

BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 104/99

(Aktenzeichen)

Verkündet am
10. Juli 2001

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Anmeldemarke 396 15 032.2

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 10.07.2001 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Schade sowie der Richter Albert und Schwarz

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I

Die Anmelderinnen begehren die Eintragung der Wortmarke

FLIPPER

für eine Vielzahl von Waren der Klassen 9, 16, 25 und 28.

Die Markenstelle für Klasse 25 des Deutschen Patent- und Markenamtes hat durch zwei Beschlüsse, von denen einer im Erinnerungsverfahren erging, die Eintragung teilweise, nämlich hinsichtlich der angemeldeten Waren

elektrische, elektrotechnische und elektronische Apparate und Geräte, soweit in Klasse 9 enthalten (ausgenommen Flipperspielgeräte); Datenverarbeitungsgeräte und Computer (ausgenommen Flipperspielgeräte); Computersoftware, soweit in Klasse 9 enthalten, insbesondere CD-ROMs (soweit nicht Flipperspiele enthaltend); Geräte zur Übertragung und Wiedergabe von Ton und Bild; Heimcomputer (ausgenommen Flipperspielgeräte); Computerchips und -disks (soweit nicht Flipperspiele enthaltend); Peripheriegeräte (ausgenommen Flipperspielgeräte) für Computer; Fernsehspielgeräte (ausgenommen Flipperspielgeräte); Video-, Computer- und andere elektronische Spiele, soweit in Klasse 9 enthalten (ausgenommen Flipperspiele), Spiel- und Unterhaltungsautomaten, insbesondere Video- und Computerspielautomaten (aus-

genommen Flipperspielautomaten); Teile aller vorgenannten Waren; Zubehör für Heimcomputer, nämlich Module; Computer- und Videospielkassetten, -disketten, -kartuschen, -platten und -bänder (soweit nicht Flipperspiele enthaltend); auf maschinenlesbare Datenträger aufgezeichnete Programme, soweit in Klasse 9 enthalten (soweit nicht Flipperspiele enthaltend); Spiele, auch elektronisch, insbesondere tragbare elektronische Spielgeräte, Computer- und Videospielgeräte (ausgenommen als Zusatzgeräte für Fernsehgeräte und ausgenommen Flipperspielgeräte), Spielprogrammkassetten, -disketten, -bänder, -kartuschen und -platten (soweit nicht Flipperspiele enthaltend) und Handregler (Joysticks) für die vorgenannten Spielgeräte

wegen fehlender Unterscheidungskraft bzw Bestehens eines Freihaltungsbedürfnisses (Erstbeschluß) zurückgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt: Mit der Angabe "Flipper" verbinde ein sehr beachtlicher Teil des Verkehrs einen allgemein bekannten Begriff für Spielautomaten bzw. für eine bestimmte Art von Spiel, bei dem man - laut Beschreibung im Duden - eine Kugel möglichst lange auf dem abschüssigen Spielfeld halten müsse. Für alle im Beschlußtenor genannten Waren habe sie daher eine rein warenbeschreibende Aussagekraft. Da es heutzutage Computer- und elektronische Spiele auch auf den von den Anmelderrinnen für die Marke beanspruchten elektronischen Geräten (CD-ROMS, "Gameboys" usw) gebe, die klassische Spiele ua zum Gegenstand hätten, worunter auch das altbekannte Flipperspiel falle, werde das angesprochene Publikum gedanklich in die Richtung gebracht, die zu kennzeichnenden Waren stellten (ggf mittels Computertechnik untersetzte) Flipperspiele, -spielgeräte bzw deren Variationen dar oder seien unmittelbar auf die Unterstützung von Flipperspielen zugeschnitten. Hieran ändere die Einschränkung des Warenverzeichnisses (Disclaimer bzw Flipperspielgeräte usw) nichts, da trotz dieser Ausnahmeerklärung die stehengebliebenen Oberbegriffe weiterhin auch die ausgenommenen Waren umfaßten und diese Disclaimer dem Publikum regelmäßig nicht gegenüberträten.

