



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 32/20

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Wortmarke 30 2010 059 066

(hier: Lösungsverfahren S 36/19)

hat der 30. Senat (Marken- und Design-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 27. Januar 2022 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Hacker sowie der Richterin Dr. Weitzel und des Richters Merzbach beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Markeninhaberin wird der Beschluss der Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 6. Juli 2020 aufgehoben, soweit darin die Löschung der Marke 30 2010 059 066 für die Waren und Dienstleistungen

„Klasse 09: Musikautomaten (geldbetätigt) sowie Teile der vorgenannten Automaten; Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung, Verarbeitung und Wiedergabe von Daten einschließlich Ton und Bild, einschließlich Teile aller vorgenannten Waren, ausgenommen jedoch Rundfunkgeräte, Fernsehempfangsgeräte, Hi-Fi-Anlagen, Videorecorder, Telefonapparate, Telefaxapparate und Telefonanrufbeantworter

Klasse 28: Ziehungsgeräte für Gewinn- und Lotteriespiele, Ausspielungen, Verlosungen; Ziehungsgeräte für Gewinn- und Lottospiele, Ausspielungen oder Verlosungen; Spieltische insbesondere für Tischfußball, Billard, Gleitkörperspiele; Wurfscheiben (Spielzeug) und –pfeile; Wettautomaten (Maschinen); jegliche vorgenannte Automaten, Maschinen und Apparate auch im vernetzten Betrieb;

Klasse 41: Veranstaltung von Lotterien “

angeordnet worden ist.

2. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

G r ü n d e

I.

Die am 4. November 2010 angemeldete Wortmarke

Fruits

wurde am 29. Juni 2011 u.a. für die Waren und Dienstleistungen

„Klasse 09: Verkaufsautomaten, Ausgabeautomaten, Rücknahmeautomaten und Musikautomaten (geldbetätigt) sowie Teile der vorgenannten Automaten; Videospiele als Zusatzgeräte für externen Bildschirm oder Monitor; Software für Computerspiele; Spielesoftware zur Verwendung mit beliebigen computergestützten Plattformen einschließlich Unterhaltungselektronik und Spielkonsolen; Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung, Verarbeitung und Wiedergabe von Daten einschließlich Ton und Bild, einschließlich Teile aller vorgenannten Waren, ausgenommen jedoch Rundfunkgeräte, Fernsehempfangsgeräte, Hi-Fi-Anlagen, Videorecorder, Telefonapparate, Telefaxapparate und Telefonanrufbeantworter; Computerhardware und -software für Kasino- und Spielhallenspiele, für Spielautomaten bzw. Slotmaschinen, Video Lottery Spielautomaten oder Glücksspiele über das Internet

Klasse 28: Ziehungsgeräte für Gewinn- und Lotteriespiele, Ausspielungen, und Verlosungen; Spiele; Spielzeug; Spielgeräte (auch geldbetätigt); geld- oder münzbetätigte Spielautomaten (Maschinen); Spiele für Spielhallen (soweit in Klasse 28 enthalten); münzbetätigte Videospielapparate; geldbetätigte Glücksspielautomaten (Maschinen) und Glücksspielmaschinen, insbesondere für Glücksspielhallen mit oder ohne

Gewinnauszahlung; elektronische oder elektrotechnische Glücksspielgeräte, Glücksspielautomaten, Glücksspielmaschinen, Slotmaschinen welche durch Einwurf von Münzen, Jetons, Banknoten, Tickets oder mittels elektronischen, magnetischen oder biometrischen Speichermedien betätigt werden, insbesondere für die gewerbliche Nutzung in Kasinos und Glücksspielhallen mit oder ohne Gewinnauszahlung; Glücksspielautomaten und Glücksspielmaschinen, insbesondere für die gewerbliche Nutzung in Kasinos und Glücksspielhallen mit oder ohne Gewinnauszahlung; geldbetätigte Spielautomaten und/oder elektronische Geldspielapparate (Maschinen) mit oder ohne Gewinnmöglichkeit; angepasste Gehäuse für durch Einwurf von Münzen, Jetons, Tickets oder mittels elektronischen, magnetischen oder biometrische Speichermedien betätigte Spielautomaten, Glücksspielgeräte, Glücksspielautomaten und Glücksspielmaschinen, insbesondere für die gewerbliche Nutzung in Kasinos und Glücksspielhallen mit oder ohne Gewinnauszahlung; Spielautomaten mit Videoausgabe; Ziehungsgeräte für Gewinn- und Lotteriespiele, Ausspielungen oder Verlosungen; Spiele (einschließlich Videospiele), ausgenommen als Zusatzgeräte für externen Bildschirm oder Monitor; elektropneumatische und elektrische Ziehmaschinen (Spielautomaten); Spieltische insbesondere für Tischfußball, Billard, Gleitkörperspiele; Wurfscheiben (Spielzeug) und -pfeile; LCD-Spielekonsolen; Wettautomaten (Maschinen); jegliche vorgenannte Automaten, Maschinen und Apparate auch im vernetzten Betrieb

Klasse 41: Vermietung von Spiel- und Unterhaltungsgeräten für Kasinos; Veranstaltung und Durchführung von Spielen; Glücksspiele; Veranstaltung von Lotterien; Durchführung von Spielen im Internet; Online angebotene Spieldienstleistungen (von einem Computernetzwerk); Betrieb von Kasinos oder Spielkasinos bzw. der Betrieb von Wettbüros; Betrieb von Spielstätten und Spielhallen und/oder Online Internet Kasinos und Wettplattformen; Glücksspiele über das Internet“

in das Markenregister eintragen.

