



# BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 546/19

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
29. September 2021

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Markenmeldung 30 2019 204 540.1**

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 29. September 2021 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Mittenberger-Huber, die Richterin Seyfarth und den Richter k. A. Posselt

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Das Wortzeichen

### **Skewb**

ist am 5. Februar 2019 zur Eintragung in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register für folgende Waren angemeldet worden:

Klasse 28: Puzzles; Spielzeug-Puzzles; Puzzlewürfel; Puzzlespiele; Spielzeug aus Kunststoff; Spielwaren, Spiele, Spielzeug und Kuriositäten; Spielzeug.

Mit Beschluss vom 13. Mai 2019 hat die Markenstelle für Klasse 28 des DPMA die Anmeldung wegen fehlender Unterscheidungskraft gem. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zurückgewiesen.

Sie ist der Auffassung, die angemeldete Wortmarke "Skewb" sei die Bezeichnung für ein würfelförmiges Drehpuzzle im Stil eines Zauberwürfels. Die von der Anmeldung beanspruchten Waren könnten solche Drehpuzzle sein oder diese umfassen. Es spiele dabei keine Rolle, dass unter die oberbegrifflichen Formulierungen „Spielzeug aus Kunststoff; Spielzeug; Spielwaren; Spiele, Spielzeug und Kuriositäten“ auch solche Gegenstände fielen, die keine würfelförmigen Drehpuzzles im Stil eines Zauberwürfels seien oder als solche bezeichnet werden könnten. Die hier relevanten Verkehrskreise, die sich für

würfelförmige Drehpuzzles im Stil eines Zauberwürfels interessierten, solche herstellten oder anböten, würden die Bezeichnung „Skewb“ zu deren Beschreibung kennen. Es sei ohne Belang für die Schutzfähigkeit des Begriffes „Skewb“, dass es sich hierbei möglicherweise um eine Wortschöpfung des Anmelders handele. Die Marke stelle - anders als ein Patent - kein Leistungsschutzrecht dar, bei dem der Erfinder für seine Leistung ein Verbotungsrecht zugesprochen bekomme. Daher sei es unerheblich, auf wen die Bezeichnung „Skewb“ zurückgehe, wer sie geschaffen oder sie zuerst in Deutschland benutzt habe. Die Anmeldung sei auch nicht deshalb schutzfähig, da die Bezeichnung bereits im Geschäftsverkehr eingesetzt werde.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Anmelders, mit der er ausdrücklich beantragt,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 28 aufzuheben, soweit die Markenmeldung „Skewb“ für die Ware „Spielwaren“ zurückgewiesen worden ist.

Er ist der Ansicht, dass es der angemeldeten Marke nicht an Unterscheidungskraft fehle. Das DPMA habe nicht dargelegt, inwiefern es sich bei dem gegenständlichen Zeichen um einen rein beschreibenden Hinweis handele. Der Begriff sei im Verkehr nicht bekannt. Es lasse sich aus ihm auch kein unmittelbar beschreibender Gehalt für ein Drehpuzzle erkennen. Es sei davon auszugehen, dass entgegen der Auffassung des DPMA nur ein sehr geringer Teil der Marktteilnehmer in Deutschland verstehe, was mit der Bezeichnung gemeint sein könne. Folglich sei es dem Verkehr auch nicht möglich, die gegenständliche Wortmarke als beschreibend wahrzunehmen. Das Verständnis von Händlern und Endverbrauchern sei durch das DPMA zudem nicht gewürdigt worden. Der von der Markenstelle vorgelegte Wikipedia-Eintrag verdeutliche lediglich, dass das Produkt „Skewb“ vom Beschwerdeführer erfunden und auf den Markt gebracht worden sei. Im Übrigen sei ein Wikipedia-Eintrag kein zuverlässiges Indiz für die Feststellung

des Verkehrsverständnisses. Das Zeichen sei auch nicht zu einer gebräuchlichen Bezeichnung für ein würfelförmiges Drehpuzzle im Stil eines Zauberwürfels geworden. Die vorgelegten Ausdrücke zeigten lediglich Verkaufsanzeigen des Produkts des Beschwerdeführers. Das Zeichen sei durch den Beschwerdeführer seit jeher markenmäßig benutzt worden. Händler würden es nur für dessen Produkte nutzen. Daher sei es in der Spielebranche eindeutig dem Beschwerdeführer zuzuordnen. Für das Anmeldezeichen bestehe auch kein Freihaltebedürfnis. Die Aussage des angemeldeten Zeichens sei nicht geeignet, um Spielzeug nach seiner Beschaffenheit oder sonstigen Merkmalen zu beschreiben.

