



BUNDESPATENTGERICHT

29 W (pat) 196/10

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 307 77 618.2

hat der 29. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 23. November 2011 unter Mitwirkung der Richterinnen Kortge, Dorn und Werner

beschlossen:

Die Beschwerde sowie der Antrag auf Rückzahlung der Beschwerdegebühr werden zurückgewiesen.

Gründe

I.

Das Wortzeichen

Küchenzauber

ist am 29. November 2007 zur Eintragung als Marke in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Register für nachfolgende Waren und Dienstleistungen angemeldet worden:

Klasse 7: Maschinen und Werkzeugmaschinen; Motoren (ausgenommen Motoren für Landfahrzeuge); Kupplungen und Vorrichtungen zur Kraftübertragung (ausgenommen solche für Landfahrzeuge); nicht handbetätigte landwirtschaftliche Geräte; Brutapparate für Eier; elektromechanische Apparate für Haushalt, Küche und Restauration; Teile und Bestandteile vorgenannter Waren, soweit in Klasse 7 enthalten;

Klasse 11: Beleuchtungs-, Heizungs-, Dampferzeugungs-, Koch-, Kühl-, Trocken-, Lüftungs- und Wasserleitungsgeräte sowie sanitäre Anlagen; Teile und Bestandteile vorgenannter Waren, soweit in Klasse 11 enthalten;

Klasse 24: Webstoffe und Textilwaren, soweit in Klasse 24 enthalten; Bett- und Tischdecken; Teile und Bestandteile vorgenannter Waren, soweit in Klasse 24 enthalten;

Klasse 35: Werbung; Geschäftsführung; Unternehmensverwaltung; Büroarbeiten; Einzelhandel- und Großhandelsdienstleistungen im Bereich von Wasch- und Bleichmittel, Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel, von Seifen, von Parfümeriewaren, ätherischen Ölen, von Mitteln zur Körper- und Schönheitspflege, von Haarwässern, von Zahnputzmitteln, von pharmazeutischen und veterinärmedizinischen Erzeugnissen, von Hygienepräparaten für medizinische Zwecke, von Babykost, von Pflastern und Verbandsmaterial, von Desinfektionsmittel und Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren, von Fungiziden und Herbiziden, von handbetätigten Werkzeugen und Geräten, von Maschinen und Werkzeugmaschinen, Motoren (ausgenommen Motoren für Landfahrzeuge), Kupplungen und Vorrichtungen zur Kraftübertragung (ausgenommen solche für Landfahrzeuge), nicht handbetätigten landwirtschaftlichen Geräten, Brutapparaten für Eier und elektromechanischen Apparaten für Haushalt, Küche und Restauration, von handbetätigten Werkzeugen und Geräten, Messerschmiedewaren, Gabeln und Löffeln, Hieb- und Stichwaffen und Rasierapparaten,

von wissenschaftlichen, Schifffahrts-, Vermessungs-, photographischen, Film-, optischen, Wäge-, Mess-, Signal-, Kontroll-, Rettungs-, Unterrichtsapparaten und -Instrumenten, von Apparaten und Instrumenten zum Leiten, Schalten, Umwandeln, Speichern, Regeln und Kontrollieren von Elektrizität, von Geräten zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton, Bild und/oder Informationen, von Magnetaufzeichnungsträgern, Schallplatten, von Verkaufsautomaten und Mechaniken für geldbetätigten Apparaten, von Registrierkassen, Rechenmaschinen, Datenverarbeitungsgeräte und Computern von Feuerlöschgeräten, von chirurgischen, ärztlichen, zahn- und tierärztlichen Instrumenten und Apparaten, von orthopädischen Artikeln, therapeutischen Instrumenten und Apparaten, Inhalationsgeräten, Akupunktur-Geräten, Heizkissen, Heizdecken, Nacken- und Rückenwärmern für medizinische Zwecke, künstlichen Gliedmaßen, Augen und Zähnen, Reinigungsgeräten für medizinische Zwecke, insbesondere für künstliche Zähne, hierbei insbesondere Ultraschall-Reinigern, Handspiegeln für ärztliche und zahnärztliche Zwecke, orthopädischen Artikeln, insbesondere Kissen für medizinische Zwecke, hierbei insbesondere Nackenkissen, chirurgischem Nahtmaterial, Massagegeräten, Fußmassagewannen, Fußbadewannen für medizinische und therapeutische Zwecke, Druckentlastungsmitteln, insbesondere Silikon-Entlastungsmitteln, orthopädischen Schuheinlagen, Schutzhandschuhen für medizinische, therapeutische und sanitäre Zwecke, Blutdruck- und Pulsmessgeräten, Badewanneneinlagen für medizinische und the-

