



BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 98/08

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die IR-Marke 307 04 733.4

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 12. Januar 2009 durch den Richter Dr. van Raden als Vorsitzenden und die Richter Schwarz und Kruppa

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I

Die Markenstelle für Klasse 28 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Erstbeschluss vom 16. Oktober 2007 die Anmeldung der für Waren der Klassen 9, 16 und 28 beanspruchten Wortmarke

BallCube

zunächst insgesamt zurückgewiesen. Auf die Erinnerung der Anmelderin hat sie mit Erinnerungsbeschluss vom 27. Februar 2008 den Erstbeschluss teilweise aufgehoben und die Zurückweisung der Anmeldung lediglich noch für die Waren

Unterrichtsapparate und -instrumente; Computer; Druckereierzeugnisse; Fotografien; Lehr- und Unterrichtsmittel (ausgenommen Apparate); Spiele, Spielzeug

aufrechterhalten, weil die Anmeldemarke hierfür eine nach § 37 Abs. 1, § 8 Abs. 2 Nr. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** MarkenG mangels Unterscheidungskraft nicht eintragbare Angabe sei. Die als „Kugelwürfel“ verständliche englischsprachige Anmeldemarke weise nämlich für den Verkehr erkennbar auf einen Würfel hin, in dessen Innerem sich eine Kugel befinde oder der die Form einer Kugel aufweise; in diesem Sinn werde er auch bereits, wie Internetauszüge nachwiesen, verwendet. Da sie in Bezug auf die vorgenannten Waren damit auf deren Beschaffenheit oder den unmittelbaren inhaltlichen Zusammenhang hinweise, sei sie - anders als bei den übrigen angemeldeten Waren, bei denen dies nicht zutrefte - für diese nicht schutzfähig.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die nicht begründete Beschwerde der Anmelderin, mit der sie sinngemäß beantragt,

unter teilweiser Aufhebung des Beschlusses der Markenstelle für Klasse 28 vom 27. Februar 2008, soweit hierin ihre Erinnerung gegen den Erstbeschluss vom 16. Oktober 2007 zurückgewiesen worden ist, den Erstbeschluss insgesamt aufzuheben.

Sie hält die Anmeldemarke in vollem Umfang für schutzfähig, weil sich die Begriffe „Kugel“ und „Würfel“ gegenseitig ausschließen. Zwar könne die Anmeldemarke im Sinne „BallWürfel“ übersetzt werden, eine solche Kombination sei aber bislang nicht bekannt. Tatsächlich vertreibe die Anmelderin unter diesem Begriff ein von ihr konzipiertes und als Gebrauchsmuster (Az. DE 2020060176982 U1) geschütztes Spielgerät. Die Anmeldemarke werde bislang nur kennzeichnend und nicht beschreibend verwendet, so dass sie weder Freihaltungsbedürftig sei noch ihr die Unterscheidungskraft abgesprochen werden könne.

Mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung hat sich die Anmelderin ausdrücklich einverstanden erklärt.

II.

A. Die nach §§ 66 MarkenG i.V.m. § 165 Abs. 4 und 5 MarkenG in der bis 31. Dezember 2004 geltenden Fassung zulässige Beschwerde ist unbegründet. Zu Recht und mit zutreffender Begründung, der sich der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen anschließt, hat die Markenstelle der angemeldeten Bezeichnung die Eintragung nach § 37 Abs. 1, § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG für die noch in Rede stehenden Waren teilweise versagt. Die Beschwerdebegründung bietet für eine abweichende Beurteilung keinen Anlass.

