



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 40/20

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2016 109 726.4

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 22. Mai 2023 unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin Kortge sowie der Richter Kätker und Dr. von Hartz

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Wortfolge

BASALT BRÄU

ist am 26. Oktober 2016 unter der Nummer 30 2016 109 726.4 zur Eintragung als Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register für Waren der Klassen 32, 33 und 43 angemeldet worden.

Mit Beschlüssen vom 18. Mai 2017 und 30. März 2020, von denen letzterer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, hat die Markenstelle für Klasse 32 des DPMA die Anmeldung wegen fehlender Unterscheidungskraft und Freihaltebedürftigkeit gemäß §§ 37 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG teilweise zurückgewiesen, nämlich für die Waren und Dienstleistungen der

Klasse 32: Biere;

Klasse 43: Dienstleistungen zur Verpflegung.

Zur Begründung hat sie ausgeführt, das Anmeldezeichen setze sich aus den beiden Bestandteilen „BASALT“ und „BRÄU“ zusammen. Der Begriff „Basalt“ bezeichne ein dunkles Ergussgestein, das hauptsächlich im Straßen- und Molenbau zum Einsatz komme. Es könne aber auch beim Steinbierbrauverfahren Verwendung finden, bei dem das Brauen unter Zugabe von erhitzten Steinen, vornehmlich Granit oder Basalt erfolge, um die Würze damit zu kochen. Das Wort „Bräu“ sei im Wesentlichen im süddeutschen und österreichischen Raum mit der Bedeutung „Bier“ verbreitet und werde ansonsten eher im Sinne einer „Brauerei“ verstanden. Das Anmeldezeichen werde vom Verkehr entweder als ein im Steinbierbrauverfahren mit Basaltstei

nen hergestelltes Bier oder als Brauerei, die mit Basaltsteinen braut, verstanden. Wie eine Internetrecherche ergeben habe, seien bereits zum Anmeldezeitpunkt die mit „Basaltbräu“ bedeutungsgleichen Begriffe „Basaltbier“, „Basaltbock“ und „Granitbier“ verwendet worden. Die angemeldete Wortfolge bezeichne daher die Art und Beschaffenheit der beanspruchten Biere, indem sie darauf hinweise, dass diese im Steinbrauverfahren mit Basaltsteinen hergestellt und dadurch geschmacklich beeinflusst würden, oder dass sie von einer Brauerei stammten, die das Steinbrauverfahren mit Basaltsteinen anwende. Die angemeldeten Verpflegungsdienstleistungen könnten mittels dieser Getränke erbracht werden. Über diesen beschreibenden Sinngehalt hinaus könne dem Anmeldezeichen kein Hinweis auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen entnommen werden. Entgegen der Ansicht der Anmelderin sei für das Verständnis als rein sachbezogene Angabe kein extremes, beim Durchschnittsverbraucher nicht vorhandenes Spezialwissen Voraussetzung. Denn der Verkehr sei durch die sog. Craftbeer-Bewegung an verschiedenste neuartige Brauverfahren und Geschmacksrichtungen sowie an das Wiederaufleben alter Brauverfahren wie dem Steinbierbrauverfahren gewöhnt, so dass er der Wortbildung von „Bräu“ mit einem vorangestellten Sachbegriff wie hier „Basalt“ lediglich eine sachbezogene Bedeutung beimessen werde. Die von der Anmelderin angeführten Voreintragungen mit dem Bestandteil „Bräu“ enthielten im Gegensatz zum vorliegenden Fall keinen Hinweis auf ein Steinbrauverfahren.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin. Sie ist der Ansicht, das Anmeldezeichen sei ein origineller, kurzer und prägnanter Gesamtbegriff ohne Sachaussage über die zurückgewiesenen Waren und Dienstleistungen. Eine Bier-sorten namens „Basaltbier“ existiere nicht. „Bräu“ sei außerhalb Süddeutschlands und Österreichs nur ein Synonym für Brauerei, wie die Beispiele „Löwenbräu“, „Hackerbräu“, „Franziskaner-Bräu“, „Herrnbräu“ und „Hofbräu“ zeigten. Dieser Auffassung folge offenbar auch der 26. Senat des BPatG in seinen Entscheidungen zu

„Maxl Bräu“ (26 W (pat) 93/09 – Maxl Pilsener/Maxl Bräu/Maxl) und „Wilhelmsbader Hofbräu“ (26 W (pat) 558/11). Lediglich am Wortanfang werde „Bräu“ im Sinne von Bier verwendet, wie beispielsweise bei den Kombinationen „Bräu-Rosl“ oder „Bräustüberl“. Beim Steinbierbrauverfahren, das Anfang des 20. Jahrhunderts fast gänzlich verschwunden war und bei dem eine spezielle Granitart und üblicherweise keine Basaltsteine eingesetzt würden, handele es sich um extremes Spezialwissen, das beim Durchschnittsverbraucher nicht vorhanden sei. Der Duden enthalte keine Eintragung zu „Steinbier“. Daher verstehe er das Anmeldezeichen als Hinweis auf die Herkunft aus einer bestimmten Brauerei. Die zurückgewiesenen Waren und Dienstleistungen richteten sich an den normalen Endverbraucher, der Bier regelmäßig im Supermarkt, beim Getränkehändler oder am Kiosk kaufe bzw. dieses zum Verzehr direkt vor Ort in Restaurants, Cafés oder Bars bestelle und nicht an ein Fachpublikum. Das historische Steinbierbrauverfahren sei sehr zeit- und kostenintensiv und für eine Massenherstellung ungeeignet, so dass lediglich Bierhersteller und Braumeister dieses kennen würden. Selbst in der Craftbeer-Bewegung stellten Steinbiere eine absolute Seltenheit dar. Zudem treffe der Konsument seine Kaufentscheidung nicht nach dessen Herstellungsprozess, sondern vornehmlich nach Art des Biers und dem damit verbundenen Geschmack. Der Begriff „Basaltbräu“ sei lexikalisch nicht nachweisbar und finde sich auch nicht in den wenigen Recherchebelegen der Markenstelle, die allesamt aus dem regional begrenzten Gebiet Röhn/Unterfranken/Oberpfalz stammten und in denen nur von „Basaltbier“ und „Basaltbock“ gesprochen werde, die auch wegen der getrennten Schreibweise nicht mit „BASALT BRÄU“ gleichgesetzt werden könnten. Die Anmelderin verweist auf 20 als Marke für überwiegend dieselben Klassen eingetragene vergleichbare Wortkombinationen mit dem nachgestellten Bestandteil „Bräu“. Wegen der Einzelheiten wird auf die Seiten 4 und 5 des Schriftsatzes vom 21. Februar 2017 Bezug genom-