rapeutische Zwecke, Schuheinlagen gegen Senkfüße, Einlegesohlen für medizinische und therapeutische Zwecke, Textilien und Kleidung, Schuhen und Kopfbedeckungen für medizinische und therapeutische Zwecke, von Beleuchtungs-, Heizungs-, Dampferzeugungs-, Koch-, Kühl-, Trocken-, Lüftungs- und Wasserleitungsgeräten sowie sanitären Anlagen, von Edelmetallen und deren Legierungen sowie daraus hergestellten oder damit plattierten Waren, von Juwelierwaren, Schmuckwaren, Edelsteinen, von Uhren und Zeitmessinstrumenten, von Papier, Pappe (Karton) und Waren aus diesen Materialien, von Druckereierzeugnissen, von Buchbindeartikeln, von Photographien, von Schreibwaren, von Klebstoffen für Papier- und Schreibwaren oder für Haushaltszwecke, von Künstlerbedarfsartikeln, von Pinseln, von Schreibmaschinen und Büroartikeln, von Lehr- und Unterrichtsmitteln, von Verpackungsmaterial aus Kunststoff, von Drucklettern und Druckstöcken, von Leder und Lederimitationen sowie Waren daraus, von Häuten von Fellen, von Reise- und Handkoffern, Regenschirmen, Sonnenschirmen und Spazierstöcken, von Sattlerwaren, von Möbeln, Spiegeln, Bilderrahmen, von Waren aus Holz, Kork, Rohr, Binsen, Weide, Horn, Knochen, Elfenbein, Fischbein, Schildpatt, Bernstein, Perlmutter, Meerscham und deren Ersatzstoffen oder aus Kunststoffen, von Geräten und Behältern für Haushalt und Küchen, von Kämmen und Schwämmen, von Bürsten und Pinseln (ausgenommen für Malzwecke), von Bürstenmachermaterial, von Putzzeug und Stahlwolle, von rohem oder teilweise bearbeitetem Glas (mit Aus-

nahme von Bauglas), von Glaswaren, Porzellan und Steingut, von Webstoffen, Textilwaren und Bett- und Tischdecken, insbesondere für Allergiker und Rheumatiker, von Bekleidungsstücken, Schuhwaren und Kopfbedeckungen, insbesondere für Allergiker und Rheumatiker, von Teppichen, Fußmatten, Matten, Linoleum und anderen Bodenbelägen, von Tapeten, von Spielen von Spielzeug, von Turn- und Sportartikeln, von Christbaumschmuck, von Fleisch, Fisch, Geflügel und Wild sowie Fleischextrakten, von konserviertem, getrocknetem und gekochtem Obst und Gemüse, von Gallerten (Gelees), von Konfitüren und Kompotten, von Eiern, Milch und Milchprodukten, von Speiseölen und -fetten, von Kaffee, Tee, Kakao, Zucker, Reis, Tapioka, Sago, Kaffee-Ersatzmitteln, von Mehlen und Getreidepräparaten, von Brot, Backwaren und Konditorwaren, von Speiseeis, von Honig, Melassessirup sowie von Hefe und Backpulver, von Salz, von Senf, von Essig, Saucen (Würzmittel), von Gewürzen, von Kühleis, von land-, garten- und forstwirtschaftlichen Erzeugnissen sowie Samenkörnern, von frischem Obst und Gemüse, von Sämereien, lebenden Pflanzen und natürlichen Blumen, von Futtermitteln und Malz, von Bieren, von Mineralwässern und kohlenäsäurehaltigen Wässern und anderen alkoholfreien Getränken, von Fruchtgetränken und Fruchtsäften, von Sirupen und andere Präparaten für die Zubereitung von Getränken, von alkoholischen Getränken (ausgenommen Biere), von Tabak, Raucherartikeln und Streichhölzern; Versandhandelsdienstleistungen; Verkauf von Waren über das Internet; Dienstleistung des Zusam-

menstellens verschiedener Waren (ausgenommen deren Transport) und/oder Dienstleistungen für Dritte, um den Verbrauchern Ansicht und Erwerb dieser Waren und die Inanspruchnahme dieser Dienstleistungen zu erleichtern.