Mit einem am 27. Februar 2019 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangenen Schriftsatz hat die Antragstellerin die Löschung dieser Marke wegen absoluter Schutzhindernisse gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG beantragt.

Die Markeninhaberin hat dem Löschungsantrag, der ihr mittels am 7. März 2019 versandten Übergabeeinschreibens zugestellt worden war, mit am 12. April 2019 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangenem Schriftsatz widersprochen.

Mit Beschluss vom 6. Juli 2020 hat die Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts die Marke 30 2010 059 066 teilweise, und zwar für die unter Ziff. I genannten Waren und Dienstleistungen, gelöscht sowie den Löschungsantrag im Übrigen zurückgewiesen.

Zur Begründung ist ausgeführt, dass der zulässige Löschungsantrag in der Sache teilweise begründet sei, da der angegriffenen Marke in Bezug auf die entsprechenden Waren und Dienstleistungen sowohl im Anmeldezeitpunkt als auch im Entscheidungszeitpunkt das Schutzhindernis der mangelnden Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegenstehe. Bei der angegriffenen Marke **Fruits** handele es sich um eine Angabe, die einen engen beschreibenden Bezug zu den gelöschten Waren und Dienstleistungen aufweise und daher von den angesprochenen Verkehrskreisen nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werde.

Der inländische Verkehr erfasse **Fruits** ohne weiteres als englisches Wort für „Früchte“. Es handele sich um ein geläufiges Wort des englischen Grundwortschatzes. In Verbindung mit Spielautomaten und Dienstleistungen, die Spielautomaten zum Gegenstand hätten, beziehe sich die angegriffene Marke mit

ihrer Bedeutung „Früchte“ darauf, dass diese Automaten mit Früchten verziert seien bzw. Früchte wesentliche Elemente des Spiels darstellten. Wie sich aus den beigefügten Rechercheergebnissen ergebe, handele es sich bei Früchten um eine der häufigsten Ausschmückungen und Themenangaben für Spielautomaten. Den angesprochenen Verkehrskreisen sei dies bekannt. Deshalb könne davon ausgegangen werden, dass die angesprochenen Verkehrskreise die Angabe **Fruits** in Verbindung mit diesen Produkten nicht als Herkunftshinweis verstünden.

Mithin fehle der angegriffenen Marke bei allen Waren, die üblicherweise mit Früchten verziert würden, die Unterscheidungskraft i.S.d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Die Unterscheidungskraft fehle auch bezüglich der Dienstleistungen, die sich direkt auf mit Früchten verzierte Spielautomaten bezögen. Unterscheidungskräftig sei die Marke hingegen für alle Waren, die nicht mit Früchten versehen würden, z.B. weil sie in keinem erkennbaren Zusammenhang mit Fruchtsymbolen ständen oder weil sie in andere Waren verbaut seien und daher in der Regel keine besondere äußere Gestaltung aufwiesen.

Gegen die Teillöschung ihrer Marke durch die Markenabteilung 3.4 wendet sich die Markeninhaberin mit ihrer Beschwerde.

Sie ist der Auffassung, die angegriffene Marke weise auch im Hinblick auf die beschwerdegegenständlichen Waren und Dienstleistungen keinen engen beschreibenden Bezug auf. Zwar sei es richtig, dass bei Spielen, die mittels eines Gewinnspielautomaten gespielt würden, zeichnerische Darstellungen von Früchten als Gewinnsymbole Verwendung fänden. Das betreffe aber nur sog. „Walzenspiele“, bei denen mehrere Walzen rotieren und bei Stillstand in einer Reihe angeordnete Gewinnsymbole einen Gewinn anzeigen. Nicht betroffen seien aber andere Spiele für Gewinnspielautomaten sowie klassische Casinospiele (z.B. Kartenspiele wie Poker, Black Jack etc. oder Roulette). Daneben gebe es eine Vielzahl von Spielautomaten, die keine Gewinnspielautomaten seien, wie z.B. Flipperautomaten.

Zudem würden Gewinnspielautomaten seit vielen Jahren nicht mehr als mechanische Walzengeräte angeboten, sondern in der Regel als bildschirmbasierte Geräte, bei denen mittels eines Auswahl-Menüs aus einer Vielzahl unterschiedlicher Gewinnspiele ausgewählt werden könne.

