



BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 508/18

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 30 2016 209 219.3

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 10. Juli 2019 durch die Vorsitzende Richterin Klante, den Richter Schwarz und die Richterin Werner

b e s c h l o s s e n :

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Der Anmelder hat das Wort

Powerkitchen

als Wortmarke für die Waren und Dienstleistungen

Klasse 29: Brotaufstriche auf Gemüsebasis; Dickmilch [Quark]; Eier; Eiersatzstoffe; Erzeugnisse aus Meeresfrüchten; Fettarme Aufstriche aus Milchprodukten; Fettarme Joghurts; Fetthaltige Brotaufstriche; Fisch, Meeresfrüchte und Weichtiere; Fleisch; Fleischextrakte; Frisches Geflügel; Gallerten und Gelees, Konfitüren, Kompotte, Frucht- und Gemüseaufstriche; Geflügelsalate; Gemüsesalat; Joghurt; Joghurtdesserts; Joghurtgetränke; Kokosmilch für Kochzwecke; Kokosmilch in Pulverform; Käse; Mandelmilch für Speisezwecke; Milch; Milchgetränke mit überwiegendem Milchanteil; Milchprodukte; Milchshakes; Obstsalat; Reismilch [Milchersatz]; Sojamilch; Speiseöle und -fette; Verarbeitetes Obst und Gemüse [einschließlich Nüsse, Hülsenfrüchte] sowie verarbeitete Pilze; Wild

Klasse 30: Cornflakes; Eis, Eiscreme, gefrorener Joghurt, Sorbets; Essig; Feine Backwaren; Frühstückscerealien, Haferbrei, Grütze; Gebäck, Kuchen, Torten und Kekse; Getreidepräparate; Getreideriegel; Gewürzmi-

schungen; Honig; Kaffee, Tee, Kakao und Ersatzstoffe hierfür; Konservierte Küchenkräuter [Gewürz]; Konzentrate für Saucen; Mehle; Mehlspeisen; Müsli; Müslidesserts; Müsliriegel und Energieriegel; Nudeln; Pastagerichte; Pizza; Proteinreiche Getreideriegel; Reis, Tapioka; Sago; Sandwiches; Saucen; Schokolade; Senf; Speisesalz, Würzmittel, Gewürze, Aromastoffe für Getränke; Süße Brotaufstriche [Honig]; Teigwaren; Verzehrfertige Desserts [Konditorwaren]; Zucker, Honig, Melassesirup; Zuckerwaren, Konfekt

Klasse 32: Alkoholfreie Getränke; Aloe Vera-Getränke, alkoholfrei; Biere; Energiegetränke; Erfrischungsgetränke; Essenzen für die Zubereitung von alkoholfreien Getränken, ausgenommen ätherische Öle; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Gemüsesäfte [Getränke]; Getränke aus Gemüsesäften; Isotonische Getränke; Kalorienarme Erfrischungsgetränke; Kohlensäurehaltige Wässer; Kokosmilch zur Verwendung als Getränk; Mandelmilch [Getränk]; Mineralwässer; Molkegetränke; Proteinangereicherte Sportgetränke; Pulver für die Zubereitung von alkoholfreien Getränken; Sirupe für die Zubereitung von Getränken; Smoothies [alkoholfreie Fruchtgetränke]; Sojagetränke, ausgenommen als Milchersatz; Sportgetränke; Sportgetränke mit Elektrolyteanteilen

Klasse 43: Beherbergung von Gästen; Beratung in Bezug auf die Zubereitung von Speisen und Getränken; Beratung in Bezug auf Lebensmittel; Catering; Dienst-