Steiner

men. Noch 2006 sei die Marke **Steinbier** (305 673 343) u. a. für Bier eingetragen worden. Die registrierte Wortmarke „Felsenbräu“ (30 404 547) nehme ebenfalls

deutlich auf Gestein Bezug. Ein Freihaltebedürfnis sei zu verneinen, weil den Konkurrenten die Begriffe „Basaltbier“ und „Basaltbock“ zur Verfügung stünden.

Die Anmelderin beantragt sinngemäß,

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 32 des DPMA vom 18. Mai 2017 und 30. März 2020 aufzuheben.

Mit gerichtlichen Schreiben vom 26. Januar 2022 und 28. Juli 2022 ist die Beschwerdeführerin unter Beifügung von Recherchebelegen (Anlagenkonvolute 1 bis 4c, Bl. 26 – 60 GA; Anlagen(konvolute) 4d bis 35, Bl. 91 - 178 GA) auf die Schutzunfähigkeit des Anmeldezeichens hingewiesen worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

Der Eintragung der angemeldeten Wortfolge „**BASALT BRÄU**“ als Marke stehen für die zurückgewiesenen Waren und Dienstleistungen der Klassen 32 und 43 die Schutzhindernisse der Freihaltebedürftigkeit nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG und der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen. Die Markenstelle hat die Anmeldung daher zu Recht zurückgewiesen (§ 37 Abs. 1 MarkenG).

1. a) Nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG sind von der Eintragung Marken ausgeschlossen, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geographischen Herkunft, der Zeit der Herstellung der Waren oder der Erbringung der Dienstleistungen oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen dienen können. Diese Bestimmung verfolgt das im Allgemeininteresse liegende Ziel, dass Zeichen oder Angaben, die ein Merkmal oder mehrere Merkmale der beanspruchten Waren oder Dienstleistungen beschreiben, von allen Wirtschaftsteilnehmern, die solche Waren oder Dienstleistungen anbieten, frei verwendet werden können und nicht aufgrund ihrer Eintragung als Marke einem Unternehmen vorbehalten werden (EuGH GRUR 2011, 1035 Rdnr. 37 – Agencja Wydawnicza Technopol/HABM [1000]; BGH WRP 2021, 1166 Rdnr. 13 f. – Black Friday; GRUR 2017, 186 Rdnr. 38 – Stadtwerke Bremen).

Ein Freihaltebedürfnis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG setzt nicht voraus, dass die Zeichen und Angaben nach dem zum Zeitpunkt der Anmeldung bestehenden Verkehrsverständnis bereits tatsächlich zur Beschreibung von Merkmalen der beanspruchten Waren oder Dienstleistungen verwendet werden. Wie sich aus dem Wortlaut der Bestimmung ergibt, genügt es, dass die Zeichen oder Angaben diesem Zweck dienen können. Ein Freihaltebedürfnis liegt deshalb auch vor, wenn die Benutzung der angemeldeten Marke als Sachangabe noch nicht zu beobachten ist, eine solche Verwendung aber jederzeit in Zukunft erfolgen kann (vgl. EuGH GRUR 2010, 534 Rdnr. 52 – Prana Haus/HABM [PRANAHAUS]; GRUR 2004, 146 Rdnr. 32 – Wrigley/HABM [Doublemint]; GRUR 2004, 680 Rdnr. 38 – Campina Melkunie/Benelux-Merkenbureau [BIOMILD]; BGH a. a. O. – Black Friday; a. a. O. Rdnr. 42 – Stadtwerke Bremen).

Ob ein Zeichen oder eine Angabe beschreibend ist, bestimmt sich nach dem Verständnis der Verkehrskreise, die als Abnehmer oder Interessenten der betroffenen Waren oder Dienstleistungen in Betracht kommen (vgl. EuGH, GRUR 1999, 723

Rdnr. 29 – Windsurfing Chiemsee [Chiemsee]; BGH a. a. O. Rdnr. 14 – Black Friday; GRUR 2009, 669 Rdnr. 16 – POST II). Dabei ist auf das Verständnis des Handels und/oder des normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers als maßgebliche Verkehrskreise zum Anmeldezeitpunkt abzustellen (vgl. EuGH GRUR 2006, 411 Rdnr. 24 – Matratzen Concord/Hukla; GRUR 2004, 682 Rdnr. 23 - 25 – Bostongurka; a. a. O. – Windsurfing Chiemsee [Chiemsee]; BGH a. a. O. Rdnr. 19 – Black Friday; a. a. O. – Stadtwerke Bremen).

b) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe ist das angemeldete Wortzeichen „**BASALT BRÄU**“ aus Sicht breiter inländischer Verkehrskreise schon zum Anmeldezeitpunkt, dem 26. Oktober 2016, geeignet gewesen, die Beschaffenheit der zurückgewiesenen Waren der Klasse 32 und den Gegenstand der versagten Dienstleistungen der Klasse 43 unmittelbar zu beschreiben.