Darüber hinaus wiesen die auf einem Gewinnspielautomaten abspielbaren Walzenspiele eine grenzenlose Vielfalt von Themenwelten wie „Zoo“ oder „Weltraum“ sowie davon abgeleitete Gewinnsymbole auf. Der Verkehr schließe deshalb nicht von Gewinnsymbolen, also auch nicht von Früchten, auf das jeweilige Gewinnspiel. Eine Verzierung von Spielautomaten mit entsprechenden Symbolen wie Früchten sei zudem unüblich, da die jeweils ausgewählten Gewinnspiele nur auf dem Bildschirm angezeigt würden.

Nach alledem werde der Verkehr einen beschreibenden Begriffsgehalt von **Fruits** für (Gewinn-)Spielautomaten nicht ohne weiteres und ohne Unklarheiten erfassen. Er müsse nämlich (1) **Fruits** mit „Früchte“ übersetzen, dann (2) von einer möglichen Darstellung eines Gewinnsymbols auf das Walzenspiel selbst und (3) von dem Walzenspiel auf den Gewinnspielautomaten schließen, auf dem u.a. ein derartiges Walzenspiel ausgewählt werden könne.

Unabhängig davon sei die Begründung der Markenabteilung nicht für alle gelöschten Waren und Dienstleistungen korrekt. So treffe die Prämisse der Markenabteilung, Spielautomaten könnten mit Früchten verziert sein bzw. Früchte wesentliche Elemente des Spiels darstellen – wenn überhaupt – nur auf **Gewinnspielautomaten** mit Walzenspielen zu.

Zudem handele es sich bei der entsprechenden Spiele-Software nicht um „Computersoftware“, weil die Software, die in einem Spielautomaten installiert sei, nicht austauschbar sei. So seien Gewinnspielautomaten gemäß § 33 c GewO nur aufstellbar, wenn deren Bauart zuvor von der Physikalisch-Technischen

Bundesanstalt zugelassen worden sei. Vor diesem Hintergrund sei diese spezifische Software nicht unter den Warenbegriff „Computersoftware“ zu subsumieren. Überdies seien EDV-Hardware und Software Komponenten vieler Waren, ohne dass die Waren selbst als „Computer“ oder „Software“ angesehen würden. Das treffe gerade für Gewinnspielautomaten zu.

Auch im Hinblick auf die beschwerdegegenständlichen Waren und Dienstleistungen der Klassen 28 und 41 (genannt ist offenbar versehentlich Klasse 35 des Parallelverfahrens 30 W (pat) 31/20) trage die Begründung der Markenabteilung nicht. Ihre Behauptung, Spiele, Spielgeräte sowie Spielautomaten würden häufig mit Fruchtsymbolen versehen oder Früchte seien Inhalt des Spiels, sei zu pauschal und reiche nicht aus, um einen engen beschreibenden Bezug zu den Waren und Dienstleistungen zu begründen.

Die Beschwerdeführerin beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 6. Juli 2020 aufzuheben, soweit darin die teilweise Löschung der Marke 30 2010 059 066 angeordnet worden ist, und den Antrag auf Löschung insgesamt zurückzuweisen.

Die Beschwerdegegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie trägt vor, entgegen der Auffassung der Markenabteilung habe das angegriffene Zeichen nicht nur einen engen beschreibenden Bezug zu den von der Marke erfassten Waren und Dienstleistungen. Es handele sich vielmehr um eine unmittelbar beschreibende Sachangabe in Bezug auf die beanspruchten und mit Glücksspiel in Verbindung stehenden Waren und Dienstleistungen. Die Bezeichnung **Fruits** erschöpfe sich nämlich in dem Hinweis, dass Waren angeboten

oder Dienstleistungen erbracht würden die sich auf Glücksspiele beziehen, in denen Früchte dargestellt würden. Noch heute werde der Begriff „Fruit machine“ von Übersetzungstools mit „Spielautomat“ übersetzt.

Die von der Beschwerdeführerin vorgenommene Aufteilung der Spielautomaten in „Walzenspiele“ einerseits und Spielautomaten mit anderen Spielen (wie klassischen Casinospiele) andererseits sei willkürlich. Im Übrigen sei die Unterscheidung zwischen Spieleautomaten mit und ohne Gewinnmöglichkeiten rein öffentlich-, gewerbe- und steuerrechtlicher Natur. Auch sei die Verzierung von Spielautomaten mit Fruchtsymbolen überaus gebräuchlich.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sei der beschreibende Begriffsgehalt von **Fruits** für den Verkehr sofort erkennbar. Die dargelegten Gedankenschritte seien künstlich aufgespalten.

Im Hinblick auf die Klasse 09 könnten Spielautomaten als „Computer“ bezeichnet werden und die Spielsoftware falle unter „Computersoftware“. In Bezug auf die Waren der Klasse 28 und die Dienstleistungen der Klasse 41 erläutere die Beschwerdeführerin nicht konkret, inwiefern die Entscheidung der Markenabteilung fehlerhaft sei.