Mit Beschluss vom 30. August 2010 hat die Markenstelle für Klasse 35 die Anmeldung wegen fehlender Unterscheidungskraft teilweise gemäß §§ 37 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zurückgewiesen, und zwar für die Waren und Dienstleistungen der

Klasse 7: Maschinen; elektromechanische Apparate für Haushalt, Küche und Restauration; Teile und Bestandteile vorgenannter Waren, soweit in Klasse 7 enthalten;

Klasse 11: Beleuchtungs-, Heizungs-, Dampferzeugungs-, Koch-, Kühl-, Trocken-, Lüftungs- und Wasserleitungsgeräte sowie sanitäre Anlagen; Teile und Bestandteile vorgenannter Waren, soweit in Klasse 11 enthalten;

Klasse 24: Webstoffe und Textilwaren, soweit in Klasse 24 enthalten; Tischdecken; Teile und Bestandteile vorgenannter Waren, soweit in Klasse 24 enthalten;

Klasse 35: Werbung; Einzelhandel- und Großhandelsdienstleistungen im Bereich von Wasch- und Bleichmittel, Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel, von Seifen, von handbetätigten Werkzeugen und Geräten, von Maschinen, elektromechanischen Apparaten für Haushalt, Küche und Restauration, von handbetätigten Werkzeugen und Geräten, Messerschmiedewaren,

Gabeln und Löffeln, von Geräten zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton, Bild und/oder Informationen, von Magnetaufzeichnungsträgern, von Beleuchtungs-, Heizungs-, Dampferzeugungs-, Koch-, Kühl-, Trocken-, Lüftungs- und Wasserleitungsgeräten sowie sanitären Anlagen, von Uhren und Zeitmessinstrumenten, von Druckereierzeugnissen, von Photographien, von Möbeln, Spiegeln, Bilderrahmen, von Waren aus Holz, Kork, Rohr, Binsen, Weide, Horn, Knochen, Elfenbein, Fischbein, Schildpatt, Bernstein, Perlmutter, Meerscham und deren Ersatzstoffen oder aus Kunststoffen, von Geräten und Behältern für Haushalt und Küchen, von Kämmen und Schwämmen, von Bürsten und Pinseln (ausgenommen für Malzwecke), von Bürstenmachermaterial, von Putzzeug und Stahlwolle, von rohem oder teilweise bearbeitetem Glas (mit Ausnahme von Bauglas), von Glaswaren, Porzellan und Steingut, von Webstoffen, Textilwaren und Tischdecken, insbesondere für Allergiker und Rheumatiker, von Teppichen, Fußmatten, Matten, Linoleum und andere Bodenbelägen, von Tapeten, von Spielen von Spielzeug, von Fleisch, Fisch, Geflügel und Wild sowie Fleischextrakten, von konserviertem, getrocknetem und gekochtem Obst und Gemüse, von Gallerten (Gelees), von Konfitüren und Kompotten, von Eiern, Milch und Milchprodukten, von Speiseölen und -fetten, von Kaffee, Tee, Kakao, Zucker, Reis, Ta-pioka, Sago, Kaffee-Ersatzmitteln, von Mehlen und Getreidepräparaten, von Brot, Backwaren und Konditorwaren, von Speiseeis, von Honig, Melassesirup sowie von Hefe und Backpulver, von Salz, von

Senf, von Essig, Saucen (Würzmittel), von Gewürzen, von Kühleis, von land-, garten- und forstwirtschaftlichen Erzeugnissen sowie Samenkörnern, von frischem Obst und Gemüse, von Sämereien, lebenden Pflanzen und natürlichen Blumen, von Futtermitteln und Malz, von Bieren, von Mineralwässern und kohlenensäurehaltigen Wässern und anderen alkoholfreien Getränken, von Fruchtgetränken und Fruchtsäften, von Sirupen und andere Präparaten für die Zubereitung von Getränken, von alkoholischen Getränken (ausgenommen Biere), Versandhandelsdienstleistungen; Verkauf von Waren über das Internet; Dienstleistung des Zusammenstellens verschiedener Waren (ausgenommen deren Transport) und/oder Dienstleistungen für Dritte, um den Verbrauchern Ansicht und Erwerb dieser Waren und die Inanspruchnahme dieser Dienstleistungen zu erleichtern.