Gegen diesen Beschluß richtet sich die Beschwerde der Anmelderinnen. Ihrer Auffassung nach fehlt der angemeldeten Marke nicht die Unterscheidungskraft. Die Auffassung des Amtes widerspreche einer Vielzahl von Entscheidungen zu Marken, bei denen aufgrund einer Beschränkung des Warenverzeichnisses, durch die ein Freihaltebedürfnis entfallen war, ein Markenschutz für ansonsten beschreibende Angaben möglich wurde; dabei habe es keine Rolle gespielt, ob man den Produkten den Disclaimer bzw die Beschränkung ohne weiteres bei Inaugenscheinnahme ansehen könne. Im übrigen sei zu berücksichtigen, daß der Verkehr an Gattungsbegriffe wie "Flippergeräte" bzw "Flipperspiele" gewöhnt sei, weniger aber an "FLIPPER" selbst. Zu unterscheiden seien zudem Flipperspielgeräte, dh Spielautomaten mit Flipperspielen, die keine Datenverarbeitungsgeräte, sondern allenfalls "Spiel- und Unterhaltungsautomaten" seien, und elektronische Flipperspiele. "Spielautomaten" sehe man in der Regel auf den ersten Blick an, wenn es sich um kein Flipperspiel handle. Der Disclaimer "keine Flipperspielgeräte" sei daher am Produkt, dh dem Spielautomaten, durchaus ersichtlich. Eine Bestimmung von Computern usw explizit für "Flipperspiele" sei ohne jeden wirtschaftlichen Sinn und daher nicht zu erwarten, denn über all diese Geräte ließen sich die unterschiedlichsten Spiele spielen. Da die Anmelder an Flipperspielen und Flipperspielgeräten nicht interessiert seien, hätten sie, ohne daß es dessen an sich bedurft hätte, den Disclaimer in das Warenverzeichnis aufgenommen. Es gebe keinen Anlaß anzunehmen, daß der Verkehr "FLIPPER", als Kennzeichnung für Computer, Peripheriegeräte, Videospiegelgeräte etc verwendet, als beschreibenden Hinweis auf Flipperspiele bzw eine Bestimmung für Flipperspiele ansehen werde, da die Möglichkeit, über diese Geräte ggf auch Flipperspiele zu spielen, für den Verkehr selbstverständlich sei und für das jeweilige Produkt ohne jedes Interesse. Der Verkehr werde daher "FLIPPER" iZm einem Computer, einem Peripheriegerät, einem Videospiegelgerät usw ohne weiteres als Kennzeichnung ansehen.

Die Beschwerdeführerinnen beantragen sinngemäß, unter teilweiser Aufhebung des angefochtenen Beschlusses die Eintragbarkeit der Anmeldemarke für die og Waren festzustellen.

Hilfsweise begehren sie, die Rechtsbeschwerde zuzulassen.

Wegen sonstiger Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II

Die Beschwerde ist zulässig (§ 66 Abs 1 MarkenG), hat in der Sache aber keinen Erfolg. Zu Recht hat die Markenstelle die Eintragung der angemeldeten Marke für einen Teil der Waren, für welche sie beansprucht wird, abgelehnt, da ihr insoweit die erforderliche Unterscheidungskraft nach § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG fehlt.

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, wobei von einem großzügigen Maßstab auszugehen ist, so daß jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft ausreicht, um das Schutzhindernis zu überwinden (st Rspr, vgl BGH, GRUR 1995, 408 [409] – PROTECH; zuletzt BGH, GRUR 2001, 162 [163] mwN – RATIONAL SOFTWARE CORPORATION). Kann einer Wortmarke kein für die fraglichen Waren im Vordergrund stehender beschreibender Begriffsinhalt zugeordnet werden kann und handelt es sich auch sonst nicht um ein gebräuchliches Wort der deutschen Sprache, 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 vorerwähnte Unterscheidungseignung und damit jegliche Unterscheidungskraft fehlt (vgl BGH, GRUR 1999, 1089 [1091] - YES; BGH, WRP 2000, 298 [299] - Radio von hier; BGH, WRP 2000, 300 [301] - Partner with the best; BGH, aaO - RATIONAL SOFTWARE CORPORATION).