Der Senat hat den Parteien mit der Terminsladung vom 23. September 2021 Rechercheergebnisse übersandt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die gemäß § 66 MarkenG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde ist teilweise, und zwar für die im Tenor genannten Waren und Dienstleistungen, erfolgreich.

A. Der Antrag auf Löschung gemäß § 50 Abs. 1 MarkenG ist nach dem 14. Januar 2019 gestellt worden – nämlich am 27. Februar 2019 -, so dass § 50 MarkenG in seiner neuen Fassung anzuwenden ist, vgl. § 158 Abs. 8 MarkenG.

Dem auf die Schutzhindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 MarkenG gestützten und auch ansonsten zulässigen Löschantrag der Beschwerdegegnerin hat die Markeninhaberin und Beschwerdeführerin rechtzeitig innerhalb der Zweimonatsfrist des hier im Hinblick auf den Zeitpunkt der Antragstellung noch anzuwendenden § 54 Abs. 2 Satz 2 MarkenG a.F. (bis zum 30. April 2020 geltende Fassung) widersprochen, so dass die Voraussetzungen zur Durchführung des Lösungsverfahrens gemäß § 54 Abs. 2 S. 3 MarkenG a. F. vorliegen.

B. Für die absoluten Lösungsgründe nach § 50 Abs. 1 MarkenG gilt, dass eine Löschung nur erfolgen kann, wenn das Vorliegen von Schutzhindernissen zu den jeweils maßgeblichen Zeitpunkten zweifelsfrei feststeht. Wird geltend gemacht, die Eintragung habe gegen einen oder mehrere Tatbestände des § 8 Abs. 2 MarkenG verstoßen, kann eine Löschung nur erfolgen, wenn das Eintragungshindernis sowohl im Zeitpunkt der Anmeldung der Marke bestanden hat (BGH GRUR 2014, 565, Rn. 10 – smartbook; GRUR 2014, 483, Rn. 22 – test; GRUR 2013, 1143, Rn. 15 – Aus Akten werden Fakten) als auch – soweit es um die Tatbestände nach § 8 Abs. 2 Nr. 1-13 MarkenG geht – im Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschantrag noch besteht (§ 50 Abs. 2 Satz 1 MarkenG). Ist eine solche Feststellung, auch unter Berücksichtigung der von den Beteiligten vorgelegten und von Amts wegen zusätzlich ermittelten Unterlagen, nicht möglich, muss es – gerade in Grenz- oder Zweifelsfällen – bei der Eintragung der angegriffenen Marke sein

Bewenden haben (BGH GRUR 2014, 565, Rn. 18 – smartbook, BPatG GRUR 2006, 155 – Salatfix).

C. In Beachtung dieser Grundsätze liegen die Voraussetzungen für die Löschung der Marke **Fruits** nach §§ 50 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG wegen fehlender Unterscheidungskraft für die beschwerdegegenständlichen Waren und Dienstleistungen - mit Ausnahme der im Tenor genannten - vor.

1. Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einem Zeichen innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden, welches die von der Marke erfassten Waren oder Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und diese somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet (vgl. EuGH GRUR 2015, 1198, Rn. 59 – Kit Kat; BGH GRUR 2020, 411, Rn. 10 – #darferdas? II; GRUR 2018, 301, Rn. 11 – Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR 2016, 934, Rn. 9) – OUI; jeweils m. w. N.). Denn die Hauptfunktion der Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten (EuGH GRUR 2014, 373, Rn. 20 – KORNSPITZ; GRUR 2010, 228, Rn. 33 – Vorsprung durch Technik; BGH a. a. O. – #darferdas? II; a. a. O. – OUI). Da allein das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft ein Eintragungshindernis begründet, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein großzügiger Maßstab anzulegen, so dass jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft genügt, um das Schutzhindernis zu überwinden (BGH a. a. O. – Pippi-Langstrumpf-Marke). Allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass aus Gründen der Rechtssicherheit und der ordnungsgemäßen Verwaltung die Prüfung jeder Anmeldung nicht nur umfassend, sondern auch streng sein muss, um eine ungerechtfertigte Eintragung von Marken zu verhindern (vgl. zuletzt EuGH, Urteil vom 12.09.2019, C-541/18, Rn. 28 – #darferdas?); entsprechendes gilt im Lösungsverfahren. Ebenso ist zu berücksichtigen, dass der Verkehr ein als Marke verwendetes Zeichen in seiner Gesamtheit mit allen seinen Bestandteilen so aufnimmt, wie es ihm entgegentritt, ohne es einer analysierenden

Betrachtungsweise zu unterziehen (EuGH GRUR 2004, 428, Rn. 53 – Henkel; BGH a. a. O., Rn. 15 – Pippi-Langstrumpf-Marke).

Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft sind einerseits die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen und andererseits die Auffassung der beteiligten inländischen Verkehrskreise, wobei auf die Wahrnehmung des Handels und/oder des normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers bzw. -abnehmers der fraglichen Produkte abzustellen ist (vgl. EuGH GRUR 2006, 411, 412, Rn. 24 - Matratzen Concord/Hukla; BGH GRUR 2014, 376, Rn. 11 – grill meister).

Hiervon ausgehend besitzen Marken insbesondere dann keine Unterscheidungskraft, wenn ihnen die maßgeblichen Verkehrskreise lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnen. Darüber hinaus kommt nach ständiger Rechtsprechung auch solchen Zeichen keine Unterscheidungskraft zu, die sich auf Umstände beziehen, welche die beanspruchten Waren oder Dienstleistungen zwar nicht unmittelbar betreffen, durch die aber ein enger beschreibender Bezug zu diesen hergestellt wird (vgl. EuGH GRUR 2013, 519, Rn. 46 – Deichmann; GRUR 2004, 674 Rn. 86 – Postkantoor; BGH GRUR 2017, 186, Rn. 30 und 32 – Stadtwerke Bremen; GRUR 2014, 1204 Rn. 12 – DüsseldorfCongress; GRUR 2014, 569, Rn. 14 – HOT; GRUR 2012, 1143 Rn. 9 – Starsat).

2. Diesen vorgenannten Anforderungen an die Unterscheidungskraft genügt die angegriffene Marke für die beschwerdegegenständlichen Waren und Dienstleistungen - mit Ausnahme der im Tenor genannten - nicht, da die angesprochenen Verkehrskreise dem Wortzeichen diesbezüglich lediglich einen ohne weiteres erkennbaren Hinweis auf Inhalt, Gegenstand, Zweckbestimmung oder Ausgestaltung der entsprechenden Waren entnehmen werden.

a) Bei der Beurteilung des Verständnisses der beschwerdegegenständlichen Marke ist hinsichtlich eines Teils der Waren wie „Spiele, Spielzeug“ auf den

durchschnittlichen Endverbraucher abzustellen. Im Hinblick auf zahlreiche Waren, die mit Glücks- und Casinospielen zu tun haben, ist auf den sachverständigen Endverbraucher abzustellen, der z.B. eine Spielesoftware nutzt oder Spiele in Spielhallen spielt. Zudem richten sich Waren wie z. B. „Glücksspielautomaten und Glücksspielmaschinen, insbesondere für die gewerbliche Nutzung in Kasinos und Glücksspielhallen (...)“ an den Fachverkehr, der die Hardware bzw. die Automaten und Maschinen für Spielhallen, Kasinos oder andere Vergnügungsstätten einkauft bzw. letztere betreibt (vgl. zum Parallelverfahren EuG T-2017, 345 Rn. 25-28 – MULTI FRUITS).

b) Die Streitmarke besteht aus dem englischen Begriff „Fruits“. Das für den inländischen Verkehr zum Grundwortschatz der englischen Sprache gehörende Substantiv bedeutet „Früchte“.

c) Mit diesem, den angesprochenen Verkehrskreisen bereits zum Anmeldezeitpunkt ohne weiteres verständlichen Sinngehalt weist das Wortzeichen **Fruits** zu den beschwerdegegenständlichen Waren und Dienstleistungen - mit Ausnahme der im Tenor genannten - einen die Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ausschließenden engen beschreibenden Bezug auf.

aa) Ein Schutzhindernis besteht, wie die Markenabteilung zu Recht angenommen hat, für die folgenden Waren der Klasse 28:

„Spiele; Spielzeug; Spielgeräte (auch geldbetätigt); geld- oder münzbetätigte Spielautomaten (Maschinen); Spiele für Spielhallen (soweit in Klasse 28 enthalten); münzbetätigte Videospielapparate; geldbetätigte Glücksspielautomaten (Maschinen) und Glücksspielmaschinen, insbesondere für Glücksspielhallen mit oder ohne Gewinnauszahlung; elektronische oder elektrotechnische Glücksspielgeräte, Glücksspielautomaten, Glücksspielmaschinen, Slotmaschinen welche durch Einwurf von Münzen, Jetons, Banknoten, Tickets oder mittels elektronischen, magnetischen oder biometrischen Speichermedien betätigt werden,

insbesondere für die gewerbliche Nutzung in Kasinos und Glücksspielhallen mit oder ohne Gewinnauszahlung; Glücksspielautomaten und Glücksspielmaschinen, insbesondere für die gewerbliche Nutzung in Kasinos und Glücksspielhallen mit oder ohne Gewinnauszahlung; geldbetätigte Spielautomaten und/oder elektronische Geldspielapparate (Maschinen) mit oder ohne Gewinnmöglichkeit; angepasste Gehäuse für durch Einwurf von Münzen, Jetons, Tickets oder mittels elektronischen, magnetischen oder biometrische Speichermedien betätigte Spielautomaten, Glücksspielgeräte, Glücksspielautomaten und Glücksspielmaschinen, insbesondere für die gewerbliche Nutzung in Kasinos und Glücksspielhallen mit oder ohne Gewinnauszahlung; Spielautomaten mit Videoausgabe; Spiele (einschließlich Videospiele), ausgenommen als Zusatzgeräte für externen Bildschirm oder Monitor; elektropneumatische und elektrische Ziehmaschinen (Spielautomaten); LCD-Spielekonsolen; jegliche vorgenannte Automaten, Maschinen und Apparate auch im vernetzten Betrieb“.