leistungen der Verpflegung von Gästen in Hotel-restaurants; Dienstleistungen der Verpflegung von Gästen in Salatbars; Dienstleistungen in Bezug auf die Zubereitung von Speisen und Getränken; Dienstleistungen zur Beherbergung von Gästen; Dienstleistungen zur Verpflegung von Gästen; Kochberatung [Zubereitung von Speisen]; Lieferdienste von Speisen für den sofortigen Verzehr; Verpflegung von Gästen; Verpflegung von Gästen durch einen mobilen LKW; Verpflegung von Gästen in Cafeterias; Verpflegung von Gästen in Cafés; Verpflegung von Gästen in Eisdielen; Verpflegung von Gästen in Fastfood-Restaurants; Verpflegung von Gästen in Gasthäusern; Verpflegung von Gästen in Gaststätten; Verpflegung von Gästen in Grillrestaurants; Verpflegung von Gästen in Kantinen; Verpflegung von Gästen in Nachtclubs; Verpflegung von Gästen in Restaurants; Verpflegung von Gästen in Restaurants mit Außer-Haus-Verkauf; Verpflegung von Gästen in Schnellimbissrestaurants; Verpflegung von Gästen in Selbstbedienungsrestaurants; Verpflegung von Gästen in Speiselokalen; Verpflegung von Gästen mit Nahrungsmitteln und Getränken für wohltätige Zwecke; Verpflegung von Gästen mit Speisen und Getränken; Verpflegung von Gästen mit Speisen und Getränken zum Mitnehmen; Verpflegung von Gästen mittels mobiler Restaurants; Verpflegung von Kindern in Kindertagesstätten; Verpflegungs- und Beherbergungsdienstleistungen in Kindergärten und -krippen, Tagesbetreuungseinrichtungen, Altenheimen; Wohltätigkeitsdienste,

nämlich Verpflegung hilfsbedürftiger Personen; Zubereitung von Speisen und Getränken

zur Eintragung in das Markenregister angemeldet.

Mit dem von einer Beamtin des gehobenen Dienstes erlassenen Beschluss vom 24. Oktober 2017 hat das Deutsche Patent- und Markenamt – Markenstelle für Klasse 43 – die Anmeldung nach § 37 Abs. 1, § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG als nicht unterscheidungskräftige Angabe zurückgewiesen.

Zur Begründung ist ausgeführt:

Unter Berücksichtigung der Rechtsprechungsgrundsätze könne der angemeldeten Bezeichnung die Eintragung in das Register nicht gewährt werden. Sie stelle lediglich eine bloße Zusammenfügung zweier beschreibender Begriffe dar, die entsprechend den heute üblichen Bezeichnungsgewohnheiten gebildet sei. Bei der Feststellung des beschreibenden Charakters sei dabei jeweils auf die Marktrealität abzustellen und auf den Kontext, in dem das Zeichen benutzt werden soll. Vorliegend sei entscheidungserheblich, dass der für den konkreten Fall maßgebliche Gehalt der Wortelemente „Power“ und „-kitchen“ sich nicht nur aus dessen theoretischer Bedeutung ergebe, sondern durch seinen Kontext sowie seinen sachlichen Bezug zu den von der Marke beanspruchten Waren und Dienstleistungen eine zwingende Einheit im maßgeblichem Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise erfahre, die keinen Rückgriff auf jede theoretisch denkbare Bedeutungsvariante zulasse. Wie bereits im Beanstandungsbescheid vom 16. Juni 2016 ausgeführt worden sei, handele es sich bei dem angemeldeten Zeichen um eine englischsprachige Wortzusammensetzung, die in ihrer Gesamtaussage allgemein verständlich sei und unzweifelhaft im Sinne von „Power Küche“ verstanden werde. Diese Deutung erfordere keine analysierende Betrachtung, sondern erschließe sich dem unbefangenen Verbraucher unmittelbar. Dass die Bezeichnung aus fremdsprachigen Wörtern zusammengesetzt sei, ändere

