



BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 10/07

Verkündet am
2. Juli 2008

(Aktenzeichen)

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 306 13 645.7

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Hacker, des Richters Viereck und der Richterin Dr. Kober-Dehm auf die mündliche Verhandlung vom 2. Juli 2008

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die am 1. März 2006 angemeldete Wortmarke

PARTY-PACK

ist bestimmt für

"30: Zuckerwaren einschließlich Schaumzuckerwaren, Schokolade und Schokoladewaren, feine Backwaren".

Seitens der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts ist die Anmeldung nach vorangegangener Beanstandung, der Belegstellen aus dem Internet zur Verwendung der angemeldeten Bezeichnung (2 Blatt) beigefügt waren, in einem ersten Beschluss vom 9. Juni 2006 gemäß § 37, § 8 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 MarkenG zurückgewiesen worden.

Die Erinnerung der Anmelderin, die sich zur Begründung u. a. auf die Eintragung einiger anderer, ihrer Ansicht nach vergleichbarer Marken berufen hatte, ist durch Beschluss derselben Markenstelle vom 13. September 2006 zurückgewiesen worden, wobei die Erinnerungsprüferin ihre Entscheidung auf das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) gestützt hat. Die Wortbildung "PARTY-PACK" lasse im Zusammenhang mit den Waren der Anmeldung nur eine sachbezogene Auslegung zu im Sinne einer Packung oder eines (kleinen) Pakets

von Waren, die für eine Party oder ein Fest bestimmt seien. In diesem Sinne werde "PARTY-PACK" auf dem Lebensmittelsektor bereits verwendet (unter Hinweis auf Fundstellen bei Google) und vom angesprochenen Verkehr verstanden. Voreintragungen vergleichbarer Wortzusammenstellungen bewirkten keine anspruchsbegründende Selbstbindung der Eintragungsbehörde.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Anmelderin.

Nach ihrer Auffassung entbehrt die angemeldete Bezeichnung in ihrer Gesamtheit für die beanspruchten Waren des Süß- und Backwarenssektors nicht jeglicher Unterscheidungskraft, zumal eine geringe Unterscheidungskraft ausreiche. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs habe diesen Prüfungsmaßstab nicht in Zweifel gezogen, sondern lediglich einer bloß cursorischen Prüfung die Anerkennung versagt. Die Begründung der Markenstelle sei in der Sache unrichtig und formal fehlerhaft.

Das deutsche Wort "Pack" weise verschiedene Bedeutungen auf, u. a. "Gesindel", "Gepäck" (insoweit allerdings veraltet und nur noch in der Redewendung "mit Sack und Pack" verwendet), "Päckchen", "kleine Verpackung". Der von der Markenstelle unterstellte Sinngehalt ergebe sich weder aus Wörterbüchern, noch lasse er sich aus den angeführten Internet-Seiten entnehmen. Der Erinnerungsbeschluss habe auf jedweden Beleg verzichtet, sondern sich auf die Angabe von Internet-Adressen bei Google beschränkt, was aber wegen der ständigen Veränderung betreffender Portale nicht zulässig sei; sie - die Anmelderin - widerspreche der Verwertung dieser Angaben und der aus ihnen abgeleiteten Behauptungen. Die dem Beanstandungsbescheid beigefügten Belegstellen zum Begriff "PARTY-PACK" bezögen sich nicht auf Süßwaren, sondern auf Getränke, Kinderspielzeug und Dekorationsartikel. Die Schutzversagung lasse sich auch nicht auf - von der Markenstelle ermittelte - Bezeichnungen wie "3er Pack", "Six-Pack" (zumal diese Bezeichnung Markenschutz genieße) oder "Tetra Pack" (welche in der Schreibweise "Tetra Pak" als Marke registriert sei) stützen. Die Wortzusammensetzung "PARTY-PACK" sei für Süß-

waren nicht beschreibend, zumal der Begriff "Party" schillernd sei und verschiedenartige Veranstaltungen mit voneinander abweichenden Verzehrgeohnheiten umfasse. Unter der Geltung des Markengesetzes sei eine Vielzahl von Wortmarken mit dem nachgestellten Bestandteil "Pack", auch für Süßwaren (ebenso wie auf anderen Produktsektoren), zur Eintragung in das Markenregister gelangt. Mithin liege eine stringente Eintragungspraxis des Amtes vor. Die seitens der Markenstelle im Beanstandungsbescheid angeführten versagenden Entscheidungen beträfen andere Warenbereiche.