Der Senat hat mit Hinweisen vom 5. September 2019 und 12. August 2021 Rechercheunterlagen übermittelt und dargelegt, dass er vorbehaltlich weiteren Vorbringens den Beschluss des DPMA für zutreffend erachte.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt, insbesondere die Hinweise des Senats vom 5. September 2019 und 12. August 2021, Bezug genommen.

## II.

Die nach §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 MarkenG zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

Der Eintragung des angemeldeten Wortzeichens **Skewb** als Marke steht hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Waren das absolute Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen. Die Markenstelle hat der angemeldeten Bezeichnung daher zu Recht die Eintragung versagt (§ 37 Abs. 1 MarkenG).

1. Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden, das die in Rede stehenden Waren und Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und diese Waren oder Dienstleistungen somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet (EuGH MarkenR 2012, 304 Rn. 23 – Smart Technologies/HABM [WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH]; GRUR 2010, 228 Rn. 33 – Audi AG/HABM [Vorsprung durch Technik]; GRUR 2008, 608 Rn. 66 f. – EUROHYPO; BGH GRUR 2018, 932 Rn. 7 – #darferdas?, GRUR 2018, 301 Rn. 11 – Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR 2016, 934 Rn. 9 – OUI; GRUR 2015, 173 Rn. 15 – for you; GRUR 2013, 731 Rn. 11 – Kaleido; GRUR 2012, 1143 Rn. 7 – Starsat).

Denn die Hauptfunktion der Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu gewährleisten (EuGH a. a. O. – Audi AG/HABM [Vorsprung durch Technik]; BGH a. a. O. – #darferdas?; a. a. O. – OUI). Da allein das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft ein Eintragungshindernis begründet, ist 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; a. a. O. – OUI). 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; a. a. O. Rn. 10 – OUI; a. a. O. Rn. 16 – for you; GRUR 2014, 872 Rn. 13 – Gute Laune Drops).

Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft zum relevanten Anmeldezeitpunkt (BGH GRUR 2013, 1143 Rn. 15 – Aus Akten werden Fakten) 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 der fraglichen Waren

oder Dienstleistungen abzustellen ist (EuGH GRUR 2006, 411 Rn. 24 – Matratzen Concord/Hukla; GRUR 2004, 943 Rn. 24 – SAT 2; BGH WRP 2014, 449 Rn. 11 – grill meister).

Ausgehend hiervon besitzen Wortzeichen dann keine Unterscheidungskraft, wenn ihnen die angesprochenen Verkehrskreise lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnen (EuGH GRUR 2004, 674, Rn. 86 – Postkantoor; BGH GRUR 2018, 932 Rn. 8 - #darferdas?, BGH GRUR 2012, 1143 Rn. 9 – Starsat; GRUR 2012, 270 Rn. 11 – Link economy) oder wenn diese aus gebräuchlichen Wörtern oder Wendungen der deutschen oder einer bekannten Fremdsprache bestehen, die vom Verkehr – etwa auch wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung – stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werden (BGH GRUR 2016, 934 Rn. 12 – OUI; GRUR 2014, 872 Rn. 21 – Gute Laune Drops; GRUR 2014, 569 Rn. 26 – HOT; GRUR 2012, 1143 Rn. 9 – Starsat; GRUR 2012, 270 Rn. 11 – Link economy; GRUR 2010, 640 Rn. 13 – hey!; GRUR 2009, 952 Rn. 10 – DeutschlandCard).

Darüber hinaus besitzen vor allem auch Zeichen keine Unterscheidungskraft, die sich auf Umstände beziehen, welche die beanspruchten Waren und Dienstleistungen zwar nicht unmittelbar betreffen, durch die aber ein enger beschreibender Bezug zu diesen hergestellt wird und deshalb die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Verkehr den beschreibenden Begriffsinhalt als solchen ohne Weiteres und ohne Unklarheiten erfasst und in der Bezeichnung nicht ein Unterscheidungsmittel für die Herkunft der angemeldeten Waren oder Dienstleistungen sieht (BGH GRUR 2018, 301 Rn. 15 – Pippi-Langstrumpf-Marke; GRUR 2014, 569 Rn. 10 – HOT; GRUR 2012, 1143 Rn. 9 – Starsat; GRUR 2009, 952 Rn. 10 – DeutschlandCard).