nichts an der beschreibenden Sachaussage und führe auch nicht zu einer anderen Beurteilung, zumal der Begriff „kitchen“ (engl. = Küche) zum elementaren Grundwortschatz zähle und der Begriff „Power“ bereits als Fremdwort in die deutsche Sprache im Sinne von „Stärke, Leistung“ eingegangen sei. Demzufolge sei die gewählte Wortzusammensetzung auch für die überwiegende Mehrheit der Inlandsverbraucher im Sinne von „Power Küche“ durchaus verständlich, ohne dass eine irgendwie geartete Sprachunüblichkeit dieser Bezeichnung erkennbar wäre, wobei das Wort "Power" einen werbeüblichen Hinweis auf die Wirkungsweise der Waren dahingehend vermittele, dass sie dazu bestimmt seien, dem Körper Kraft und Energie zuzuführen (vgl. BPatG 32 W (pat) 116/05 – power energy). In der Gesamtheit besage die Anmeldemarke damit nichts anderes, als dass die beworbenen Speisen und Getränke dazu geeignet seien, aufgrund ihrer Inhaltsstoffe und Zusammensetzung die körperliche und geistige Leistungskraft bzw. -fähigkeit zu fördern bzw. es sich um eine Ernährungsform handle, die der Erlangung bzw. der Erhaltung einer leistungsfähigen körperlichen Verfassung durch energiebringende und kraftvolle Ernährung diene. Insoweit ergänzten sich beide Zeichenteile zu einer durchaus sinnfälligen, inhaltlich klar umrissenen und ohne weiteres verständlichen Gesamtsachaussage. Denn ohne die Bezeichnung einer analysierenden Betrachtung unterziehen zu müssen, werde der angesprochene Verkehr lediglich einen Hinweis auf eine Küche mit einem entsprechenden Angebot verstehen, welches auf die ernährungsphysiologische Wirkungsweise der beworbenen Produkte als Energieträger hinweise. Die beanspruchten Verpflegungsdienstleistungen gehörten auch zum üblichen Leistungsspektrum eines solchen Anbieters. Hierbei sei auch zu berücksichtigen, dass der Verbraucher daran gewöhnt sei, mit solchen pointierten, prägnanten Wortfolgen konfrontiert zu werden, durch die er lediglich zum Kauf bzw. zur Inanspruchnahme der so beworbenen Waren/Dienstleistungen animiert werden solle. Auch die vorliegende Wortfolge bewege sich in jeder Hinsicht im Rahmen dessen, was auf dem hier zu beurteilenden Gastronomiesektor als Werbeanpreisung üblich sei und erwartet werde. Insbesondere im Nahrungs- und Genussmittelbereich habe sich das werbeübliche Anpreisen der Zutaten und deren Wirkungsweise durchgesetzt und

stelle für den Verbraucher somit eine vertraute Beschaffenheits- und Qualitätsbezeichnung dar. Dementsprechend würden die angesprochenen Verkehrskreise in der angemeldeten Bezeichnung keinen betrieblichen Herkunftshinweis, sondern lediglich eine werblich hervorhebende Leistungsbeschreibung erkennen, deren Bestandteile sich begrifflich sinnvoll und passend zu einer verbraucherorientierten Sachinformation ergänzen. Der angesprochene Verkehr habe damit keinen Anlass, in der Kombinationsbezeichnung noch eine Individualität i.S. einer geschäftsbetrieblichen Kennzeichnung zu sehen, so dass der beschreibende Charakter der angemeldeten Marke ohne Weiteres zu bejahen sei. Zudem sei der Verkehr daran gewöhnt, in der Werbung ständig mit neuen Wortkombinationen konfrontiert zu werden, die ihm in einprägsamer Weise sachbezogene Informationen übermitteln sollten. So liege der Fall auch hier. Wie den mit dem Beanstandungsbescheid vom 16. Juni 2016 übersandten Rechercheergebnissen – es handelt sich insoweit um einen Eintrag bei Amazon zu einem 2007 veröffentlichten Buch der Autoren Frank Schmidt und Arno Schimpfd mit dem Titel „Powerküche für den Kopf: Richtige Ernährung für Spitzenleistungen“ sowie einen am 16. August 2016 abgerufenen Preetext des Lanserhofs, Lans/Österreich, mit dem Titel „Energy Cuisine – Wohlbefinden und Vitalität mit der Power Küche des Lanserhofs“ - entnommen werden könne, finde der Terminus „Powerküche“ auf dem Markt bereits als reine Sachangabe Verwendung. Auch sei es nicht ausschlaggebend, ob eine Wortkombination in ihrer konkreten Zusammenstellung lexikalisch belegbar sei. Angesichts der in der englischen wie auch in der deutschen Sprache gegebenen Möglichkeit, beliebig zusammengesetzte Wörter zu bilden, deren begriffliche Bedeutung in der Regel für den Verkehr ohne weiteres erkennbar sei, könne es insoweit auf den lexikalischen Nachweis einer Wortzusammenstellung nicht maßgeblich ankommen. Demzufolge liege auch keine schutzbegründende Interpretationsbedürftigkeit vor bzw. fehle es nicht an jeglicher sinnvoller Deutungsmöglichkeit. Vielmehr lasse die angemeldete Bezeichnung keinen Raum für eine von der Art der Waren wegführenden Interpretation in Richtung nur verschwommener, unklarer Deutungsmöglichkeiten, sondern stelle sich gerade in Verbindung

mit den angemeldeten Waren und Dienstleistungen als eine sofort verständliche Produktbezeichnung bzw. Sachinformation dar.