In Bezug auf „Spiele“ und „Spielzeug“ versteht der Verkehr eine Kennzeichnung mit **Fruits** als beschreibenden Hinweis auf den Gegenstand des Spiels bzw. die Art des Spielzeugs. Früchte können nämlich die wesentlichen Elemente eines (Gesellschafts-)Spiels sein. So gab es schon zum dem Anmeldezeitpunkt beispielsweise Brettspiele rund um das Thema Früchte (vgl. <https://die-besten-familienspiele-gesellschaftsspiele.de/obstgarten/>, Anzeige vom 4. November 2010, Google Suchergebnis zur Abfrage: „Brettspiel früchte“),).

Im Hinblick auf die Waren, die mit Glücks- und Casinospielen zu tun haben, wird der Verkehr eine Kennzeichnung mit **Fruits** als Themenangabe für Spiele und Automaten und damit nicht als Herkunftshinweis verstehen. So gibt es zahlreiche Computerspiele mit dem Thema „Früchte“. Beispielweise wird ein Online-Denkspiel angeboten, in dem man Früchte verbinden soll (<https://www.spiele-kostenlos-online.de/puzzlespiele/denkspiele/fruechte-verbinden/>). Bereits im Jahr 2002

konnte man ein Online-Spiel spielen, in dem es darum ging, die richtigen Früchte zu erraten und in einen Korb zu legen (www.lojol.de/html/frucht/html).

Überdies gehören „Früchtespiele“ zu den , klassischen Automaten Spielen (vgl. dazu <https://www.faz.net>, vom 21. Februar 2009, Google Suchergebnis zur Abfrage „früchte glücksspiel“). In einem Artikel zu Automaten Spielen werden auch die sogenannten „Früchte-Spielautomaten“ beschrieben und die „populärsten Früchtespiele“ vorgestellt (<https://automatenspielex.com/types/fruechte-spielautomaten>).

Dabei ist zu berücksichtigen, dass es insbesondere in der (Online- und Casino-) Spielbranche üblich ist, Früchte-Spiele mit englischen Namen und dem Bestandteil „Fruits(s)“ zu bezeichnen, so z.B. „Fantic Fruits“, „Happy/Fancy/Crazy Fruits“ (vgl. Google-Suchergebnis zu „Fruits-spiele casino“).

Zudem weisen und wiesen die Spielautomaten häufig selbst thematische Bezeichnungen der angebotenen Spiele auf, um dem Publikum einen leichten Überblick zu verschaffen und die Automaten-/Spieleauswahl zu erleichtern. Dass eine entsprechende Kennzeichnung der Spielautomaten auf die Art bzw. das Thema des Spiels hinweisen kann, zeigen auch die M-Box Editionen „Fruits“ und „Egypt“ die Beschwerdeführerin. In der Beschreibung dazu heißt es „Ruft der Spielgast das Menü auf, findet er (...) die thematisch zur jeweiligen Sonderedition passenden Spiele“ (<https://www.automatenmarkt.de/produkte/artikel/m-box-editions-fruits-und-egypt/>). Unter die Überschrift „Spielautomaten nach Themen“ führt ein anderer Anbieter aus, dass Spielautomaten schon in der Spielhalle – also quasi auf den ersten Blick - Unterhaltung und Gewinnaussicht kombinieren sollen. Wichtig sei dabei die „thematische Einteilung“ der Spielautomaten, die praktisch unbegrenzt sei (<https://www.casino-spiele.guru/spielautomaten-nach-themen/>). Die jeweiligen Themen werden, wie bei der Sonderedition „Fruits“ und „Egypt“, häufig durch die wörtliche Benennung auf dem Spielautomaten angezeigt. Ein weiteres Beispiel ist „Pompeji“, bei dem es nach der Spielebeschreibung „um die Geschichte

der antiken römischen Stadt geht, die durch den Ausbruch des Vulkans zerstört wurde“ (<https://www.slotsadviser.com/de/slots/reviews/pompeii/>).