Zur Begründung hat sie ausgeführt, bei der angemeldeten Bezeichnung "Küchenzauber" handele es sich um eine einfache Wortverbindung, wobei der zweite Bestandteil in den unterschiedlichsten Bereichen vielfach verwendet werde, um Erzeugnisse als solche oder hinsichtlich bestimmter Merkmale oder Eigenschaften werblich anpreisend als Zauber, also mit faszinierender Wirkung, Reiz oder Ausstrahlung zu bezeichnen. Da die zurückgewiesenen Waren für (zauberhafte) Küchen bestimmt seien bzw. in Küchen einen solchen Zauber auslösen könnten und die zurückgewiesenen Dienstleistungen eben solche Küchen, Küchenprodukte und -accessoires zum Thema/Gegenstand haben könnten, würden die Verbraucher in der angemeldeten Bezeichnung lediglich eine im Vordergrund stehende Sachangabe und werbliche Anpreisung eines Produktmerkmals sehen. Die gewählte Wortverbindung gehe nicht über die bloße Summenwirkung der Einzelworte hinaus und sei daher weder mehrdeutig noch interpretationsbedürftig;

ihre Bedeutung erschließe sich den angesprochenen Verkehrskreisen unmittelbar, ohne analysierende Betrachtung. Dies gelte umso mehr, als die Begriffszusammensetzung bereits vielfach als werbendes Schlagwort im Zusammenhang mit Küchen, Küchenartikeln und Kochen verwendet werde, um auf deren besondere Eigenschaften und Wirkung hinzuweisen (vgl. Recherchebelege des DPMA als Anlagen A1 - A4 zum o. g. Beschluss, Bl. 88 - 92 VA). Das Zeichen eigne sich daher im tenorierten Umfang nicht als betrieblicher Herkunftshinweis. Soweit sich die Anmelderin auf diverse eingetragene Marken mit dem Bestandteil "zauber" berufen habe, rechtfertigten diese keine andere schutzrechtliche Beurteilung.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin, mit der sie sinngemäß beantragt,

den versagenden Teil des Beschlusses des DPMA vom 30. August 2010 aufzuheben und die Rückzahlung der Beschwerdegebühr anzuordnen.

Sie ist der Ansicht, die von der Markenstelle mit dem angefochtenen Beschluss übersandten Recherchebelege seien nicht geeignet, die Schutzunfähigkeit des angemeldeten Zeichens zu begründen. Sie seien undatiert und stammten offenbar aus dem Jahr 2010. Nach der Entscheidung des EuGH zu "Flugbörse" (MarkenR 2010, 439) komme es aber für die Prüfung des Vorliegens absoluter Schutzhindernisse gemäß Art. 7 GMV auf den Zeitpunkt der Anmeldung der Marke an. Diese Auslegung des Art. 7 GMV sei auch im Rahmen des § 8 MarkenG heranzuziehen. Es fehlten hier aber jegliche Ausführungen und Belege, dass die angesprochenen Verkehrskreise bereits im Anmeldezeitpunkt, also im November 2007, die von der Markstelle angenommene Auffassung von der angemeldeten Bezeichnung gehabt hätten. Vorsorglich rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Markenstelle mit der Begründung, sie habe sich zu den mit dem angefochtenen Beschluss übersandten Unterlagen vor der Be-

schlussfassung nicht äußern können. Aus diesem Grund sei auch die Rückzahlung der Beschwerdegebühr anzuordnen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Anmelderin ist unbegründet.