Hilfsweise erstrebt die Anmelderin eine Zurückverweisung der Sache an das Deutsche Patent- und Markenamt. Die Markenstelle habe es versäumt, ihre Auffassung durch die Angabe nachprüfbarer Tatsachen zu begründen sowie sich der Amtspraxis bezüglich vergleichbarer Markenmeldungen zu vergewissern. Die Frage, ob die Eintragung in den angeführten Vergleichsfällen zu Recht oder zu Unrecht erfolgt sei, dürfe nicht offenbleiben. Zwar könne auch das Bundespatentgericht insoweit Feststellungen treffen, jedoch sei es allein Aufgabe des Deutschen Patent- und Markenamts, hieraus Folgerungen zu ziehen, so dass die Entscheidung des Bundespatentgerichts eine solche des Amtes nicht ersetzen könne.

Zusammen mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung sind der Anmelderin Ausdrucke von Belegstellen aus dem Internet (12 Blatt) zur Kenntnis gegeben worden. In der mündlichen Verhandlung hat die Anmelderin (weitere) Auszüge aus dem Markenregister über eingetragene Marken mit dem Bestandteil "Pack" vorgelegt.

Die Anmelderin stellt den Antrag,

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 30 vom 9. Juni 2006 sowie vom 13. September 2006 aufzuheben und die Eintragung der angemeldeten Marke für alle beanspruchten Waren anzuordnen,

hilfsweise,

die vorgenannten Entscheidungen aufzuheben und die Sache an das Deutsche Patent- und Markenamt zurückzuverweisen.

Weiter hilfsweise wird die Aussetzung des Verfahrens (im Hinblick auf den Vorlagebeschluss des 29. Senats des Bundespatentgerichts zu "Schwabenpost", MarkenR 2008, 124) beantragt und ebenfalls hilfsweise die Zulassung der Rechtsbeschwerde (unter Hinweise auf BPatG MarkenR 2008, 221 - My World) angeregt.

Wegen sonstiger Einzelheiten wird auf den Inhalt der Amts- und Gerichtsakten Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Anmelderin erweist sich insgesamt - mit dem Hauptantrag ebenso wie mit sämtlichen Hilfsanträgen - als unbegründet.

1. Einer Eintragung der angemeldeten Bezeichnung als Marke steht zumindest das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) entgegen. Die Frage, ob die Bezeichnung "PARTY-PACK", die sich in naheliegender Weise auf die Verpackung der beanspruchten Erzeugnisse bezieht, damit zugleich "Merkmale der Waren" i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG beschreibt, kann als letztlich nicht entscheidungserheblich dahingestellt bleiben.
 - a) Unterscheidungskraft i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einem Zeichen innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungs mittel für die von der Marke erfassten Waren (und ggf. Dienstleistungen) eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst

zu werden. Denn die Hauptfunktion einer Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Produkte zu gewährleisten (st. Rspr.; vgl. EuGH GRUR 2006, 229, Nr. 27 - BioID; BGH GRUR 2003, 1050 - Cityservice; GRUR 2006, 850, 854 - FUSSBALL WM 2006). Das Vorhandensein von Unterscheidungskraft ist im Hinblick auf die beanspruchten Waren und auf das Verständnis der beteiligten Verkehrskreise zu beurteilen, wobei auf die mutmaßliche Wahrnehmung eines normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der fraglichen Erzeugnisse abzustellen ist (Ströbele in: Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 8 Rdn. 62 m. w. N.).

Keine Unterscheidungskraft kommt zunächst solchen Bezeichnungen zu, die einen beschreibenden Begriffsinhalt aufweisen, der für die in Frage stehenden Waren ohne weiteres und ohne Unklarheiten als solcher erfasst wird. Bei derartigen beschreibenden Angaben gibt es keinen tatsächlichen Anhaltspunkt, dass der Verkehr sie als Unterscheidungsmittel bezüglich der betrieblichen Herkunft versteht (BGH GRUR 2001, 1151, 1152 - marktfrisch; GRUR 2005, 417, 418 - BerlinCard). Darüber hinaus fehlt die erforderliche Unterscheidungskraft auch bei solchen Angaben, die sich auf Umstände beziehen, welche die beanspruchten Waren zwar nicht unmittelbar betreffen, durch die aber ein enger beschreibender Bezug zu diesen hergestellt wird (BGH GRUR 2006, 850, 854 - FUSSBALL WM 2006; GRUR 1998, 465, 468 - BONUS). Die Eignung, Produkte ihrer Herkunft nach zu unterscheiden, kommt schließlich auch solchen Angaben nicht zu, die aus gebräuchlichen Wörtern oder Wendungen der deutschen Sprache oder einer bekannten Fremdsprache bestehen, die etwa wegen einer entsprechenden Verwendung in der Werbung oder in den Medien stets nur als solche und nicht als Unterscheidungsmittel verstanden werden (BGH GRUR 2006, 850, 854 - FUSSBALL WM 2006; GRUR 2001, 1042 - REICH UND SCHOEN).