aa) Die von den vorgenannten Waren und Dienstleistungen angesprochenen breiten Verkehrskreise sind sowohl der normal informierte, angemessen aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher als auch der Getränkefachhandel sowie der Gastronomiefachverkehr (vgl. ständige Rspr.: BPatG 26 W (pat) 514/21 – Ei, Ei, Ei, Ei, Ei; 26 W (pat) 56/20 – Brauhaus Garmisch; 26 W (pat) 1/20 – Familienwein; 26 W (pat) 504/19 – Mauerblümchen; 26 W (pat) 508/19 – Ulmer Hell; 26 W (pat) 513/18 – Popcorn; 26 W (pat) 554/18 – HERZBLATT; 26 W (pat) 541/16 – Schwaben Bräu; 27 W (pat) 32/16 – KAISERWIN/Kaiserdome/Kaiserdome Bier; 26 W (pat) 25/14 – Bro Secco; 26 W (pat) 28/12 – Destillationsapparat/Destillationsapparat).

aaa) Sowohl die zurückgewiesenen (Fertig-)Produkte „*Biere*“ der Klasse 32 als auch die „*Dienstleistungen zur Verpflegung*“ der Klasse 43 richten sich an den Durchschnittsverbraucher.

(1) Dieser ist nicht als eine Gesamtheit tatsächlicher Personen zu verstehen, deren Verständnis möglicherweise empirisch ermittelt werden könnte, sondern eine normative Kunstfigur, die dazu dient, die Interessen der Marktakteure angemessen zu berücksichtigen und in einen Ausgleich zu bringen. Dies ist ohne eine wertende richterliche Beurteilung nicht möglich, so dass es sich um eine Rechtsfrage handelt, die einer Beweiserhebung nicht zugänglich ist.

(2) Der Senat kann das Verständnis des Durchschnittsverbrauchers selbst feststellen, weil seine Mitglieder zu dem angesprochenen Verkehrskreis gehören. Die Zugehörigkeit der Tatrichter zum für die Beurteilung maßgeblichen Verkehrskreis führt dazu, dass es im Allgemeinen keines durch eine Meinungsumfrage untermauerten Sachverständigengutachtens zur Ermittlung des Verkehrsverständnisses bedarf (vgl. BGH GRUR 2019, 522 Rdnr. 33 – SAM; 2016, 83 Rdnr. 52 – Amplidect/ampliteq; GRUR 2012, 215 Rdnr. 14 – Zertifizierter Testamentsvollstrecker; BGHZ 194, 314 Rdnr. 32 – Biomineralwasser; Urt. v. 14. Januar 2010 - I ZR 82/08 Juris-Tz. 23 – CCCP; BGHZ 156, 250, 255 – Marktführerschaft).

bbb) Obwohl Biere zu den Produkten des täglichen Lebens zählen, kommt es entgegen der Ansicht der Anmelderin nicht allein auf das Verständnis des Durchschnittsverbrauchers an.

(1) Denn für die Beurteilung der Frage, ob einem Zeichen die Unterscheidungskraft fehlt oder ob es die Waren oder Dienstleistungen beschreibt, ist nach der maßgeblichen Rechtsprechung des EuGH auf das Verständnis des Handels und/oder des

normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers als maßgebliche Verkehrskreise abzustellen (vgl. EuGH GRUR 2006, 411 Rdnr. 24 – Matratzen Concord/Hukla; GRUR 2004, 682 Rdnr. 23 - 25 – Bostongurka; GRUR 1999, 723 Rdnr. 29 – Windsurfing Chiemsee [Chiemsee]).

(2) Biere und Brauereiprodukte werden auch vom Getränkefachhandel und von Gastronomiebetreibern nachgefragt, weil sie diese Waren selbst einkaufen und für den Weiterverkauf oder die Veräußerung an den Endkunden anbieten.

(3) Auch bei diesen Fachkreisen kommt es nicht auf das Verständnis einzelner konkreter Personen an, die diesem Kreis zuzurechnen sind, sondern auf den Durchschnittsadressaten, weil auch der Fachverkehr eine normative Kunstfigur darstellt. Auch in diesem Fall hat die tatrichterliche Feststellung eines bestimmten Verkehrsverständnisses stets unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls im Wege einer juristischen Bewertung der auffindbaren Nachweise zu erfolgen (BPatG 25 W (pat) 10/16 – Sallaki; Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl., § 8 Rdnr. 49; Ingerl/Rhonke, MarkenG, 4. Aufl., § 14 Rdnr. 455). Das erforderliche Erfahrungswissen kann das Gericht grundsätzlich auch in einem solchen Fall haben (BGH GRUR 2014, 1211 Rdnr. 19 – Runes of Magic II). Denn die eigene Sachkunde kann sich aus der beruflichen Tätigkeit des Richters als Mitglied eines für den gewerblichen Rechtsschutz zuständigen Spezialspruchkörpers ergeben (BGH GRUR 2013, 1052 Rdnr. 29 – Einkaufswagen III; GRUR 1976, 698, 699 – MAHAG). Der hiesige Senat, dem die Leitklasse 32 seit Jahrzehnten zur Entscheidung zugewiesen ist, und dessen Mitglieder seit Jahren mit Brauereiprodukten befasst sind, hat aufgrund seiner besonderen Erfahrung die erforderliche Sachkunde erworben, um das Verkehrsverständnis der vorgenannten Fachkreise selbst beurteilen zu können. Er stützt sich zudem bei der Bestimmung des Verkehrsverständnisses auf umfangreiche Recherchebelege.

bb) Das Anmeldezeichen setzt sich aus den Bestandteilen „BASALT“ und „BRÄU“ zusammen.

aaa) Das Substantiv „BASALT“ bezeichnet ein dunkles Ergussgestein (<https://www.duden.de/rechtschreibung/Ergussgestein>; BPatG 30 W (pat) 10/91 – my basalt), das besonders im Straßen- und Molenbau verwendet wird, bzw. ein schwärzliches Vulkangestein in charakteristischen säulenförmigen Absonderungen (Anlagenkonvolut 1 zum ersten gerichtlichen Hinweis; alle im Folgenden genannten Anlagen(konvolute) sind solche zu den Senatshinweisen).