Soweit der Anmelder auf aus seiner Sicht vergleichbare Voreintragungen vergleichbarer Marken verwiesen habe, rechtfertige dies keine andere Beurteilung. Bestehende Eintragungen seien zwar zu berücksichtigen, könnten nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, des Bundespatentgerichts und des Bundesgerichtshofs aber keine für den zu entscheidenden Fall rechtlich bindende Wirkung entfalten. Die Entscheidung über die Schutzfähigkeit einer Marke sei keine Ermessensentscheidung, sondern eine gebundene Entscheidung, die allein auf der Grundlage des Gesetzes und nicht auf der Grundlage einer vorherigen Entscheidungspraxis zu beurteilen sei. Abgesehen davon würde die Bindung an Voreintragungen sich nicht mit der Möglichkeit der Löschung wegen Schutzunfähigkeit in Einklang bringen lassen, da es keine Fiktion der Richtigkeit gebe. Im Ergebnis sei die Anmeldung daher wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückzuweisen. Auf die Frage eines etwaigen Freihaltebedürfnisses im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG komme es damit nicht mehr an.

Gegen diesen ihm per Einschreiben am 25. Oktober 2017 übersandten Beschluss hat der Anmelder zunächst mit einem am 24. November 2017 beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangenen Schreiben „Erinnerung gem. § 64 MarkenG“ eingelegt. Mit einem weiteren, beim Deutschen Patent- und Markenamt am 4. Januar 2018 eingegangenen Schreiben hat er mitgeteilt, dass dem früheren Schreiben ein Druckfehler zugrunde gelegen habe und er statt der Erinnerung das Rechtsmittel der Beschwerde hatte einlegen wollen; er bitte daher, sein früheres Schreiben als Beschwerde zu bearbeiten. Die Beschwerdegebühr in Höhe von 200 € hatte der Anmelder bereits am 27. November 2017 gezahlt.

Sein Rechtsmittel hat der Anmelder wie folgt begründet: Zwar werde der Begriff „Power“ mittlerweile häufig als Kennzeichnung für besonders effektive und kraftvolle Nahrungsmittel verwendet. Trotzdem seien erst kürzlich die Begriffe

„Powerfood“ und „Powerbar“ als Marke eingetragen worden. Auch die Begriffe „Mama´s Kitchen“ und „Chicken Kitchen“ seien als Marken registriert worden. Gegenüber diesen bereits eingetragenen Marken weise seine Markenmeldung „Powerkitchen“ eine weitaus größere Unterscheidungskraft auf, da sie nicht annähernd so einen beschreibenden Inhalt habe wie die vorgenannten eingetragenen Marken. Insoweit sei die Eintragung seiner angemeldeten Marke unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes gut vertretbar. Wenn es sich bei der Eintragungsentscheidung um eine gebundene Entscheidung handle, bedeute dies aber auch, dass sich das Deutsche Patent- und Markenamt bei der Eintragung der früheren Markenmeldung an das Gesetz gehalten habe und diese Marken alle Eintragungsvoraussetzungen erfüllt hätten. Dann sei es aber noch weniger verständlich, warum seine Markenmeldung zurückgewiesen worden sei. Der Begriff „Powerkitchen“ sei eine Wortneuschöpfung, die sich derzeit weder im Lebensmittelsektor noch in anderen Bereichen finden lasse. Es sei geplant, ein erstes wahres Fitnessrestaurant zu eröffnen und erst dadurch den Begriff „Powerkitchen“ zu prägen und ihn mit dem Markt der Fitnessgastronomie zu verbinden. „Powerkitchen“ könne auch für den Verkauf von Küchen, für Kochbücher oder für Kochkurse verwendet werden und erschöpfe sich somit nicht in einem lediglich beschreibenden, werbeüblichen Hinweis. Als Name für ein Restaurant verfüge der vorgenannte Begriff durchaus über genügend individuelle Unterscheidungskraft, so dass seiner Eintragung keine Schutzhindernisse entgegenstünden. Zumindest sei hiervon bei einem Teil der angemeldeten Waren und Dienstleistungen auszugehen, so dass er bereit sei, insoweit sein Waren- und Dienstleistungsverzeichnis einzuschränken.

Der Anmelder hat keinen ausdrücklichen Antrag gestellt.

II.