1. Mit der Markenstelle geht auch der Senat davon aus, dass die angemeldete Bezeichnung nach § 37 Abs. 1 i. V. m. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG für die noch streitgegenständlichen Waren mangels jeglicher Unterscheidungskraft von der Eintragung ausgeschlossen ist.

a) Die Regelung des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG geht auf die Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 Buchst. b) der Ersten Richtlinie des Rates der EG Nr. 89/104 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (ABl. Nr. L 40 vom 11. Februar 1989) zurück, der wiederum mit Art. 7 Abs. 1 Buchst. b) GMV wortidentisch ist. Da die Auslegung der vorgenannten europarechtlichen Normen nach Art. 234 EGV allein dem Europäischen Gerichtshof vorbehalten ist, ist auch für die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Unterscheidungskraft“ in § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ausschließlich dessen Rechtsprechung maßgeblich und für alle nationalen Gerichte bindend. Danach ist für die Beurteilung, ob einer angemeldeten Bezeichnung die erforderliche Unterscheidungskraft fehlt, auf die Hauptfunktion einer Marke abzustellen, derzufolge diese den Abnehmern die Ursprungsidentität der durch die Marke gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen garantieren soll, indem sie es ihnen ermöglicht, diese ohne Verwechslungsgefahr von Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft zu unterscheiden (vgl. EuGH WRP 2002, 924, 927 [Rz. 30] - Philips/Remington; GRUR 2004, 943, 944 [Rz. 23] - SAT.2; GRUR 2006, 229, 230 [Rz. 27] - BioID). Unter Berücksichtigung des Allgemeininteresses an der nicht ungerechtfertigten Einschränkung der Verfügbarkeit der angemeldeten Kennzeichnung für die anderen Wirtschaftsteilnehmer, die entsprechende Waren oder Dienstleistungen anbieten (vgl. EuGH GRUR 2004, 943, 944 [Rz. 26] - SAT.2), ist deshalb die Unterscheidungskraft einer angemeldeten Bezeichnung zu verneinen, wenn diese nicht geeignet ist, die Waren oder Dienstleistungen, für die die Eintragung beantragt wird, in der Anschauung ihrer durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen (vgl. EuGH GRUR 2003, 604, 607 [Rz. 46] - Libertel; GRUR 2004, 943, 944 [Rz. 24] - SAT.2) Abnehmer als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Waren und Dienstleistungen von denjenigen anderer

Unternehmen zu unterscheiden (vgl. EuGH WRP 2002, 924, 930 [Rz. 35] - Philips/Remington; MarkenR 2003, 187, 190 [Rz. 41] - Gabelstapler; MarkenR 2005, 22, 25 f. [Rz. 33] - Das Prinzip der Bequemlichkeit).

b) Dies ist bei der vorliegend zu beurteilenden angemeldeten Kennzeichnung der Fall, weil sie für die streitgegenständlichen Waren nur einen im Vordergrund stehenden, diese Waren beschreibenden Begriffsinhalt hat (vgl. BGH GRUR 2001, 1151, 1153 - marktfrisch; GRUR 2003, 1050, 1051 - City-Service; BGH, GRUR 2001, 162, 163 m. w. N. - RATIONAL SOFTWARE CORPORATION). Hierfür reicht es aus, dass ein Wortzeichen, selbst wenn es bislang für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen nicht beschreibend verwendet wurde oder es sich gar um eine sprachliche Neuschöpfung handelt, in einer seiner möglichen Bedeutungen ein Merkmal dieser Waren und Dienstleistungen bezeichnen kann (vgl. EuGH GRUR 2003, 58, 59 [Rz. 21] - Companyline; MarkenR 2003, 450, 453 [Rz. 32] - DOUBLEMINT; MarkenR 2004, 99, 109 [Rz. 97] - POSTKANTOOR; MarkenR 2004, 111, 115 [Rz. 38] - BIOMILD); dies gilt auch für ein zusammengesetztes Zeichen, das aus mehreren Begriffen besteht, die nach diesen Vorgaben für sich genommen schutzunfähig sind, sofern das Gesamtzeichen infolge einer ungewöhnlichen Veränderung - etwa syntaktischer oder semantischer Art - nicht hinreichend weit von der bloßen Zusammenfügung ihrer schutzunfähigen Bestandteile abweicht (vgl. EuGH MarkenR 2004, 99, 109 [Rz. 98] - POSTKANTOOR; MarkenR 2004, 111, 115 [Rz. 39 f.] - BIOMILD; GRUR 2004, 943, 944 [Rz. 28] - SAT.2; GRUR 2006, 229, 230 [Rz. 29] - BioID; MarkenR 2007, 204, 209 [Rz. 77 f.] - CELLTECH).