- b) Entgegen der Auffassung der Anmelderin darf die Prüfung, ob die erforderliche Unterscheidungskraft vorhanden ist, nicht auf ein Mindestmaß beschränkt werden, sondern muss eingehend und umfassend sein, um ungerechtfertigte Markeneintragungen zu verhindern (EuGH GRUR 2003, 604, Nr. 59 - Libertel; GRUR 2004, 674, Nr. 123 - Postkantoor). Diese Rechtsprechung betrifft nicht nur die Sorgfalt des Prüfungsverfahrens, sondern setzt auch inhaltliche Maßstäbe. Der Anwendung eines "großzügigen" Prüfungsmaßstabs hat der Europäische Gerichtshof in der Entscheidung "DAS PRINZIP DER BEQUEMLICHKEIT" (GRUR 2004, 1027, Nr. 45) explizit eine Absage erteilt. Im Übrigen würde der angemeldeten Marke aber auch bei Anlegung eines "großzügigen" oder "anmelderfreundlichen" Prüfungsmaßstabs (gemäß der st. Rspr. des Bundesgerichtshofs, z. B. GRUR 2004, 502 - Gabelstapler II; MarkenR 2006, 274, Nr. 16 - Porsche Boxster) jegliche Unterscheidungskraft fehlen, so dass es auf die Frage des Prüfungsmaßstabs letztlich nicht ankommt.
- c) Ist - wie hier - die Unterscheidungskraft einer Wortfolge zu beurteilen, so bestehen grundsätzlich keine abweichenden Anforderungen gegenüber anderen Wortmarken. Bei einer aus mehreren Teilelementen bestehenden Marke (die vorliegend allerdings schon äußerlich, durch den Bindestrich, zu einer Einheit zusammengezogen werden) ist auf die Bezeichnung in ihrer Gesamtheit abzustellen (vgl. z. B. BGH MarkenR 2000, 420 - RATIONAL SOFTWARE CORPORATION). Das schließt es zwar nicht aus, zunächst den Sinngehalt der einzelnen Wortelemente zu ermitteln (vgl. Ströbele in: Ströbele/Hacker, a. a. O. § 8 Rdn. 103), jedoch sind stets die beanspruchten Waren im Blick zu behalten. Von daher ist es verfehlt, wenn die Anmelderin darauf hinweist, das (deutsche) Wort "Pack" weise auch Bedeutungen auf (wie z. B. "Gesindel"), die nichts mit der Verpackung bzw. Präsentationsform von Waren zu tun hätten. Schon wegen der Nähe zu dem deutschen Wort "Packung" wird "PACK" bei Waren des Lebensmittelsektors als Sachhinweis auf die Verpackung, z. B. auf die Präsentationsform (Zurich-

tung, Gebinde), verstanden (vgl. auch BPatG 25 W (pat) 102/06 - POCKET-PACK, S. 6 des Umdrucks). Auch kann der Anmelderin nicht in der Bewertung gefolgt werden, der Begriff "PARTY" sei unbestimmt. Vielmehr wird durch dieses seit langer Zeit in den deutschen Sprachschatz eingegangene Lehnwort - unübersetzt - eine gesellige Zusammenkunft von Leuten (mit oder ohne ein musikalisches oder sonstiges Unterhaltungsangebot) bezeichnet (vgl. Senatsbeschlüsse 32 W (pat) 33/02 - Ü 30-Party; 32 W (pat) 142/04 - FLÄSCHLEPARTY). Gerade in der Zusammenfassung beider Wortbestandteile wird "PARTY-PACK" daher als Sachhinweis auf eine für Party-Zwecke geeignete und bestimmte Zurichtung der betreffenden Süß- und Backwaren verstanden.