bbb) Das Nomen „BRÄU“ stammt vom mittelhochdeutschen „briuwe“ für „Brauen, Gebrautes“ ab und bedeutet sowohl „Bier“, „Brauerzeugnis“, „gebrautes Getränk“, „mit einem Mal gebraute Biermenge“ als auch „Brauerei“, „Brauhaus“, „Schenke“, „brauereieigene Gastwirtschaft“ (Anlagenkonvolut 1; BPatG 26 W (pat) 541/16 – Schwaben Bräu). Der 26. Senat hat bereits in den beiden jüngeren Entscheidungen zum Wortzeichen „Schwaben Bräu“ (26 W (pat) 507/14 und 541/16) festgestellt, dass „Bräu“ entweder „Bier“ oder „Brauerei“ bedeutet. Damit sind die Beschlüsse des 26. Senats von 2009 und 2012 zu „MAX Pilsener/Maxl Bräu/Maxl“ (26 W (pat) 93/09) und „Wilhelmsbader Hofbräu“ (26 W (pat) 558/11), in denen der Eindruck entstanden sein kann, dass „Bräu“ nur im Sinne von Brauerei verstanden wird, überholt. Der Begriff „Bräu“ ist vielmehr schon lange vor dem Anmeldetag, dem 26. Oktober 2016, nicht nur im süddeutschen Raum oder in Österreich, sondern auch bundesweit für das gebraute Getränk bzw. Bier verwendet worden, wie die Internetrecherche des Senats gezeigt hat:

- „Klosterbier kommt jetzt aus Eibau – Das neue Produkt heißt St. Marienthaler Klosterbräu. ...“ (30.07.2008, www.saechsische.de, Anlagenkonvolut 4b);
- „Passend zur Jahreszeit – Rogg´s Winterbräu ist wieder da ...“ (26. November 2012, www.brauerei-rogg.de, Anlagenkonvolut 4c);

- „Allgäuer Büble Edelbräu ... Im Angebot von Amazon.de seit 7. Juli 2015 ...“ (<https://www.amazon.de/Allg%C3%A4uer-B%C3%BCble-Mehrweg-20-0-5/dp/B0114ST8F4>, Anlage 30);
- „Fürstenberg Edelbräu ... Das „Edelbräu“ der Donaueschinger Fürstlich Fürstenbergischen Brauerei bildet eine äußerst zurückhaltende Schaumkrone, ...“ (28. Juli 2010, <https://weinfachberater.derultes.de/2010/07/28/fuerstenberg-edelbraeu-fuerstlich-fuerstenbergische-brauerei-donaueschingen/>, Anlage 31);
- „Lenzkircher Winterbräu ... Der Winterbräu hat einen kräftig würzigen Geschmack ... (3. Dezember 2010, https://www.brauerei-rogg.de/01_aktuell_101203_01.html, Anlage 32);
- „RANK-A-Bier: die besten Biere 2015 sind nachhaltig ... Bestes Beispiel dafür ist Neumarkter Lammsbräu, das im Bier-Ranking 2015 als klarer Sieger abschneidet ...“ (21. August 2015, <https://utopia.de/bier-ranking-2015-nachhaltig-5040/>, Anlage 33);
- „Panter-Bräu – die taz macht Bier! ... handwerklich gebraut von Flessa Bräu in Berlin-Friedrichshain entstand ein naturtrübes, wunderbar süffiges Vollbier ...“ (1. Juli 2015, <https://taz.de/01072015/!160724/>, Anlage 34);
- „Kein Bier mehr aus Contwig ... Seit diesem Jahr wird dort kein „Wentzler-Bräu“ mehr produziert. Stattdessen bezieht Wasgau nun Bier von der Pirmasenser Kleinbrauerei Kuchem. Es soll Mitte nächster Woche als „Wasgau-Bräu“ in die Regale der Märkte kommen. ... (15. Januar 2016, https://www.rheinpfalz.de/lokal/kreis-suedwestpfalz_artikel,-kein-bier-mehr-aus-contwig-_arid,508845.html, Anlage 35);

- „Die Augustiner-Bräu Wagner KG ist die älteste noch bestehende Brauerei in München. Augustiner-Bräu ist gleichzeitig der Markenname der dort produzierten Biere (<https://de.wikipedia.org/wiki/Augustiner-Bräu>).

cc) In der Gesamtheit kommen der angemeldeten Wortfolge die Bedeutungen „Basaltbier“, „Basaltbrauerei/brauhaus“ oder „mit dunklem Vulkangestein gebrautes Getränk/Brauerzeugnis“ zu.

cc) Die sprachüblich zusammengesetzte Wortfolge „BASALT BRÄU“ hat daher aus Sicht aller beteiligten Verkehrskreise bereits zum Anmeldezeitpunkt, dem 26. Oktober 2016, darauf hingewiesen, dass die so gekennzeichneten Biere im Steinbrauverfahren unter Einsatz von Basaltsteinen hergestellt worden sind bzw. dass derart produzierte Biere Gegenstand der in Rede stehenden Bewirtungsdienstleistungen sind. Denn aufgrund der allgemeinen Berichterstattung ist das sog. Steinbierbrauverfahren nicht nur den Fachkreisen, sondern auch einem erheblichen Teil der Endverbraucher schon vor dem maßgeblichen Anmeldezeitpunkt bekannt gewesen.