c) Nach diesen Grundsätzen ist die Anmeldemarke auch für die streitgegenständlichen Waren nicht schutzfähig. Wie auch die Anmelderin nicht bestreitet, gibt es nämlich Spielgeräte, welche die Eigenschaften von Kugeln und Würfeln miteinander verbinden. Hierzu gehört nicht nur das von der Anmelderin als Gebrauchsmuster unter dem Az. 20 2005 016 982 U 1 angemeldete Spielgerät, welches im Wesentlichen aus einem zylindrischen, beispielsweise quader-

oder würfelförmigen Spielkörper besteht, der eine Matrix von senkrecht durchgehenden Schächten oder Bohrungen, für die jeweils eine Kugel zur Verfügung steht, die von den anderen farblich abgehoben wird, und quer zu diesen eine Matrix von Schlitzfenstern aufweist, durch welche Latten oder Schieber zum Versperren der Schächte eingeschoben werden können. Vielmehr hat, worauf bereits die Markenstelle hingewiesen hatte, ein Drittanbieter unter dem Titel „Würfelkugel“ ebenfalls ein Spielgerät entworfen, welches als Gebrauchsmuster unter dem Az. 20 2005 001 838.4 geschützt ist und bei dem es sich um eine kugel- oder polyederförmige Vorrichtung handelt, bei der eine Hohlkugel im Innenraum in gleichmäßigem Abstand mit Vertiefungen versehen ist, denen auf der Außenseite gegenüberliegend die entsprechenden Symbole für die Spielbeeinflussung zugeordnet sind und in deren Innenraum sich eine weitere Kugel befindet, deren Durchmesser kleiner als der Hohlraum und die frei beweglich ist. Bei all diesen Spielgeräten handelt es sich um Vorrichtungen, bei denen sowohl Kugeln als auch Würfel vorhanden sind. Die beiden Bestandteile der Anmeldemarke, aus denen diese, wie sich für den Verkehr ohne weiteres bereits aus der Großschreibung des Buchstabens „C“ ergibt, erkennbar zusammengesetzt ist, nämlich „Ball“ - das im Englischen u. a. die Kugel bezeichnet (vgl. <http://dict.leo.org/ende?lp=ende&lang=de&searchLoc=&cmpType=relaxed§Hdr=on&spellToler=on&chinese=both&pinyin=diacritic&search=ball&relink=on>) -, und „Cube“ - das für den Würfel steht (vgl. <http://dict.leo.org/ende?lp=ende&lang=de&searchLoc=0&cmpType=relaxed§Hdr=on&spellToler=on&chinese=both&pinyin=diacritic&search=cube&relink=on>) -, beschreiben somit der Sache nach je für sich mögliche Merkmale von Spielgeräten, die unter die Oberbegriffe in Klasse 28 des Warenverzeichnisses fallen. Die übrigen Waren, für welche die Markenstelle mit dem Erinnerungsbeschluss der Anmeldemarke die Eintragung versagt hat, wiederum können solche Spielgeräte zum Gegenstand haben, so dass die Anmeldemarke auch für diese unmittelbar beschreibend ist. Da eine ungewöhnliche Veränderung des beschreibenden Gehalts der beiden Bestandteile nicht erkennbar ist, ist die Anmeldemarke daher nach der oben genannten BIOMILD-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für die streitgegenständlichen Waren im Ergebnis

mangels der nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG erforderlichen Unterscheidungskraft nicht schutzfähig.

2. Ob darüber hinaus auch ein Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG besteht, kann bei dieser Sachlage dahinstehen, wofür nach dem vorher Gesagten aber einiges sprechen dürfte.

B. Da die Markenstelle somit im Ergebnis der Anmeldemarke zutreffend die Eintragung wegen wegen der Schutzhindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG versagt hat, war die Beschwerde zurückzuweisen.

Dr. Albrecht

Kruppa

Schwarz

Pr