Im Hinblick auf die beschwerdegegenständlichen Waren „elektropneumatische und elektrische Ziehmaschinen (Spielautomaten)“ besteht ebenfalls ein enger beschreibender Zusammenhang des Zeichens **Fruits**, weil es sich dabei - laut dem Klammerzusatz - ebenfalls um „Spielautomaten“ handelt.

bb) Im Hinblick auf die Klasse 09 besteht ein Schutzhindernis für die folgenden Waren:

„Verkaufsautomaten, Ausgabeautomaten, Rücknahmeautomaten sowie Teile der vorgenannten Automaten; Videospiele als Zusatzgeräte für externen Bildschirm oder Monitor; Software für Computerspiele; Spielesoftware zur Verwendung mit beliebigen computergestützten Plattformen einschließlich Unterhaltungselektronik und Spielkonsolen; Computerhardware und -software für Kasino- und Spielhallenspiele, für Spielautomaten bzw. Slotmaschinen, Video Lottery Spielautomaten oder Glücksspiele über das Internet“.

Im Hinblick auf die „Verkaufsautomaten, Ausgabeautomaten, Rücknahmeautomaten“ versteht der Verkehr eine Kennzeichnung mit **Fruits** als beschreibenden Hinweis darauf, dass an diesen Automaten Früchte/Obst erworben bzw. zurückgegeben (reklamiert) werden können.

Soweit es sich bei den genannten Waren um Soft- und Hardware für Computer- und Videospiele bzw. Spielesoftware handelt, weist eine Kennzeichnung mit **Fruits** beschreibend darauf hin, dass es sich bei den mittels der entsprechenden Software zu spielenden Spielen um sogenannte „Früchte-Spiele“ handelt. In einem Artikel zu „Früchte-Spielen“ wird die Wichtigkeit einer gut entwickelten Software hervorgehoben: „Was die Strukturen und die Funktionen betrifft, so sind den Softwareentwicklern kaum Grenzen gesetzt“

(<https://automatenspielex.com/types/fruechte-spielautomaten>). Insofern besteht zwischen dem Sinngehalt der Marke und der Software ein unmittelbarer und konkreter enger Bezug, so dass dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, es handele sich nur um eine Produktkomponente, nicht gefolgt werden kann.

Soweit die Beschwerdeführerin vorträgt, die Software, die in einem Spieleautomaten installiert sei, sei deshalb keine „Computersoftware“, weil sie im Hinblick auf § 33 c GewO nicht ausgetauscht werden dürfe, kann dem ebenfalls nicht gefolgt werden. So ist zum einen davon auszugehen, dass die auf einem Spieleautomaten installierte Software, technisch gesehen, durchaus, z.B. bei Fehlern, ausgetauscht und verändert werden kann. Überdies ist Software der Oberbegriff für „ausführbare Programme und die zu diesen gehörenden Daten“, (<http://www.softselect.de/business-software-glossar/software>), wozu auch Spielesoftware zählt. Außerdem beansprucht die streitgegenständliche Marke unter anderem „Computerhardware und –software für Kasino- und Spielhallenspiele (...)“, so dass die Beschwerdeführerin offenbar selbst davon ausgegangen ist, dass die Software für Spielautomaten „Computersoftware“ ist.

Ebenfalls nicht gefolgt werden kann dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, Gewinnspielautomaten seien keine „Computer“, da von einem Computer erwartet werde, dass der Benutzer verschiedene Anwendungen darauf installieren könne, was bei Gewinnspielautomaten ausgeschlossen sei. Zum einen können die Spielhallenbetreiber durchaus verschiedene Anwendungen installieren, z.B. neue Spiele oder Versionen. Überdies handelt es sich bei einem (Früchte)Spielautomat um einen Computer, weil er über dafür typische Eigenschaften verfügt: Der Nutzer tätigt über Tasten eine Eingabe, die eine elektrische Datenverarbeitung anstößt, aufgrund der ein Ergebnis (Gewinn oder Verlust) ermittelt wird.

cc) Wie die Markenabteilung zu Recht festgestellt hat, besteht ein enger beschreibender Bezug auch bei den folgenden Dienstleistungen der Klasse 41:

„Vermietung von Spiel- und Unterhaltungsgeräten für Kasinos; Veranstaltung und Durchführung von Spielen; Glücksspiele; Durchführung von Spielen im Internet; Online angebotene Spieldienstleistungen (von einem Computernetzwerk); Betrieb von Kasinos oder Spielkasinos bzw. der Betrieb von Wettbüros; Betrieb von Spielstätten und Spielhallen und/oder Online Internet Kasinos und Wettplattformen; Glücksspiele über das Internet“.

Sie haben überwiegend bereits nach ihrem Wortlaut im Waren- und Dienstleistungsverzeichnis etwas mit Spielen und Glücksspielen zu tun. Da, wie bereits ausgeführt, eine Vielzahl von Früchte-Spielen bzw. Spielautomaten existieren, die sich auf Früchte als Spielthema beziehen, wird der Verkehr ohne weiteres einen engen beschreibenden Bezug zwischen der Marke **Fruits** und den Dienstleistungen der Klasse 41 annehmen. Das gilt für die Vermietung entsprechender Geräte ebenso wie bei Online angebotenen Spieldienstleistungen und oder den nach dem Waren- und Dienstleistungsverzeichnis gesamtbegrifflichen Dienstleistungen „Betrieb von Kasinos oder Spielkasinos bzw. den Betrieb von Wettbüros“.