aaa) Bei der „Brautechnik mit Steinen“ bzw. beim sog. Steinbierbrauen wird die Maische, auch Würze, mittels heißer Steine erhitzt. Nach dem Abkühlen kommen die Steine, an denen die Zuckerstoffe der Maische karamellisiert sind, zusammen mit dem Sud in den Gärbottich. Dort wird der an den Steinen karamellierte Zucker wieder gelöst und anschließend vergoren. Der karamellierte Zucker führt zu einem malzig-runden Geschmack. In Zeiten, bevor es feste Metallgefäße und Sudpfannen gab, waren glühende Steine die einzige Möglichkeit, größere Flüssigkeitsmengen zu erhitzen. Noch bis zum 20. Jahrhundert braute man in Kärnten und der Steiermark nach diesem Verfahren. Obwohl die Technik durch die Einführung von Kupferkesseln überflüssig geworden war, wurde sie wegen ihrer Wirkung auf den Geschmack beibehalten (vgl. www.kochwiki.org/wiki/Bier:Steinbier, Anlage 20; <https://www.tz.de/muenchen/stadt/tz-serie-geheimnis-steinbiers-451851.html>,

23.08.2009, Anlage 22; Jackson, BIER INTERNATIONAL, 1994, S. 239, Anlage 4e; Online-Lexika-Einträge zu „Steinbier“, Anlagenkonvolut 4i).

bbb) 2007 begann das Familien-Brauhaus Leikeim aus Altenkunstadt in Oberfranken wieder mit der Steinbierherstellung. Über diese Steinbierbrauerei wurde sowohl in der allgemeinen Presse als auch in Foren fachlich interessierter Bierkonsumenten vor dem Anmeldezeitpunkt berichtet:

- „Steinbier original des Brauhauses Leikeim“ – Eigentlich wollte ich bei meinem heutigen Kurztrip nach Herzogenaurach mal ein Bier der Brauerei Heller mitbringen. Doch wie ich so durch den Einkaufsmarkt bummle um noch was zu besorgen, kann ich meine Augen nicht von dieser Flasche lösen. Allmählich, was is des. Ein Steinbier! Das Brauhaus Leikeim braut ja richtig interessante Biere! ...“ (<https://www.blog-ums-bier.de/2009/05/steinbier-original-des-brauhauses-leikeim/>, Mai 2009, Anlage 6);
- „tz-Serie: Das Geheimnis des Steinbiers – Eines der ältesten Brauverfahren der Welt drohte in Vergessenheit zu geraten – im oberfränkischen Altenkunstadt lässt die Brauerei Leikeim es wieder aufleben (<https://www.tz.de/muenchen/stadt/tz-serie-geheimnis-steinbiers-451851.html>, 23. August 2009, Anlage 22);
- „Brauerei Leikeim/Altenkunstadt: Steinbier (Nr. 4) ... Last but not least: Der ProBier-Club (www.bierclub.de) wählte das Steinbier zum Bier des Jahres 2010. Wenn das mal kein Happy-End einer langen Odyssee ist.“, (<https://bier-scout.de/brauerei-leikeimaltenkunstadt-steinbier-nr-4/>, 13. Januar 2011, Anlage 18);
- „Geschaffen durch Feuer und Stein“ ... Den Anfang unserer Serie „Auf ein Bier“ über Biere im Landkreis Lichtenfels macht ein Bier aus einer der bekanntesten Brauereien im Landkreis, das Steinbier des Familienbrauhauses

Leikeim in Altenkunstadt (Obermain Tagblatt vom 22. Januar 2016, <https://www.obermain.de/lokal/lichtenfels/art2414,386289>, Anlage 23);

- Am 3. März 2012 zeigte ein Film des Bayerischen Rundfunks unter dem Titel „Steinbier und Kirschmännla“, wie das Steinbier dort gebraut wird (vgl. <https://www.abseits-bamberg.de/2008/08/steinbier.html>, Café Abseits vom 26. August 2008, Anlage 4d).

ddd) Diese alte Bierbrautechnik ist vor dem Anmeldezeitpunkt, dem 16. Oktober 2016, über die Berichterstattung über die Leikeim-Brauerei hinaus Gegenstand zahlreicher Berichte in allgemein zugänglichen Medien gewesen. Neben den bereits unter aaa) und bbb) genannten Veröffentlichungen (tz-Serie; Obermain Tagblatt; Film des Bayerischen Rundfunks) und Besprechungen fachlich interessierter Bierkonsumenten (www.blog-ums-bier.de; bierscout.de) wird auf die mit Hinweis vom 28. Juli 2022 übersandte Internetrecherche hingewiesen:

- „hallo wollte inhaltlich darauf zurückkommen, daß versucht wird ein „Steinbier“ zu brauen. ...“ (<https://hobbybrauer.de/modules.php?name=eBoard&file=viewthread&tid=3997>, 20. Dezember 2006, Anlage 25);
- „Bier: Handwerk hat goldenen Boden ... Aber auch alte deutsche Biersorten wie Steinbier oder Gose, ein ostdeutsches Sauerbier, so Walthall, wollen sie bald nachbrauen ...“ (<https://archiv.berliner-zeitung.de/bier-handwerk-hat-goldenen-boden-3196238>, 19. Juli 2013, Anlage 21);
- „Braunschweiger Studenten brauen zweitbestes Bier der Welt – Mit ihrem Steinbier errangen zwölf Mitglieder der studentischen Braugruppe "Carl-Wilhelms-Bräu" den zweiten Platz beim vierten internationalen Brauwettbe-