1. Der Eintragung des angemeldeten Wortzeichens "Küchenzauber" als Marke steht hinsichtlich der beschwerdegegenständlichen Waren und Dienstleistungen das absolute Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen.
 - a) Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einem Zeichen innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel aufgefasst zu werden, welches die in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen als von einem bestimmten Unternehmen stammend kennzeichnet und diese Waren oder Dienstleistungen somit von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidet (EuGH GRUR 2008, 608, 611 Rdnr. 66 f. - EUROHYPO; BGH GRUR 2010, 825, 826 Rdnr. 13 - Marlene-Dietrich-Bildnis II; GRUR 2006, 850, 854 Rdnr. 18 - FUSSBALL WM 2006). Denn die Hauptfunktion der Marke besteht darin, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten. 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. - FUSSBALL WM 2006; a. a. O. - Marlene-Dietrich-Bildnis II; GRUR 2009, 411 Rdnr. 8 - STREETBALL; 778, 779 Rdnr. 11 -

Willkommen im Leben; 949 f. Rdnr. 10 - My World). Maßgeblich für die Beurteilung der Unterscheidungskraft ist 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 (vgl. EuGH GRUR 2004, 943, 944 Rdnr. 24 - SAT 2; GRUR 2006, 411, 412 Rdnr. 24 - Matratzen Concord/Hukla; BGH a. a. O. - FUSSBALL WM 2006). 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 (vgl. EuGH GRUR 2004, 428, 431 Rdnr. 53 - Henkel; BGH MarkenR 2000, 420, 421 - RATIONAL SOFTWARE CORPORATION; GRUR 2001, 1151, 1152 - marktfrisch). Ausgehend hiervon besitzen Wortmarken dann keine Unterscheidungskraft, wenn ihnen die maßgeblichen Verkehrskreise lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt zuordnen (vgl. u. a. EuGH GRUR 2004, 674, 678 Rdnr. 86 – Postkantoor; BGH GRUR 2001, 1151, 1152 - marktfrisch; GRUR 2001, 1153 - anti KALK; GRUR 2005, 417, 418 – BerlinCard; a. a. O. Rdnr. 19 - FUSSBALL WM 2006; GRUR 2009, 952, 953 Rdnr. 10 - DeutschlandCard) oder wenn diese aus gebräuchlichen Wörtern oder Wendungen der deutschen Sprache oder einer geläufigen 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 (vgl. u. a. BGH GRUR 2001, 1043, 1044 - Gute Zeiten – Schlechte Zeiten; BGH GRUR 2003, 1050, 1051 - Cityservice; a. a. O. - FUSSBALL WM 2006). Darüber hinaus besitzen keine Unterscheidungskraft vor allem auch Zeichen, 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 die

sich damit in einer beschreibenden Angabe erschöpfen (BGH a. a. O. 855 Rdnr. 28 f. - FUSSBALL WM 2006).

- b) Hiervon ausgehend hat die Markenstelle der angemeldeten Bezeichnung die Eintragung im Ergebnis zu Recht teilweise gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG versagt, da sie für die beschwerdegegenständlichen Waren und Dienstleistungen einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt bzw. einen engen beschreibenden Bezug aufweist.
 - aa) Die angemeldete Marke besteht aus einer sprachüblichen Verbindung der beiden geläufigen deutschen Begriffe "Küchen" und "Zauber". "Küchen" ist der Plural des Substantivs "Küche" mit den Bedeutungen "Raum zum Kochen, Backen, Zubereiten der Speisen", "Kücheneinrichtung", "das Kochen, Backen, die Zubereitung von Speisen als Arbeitsbereich", "Art der Speise, des Zubereitens" (Duden - Deutsches Universalwörterbuch, 6. Aufl. 2006 [CD-ROM]). Der weitere Wortbestandteil "Zauber" bedeutet u. a. "Handlung des Zauberns, magische Handlung, magisches Mittel", "Zauberkraft; magische Wirkung", "auf gleichsam magische Weise anziehende Ausstrahlung, Wirkung; Faszination, Reiz" (Duden - Deutsches Universalwörterbuch, a. a. O.). Letzterer Begriff wird, wie die Senate des Bundespatentgerichts wiederholt festgestellt haben, in großem Umfang und im Zusammenhang mit den unterschiedlichsten Waren und Dienstleistungen verwendet, um diese in der Werbung hinsichtlich ihrer Eigenschaften und Wirkungen als bezaubernd bzw. zauberhaft anzupreisen (vgl. insoweit PAVIS PROMA BPatG, 32 W (pat) 389/95, Beschluss vom 08.12.1995 - Früchtezauber; 24 W (pat) 250/04, Beschluss vom 05.12.2006 – Sauber-Zauber; 24 W (pat) 140/05, Beschluss vom 12.12.2006 – Zitrus-Zauber; 26 W (pat) 160/09,

Beschluss vom 13.10.2010 – Pfirsich-Zauber; 26 W (pat) 43/10,
Beschluss vom 03.08.2011 - Küchenzauber).

