231 - Legosteine, in der der Bundesgerichtshof einen von einer Rechtsanwältin gestellten („zweiten“) Löschungsantrag als zulässig angesehen hat, obwohl durchaus Hinweise für eine Strohfrau-Eigenschaft vorhanden waren (a. a. O., Nr. 17 - 23), zeigt, dass der pauschale Hinweis der Markeninhaberin auf die Eigenschaft des Antragstellers als Rechtsanwalt ins Leere gehen muss.

3. Es liegt ein Löschungsgrund gemäß § 50 Abs. 1 MarkenG vor, da die angegriffene Marke entgegen § 8 MarkenG eingetragen worden ist. Das Markennwort „Micropayment“ war bereits zum Zeitpunkt seiner Eintragung am 20. Februar 2001 ein nach § 8 Abs 2 Nr. 2 MarkenG freihaltungsbedürftiger Fachbegriff für die Bezahlung von Kleinbeträgen, dem jegliche Unterscheidungskraft i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG fehlte. Als geltend gemachter Löschungsgrund ist dabei entsprechend der Vorschrift des § 50 Abs. 1 MarkenG und dem Feld 7 des eingereichten Antragsformulars „§ 50 Abs. 1 i. V. m. § 8 MarkenG“ zugrunde zu legen, so dass die Prüfung nicht auf einzelne Tatbestände des § 8 MarkenG begrenzt ist.

Die Eigenschaft der Marke als beschreibende und nicht unterscheidungskräftige Marke ergibt sich schon aus der schiereren Fülle der insgesamt vorliegenden Verwendungsbeispiele für beschreibende Verwendungen, wie man sie in dieser Anzahl selten findet. Neben dem besonders aussagekräftigen Internetbeleg www.transaction.net/payment/micro.html (erste Fundstelle der Senatsrecherche) mit einer Übersicht über mindestens acht Micropayment-Produkte unterschiedlicher Anbieter, vier davon mit den Daten über Beginn oder Ende der Verwendung des jeweiligen Produkts, die zwischen 1995 und 1999 liegen, und der Aufführung von „Micropayment“ als Fachbegriff im Nachschlagewerk Duden, Wörterbuch der New Economy (Drucklegung: Jan. 2001), seien nachfolgend beispielhaft erwähnt:

Verwendungen von Pluralformen, die auf Micropayment-Produkte verschiedener Anbieter hindeuten, z. B.:

- „Many of the existing micropayment systems do follow this approach, ...“ (W3C-Common Markup for micropaxment per-fee-links, ... 1999);
- „Beim Micropayment wie es etwa die Zahlungsservices NetPurce und Safer-Cash anbieten, können die Händler ab dem ersten Cent das Geld effizient verrechnen. ...“ (www.computerwoche.de/...),

Verwendungen, die darauf hindeuten, das Micropayment einen technisch-wirtschaftlichen Bereich bzw. einen Wirtschaftszweig als solchen bezeichnet, z. B.:

- „... Das Unternehmen ist der wichtigste Micropayment-Anbieter für die digitale Unterhaltungsindustrie ...“ (www.glasfaser-foerderung.de/...);
- „Seit ihrer Einführung im Jahr 1996 hat sich die GeldKarte zu einem populären bargeldlosen Bezahlssystem im Micropayment-Bereich entwickelt ...“ (Diplomarbeit - Thomas H., Universität Paderborn);
- „dynacash®: Der neue Micropayment-Standard ...“ (<http://press1.eu/ibot/dp...>);

- „... Es hat sich also im letzten Jahr kaum etwas getan im Micropayment-Markt ...“ ([www.krick-interactive.com/sem-blog/...](http://www.krick-interactive.com/sem-blog/));
- „... Dieses System ist in die Kategorie der Micropayments einzuordnen (Preise zwischen 0,1 Cent und 5 US\$)...“ (www.e-geld.org/systeme/system.htm);
- „... Den Markt für die so genannten Micropayments hält Bieler für groß. ...“ ([www.computerwoche.de/...](http://www.computerwoche.de/))

oder gar Verwendungen, die „Micropayment“ direkt als Fachbegriff bezeichnen oder die Schlussfolgerung auf einen Fachbegriff nahelegen, z. B.:

„... Der Fachbegriff für diese Eigenschaft ist Micropayment.“ ([www-is.informatik.uni-oldenburg.de/~dibo/...](http://www-is.informatik.uni-oldenburg.de/~dibo/));

„4.1 Was ist Micropayment? Kreditkarten haben sich als gutes Zahlungsmittel im Internet erwiesen, wenn es um größere Beträge geht. Dagegen sind sie beim Kauf von Produkten, die wertmäßig wenig kosten, also Waren im Kleingeldbereich (daher der Begriff „Micropayment“), nicht sehr vorteilhaft. ...“ (www.internetpayment.org/index_6.html).

Die oben zitierten Beispiele entstammen allein aus dem Ergebnis der Senatsrecherche und belegen bereits sowohl für den aktuellen wie auch für den Eintragungszeitpunkt die Eigenschaft der Marke als beschreibender Fachbegriff auf dem Gebiet der bargeldlosen Zahlung, mit dem die Zahlung kleiner Beträge, insbesondere mit Hilfe von Telekommunikationseinrichtungen und -dienstleistungen und die dazu entwickelten Zahlungssysteme, bezeichnet werden. Hinzu kommen die im patentamtlichen Verfahren zahlreich eingereichten und ermittelten Belege. Soweit die Markeninhaberin die im Verfahren vor dem Patentamt eingereichten Belege anfänglich noch sinngemäß als unbekannte, vereinzelt Internetseiten kritisiert hat, die der Verkehr - auch wegen ihrer teilweise englischen Sprache - nicht zur Kenntnis nehme, kann bei der Gesamtwürdigung aller ermittelten Unterlagen keineswegs von vereinzelt oder nur englischsprachigen Belegen gesprochen wer-

den. Umfangreich belegt wird vielmehr ein Fachbegriff, der dem Verkehrsteilnehmer, der sich mit dem speziellen Bereich von Systemen für Kleinbetragszahlungen beschäftigt, geläufig ist.

Das Markenwort bezeichnet damit die Art und den Schwerpunkt der Dienstleistungen des Finanzwesens und den inhaltlichen Schwerpunkt der Software und Programmerstellungsdienstleistungen, für die die Marke eingetragen ist. Es handelt sich damit um eine Merkmalsbezeichnung i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, der als reiner Fachbegriff auch jegliche Unterscheidungskraft i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG fehlt. Die Marke ist damit entgegen § 8 MarkenG eingetragen worden, so dass die Markenabteilung zu Recht ihre Löschung nach § 50 Abs. 1 MarkenG angeordnet hat. Die Beschwerde musste daher erfolglos bleiben.

Da sich ein relevanter Teil der ermittelten Internet-Fundstellen der Senatsrecherche bereits auf die der Anmeldung der verfahrensgegenständlichen Marke am 13. Februar 2000 vorausgehende Zeit bezieht, kann die Frage dahingestellt bleiben, ob auch im deutschen Markensystem angesichts der Harmonisierung des europäischen Markenrechts und unter Berücksichtigung der insoweit gleichlautenden Vorschriften von § 50 Abs. 2 MarkenG und Art. 52 Abs. 1 Buchstabe a GMV („entgegen ... eingetragen worden“) für das Vorliegen der absoluten Eintragungshindernisse im Lösungsverfahren anstelle des Eintragungszeitpunkts auf denjenigen der Anmeldung abzustellen ist, wie das der Europäische Gerichtshof für das Gemeinschaftsmarkensystem fordert (EuGH, Beschluss vom 23.4.2010, C-332/09 P - FLUGBÖRSE, Rn 41 - 57; MarkenR 2010, 439; s. a. Bender, MarkenR 2011, 49, 59 f., Bölling, GRUR 2011, 472). Einer entsprechenden Vorabentscheidungsfrage an den Gerichtshof der Europäischen Union bedarf es daher nicht.

4. Bei der gegebenen Sach- und Rechtslage besteht kein Anlass, aus Gründen der Billigkeit einem der Verfahrensbeteiligten die Kosten des Beschwerdeverfahrens gemäß § 71 Abs 1 MarkenG aufzuerlegen.

Bender

Dr. Kortbein

Kätker

CI