- werb in Hamburg.“ (<https://www.braunschweiger-zeitung.de/braunschweig/article151164195/Braunschweiger-Studenten-brauen-zweitbestes-Bier-der-Welt.html>, 24. September 2013, Anlage 24);
- „Bier: Steinbier ... Mit den modernen Braumethoden verschwand das Steinbier immer mehr, bis in den letzten Jahrzehnten der Trend zu traditionellen Bieren einsetzte, in deren Zug auch das Steinbier wieder hergestellt wurde. Als Hochburg des Steinbieres kann man im deutschsprachigen Raum Franken und auch Baden-Württemberg ansehen.“ (<https://www.koch-wiki.org/wiki/Bier:Steinbier>, 30. Januar 2015, Anlage 20);
 - „Spiel mit dem Feuer: Kärntner Steinbier“; Rekonstruktion eines Brauverfahrens – Im Gegensatz zum heutigen Steinbier, bei dem fertige Bierwürze mit glühenden Steinen „gestachelt“ wird, wurde beim historischen Kärntner Steinbier auch die Maische nur mithilfe heißer Steine erhitzt, dafür wurde auf eine anschließende Würzekochung verzichtet. ...“, (<https://braumagazin.de/article/spiel-mit-dem-feuer-kaerntner-steinbier-rekonstruiert/>, Sommer 2016, Anlage 5 u. Anlagenkonvolut 2);
 - „Die Schleppe Brauerei hat mit ihrer über 400jährigen Geschichte eine lange Brautradition. Seit dem Jahre 1607 wird vor den Toren der Stadt Klagenfurt Schleppe Bier gebraut. In einem Zehentverzeichnis der Pfarre Tultschnig aus dem Jahre 1607 wird das Anwesen "Schleppe" erstmalig als Brauerei erwähnt. Das Bier, das damals dort gebraut wurde, war - nach Kärntner Gepflogenheit - ein Steinbier. Das Steinbier war schon damals Volksgetränk Nummer 1 und in jeder Munde. ...“ (<http://www.schleppe.at/1607-1827-schleppe.html>, 2. August 2016, Anlage 26);
 - „Brauereifest und Hammerseelauf – Mehr als Bier und Brotzeit ... Im Hof der Brauerei war eine mittelalterliche Brauerei aufgebaut. Da packte der erste Braumeister von 1758, Peter Still (Stephan Brauvaricum Kalkbrenner) extra seine mittelalterliche Brauerei aus, um ein besonderes Steinbier "köcheln“.

Zu den Klängen der "Spilleut von Ammenberg" genossen viele Gäste, die den ganzen Sonntag über den Biergarten gut füllten, am historischen Eck einen Weizenbock. So könnte der bereits 1760 verblichene Braumeister Peter Still, mit seinem Neffen, dem berühmten Pater Barnabas (beide aus Fischbach) im Schlepptau, gebraut haben. Die "Grusligen Hammer-schmiedsgselln" vom Ring der Eisenzeit passten gut dazu. ...“, (-<https://www.onetz.de/bodenwoehr/vermishtes/brauereifest-und-hammerseelauf-mehr-als-bier-und-brotzeit-d1691084.html>; 20. August 2016, Anlage 8).

eee) Hinzu kommt, dass Steinbier vor dem Anmeldezeitpunkt auch vertrieben und beworben worden ist, wie nachfolgende Belege verdeutlichen:

- Geschaffen durch Feuer und Stein – Nach einem der ältesten Brauverfahren der Welt wird die Bierwürze durch Zugabe von glühenden Steinen erhitzt. Bei diesem Brauverfahren karamellisiert ein Teil des Malzzuckers und verleiht so unserem Steinbier eine einzigartige Karamelnote. Gebraut nach dem Bayerischen Reinheitsgebot. Einzigartig, karamellig – das Steinbier von Leikeim (https://www.bierverkostung.de/bier_1485.htm, 27. April 2008, Anlage 17; <https://web.archi-ve.org/web/20100711134826/http://www.1000getraenke.de/biertest/leikeimsteinbier-original,3237.html>, 11. Juli 2010, Anlage 14; <http://www.bierranking.de/index.php/biertests/item/1069-leikeim-steinbier>, 12. Februar 2016, Anlage 13);
- „... Riesenerfolg für das Brauhaus Gusswerk aus Salzburg! Aus über 200 Bieren wurden mit dem Steinbier, dem Hanfbier und der Horny Betty gleich drei Biere von Braumeister Reinhold Barta ausgezeichnet: das Steinbier wurde neuer Staatsmeister in der Königsklasse "Lagerbiere", das Hanfbier

gewann den Staatsmeistertitel in der Kategorie "Kreativbiere" knapp vor der Horny Betty auf Platz 2! ...“ (<https://www.brauhaus-gusswerk.at/tag/steinbier/>, 29. Juni 2011, Anlage 11);

- Steel & Oak Brewing and Freigeist Bierkultur Steinbier Lager“ (<https://beermebc.com/2016/11/06/steel-oak-brewing-and-freigeist-bierkultur-steinbier-lager/>, 6. November 2016, Anlage 19).

fff) Aufgrund der nachgewiesenen Berichterstattung vor dem Anmeldezeitpunkt kann entgegen der Ansicht der Anmelderin nicht davon ausgegangen werden, dass das Steinbierbrauverfahren nur einzelnen, wenigen Spezialisten bekannt gewesen ist. Vielmehr ist das – wenn auch seltene – Brauverfahren mit historischem Hintergrund durch allgemeine Medienberichte breiten Bevölkerungskreisen nahegebracht worden, so dass einem erheblichen Teil der Endverbraucherkreise ein Verfahren, bei dem Bier in irgendeiner Weise unter Einsatz von Steinen gebraut wird, bekannt gewesen ist. Es muss daher davon ausgegangen, dass auch Durchschnittsverbraucher „Steinbier/-bräu“ oder „Basaltbier/-bräu“ schon vor dem 26. Oktober 2016 nicht als Fantasiebegriffe, sondern als unmittelbar beschreibende Angaben wahrgenommen haben, dass beim Brauen der so gekennzeichneten Biere (Basalt-)Steine eine Rolle spielen.