Für die im Warenverzeichnis enthaltenen Oberbegriffe ist die Anmeldemarke produktbeschreibend. Wie von der Markenstelle zutreffend ausgeführt und von den Anmeldern auch nicht bestritten, beschreibt das Wort "Flipper" nämlich ein be-

stimmtes Spiel, bei dem der Spieler einen auf einer schrägen Ebene herunterrollenden Ball durch verschiedene Hilfsmittel daran hindern soll, eine festgelegte Linie der Ebene zu überschreiten. Entgegen der Auffassung der Anmelderinnen ist zur Bezeichnung dieses Spieles im Verkehr auch das Wort "Flipper" (und nicht nur "Flippergerät" und "Flipperspiel") allgemein üblich, wie sich nicht zuletzt aus der im angefochtenen (Erstprüfer-)Beschluß zitierten Fundstelle im Duden ergibt. Darüber hinaus wird dieses Wort nicht nur herkömmlich zur Bezeichnung von Spielautomaten, die nur dieses Spiel ermöglichen, sondern - was auch die Anmelder nicht in Abrede stellen - auch für elektronische Flipperspiele gebraucht, die in Form von Software - gleich ob zusammen mit der zum Betrieb erforderlichen Hardware oder auch allein in Form von Download-Dateien oder gespeichert auf CD-ROM oder sonstigen Datenträgern - ein dem herkömmlichen Flipperspiel entsprechendes oder nachempfundenes elektronisches Spiel ermöglichen. Die angemeldete Marke kann daher durchaus für alle im angefochtenen Erinnerungsbeschuß bezeichneten Waren, soweit sich mit diesen ein Flipperspiel realisieren ließe, beschreibend sein.

Das Wort "Flipper" ist auch nicht für die beanspruchten Waren mehrdeutig. Zwar wird es in einer in den 60er und 70er Jahren auch im Inland sehr populären Film- und Fernsehserie (an der die Anmelderinnen offenbar die Urheberrechte besitzen) als Name für einen Delphin verwendet, der sich offenbar aus der ursprünglichen Bedeutung des englischen Wortes ableitet, welches die "(Schwimm-) Flosse" bezeichnet. Allerdings wird die überwältigende Mehrheit der angesprochenen Verkehrskreise die in Zusammenhang mit (elektronischen) Spielen verwendete Anmeldemarke stets nur in ihrer erstgenannten Bedeutung verstehen, da auf dem hier in Rede stehenden Warenssektor der Begriff "Flipper" üblicherweise für das eben erwähnte Spiel gebraucht wird. Die Verwendung des Wortes "Flipper" als Name eines bestimmten Delphins, soweit den angesprochenen Verkehrskreisen heute überhaupt noch bekannt, ist daher nicht geeignet, den sich aus dem üblichen Gebrauch der Anmeldemarke zur Bezeichnung von Flipperspielen ergebenden