- bb) Auch die - bei Zeichen, die aus mehreren Worten oder Wortbestandteilen zusammengefügt sind - vorzunehmende Gesamtbeurteilung (EuGH GRUR 2004, 943, 944 Rdnr. 28 - SAT 2; a. a. O. Rdnr. 96 - Postkantoor) führt vorliegend nicht zu einem Bedeutungsgehalt, der über die Summe der Einzelbestandteile des Wortzeichens hinausgehen würde.

In seiner Gesamtbedeutung kann das Zeichen "Küchenzauber" von den angesprochenen inländischen Verkehrskreisen ohne weiteres als werblich anpreisender Sachhinweis auf Küchenräume, Küchenmöbel, in Küchen zum Einsatz kommende Gegenstände oder die Zubereitung von Speisen verstanden werden, die in ihren Eigenschaften und Wirkungen zauberhaft, also faszinierend oder reizvoll sind.

- aaa) Die angemeldete Bezeichnung "Küchenzauber" preist die so bezeichneten beschwerdegegenständlichen Waren der Klassen 7, 11 und 24 als solche an, die in Küchen eine zauberhafte Wirkung entfalten oder hierzu verhelfen sollen. Da es sich bei den versagten Waren durchweg um solche handelt, die in Küchen zur Zubereitung und/oder Aufbewahrung von Speisen bzw. zum Reinigen oder zur Dekoration von Küchen und Küchengegenständen geeignet bzw. bestimmt sein können, erschöpft sich das Anmeldezeichen in einer anpreisenden Sachangabe über den Bestimmungszweck dieser Waren.

bbb) Im Rahmen der in Klasse 35 angemeldeten Einzelhandelsdienstleistungen wird das angesprochene Publikum das Anmeldezeichen in den zurückgewiesenen Bereichen wegen der funktionellen Nähe dieser Dienstleistungen zu den Waren, mit denen Handel getrieben werden soll, nicht als betrieblichen Herkunftshinweis, sondern nur als Sachhinweis auf den Gegenstand des Einzelhandels ansehen, nämlich, dass es sich um Waren im Zusammenhang mit Küchen, Küchenartikeln und Kochen handelt, die reizvolle Eigenschaften haben oder eine zauberhafte Wirkung auslösen sollen. Dies gilt nicht nur für Kucheneinrichtungsgegenstände und sonstige Waren, die in Küchen zur Zubereitung und/oder Aufbewahrung von Speisen bzw. zum Reinigen oder zur Dekoration bestimmt sein können, sondern auch für Produkte, die speziell für Küchen angefertigt und angeboten werden können, wie "Geräte zur Aufzeichnung, Übertragung und Wiedergabe von Ton, Bild und/oder Informationen, von Magnetaufzeichnungsträgern" bzw. "Uhren und Zeitmessinstrumente" - man denke hier an Küchenradios/-CD-Spieler, Küchenfernseher bzw. Küchenuhren und Kurzzeitmesser ("Eieruhr"). Soweit sich die angemeldeten Einzelhandelsdienstleistungen auf "Druckereierzeugnisse, Photographien, Spiele und Spielzeug" beziehen, können diese Waren sich inhaltlich mit solchen Küchen und Küchenprodukten sowie der Zubereitung von Speisen, die in ihren Eigenschaften und Wirkungen zauberhaft sind, befassen. Man denke bei Druckereierzeugnissen beispielsweise an Kochbücher und bei Spielzeug an Kinderküchen und Kochspiele.