2. Diesen Anforderungen an die Unterscheidungskraft genügt das angemeldete Zeichen nicht.

a. Bei der Beurteilung des Verständnisses des angemeldeten Zeichens ist hinsichtlich der allein noch beschwerdegegenständlichen „Spielwaren“ in Klasse 28 auf das allgemeine Publikum, nämlich sowohl auf den Durchschnittsverbraucher als auch auf gewerbliche Kunden abzustellen. Diese werden in dem angemeldeten Wortzeichen wegen der darin enthaltenen Sachaussage keinen Hinweis auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen erkennen.

b. Das Einwortzeichen „Skewb“ bezeichnet ein würfelförmiges Drehpuzzle im Stil eines Zauberwürfels. Das bestreitet auch der Beschwerdeführer nicht. Er geht lediglich davon aus, dass nur „ein sehr geringer Teil der Marktteilnehmer“, nämlich Spielwarenhändler, wissen, was mit der Bezeichnung „Skewb“ gemeint ist.

Skewb ist eine Kombination der englischen Wörter „skew“, das mit „schief“ übersetzt wird (vgl. PONS, Onlinewörterbuch Englisch, <https://de.pons.com/%C3%BCbersetzung/englisch-deutsch/skew>), und „cube“, also Würfel (vgl. PONS, Onlinewörterbuch Englisch, <https://de.pons.com/%C3%BCbersetzung/englisch-deutsch/cube?bidir=1>). Selbst wenn das Wort Skewb ursprünglich eine Neuschöpfung gewesen sein mag, so beschreibt es mindestens seit 2014, also deutlich vor dem Anmeldezeitpunkt (05.02.2019), lediglich die Form eines Puzzles mit schräger Orientierung der Drehachsen (vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Skewb>). Seit dem 1. Januar 2014 ist Skewb eine eigene Disziplin der World Cube Association (WCA) im Speedcubing, also dem möglichst schnellen Lösen von Zauberwürfel-Puzzle-Rätseln im Rahmen von Meisterschaften (vgl. Anlage 1; Anlage 3; Bl. 45 + 55 d. A.).

Es gibt verschiedenste Arten von Skewb Cubes, zum Beispiel „Multi-Ebenen-Skewbs“, „Mini-Skewbs“, „Double-Skewbs“ oder 4-Layer Skewbs. *„So werden zahlreiche Varianten zur Familie der Skewb-Drehpuzzles gezählt“* (vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Skewb>; Bl. 17 d. A.).

Im Handel wird der Begriff „Skewb“ beschreibend als Unterrubrik zu „Zauberwürfel“ verwendet und in den konkreten Angeboten mit Zusätzen unter anderem hinsichtlich diverser Hersteller versehen, wie „MF8 Elite 4-Layer Skewb Magic Cube“, „QiYi X Dino Skewb Stickerless Magic Cube“, „LanLan Skewb Diamond Magic Cube“ und „TOYESS Zauberwürfel Skewb Stickerless“ (Bl. 46 d. A.). Auch werden entsprechende Produkte des Beschwerdeführers beispielsweise mit „M... Hollow Skewb Cube“, „M... Skewb Xtreme“ oder „M... Ghost Cube Xtreme“ (Bl. 19 d. A.) bezeichnet.

Weitere beschreibende Verwendungen ergeben sich aus den mit den Hinweisen vom 5. September 2019 und 12. August 2021 übermittelten Anlagen. So ist z. B. unter <https://www.cubeless.de/skewb-loesen> zu lesen *„Der Skewb zählt definitiv zu den beliebtesten Arten von Drehpuzzles und ist seit 2014 an WCA-Turnieren zugelassen. Ob du nun gerade erst lernst einen Skewb zu lösen oder bereits einiges an Übung hast: Wir verschaffen dir hier einen Überblick über die verschiedenen Skewb-Lösungsmethoden.“*

Soweit der Beschwerdeführer beanstandet, dass die Recherche des DPMA ausschließlich auf Fundstellen in Wikipedia-Einträgen beruht, kann dahingestellt bleiben, ob auch ein einzelner Wikipedia-Eintrag ausreichend aussagekräftig ist, um darauf die Annahme fehlender Unterscheidungskraft zu stützen. Die Recherche des Senats ist deutlich umfassender und geht über Einträge bei Wikipedia hinaus.

c. Für die Annahme fehlender Unterscheidungskraft ist im Übrigen weder ein lexikalischer Nachweis erforderlich noch, dass die Angabe bereits im Verkehr geläufig ist oder verwendet wird. Auch ist es hierfür unerheblich, ob es sich um eine Wortneuschöpfung handelt (vgl. EuGH GRUR 2004, 146 Rn. 32 – Doublemint; GRUR 2004, 680 Rn. 38 – BIOMILD; Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Auflage, § 8 Rn. 222). Die Markenstelle hat zutreffend festgestellt, dass es im Registerverfahren keine Rolle spielt, ob der Beschwerdeführer das Anmeldezeichen selbst erfunden, lediglich übernommen oder als erster im geschäftlichen Verkehr verwendet hat. Der Aspekt der „Neuheit“ bzw.