A. Die Beschwerde, über die im schriftlichen Verfahren entschieden werden kann, nachdem der Beschwerdeführer keinen (Hilfs-) Antrag auf mündliche Verhandlung gestellt hat und auch der Senat eine solche nicht für sachdienlich erachtet, ist nach §§ 66, 64 Abs. 6 MarkenG zulässig. Zwar hat der Beschwerdeführer zunächst ausdrücklich Erinnerung nach § 64 MarkenG eingelegt. Allerdings ist diese nach den vorgenannten Vorschriften als Beschwerde zu behandeln, nachdem der Beschwerdeführer klargestellt hat, dass es sich insoweit um einen Schreibfehler handelte und er vielmehr von der Möglichkeit, sofort Beschwerde einlegen zu können, Gebrauch machen wollte, und zudem innerhalb der Beschwerdefrist auch keine Erinnerungs-, sondern die Beschwerdegebühr eingezahlt hatte.

Die Beschwerde ist indes in der Sache unbegründet. Zu Recht und mit zutreffender Begründung, der sich der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen anschließt, hat das Deutsche Patent- und Markenamt der angemeldeten Bezeichnung die Eintragung nach § 37 Abs. 1, § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG versagt. Die Beschwerdebegründung bietet für eine abweichende Beurteilung keinen Anlass.

1. Der Senat teilt die Auffassung des Deutschen Patent- und Markenamtes, dass die angemeldete Bezeichnung nach § 37 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG mangels jeglicher Unterscheidungskraft von der Eintragung ausgeschlossen ist.

a) Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist für die Beurteilung, ob einer angemeldeten Bezeichnung die erforderliche Unterscheidungskraft fehlt, auf die Hauptfunktion einer Marke abzustellen; danach soll diese den Abnehmern die Ursprungsidentität der durch die Marke gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen garantieren, indem sie es ihnen ermöglicht, diese ohne Verwechslungsgefahr von Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft zu

unterscheiden (vgl. zuletzt EuGH GRUR 2018, 917, 919 [Rdnr. 34] - Mitsubishi). Unter Berücksichtigung des Allgemeininteresses an der nicht ungerechtfertigten Einschränkung der Verfügbarkeit der angemeldeten Kennzeichnung für die anderen Wirtschaftsteilnehmer, die entsprechende Waren oder Dienstleistungen anbieten (vgl. EuGH GRUR 2004, 943, 944 [Rz. 26] - SAT.2), ist deshalb die Unterscheidungskraft einer angemeldeten Bezeichnung zu verneinen, wenn diese nicht geeignet ist, die Waren oder Dienstleistungen, für die die Eintragung beantragt wird, in der Anschauung ihrer durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen (vgl. EuGH GRUR 2003, 604, 607 [Rz. 46] – Libertel; GRUR 2004, 943, 944 [Rz. 24] – SAT.2) Abnehmer als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Waren und Dienstleistungen von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. EuGH WRP 2002, 924, 930 [Rz. 35] – Philips/Remington; MarkenR 2003, 187, 190 [Rz. 41] - Gabelstapler; MarkenR 2005, 22, 25 f. [Rz. 33] - Das Prinzip der Bequemlichkeit).

b) Dies ist bei der vorliegend zu beurteilenden angemeldeten Kennzeichnung der Fall, weil sie nur einen im Vordergrund stehenden, die beanspruchten Waren und Dienstleistungen beschreibenden Begriffsinhalt hat (vgl. BGH GRUR 2001, 1151, 1153 – marktfrisch; GRUR 2003, 1050, 1051 – City-Service; BGH, GRUR 2001, 162, 163 m.w.N. – RATIONAL SOFTWARE CORPORATION). Hierfür reicht es aus, dass ein Wortzeichen, selbst wenn es für die beanspruchten Waren und Dienstleistungen bislang nicht beschreibend verwendet wurde oder es sich gar um eine sprachliche Neuschöpfung handelt, in einer seiner möglichen Bedeutungen nach dem Verständnis des mit ihm angesprochenen Publikums zumindest ein Merkmal dieser Waren und Dienstleistungen bezeichnen kann (vgl. EuGH GRUR 2003, 58, 59 [Rz. 21] - Companyline; MarkenR 2003, 450, 453 [Rz. 32] - DOUBLEMINT; MarkenR 2004, 99, 109 [Rz. 97] - POSTKANTOOR; MarkenR 2004, 111, 115 [Rz. 38] - BIOMILD); dies gilt auch für ein zusammengesetztes Zeichen, das aus mehreren Begriffen besteht, die nach diesen Vorgaben für sich genommen schutzunfähig sind, sofern das Gesamtzeichen infolge einer ungewöhnlichen Veränderung - etwa syntaktischer oder semantischer Art - nicht hinrei-