den produktbeschreibenden Inhalt für die in den Oberbegriffen des Warenverzeichnisses genannten Waren zu beseitigen.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, daß die Anmelderinnen in Form von Disclaimern das Warenverzeichnis eingeschränkt und Flipperspiele ausdrücklich ausgeschlossen haben. Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft ist nämlich allein, welche Bedeutung die angesprochenen Verkehrskreise einer Anmeldemarke voraussichtlich beimessen werden, insbesondere ob sie ihr einen betrieblichen Herkunftshinweis entnehmen (vgl Althammer/Ströbele, aaO, § 8 Rn 22 und 26). Diese Frage ist dabei zwar grundsätzlich nur auf die angemeldeten Waren und Dienstleistungen zu beziehen, so daß mögliche Bedeutungen eines Zeichens, welche der Verkehr nicht für die angemeldeten, sondern nur für mit diesen ähnliche Waren und Dienstleistungen als produktbeschreibend auffaßt, außer Betracht zu bleiben haben. Insofern gelten für die Prüfung der Unterscheidungskraft ähnliche Grundsätze wie - worauf die Anmelderinnen zutreffend hingewiesen haben - bei der Prüfung des Freihaltebedürfnisses, bei welcher der Beurteilung des beschreibenden Charakters einer Marke nur die konkret angemeldeten Waren zugrunde gelegt werden dürfen, so daß ein Freihaltebedürfnis entfällt, wenn die Bezeichnung nicht für die angemeldeten, sondern nur für mit diesen ähnliche Waren und Dienstleistungen eine beschreibende Angabe darstellt (st Rspr seit BGH GRUR 1977, 717 – Cokies; vgl die Nachweise bei Althammer/Ströbele, aaO, § 8 Rn 71 [Fn 220]); in einem solchen Fall kann der Eintragung allenfalls der Gesichtspunkt der Täuschungsgefahr nach MarkenG § 8 Abs 2 Nr 4, nicht aber ein Freihaltebedürfnis entgegenstehen (vgl BPatGE 39, 1, 5 - PGI). Dies kann auf die hier in Rede stehende Prüfung der Unterscheidungskraft regelmäßig übertragen werden (vgl auch Althammer/Ströbele, aaO, § 8 Rn 23). Bei der zu beurteilenden Marke kann aber nicht davon die Rede sein, daß ein produktbeschreibender Inhalt nur für *andere* oder mit den angemeldeten nur *ähnliche* Waren und Dienstleistungen vorliegt. Denn die Disclaimer, durch welche Flipperspiele aus dem Waren- und Dienstleistungsverzeichnis ausgenommen wurden, lassen die *Oberbegriffe*, die - stark vereinfacht und schlagwortartig - mit "elektronische Spiele" zusammenge-

faßt werden können und unter die deshalb auch die ausgenommenen Flipperspiele weiterhin fallen, unberührt. Die Disclaimer führen hier also gerade nicht dazu, daß das Anmeldezeichen nur für Waren und Dienstleistungen beansprucht wird, die sich von denjenigen, für welche es beschreibend ist, unterscheiden; vielmehr beschränkt sich ihre Wirkung darauf, daß sich die Anmelderinnen hierdurch lediglich die Absicht erklären, das angemeldete Zeichen nicht für die durch die Ausnahmeerklärung betroffenen Waren und Dienstleistungen zu *gebrauchen* (vgl BPatGE 30, 196, 200 - Orthotech), obwohl sie von den fortbestehenden Oberbegriffen im Waren- und Dienstleistungsverzeichnis weiterhin erfaßt werden. Die angesprochenen Verkehrskreise werden einer mit der Anmeldemarke versehenen Ware nun aber nicht von vornherein ansehen können, daß es sich bei ihr um *kein* Flipperspiel handelt. Im Gegenteil: Wegen des beschreibenden Charakters des Wortes "Flipper" auf dem Spielsektor werden sie vielmehr zu dem naheliegenden Schluß gelangen, bei der mit der Anmeldemarke versehenen Ware handele es sich gerade um ein Flipperspiel. Dann werden sie ihr aber in Bezug auf die beanspruchten Waren lediglich eine Produktbeschreibung, nicht aber einen Herkunftshinweis entnehmen. Ist solches wie hier nicht ausschließbar, dann fehlt der Marke von Haus aus die erforderliche Unterscheidungskraft, so daß sie nicht schutzfähig ist.

Ob darüber hinaus der Eintragung auch Hindernisse nach § 8 Abs 2 Nr 2 und 3 MarkenG entgegenstehen, bedarf bei dieser Sachlage keiner Entscheidung mehr.

Da somit die Markenstelle zu Recht die Eintragung des Zeichens teilweise abgelehnt hat, war die hiergegen gerichtete Beschwerde zurückzuweisen.

Die von den Anmeldern angeregte Zulassung der Rechtsbeschwerde kam nicht in Betracht, weil die Voraussetzungen des § 83 Abs 2 MarkenG nicht gegeben sind. Der vorliegenden Entscheidung liegen lediglich die tatsächlichen Besonderheiten bei dem voraussichtlichen Verständnis der Anmeldemarke in Bezug auf die beanspruchten Waren durch die angesprochenen Verkehrskreise zugrunde, die nicht

verallgemeinert werden können; die zu entscheidenden Fragen sind daher weder von grundsätzlicher Bedeutung noch ist zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes erforderlich.

Dr. Schade

Albert

Schwarz

Pü