„erfinderischen Tätigkeit“ spielt im Markenrecht – anders als im Patentrecht – keine Rolle, da es zur Beurteilung der Schutzfähigkeit eines Zeichens lediglich auf die Unterscheidungskraft bzw. das Freihaltebedürfnis ankommt (vgl. BGH GRUR 2003, 436, 439 – Feldenkrais; BPatG, Beschluss vom 05.02.2020, 29 W (pat) 516/17 – Keramik komplett; Beschluss vom 14.05.2019, 25 W (pat) 76/17 – Paletas Berlin; Beschluss vom 30.04.2014, 29 W (pat) 113/11 – Schichtenmodell der Integration). Dies gilt auch für Zeichen, die entweder von vornherein sprachüblich gebildet sind, oder sich nachträglich – wie hier – zu Sachaussagen entwickelt haben. Ebenso ist es nicht erheblich, dass der Beschwerdeführer das Zeichen erstmals im geschäftlichen Verkehr verwendet hat (vgl. auch Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 8 Rn. 149 ff.).

d. Auch die Beschränkung der Beschwerde auf „Spielwaren“ verhilft ihr nicht zum Erfolg. Der Beschwerdeführer hat damit zwar in der Beschwerde auf die weitere Schutzfähigkeitsprüfung in Bezug auf ursprünglich beanspruchte und zurückgewiesene Waren wie „Spielzeug-Puzzles, Puzzlewürfel; Puzzlespiele etc.“ verzichtet. Das als „Skewb“ bezeichnete Drehpuzzle ist jedoch ein derartiges Spielzeugpuzzle und fällt unter den Oberbegriff „Spielwaren“. Für die Zurückweisung einer Anmeldung für einen weiten Oberbegriff ist bereits ausreichend, wenn das Zeichen nur für einzelne darunterfallende Waren schutzunfähig ist (vgl. u. a. BGH GRUR 2002, 261, 262 – AC).

e. Soweit der Beschwerdeführer vorträgt, insbesondere Händler der Spielwarenbranche würden die Bezeichnung ausschließlich markenmäßig für seine Produkte nutzen und das Zeichen daher nur als Hinweis auf ihn auffassen, sprechen die durch den Senat ermittelten Recherchebelege gegen diese Behauptung. Wie oben (unter 2b) dargelegt, gibt es diverse Hersteller, die ihre Drehwürfel ebenfalls „Skewb“ nennen. In seiner Stellungnahme ist der Beschwerdeführer nicht auf die vom Senat zusätzlich übermittelten Unterlagen eingegangen, die diese Annahme anschaulich widerlegen.

Sofern die oben erwähnte Behauptung auf eine mögliche Verkehrsdurchsetzung im Sinne von § 8 Abs. 3 MarkenG abzielen sollte, fehlt es bereits an einer Anfangsglaubhaftmachung hierfür. Es ist Sache des Beschwerdeführers, die Möglichkeit einer Verkehrsdurchsetzung zunächst schlüssig darzulegen und sodann glaubhaft zu machen. Vortrag und Nachweise müssen sich dabei auf konkrete Waren und Dienstleistungen beziehen. Insoweit ist ein Sachvortrag erforderlich, aus dem sich ergibt, von wem in welcher Form, in welchem Umfang, Zeitraum und Gebiet das Zeichen „als Marke“ benutzt worden ist. Geeignete Belege sind insbesondere Kataloge, Werbematerialien sowie Angaben über bisher erzielte Umsätze und Werbeaufwendungen (Ströbele in Ströbele/ Hacker/Thiering a. a. O., § 8 Rn. 779). Hier fehlt es – auch nach ausdrücklichem Hinweis des Senats im Ladungszusatz vom 12. August 2021 - sowohl an einem schlüssigen Vortrag als auch an entsprechenden Unterlagen.

3. Da schon das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG vorliegt, kann dahinstehen, ob die angemeldete Bezeichnung darüber hinaus gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG für die fragliche Ware Freihaltungsbedürftig ist.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Beschluss steht den am Beschwerdeverfahren 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, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe durch eine beim Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwältin oder durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt schriftlich einzulegen.

Dr. Mittenberger-Huber

Seyfarth

Posselt