chend weit von der bloßen Zusammenfügung ihrer schutzunfähigen Bestandteile abweicht (vgl. EuGH MarkenR 2004, 99, 109 [Rz. 98] - POSTKANTOOR; MarkenR 2004, 111, 115 [Rz. 39 f.] – BIOMILD; GRUR 2004, 943, 944 [Rz. 28] - SAT.2; GRUR 2006, 229, 230 [Rz. 29] - BioID; MarkenR 2007, 204, 209 [Rz. 77 f.] - CELLTECH).

c) Wie das Deutsche Patent- und Markenamt zutreffend festgestellt hat und was auch der Beschwerdeführer nicht bestreitet, ist die angemeldete Bezeichnung erkennbar aus den beiden englischen Begriffen „power“ und „kitchen“ zusammengesetzt, die beide zum englischen Grundwortschatz gehören und daher den mit den angemeldeten Waren und Dienstleistungen angesprochenen Verbrauchern, bei denen es sich vorliegend wegen der Art der Waren und Dienstleistungen um die Gesamtbevölkerung handelt, in ihrer deutschen Übersetzung vor allem als „Kraft; Macht; Vermögen; Energie; Fähigkeit; Leistung; Stärke“ und „Küche“ unmittelbar verständlich sind. Für den Markenteil „power“ gilt dies vor allem auch deshalb, weil dieser Begriff mittlerweile auch als Lehnwort mit den vorgenannten Bedeutungen Einzug in den deutschen Sprachgebrauch gefunden hat, wie das Deutsche Patent- und Markenamt unter Hinweis auf den Eintrag bei MUNZINGER ONLINE/DUDEN nachgewiesen hat. Für das angesprochene Publikum ist die angemeldete Marke daher unmittelbar ohne weiteres Nachdenken in der Bedeutung „Energie Küche“ oder unter Übernahme des Lehnwortes „Power Küche“ verständlich.

d) Wie das Deutsche Patent- und Markenamt ebenfalls zutreffend nachgewiesen hat, wird dieser Begriff bereits seit langem zur Bezeichnung für die Zubereitung von besonders energiereichen Speisen und Getränken verwendet, die insbesondere für die Leistungsfähigkeit bei besonderer physischer oder psychischer Beanspruchung geeignet sind. Insoweit kann auf die genannten Fundstellen verwiesen werden, welche das Deutsche Patent- und Markenamt dem Beschwerdeführer mit dem Beanstandungsbescheid übersandt hatte und die auch der angefochtenen Entscheidung zugrunde liegen.

e) Damit gibt die angemeldete Bezeichnung aber eine mögliche Eigenschaft der angemeldeten Waren und Dienstleistungen an, die der Beschwerdeführer mit ihr kennzeichnen möchte. Denn bei sämtlichen Waren der Klassen 29, 30 und 32 weist es lediglich auf deren Eignung hin, Ausgangsmaterialie für die Herstellung solcher energiereicher Speisen und Getränke zu sein. Und bei den beanspruchten Dienstleistungen der Klasse 43 wird mit dieser Bezeichnung dem Publikum lediglich mitgeteilt, dass ein möglicher Gegenstand ihrer Erbringung gerade darauf gerichtet ist, solche energiereichen Speisen und Getränke unmittelbar anzubieten oder den Empfänger dieser Dienstleistungen in Bezug hierauf zu beraten oder ihm das erforderliche (Grund-) Wissen zu vermitteln. Dies gilt dabei auch für die Beherbergungsdienstleistungen, weil solche auch dann, wenn mit ihnen nicht zugleich unmittelbar Verpflegungsdienstleistungen verbunden sind, häufig mit der Gelegenheit zur Aufnahme von Speisen und Getränken (z.B. in Form von Minibars in Hotels) als Nebenleistung verbunden sind.