Die obigen Ausführungen gelten entsprechend für die weiter zurückgewiesenen "Versandhandelsdienstleistungen; Verkauf von Waren über das Internet, Dienstleistung des Zusammenstellens verschiedener Waren (ausgenommen deren Transport) und/oder Dienstleistungen für Dritte, um den Verbrauchern Ansicht und Erwerb dieser Waren und die Inanspruchnahme dieser Dienstleistungen zu erleichtern".

- ccc) Hinsichtlich der Dienstleistung "Werbung" werden die angesprochenen Verkehrskreise in dem Anmeldezeichen einen beschreibenden Hinweis auf die Branche (Küchen), in welcher die Werbedienstleistungen eingesetzt werden, sehen (BGH GRUR 2009, 949, 951 Rdnr. 24 – My World).
- cc) Angesichts des für einen normal informierten und durchschnittlich aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher dieser Waren und Dienstleistungen ohne weiteres erkennbaren beschreibenden und anpreisenden Begriffsgehalts bzw. engen beschreibenden Bezugs fehlte dem angemeldeten Zeichen schon zum Zeitpunkt seiner Anmeldung (EuGH a. a. O. – Flugbörse) für diese Waren und Dienstleistungen von Haus aus die Eignung, als betrieblicher Herkunftshinweis zu dienen. Da es sich bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft um eine Rechtsfrage handelt, die das DPMA und das BPatG aufgrund eigener Sachkunde anhand der Bedeutung des Zeichens und seines Verständnisses im Verkehr im Wege einer Prognose zu beantworten haben (EuGH GRUR Int. 2005, 135 Rdnr. 53 - Maglite; BGH a. a. O. Rdnr. 17 - Marlene-Dietrich-Bildnis II), ist für die Annahme des Schutzhindernisses gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG kein lexikalischer oder sonstiger Nachweis erforderlich, dass die Angabe oder das Zei-

chen bereits geläufig ist oder verwendet wird (EuGH GRUR 2004, 1027 Rdnr. 37 ff. - DAS PRINZIP DER BEQUEMLICHKEIT; GRUR Int. 2011, 400 Rdnr. 40 - Zahl 1000; BGH GRUR 2008, 1002 Rdnr. 30 - Schuhpark; GRUR 2011, 158 Rdnr. 12 - Hefteinband). Dementsprechend ist auch unerheblich, ob die angemeldete Bezeichnung bereits im Internet durch eine Suchmaschine feststellbar ist (Ströbele/Hacker, MarkenG, 10. Aufl., § 8 Rdnr. 139 m. w. N.). Auf die vom DPMA ermittelten, der Beschwerdeführerin mit dem angefochtenen Beschluss übersandten Beispiele der Verwendung des Wortes "Küchenzauber" durch Dritte kommt es daher nicht entscheidend an. Abgesehen davon ergibt sich aus den - der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 2. November 2011 (Bl. 25 GA) übermittelten - Recherchebelegen des Senats, dass der Begriff "Küchenzauber" bereits zum Zeitpunkt der Anmeldung Ende 2007 (und in den Jahren davor) vielfach als werbendes, anpreisendes Schlagwort im Zusammenhang mit Küchen, Küchenartikeln und Kochen verwendet wurde, um auf deren besondere Eigenschaften und Wirkung hinzuweisen (vgl. Anlagen 1 - 10 zum o. g. Schreiben des Senats, Bl. 26 - 39 GA).

2. Aus den o. g. Gründen liegt auch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin durch die Markenstelle vor. Der verfassungsrechtlich verbürgte Anspruch auf rechtliches Gehör gibt den Verfahrensbeteiligten das Recht, sich zu dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt und zu den erheblichen Rechtsfragen zu äußern. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt aber nur dann vor, wenn die fragliche Entscheidung auf der Vorenthaltung des rechtlichen Gehörs beruht oder beruhen kann (st. Rspr.; vgl. z. B. BGH GRUR 1997, 637, 638 f. – Top Selection; GRUR 2003, 1067, 1068 – Bach-Blüten-Ohrkerze). Fehlt es an der erforderlichen Kausalität zwischen einem möglichen Fehlverhalten der Markenstelle und der ergangenen Ent-

scheidung, liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs regelmäßig nicht vor.