Wegen des engen beschreibenden Bezugs fehlt der Wortmarke gegenwärtig und bereits zum Anmeldezeitpunkt für die vorgenannten Waren und Dienstleistungen der Klassen 28, 09 und 41 die erforderliche Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

3. Anders ist die Situation für die die im Tenor genannten Waren und Dienstleistungen zu beurteilen. Für diese fehlt der angegriffenen Marke **Fruits** zum Anmelde- und zum Entscheidungszeitpunkt weder die erforderliche Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) noch war sie freihaltebedürftig (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG).

a) Das gilt für die folgenden Waren der Klasse 28:

„Ziehungsgeräte für Gewinn- und Lotteriespiele, Ausspielungen und Verlosungen; Ziehungsgeräte für Gewinn- und Lotteriespiele, Ausspielungen oder Verlosungen; Spieltische insbesondere für Tischfußball, Billard, Gleitkörperspiele; Wurfscheiben (Spielzeug) und –pfeile; Wettautomaten (Maschinen); jegliche vorgenannte Automaten, Maschinen und Apparate auch im vernetzten Betrieb“,

bei denen zwar eine Verzierung mit Fruchtsymbolen möglich ist, aber kein Zusammenhang mit „Früchte-Spielen“ erkennbar ist. Ein hinreichend naheliegender und ohne weiteres verständlicher sachbeschreibender Zusammenhang mit der angegriffenen Marke **Fruits** und den entsprechenden Waren liegt nicht vor. Zu Recht weist die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang darauf hin, dass eine mögliche Verzierung der Waren mit Früchte-Symbolen nicht ausreicht, um der Wortmarke **Fruits** die Unterscheidungskraft abzusprechen.

Im Hinblick auf „Ziehungsgeräte für Gewinn- und Lotteriespiele, Ausspielungen, und Verlosungen“ hat die Recherche keine Praxis dahingehend ergeben, dass bei Früchte-Spielen Ziehungsgeräte eingesetzt werden, da die Früchte-Spiele nicht in der Art einer Lotterie gespielt werden. Eine Früchte-Lotterie, die ein beschreibendes Verständnis von **Fruits** nahelegen könnte, war nicht recherchierbar. Es ist insofern davon auszugehen, dass der Sinngehalt von **Fruits** im Zusammenhang mit den vorgenannten Ziehungsgeräten zu diffus bleibt, um einen hinreichend konkreten engen beschreibenden Bezug herstellen zu können.

b) Im Hinblick auf die Waren der Klasse 09:

„Musikautomaten (geldbetätigt) sowie Teile der vorgenannten Automaten; Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung, Verarbeitung und Wiedergabe von Daten einschließlich Ton und Bild, einschließlich Teile aller vorgenannten Waren, ausgenommen jedoch Rundfunkgeräte, Fernsehempfangsgeräte,

Hi-Fi-Anlagen, Videorecorder, Telefonapparate, Telefaxapparate und Telefonanrufbeantworter“

hat die Markenabteilung die Löschung für „Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung, Verarbeitung und Wiedergabe von Daten einschließlich Ton und Bild (...)“ zu Unrecht angeordnet, weil Spielautomaten regelmäßig keine Daten übertragen und deshalb nicht unter die vorgenannten Geräte fallen, bei denen die genannten Funktionen wegen der Formulierung „und“ kumulativ vorliegen müssen. Es besteht deshalb kein Bezug zu der Marke **Fruits**. Gleiches gilt für die beschwerdegegenständlichen „Musikautomaten“, bei denen es sich ebenfalls nicht um Spielautomaten handelt.

c) Auch im Hinblick auf die beschwerdegegenständlichen Dienstleistungen der Klasse 41 hat die Markenabteilung die Löschung zu Unrecht für „Veranstaltung von Lotterien“ angeordnet. Die Recherche ergab keine Praxis dahingehend, dass Früchte-Spiele in einer Lotterie gespielt werden. Unter einer Lotterie versteht man die Auslosung von Gewinnen, an der jemand durch den Kauf eines Loses teilnimmt. Eine Früchte-Lotterie, die ein beschreibendes Verständnis von **Fruits** nahelegen könnte, war nicht recherchierbar. Es ist insofern davon auszugehen, dass der Sinngehalt von **Fruits** auch für den Fachverkehr im Zusammenhang mit der Veranstaltung von Lotterien zu diffus bleibt, um einen hinreichend konkreten engen beschreibenden Bezug herstellen zu können.

D. Hinsichtlich der Kosten des Verfahrens verbleibt es bei der gesetzlichen Regelung des § 71 Abs. 1 S. 2 MarkenG, da Billigkeitsgründe für die Auferlegung der Kosten auf einen Beteiligten weder vorgetragen worden noch sonst ersichtlich sind.

III.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich einzulegen.

Dr. Hacker

Merzbach

Dr. Weitzel

Schw