



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 548/19

(AktENZEICHEN)

Verkündet am
29. September 2021

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2019 204 550.9

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

Megaminx

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; Spielzeug; Spielwaren, Spiele, Spielzeug und Kuriositäten.

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 "Megaminx" sei die Bezeichnung für ein Drehpuzzle in Form eines Dodekaeders, also eines Würfels mit zwölf Seiten. Die von der Anmeldung beanspruchten Waren könnten solche Drehwürfelpuzzles 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 Drehwürfelpuzzles seien oder als solche bezeichnet werden könnten. Die hier relevanten Verkehrskreise, die sich für würfelförmige Drehwürfelpuzzle

interessierten, solche herstellten oder anböten, würden die Bezeichnung „Megaminx“ zu deren Beschreibung kennen. Es sei ohne Belang für die Schutzfähigkeit des Begriffes „Megaminx“, 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 „Megaminx“ 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 „Megaminx“ 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 Drehwürfelpuzzle 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 „Megaminx“ 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 dodekaederförmiges Drehwürfelpuzzle 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 erachtet.

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 **Megaminx** als Marke steht hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Ware 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 „Megaminx“ bezeichnet ein mechanisches, dreidimensionales Geduldsspiel mit einer Höhe von ca. acht und einer Kantenlänge von ca. drei Zentimetern und ist vergleichbar mit dem Zauberwürfel und mehr noch mit dem Alexander's Star. Der Megaminx ist ein regelmäßiges Dodekaeder mit zwölf Seitenflächen in Form von regelmäßigen Fünfecken. Jede der Seitenflächen ist durch ein pentagrammähnliches Sternmuster in elf Segmente unterteilt, die pro Seitenfläche die gleiche Farbe tragen (vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Megaminx>; <https://de.wikipedia.org/wiki/Speedcubing>, Anlage 1, Bl. 16 d. A.). 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 „Megaminx“ gemeint ist.

Es gibt verschiedenste Arten von Megaminx-Geduldsspielen, z. B. 2x2, 3x3, 12x12 Megaminx etc. (Bl. 58 d. A.). Der Megaminx ist zudem seit mindestens 2003 eine eigene Disziplin der World Cube Association (WCA) im Speedcubing (vgl. https://www.speedsolving.com/wiki/index.php/List_of_World_Records/Megaminx; Anlage 3, Bl. 21 und Bl. 63 d. A.).

Im Handel wird der Begriff „Megaminx“ beschreibend als Unterrubrik zu „Zauberwürfel“ verwendet und in den konkreten Angeboten mit Zusätzen unter anderem hinsichtlich diverser Hersteller versehen, wie „Coogam Stickerless 3x3 Megaminx“, „Coolzon Zauberwürfel Megaminx Speed Cube“, „Cubikon Speed Cube Megaminx Ultimate V2“, „TOYESS Zauberwürfel Megaminx Cube 3x3“, „ROXENDA Megaminx Zauberwürfel“, „JQGO Zauberwürfel Megaminx“ (Bl. 43 f., 58 ff. d. A.). Auch werden entsprechende Produkte des Beschwerdeführers beispielsweise mit

„M...Megaminx“ oder „M... Challenge MEGAmix““ (Bl. 62 und 51 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. bereits 2012 unter <https://www.ellisblog.de/2012/11/anleitung-die-loesung-des-megaminx/>, (Bl. 50 ff. d.A.) zu lesen *„Um den Megaminx zu erlernen benötigt man die Grundkenntnis des normalen Rubiks Cube 3x3x3.“*. Unter <https://www.cubeless.de/megaminx>, (Bl. 59 d.A.) findet sich *„Megaminx: Drehpuzzles mit zwölf Flächen. Mit insgesamt 50 beweglichen Teilen ist der Megaminx deutlich komplexer als der 3x3 Cube mit lediglich 20. Das Drehpuzzle hat die Form eines Dodekaeders, also einem Körper mit insgesamt 12 Flächen bestehend aus Fünfecken. Wenn du also deine Gehirnzellen etwas fordern möchtest, dann ist ein Megaminx aus unserem Online-Shop definitiv die richtige Wahl für dich.“*. Unter dieser Überschrift werden dann Megaminx-Zauberwürfel von verschiedensten Herstellern angeboten.

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 (Nr. 32) – Doublemint; EuGH GRUR 2004, 680 (Nr. 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. Der als „Megaminx“ bezeichnete Zauberwürfel ist jedoch als Drehpuzzle 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 „Megaminx“ 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