ggg) Dies gilt erst recht für den Fachverkehr, dem das alt hergebrachten Steinbierbrauverfahren geläufig ist, das in der Fachliteratur zu Bier und Braukunst unter dem Begriff „Steinbier(e)“ behandelt und beschrieben worden ist (vgl. Höllhuber/Kaul, Die Biere Deutschlands, 2. Aufl. 1993, S. 143: „... Rauchenfels Steinbier ... es wird nämlich mit durch glühende Grauwackensteine erhitzten Sud gebraut. ...“, Anlage 4h; Kunze, TECHNOLOGIE Brauer & Mälzer, 8. Aufl. 1998, S. 681, Anlage 4f; Seidl, BIER – Deutsche und Europäische Braukunst, 1997, S. 49,

Anlage 4g; Jackson, BIER INTERNATIONAL, 1994, S. 238 f., Anlage 4e). Im Übrigen genügt die allgemeine Berichterstattung über das wiederbelebte, historische Brauverfahren vor dem maßgeblichen Anmeldetag erst recht für eine ausreichende Information der Fachkreise.

hhh) Auch der mit dem Anmeldezeichen gleichzusetzende Begriff des „Basaltbiers“ bzw. der Einsatz von Basaltsteinen im Steinbierbrauverfahren ist den inländischen Verkehrskreisen aufgrund allgemeiner Berichterstattung vor dem Anmeldezeitpunkt geläufig gewesen:

- „Der Bier-Rebell – Braumeister Andreas Seufert ... Jetzt im September gibt es den „Basaltbock“, ein sogenanntes Steinbier. Früher waren Sudpfannen aus Holz und konnten nicht direkt beheizt werden. Das Steinbierverfahren war die einzige Möglichkeit zum Erhitzen des Sudes in Holzgefäßen. Andreas Seufert verwendet dazu Rhöner Basalt, die er über Holzfeuer auf 800°C erhitzt und dann in die Würze lässt, um diese zum Kochen zu bringen. Am heißen Stein karamellisiert der Malzzucker und bildet eine feine Schicht. Bei der Nachgärung und Reifung des Bieres werden die karamellisierten Basalt-Säulen in die Lagertanks gehängt, der Zucker löst sich dann wieder. Das gibt dem Basaltbock dann den typischen, unverwechselbaren Geschmack. ...“, (<https://www.br.de/br-fernsehen/sendungen/zwischen-spessart-und-karwendel/craft-bier-oberelsbach-100.html>, 14. September 2016, Anlage 7).
- „... Unser Hoffest im Mai 2016 ... Es gibt Gegrilltes, Weschnitztaler-Basalt-Bier vom Fass, Pfälzer Weine, ... “ (<https://www.zurjaegerlust.de/index.php?id=13>, Anlage 27);
- „Braukunst als Lust am Biermachen ... Andreas Kunz, Chef der Lammbrauerei in Untergröningen ... hat im vergangenen Jahr die Lamm-Saison

- ausgerufen mit ... dem mit Feuerwehr-Unterstützung gebrauten Basaltbier im Winter. ...“ (www.schwaebische-post.de/ostalbkreis/braukunst-als-lust-am-biermachen-90395549.html., 2. März 2017, Anlage 28);
- „Blick Aktuell: Ettringer SPD hatte beim Neujahrsempfang wieder volles Haus ... Kommen diese ... wegen des lukullischen Geheimtipps, den leckeren ... Heringen, die auch in diesem Jahr, in Verbindung mit einem kühlen „Bier der steinernen Heimat“, mit „Basaltbier“, wieder bestens mundeten. ...“ (<https://www.spd-mayen-koblenz.net/meldungen/blick-aktuell-ettringer-spd-hatte-beim-neujahrsempfang-wieder-volles-haus/>, 7.1.2014, Anlage 29; vgl. auch Bericht zum Neujahrsempfang 2016: www.blick-aktuell.de/Mayen/Informatives-und-Leckeres-amHochsimmer-178037.html, 4.1.2016, Anlagenkonvolut 3);
 - „Böhmisch Brauhaus braut Basalt-Bier ...“ (16.1.2007, www.saesische.de/plus/boehmisch-brauhaus-braut-basalt-bier-1689366.html, Anlagenkonvolut 3);
 - „Schon lange hat es mich gereizt, ein Steinbier herzustellen. Glühende Kohlen und flammende Buchenholzscheite, Basaltsteine aus den Vulkanen der Rhön, ... Hier gibt´s das Rezept für das Basaltsteinbier, welches ich gebraut habe ...“ (10.9.2012, <https://hobbybrauer.de/modules.php?name=eBoard&file=viewthread&tid=15090>, Anlagenkonvolut 3);
 - „Spätestens beim Bier wird der Rhöner religiös“ ... Mit diesem Verfahren, bei dem beim Eintauchen des heißen Steines sehr viel Flüssigkeit verdampft, entstand das Basaltbier der Paxbräu ...“ (27.10.2015, <https://osthessen-news.de/n11514878/spaetestens-beim-bier-wird-der-rhoe-ner-religioes.html>, Anlagenkonvolut 3);

- „Neu in Sortiment – Rhöner Basaltbier ...“ (5. Februar 2013, <https://www.300bier.de/neu-in-sortiment-rhoener-basaltbier/>, Anlagenkonvolut 3).

dd) Die Wortfolge „BASALT BRÄU“ hat sich damit schon lange vor dem maßgeblichen Anmeldezeitpunkt aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise in der unmittelbar beschreibenden Angabe erschöpft, dass die so gekennzeichneten Biere bzw. der Gegenstand der so bezeichneten Verpflegungsdienstleistungen im Steinbrauverfahren unter Einsatz von Basaltsteinen hergestellt worden sind und über den damit verbundenen durch Rauch- und Karamellnoten geprägten Geschmack verfügen.