Einem Verständnis als Marke, d. h. als betrieblicher Herkunftshinweise, steht zusätzlich entgegen, dass der Begriff "PARTY-PACK" nicht nur für Getränke, sondern auch auf dem Warenssektor der sog. Knabber- und Snackartikel, die Süß- und Backwaren eng verwandt sind, bereits tatsächlich in Gebrauch ist (vgl. die der Anmelderin zusammen mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung zur Kenntnis gegebenen Belegstellen aus dem Internet, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren). Kennzeichnungsgepflogenheiten, d. h. hier die bereits erfolgte warenbezogene Verwendung einer gleichlautenden Bezeichnung auf Produktgebieten, die denen der Anmeldung eng verwandt sind, können bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft Berücksichtigung finden (vgl. EuGH MarkenR 2006, 19, Nr. 32 - Standbeutel). Nach Überzeugung des Senats liegt es unmittelbar nahe, dass Verbraucher, denen "PARTY-PACK" als Sachangabe (i. S. v. Party-Packung, Party-Gebinde) z. B. für Chips, Pacos sowie ostasiatische und Seafood-Snacks bereits begegnet ist, diese Bezeichnung auch für Zuckerwaren, Schokolade und Schokoladewaren sowie feine Backwaren rein produktbezogen (hinsichtlich der Abgabeform, Packungsgröße usw.), nicht aber als Hinweis auf die Herkunft der Erzeugnisse aus einem bestimmten (einzelnen) Geschäftsbetrieb, verstehen werden.

- d) Aus der Registrierung und Schutzgewährung für andere, vermeintlich ähnliche deutsche, ausländische oder europäische Marken vermag die Anmelderin keinen Anspruch auf Eintragung abzuleiten. Die deutsche Rechtsprechung geht von jeher davon aus, dass Voreintragungen - selbst identischer Marken - weder für sich, noch in Verbindung mit dem Gleichheitssatz des Grundgesetzes zu einer Selbstbindung derjenigen Stellen führen, welche über die Eintragung zu befinden haben (vgl. z. B. BGH GRUR 1989, 420 - KSÜD; GRUR 1995, 410, 411 - TURBO; GRUR 1997, 527, 529 - Autofelge; BIPMZ 1998, 248 - Today; BPatGE 32,5 - CREATION GROSS; zuletzt ausführlich BPatG GRUR 2007, 333, 335 - Papaya; BIPMZ 2008, 29 - Topline). Die Entscheidung über die Schutzfähigkeit einer Marke stellt keine Ermessens-, sondern eine Rechtsfrage dar. Im Recht der Europäischen Gemeinschaft (Markenrichtlinie, GMV) gilt nichts abweichendes, wie der Europäische Gerichtshof in den letzten Jahren mehrfach festgestellt hat (vgl. z. B. GRUR 2004, 428, Nr. 63 - Henkel; GRUR 2004, 674, Nr. 43, 44 - Postkantoor; GRUR 2006, 229, Nr. 47 - BioID). Eintragungen von Marken in das Gemeinschaftsmarkenregister oder in die Register einzelner Staaten können zwar Beachtung finden, führen aber nicht zu einer rechtlichen Bindung der nationalen Markenämter. Diese Beurteilung gilt erst recht für die - was Deutschland anbetrifft - von Verfassungs wegen ausschließlich an Recht und Gesetz gebundenen (Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 97 Abs. 1 GG) und funktional verselbständigten Gerichte, welche - wie das Bundespatentgericht im markenrechtlichen Anmeldebeschwerdeverfahren - die Entscheidung der Vorinstanz (d. h. hier der Markenstelle) im Rahmen der gestellten Anträge von Gerichts wegen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht überprüfen, ohne an die Begründung (und somit auch nicht an eine etwaige ständige Beurteilungspraxis) des Amtes gebunden zu sein (Ströbele in: Ströbele/Hacker, a. a. O., § 70 Rdn. 2).

2. Der erste Hilfsantrag der Anmelderin, gerichtet auf Aufhebung der angefochtenen Beschlüsse der Markenstelle und Zurückverweisung an das Deutsche Patent- und Markenamt ohne abschließende Sachentscheidung (gemäß § 70 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG), bleibt gleichfalls ohne Erfolg.