Im vorliegenden Fall fehlt es bereits deshalb an einem Verstoß der Markenstelle gegen den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör, weil dem angefochtenen Beschluss zu entnehmen ist, dass die Markenstelle ihre Wertung, dass es sich bei dem angemeldeten Zeichen für einen Teil der beanspruchten Waren und Dienstleistungen um eine nicht unterscheidungskräftige Angabe i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG handelt, darauf gestützt hat, dass das Wort "Küchenzauber" seiner Wortbedeutung nach eine beschreibende und werblich anpreisende Angabe darstellt, dessen Bedeutung sich dem angesprochenen Publikum unmittelbar und ohne analysierende Betrachtung erschließt. Diese Wertung hat sie ohne Bezugnahme auf die dem angefochtenen Beschluss beigefügten Internetseiten getroffen. Wie sich aus der sich dieser Beurteilung anschließenden Formulierung "Dies gilt umso mehr, als ..." ergibt, hat sie auf die von ihr ermittelten Beispiele einer Verwendung des Wortes "Küchenzauber" durch Dritte lediglich zur Verdeutlichung und Verstärkung ihrer Rechtsauffassung verwiesen, ohne dass sie die Verwendungsbeispiele als letztlich entscheidend bewertet hat. Diese rechtliche Gewichtung konnte auch ein verständiger Adressat des angefochtenen Beschlusses der vorstehenden, von der Markenstelle gewählten Formulierung entnehmen. Kam es für die angefochtene Entscheidung auf die Verwendungsbeispiele, zu denen sich die Beschwerdeführerin nicht äußern konnte, letztlich aber erkennbar nicht an, so liegt auch kein für die Entscheidung maßgeblicher Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör vor (vgl. BPatG 29 W (pat) 43/10 - Küchenzauber). Abgesehen davon hatte die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeinstanz ausreichend Gelegenheit, zu den fraglichen Belegen Stellung zu nehmen.

3. Da schon das Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG vorliegt, kann aus Sicht des Senats dahinstehen, ob das angemeldete Zeichen darüber hinaus für die fraglichen Waren und Dienstleistungen freihaltungsbedürftig gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist.
4. Soweit sich die Beschwerdeführerin auf Voreintragungen berufen hat, sind diese nicht vergleichbar.

Die in den Jahren 1979 und 1980 eingetragenen Wortmarken "Salatzauber" (994737), "Fleisch-Zauber" (997799), "Zauber" (997800), "Zauberwürzer" (1004725), "Würzzauber" (1007758) und "Grill-Würzzauber" (1010563) beziehen sich auf andere Waren der Klassen 29 und 30 und liegen schon zu lange zurück. Die am 31. Januar 2008 eingetragene Wortmarke "FUCHS GLÜHWEIN ZAUBER" (30754336) ist ebenfalls für andere Waren der Klassen 21, 29 und 30 geschützt, abgesehen davon weist sie einen schutzfähigen Bestandteil ("FUCHS") auf. Der Vorwurf einer willkürlichen Ungleichbehandlung ist daher nicht gegeben.

Im Übrigen ließe sich allein aus einer oder wenigen vorangegangenen Entscheidungen noch nicht der Vorwurf einer willkürlichen Ungleichbehandlung ableiten, zumal es sich um rechtswidrig vorgenommene Eintragungen oder Eintragungen vor Eintritt einer Richtlinien- oder Rechtsprechungsänderung handeln kann. Niemand kann sich auf eine fehlerhafte Rechtsanwendung zugunsten eines anderen berufen, um eine identische Entscheidung zu erlangen (EuGH GRUR 2009, 667, 668 Rdnr. 18 – Volks.Handy, Volks.Camcorder, Volks.Kredit und SCHWABENPOST). Für die erforderliche Bereinigung des Markenregisters sieht das Gesetz das Lösungsverfahren vor, das von jedermann eingeleitet werden kann.

5. Mangels eines Verstoßes der Markenstelle gegen den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör (s. o. unter Ziff. 2) ist für die bean-

tragte Rückzahlung der Beschwerdegebühr aus Billigkeitsgründen gemäß § 71 Abs. 3 MarkenG kein Raum. Deshalb war auch der darauf gerichtete Antrag zurückzuweisen.

Kortge

Dorn

Werner

Hu