ee) Aber selbst wenn nur der Fachverkehr die angemeldete Wortfolge im vorgeannten beschreibenden Sinne verstünde, wäre dies für die Annahme der Schutzunfähigkeit ausreichend, weil dessen Verständnis allein von ausschlaggebender Bedeutung sein kann (vgl. EuGH MarkenR 2013, 110 Rdnr. 71 – Abbott Laboratories/HABM [RESTORE]; GRUR 2010, 534 Rdnr. 30 – Prana Haus/HABM [PRANAHAUS]; GRUR 2006, 411 Rdnr. 24 – Matratzen Concord/Hukla; GRUR 2004, 682 Rdnr. 26 – Bostongurka; BPatG 26 W (pat) 507/17 – SMART SUSTAINABILITY; 24 W (pat) 18/13 – CID; 26 W (pat) 550/10 – Responsible Furniture; MarkenR 2007, 527, 529 f. – Rapido).

c) Allein der Umstand, dass die angemeldete Wortfolge „BASALT BRÄU“ lexikalisch nicht nachweisbar ist, steht der Annahme eines Schutzhindernisses nicht entgegen. Der Verkehr ist daran gewöhnt, im Geschäftsleben ständig mit neuen Begriffen konfrontiert zu werden, durch die ihm sachbezogene Informationen vermittelt werden sollen. Er wird daher auch bisher noch nicht verwendete, ihm aber gleichwohl verständliche Sachaussagen als solche und damit nicht als betriebliche Herkunftshin

weise auffassen (EuGH Mitt. 2019, 356 – Vermögensmanufaktur; BGH GRUR 2014, 1204 Rdnr. 16 – DüsseldorfCongress; BPatG 28 W (pat) 33/15 – Traumtomaten).

d) Dem Anmeldezeichen fehlt es auch an Besonderheiten in syntaktischer oder semantischer Hinsicht, die eine Schutzfähigkeit begründen könnten (EuGH GRUR 2004, 674 Rdnr. 98 - 100 – Postkantoor; GRUR 2004, 680 Rdnr. 39 - 41 – Campina Melkunie/Benelux-Merkenbureau [BIOMILD]; BGH GRUR 2009, 949 Rdnr. 13 – My World). Auch wenn es sich um eine Wortneuschöpfung handelt, fehlt es an einer ungewöhnlichen Änderung, die hinreichend weit von der Sachangabe wegführt. Die angemeldete Kombination beschränkt sich lediglich auf die bloße Summenwirkung beschreibender Bestandteile. Denn sie ist sprachüblich wie die Begriffe „Steinbier“, „Kellerbier“, „Rauchbier“ oder „Dampfbier“ (Anlagen 4e, 4f und 15) aus zwei Substantiven, nämlich der vorangestellten Bezeichnung für eine bestimmte Gesteinsart und einer nachgestellten Angabe für Bier, zusammengesetzt.

e) Die Ausführung der beanspruchten Wortfolge „BASALT BRÄU“ in Versalien kann ebenfalls keine Schutzfähigkeit begründen, weil der Verkehr an die willkürliche und nicht den grammatikalischen Regeln folgende Groß- und Kleinschreibung von Wörtern in der Werbung gewöhnt ist (BGH GRUR 2008, 710 Rdnr. 20 – VISAGE; BPatG 25 W (pat) 69/17 – digitale zimmermappe; 30 W (pat) 562/17 – TRAVELNEWS; 26 W (pat) 528/17 – EASYQUICK; 24 W (pat) 8/14 – KIDZ ONLY; 30 W (pat) 56/12 – IRLAB; 26 W (pat) 2/09 – LINKRANK); BPatG 30 W (pat) 22/17 – Naturell; 27 W (pat) 89/11 – !Solid; 29 W (pat) 25/09 – Turkey Today).

f) Die Getrennschreibung hat lediglich die Funktion eines werbeüblichen Stilmittels, um zusätzliche Aufmerksamkeit zu erregen. Sie besitzt keine kennzeichnende Eigenart und vermag daher nichts an dem ausschließlich sachbezogenen Verständ

nis zu ändern (vgl. BGH GRUR 2003, 963, 965 – AntiVir/AntiVirus; 24 W (pat) 522/16 – MILK BITS; 26 W (pat) 152/09 – Info Network; 25 W (pat) 9/09 – Winter Apfel; 32 W (pat) 20/05 – Der Frauen Verstehher).

g) Dass den Konkurrenten andere Bezeichnungen wie „Basaltbier“ oder „Basaltbock“ zur Verfügung stehen, ändert an dem Freihaltebedürfnis nichts. Der beschreibende Charakter der angemeldeten Wortfolge im Zusammenhang mit den fraglichen Waren und Dienstleistungen begründet ein Eintragungshindernis, gleichgültig ob mögliche Wettbewerber der Anmelderin derzeit auf diesen Begriff zur Beschreibung ihres Angebots angewiesen sind oder nicht (vgl. EuGH GRUR 2004, 674 Rdnr. 57, 61 u. 101 – Postkantoor; BGH GRUR 2008, 900, Rdnr. 22 – SPA II; GRUR 2006, 760 Rdnr. 13 – LOTTO).

2. Wegen seines unmittelbar beschreibenden Charakters hat dem Anmeldezeichen zum maßgeblichen Anmeldezeitpunkt darüber hinaus gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG die erforderliche Unterscheidungskraft für die in Rede stehenden Waren und Dienstleistungen gefehlt.

3. Die von der Anmelderin angeführten Voreintragungen rechtfertigen keine andere Beurteilung. Wegen der Einzelheiten wird auf die gerichtlichen Hinweise vom 26. Januar 2022 und 28. Juli 2022 Bezug genommen.

III.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde nur gegeben, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,

2. bei dem Beschluss eine Richterin oder ein Richter mitgewirkt haben, die von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt waren,
3. einer beteiligten Person das rechtliche Gehör versagt war,
4. eine beteiligte Person im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern sie 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 Rechtsbeschwerdeschrift muss von einer beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältin oder von einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet und innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe eingereicht werden. Die Frist kann nicht verlängert werden.

Kortge

Kätker

Dr. von Hartz

ob