a) Allerdings sind der Markenstelle - wie die Anmelderin insoweit zu Recht rügt - Fehler bei der Auswertung und Bekanntgabe der von ihr ermittelten Belegstellen zur Verwendung der Bezeichnung "PARTY-PACK" im Internet unterlaufen. Zwar ist in der Rechtsprechung des Bundespatentgerichts anerkannt, dass Internet-Recherchen, in jedem Verfahrensstand, ein wichtiges Hilfsmittel für die Markenstellen des Deutschen Patent- und Markenamts und die Beschwerdesenate des Bundespatentgerichts - neben Informationen aus der Fachliteratur - zur Beurteilung der Schutzfähigkeit von Marken darstellen (vgl. z. B. Senatsbeschlüsse 32 W (pat) 53/03 - NetProject; 32 W (pat) 121/05 - SLOW-CARB; 32 W (pat) 91/05 - TRIUNITY); jedoch müssen diese ordnungsgemäß dokumentiert und gründlich ausgewertet werden, was insbesondere die Prüfung erfordert, ob sich die Angaben auf die beanspruchten Waren (oder zumindest auf eng verwandte Erzeugnisse) beziehen und ob die Verwendung warenbeschreibend oder marken- bzw. firmenmäßig erfolgt.

Die dem ersten Beanstandungsbescheid beigefügten Internet-Seiten sind zwar - insoweit ordnungsgemäß - in ausgedruckter Form übermittelt worden, jedoch beziehen sie sich ersichtlich nicht auf die verfahrensgegenständlichen Waren (sondern auf Spiele und Spielzeug), so dass ihnen die Eignung fehlt, die Schlussfolgerung der Markenstelle zu stützen, der Verkehr sehe in der Bezeichnung "PARTY-PACK" eine die beanspruchten Waren unmittelbar beschreibende und in der Werbung verwendete Angabe.

Die Verfahrensweise der Erinnerungsprüferin, die von ihr mit Hilfe der Suchmaschine Google ermittelten Belege lediglich unter Angabe der Fund-

stellen (Internet-Adressen) im Beschluss anzugeben, nicht aber in ausgedruckter Form (als Anlagen) zu übermitteln, verletzt zumindest die Begründungspflicht des Amtes nach § 61 Abs. 1 Satz 1 MarkenG (ob zugleich auch den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs gemäß § 59 Abs. 2 MarkenG, kann dahingestellt bleiben). Denn die in das Internet eingestellten Texte und Informationen können sich kurzfristig ändern (oder ganz gelöscht werden). Eine ordnungsgemäße Begründung des Beschlusses unter Hinweis auf Internet-Seiten erfordert deshalb die Übermittlung der betreffenden Belegstellen in ausgedruckter Form unter Angabe des Datums der Recherche.

Die aufgezeigten Verfahrensfehler der Markenstelle nötigen den Senat aber nicht zur - hilfsweise beantragten - Zurückverweisung, weil diese zu einer unnötigen Verzögerung des Verfahrens führen würde. Eine Zurückverweisung steht im Ermessen des Bundespatentgerichts, mithin besteht insoweit kein Rechtsanspruch der Anmelderin (vgl. Ströbele in: Ströbele/Hacker, a. a. O., § 70 Rdn. 5 m. w. N.). Der Senat sieht sich nicht gehindert, abschließend in der Sache zu entscheiden, und zwar auf der Grundlage der von ihm selbst ermittelten und der Anmelderin rechtzeitig vor dem Verhandlungstermin zur Kenntnis gegebenen Belegstellen aus dem Internet, welche Gegenstand der Erörterung in der mündlichen Verhandlung waren.

- b) Soweit die Anmelderin rügt, die Versagung der Eintragung der von ihr angemeldeten Marke sei in Anbetracht der Voreintragungen vergleichbarer Marken willkürlich und verletze das Gleichbehandlungsgebot des Grundgesetzes, dem Deutschen Patent- und Markenamt müsse insgesamt - nicht nur der Markenstelle, welche im konkreten Fall entschieden habe - Gelegenheit gegeben werden, sich seiner Amtspraxis zu vergewissern, vermag dies ebenfalls eine Zurückverweisung nicht zu rechtfertigen. Wie oben (unter 1. d)) dargelegt, entfalten Voreintragungen nach gefestigter höchstgerichtlicher Rechtsprechung keine Bindungswirkung, insbesondere nicht

für die Beschwerdesenate des Bundespatentgerichts. Die seitens der Anmelderin angeführten, angeblich vergleichbaren eingetragenen Marken sind nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens; von daher verbietet sich die Prüfung, ob deren Registrierung im Einzelfall rechtmäßig war oder nicht.

3. Die Voraussetzungen für die - weiter hilfsweise - beantragte Aussetzung des Verfahrens (gemäß § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG i. V. m. § 148 ZPO in entsprechender Anwendung) liegen nicht vor. Nach dieser Bestimmung kann, sofern die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder teilweise von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet, angeordnet werden, dass die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits ausgesetzt wird. Abgesehen davon, dass die Entscheidung über die Aussetzung im pflichtgemäßen Ermessen des Senats steht, mithin grundsätzlich kein Rechtsanspruch auf deren Anordnung besteht, begründet das Vorabentscheidungsersuchen des 29. Senats des Bundespatentgerichts zu "Schwabenpost" (a. a. O.) keine Voreingrifflichkeit für die Entscheidung im vorliegend anhängigen Beschwerdeverfahren (vgl. auch BGH GRUR 2005, 615, 616). In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist nämlich bereits geklärt, dass Voreintragungen - wie hier - nur ähnlicher (nicht identischer) Marken keine rechtliche Bindungswirkung entfalten und dass die Rechtmäßigkeit der Entscheidung über die Eintragbarkeit von Marken ausschließlich auf der Grundlage des (geschriebenen) Gesetzesrechts, nicht aber im Hinblick auf eine vorherige Entscheidungspraxis zu beurteilen ist (vgl. auch die zeitlich nach dem Vorlagebeschluss zu "Schwabenpost" ergangenen Beschlüsse MarkenR 2008, 160, Nr. 43, 44 - HAIRTRANSFER, und MarkenR 2008, 163 - Terranus).

Nur der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass auch der Bundesgerichtshof - zeitlich nach Veröffentlichung des Vorlagebeschlusses zu "Schwabenpost" - an der gefestigten bisherigen Rechtsprechung zur (fehlenden) Be-

deutung von Voreintragungen festhält (vgl. WRP 2008, 1428, 1431, Nr. 18 - Marlene-Dietrich-Bildnis). Dass ein Marken-Beschwerdesenat des Bundespatentgerichts (von insgesamt neun) unter Hinweis auf das gemeinschaftsrechtliche Gebot der Gleichheit der Wettbewerbschancen und den (verwaltungsrechtlichen) Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung eine - durch allgemeine Verwaltungsvorschriften gesteuerte - nachvollziehbare und vorhersehbare Amtspraxis der Markenstellen des Deutschen Patent- und Markenamts im (absoluten) Verfahren der Eintragung von Marken anmahnt, rechtfertigt nicht die Aussetzung des anhängigen Verfahrens. Denn auch der Europäische Gerichtshof betont die Verpflichtung zur Kohärenz in der Entscheidungsfindung (MarkenR 2008, 160, 163, Nr. 50 - HAIRTRANSFER), ohne allerdings deshalb - wie ausgeführt - von seiner bisherigen Rechtsprechung zur ausschließlichen Maßgeblichkeit der rechtlichen Regelungen (und nicht einer vorherigen Entscheidungspraxis) abzuweichen. Von daher besteht auch kein Anlass, das vorliegende Verfahren auszusetzen und in diesem ein Vorabentscheidungsverfahren (gemäß Art. 234 EG) an den Europäischen Gerichtshof zu richten.

4. Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen, weil insoweit die Voraussetzungen nach § 83 Abs. 2 MarkenG nicht vorliegen. Wie sich aus den obigen Ausführungen (unter 2. und 3.) ergibt, ist weder über eine ungeklärte Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Befassung des Bundesgerichtshofs. Die Frage nach dem (generell) bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft anzulegenden Prüfungsmaßstab, die - möglicherweise - in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofs unterschiedlich gesehen wird (vgl. BPatG BIPMZ 2006, 423, 424 reSp - Taschenlampen II), ist letztlich, wie oben unter 1.b) ausgeführt, im vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblich. Die Entscheidung des 29. Senats des Bundespatentgerichts zu "My World" (MarkenR 2008, 221), in der dieser die Rechtsbeschwerde zugelassen hat und auf die sich die Anmelderin im vorliegenden Zusammenhang beruft, weist mit dem hier zu entschei-

denden Fall kaum Berührungspunkte auf. Während nämlich die Beurteilung der Schutzfähigkeit von nicht unmittelbar warenbeschreibenden Bezeichnungen, die aber - wie etwa "My World" - sich als Werbeschlagwörter eignen, nach wie vor sehr umstritten ist, kann es keinem Zweifel unterliegen, dass eine auf dem Lebensmittelsektor als Sachangabe bereits in Gebrauch befindliche Bezeichnung wie "PARTY-PACK" für die hier maßgeblichen Erzeugnisse - wie oben näher dargelegt - jeglicher Unterscheidungskraft entbehrt.

Der Beschwerde der Anmelderin ist somit insgesamt der Erfolg zu versagen.

Prof. Dr. Hacker

Dr. Kober-Dehm

Viereck

Hu