f) Soweit der Beschwerdeführer sich auf die Eintragung seiner Ansicht nach vergleichbarer Drittmarken beruft, ändert dies nichts an der fehlenden Schutzfähigkeit für die vorliegend zu beurteilende Anmeldemarke. Denn aus der Schutzgewährung für andere Marken kann ein Anmelder keinen Anspruch auf Eintragung ableiten, weil Voreintragungen weder für sich noch in Verbindung mit dem Gleichheitssatz des Grundgesetzes zu einer Selbstbindung derjenigen Stellen führen, welche über die Eintragung zu befinden haben (st. Rspr., vgl. EuGH, GRUR 2009, 667 Rn. 15 ff. - *Bild.T-Online.de und ZVS*; MarkenR 2008, 163 Rn. 39 - Terranus; GRUR 2004, 674 Rn. 43, 44 - Postkantoor; GRUR 2004, 428 Rn. 63 - Henkel; BGH WRP 2011, 349 - FREIZEIT Rätsel Woche; BPatG MarkenR 2007, 351, 352 f. - Topline; GRUR 2007, 333, 335 ff. - Papaya; GRUR 2010, 423 - amazing discoveries; GRUR 2010, 425 - Volksflat). Zwar sind Voreintragungen, auch wenn sie als solche keinen Eintragungsanspruch begründen können (EuGH, a.a.O., Rn. 15 - *Bild.T-Online.de und ZVS*), bei der Prüfung der Schutzfähigkeit einer später angemeldeten identischen oder ähnlichen Eintragung nach der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich als einer von vielen Umständen bei dieser Prüfung zu

berücksichtigen ist (so ausdrücklich EuGH, GRUR 2009, 667 Rn. 17 - Bild.T-Online.de und ZVS; ebenso BPatG GRUR 2009, 683, 684 – Schwabenpost; Kur in: Kur/v. Bomhard/Albrecht, BeckOK Markenrecht, 17. Edition, Stand 01.04.2019, § 8 Rn. 45; a.A. – unter Außerachtlassung der vorgenannten Rn. 17 in der EuGH-Entscheidung – Ströbele in: Ströbele/Haxcker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl., § 8 Rn. 72 ff.). Allerdings ist eine Auseinandersetzung allenfalls mit Voreintragungen möglich, die mit der neuen Markenmeldung in allen Belangen identisch oder hinreichend ähnlich sind, weil sich aus jeder noch so kleinen Abweichung bereits eine unterschiedliche tatsächliche Beurteilungsgrundlage ergibt, welche schon aus diesem Grund zu einem abweichendes Prüfungsergebnis führen kann. Dabei kann auch bei identischen oder ähnlichen Voreintragungen der vom Beschwerdeführer erwähnte Gleichheitssatz nur dann erwogen werden, wenn zweifelsfrei positiv feststünde, dass die Voreintragungen, auf welche sich der spätere Anmelder beruft, in allen Belangen rechtmäßig waren, weil es eine „Gleichheit im Unrecht“ nicht gibt, also rechtswidrige Eintragungen von vornherein keine Grundlage für eine gleichartige Beurteilung der Schutzfähigkeit bieten können. Hierfür reicht die bloße Eintragung nicht aus, weil sich aus ihr allenfalls eine Richtigkeitsvermutung, nicht aber, wie sich aus der Möglichkeit des Löschungsverfahrens (§§ 50, 54 MarkenG) ergibt, eine Richtigkeitsgewißheit herleiten lässt. Eine solche Feststellung der Rechtmäßigkeit der Voreintragung ist aber schon mangels Kenntnis und Ermittelbarkeit aller Umstände, die bei der – nach der Rechtsprechung des EuGH (GRUR Int 1998, 875 Rn. 21 – Canon; GRUR Int 2003, 638 Rn. 59 – Libertel; GRUR 2004, 674 Rn. 123 – Postkantoor; GRUR 2010, 1096 Rn. 45 – Borco) strengen und umfassenden - Prüfung der Eintragbarkeit der Voreintragung heranzuziehen sind, unmöglich, weil diese Umstände, welche der Beurteilung der Schutzfähigkeit der früheren Eintragung zugrunde gelegt worden waren, mangels einer gesetzlich vorgeschriebenen zwingenden Begründung der bewilligten Eintragung und Hinterlegung der hierbei ermittelten Umstände in der Eintragungsakte in aller Regel nicht (mehr) nachträglich feststellbar sind (ähnl. BGH GRUR 2011, 230 Rn. 12 - SUPERgirl; BGH MarkenR 2011, 66 Rn. 12 - FREIZEIT Rätsel Woche; BGH GRUR 2012, 276

Rn. 18 - Institut der Norddeutschen Wirtschaft e.V.; GRUR 2013, 522 Rn. 20 - Deutschlands schönste Seiten; GRUR 2014, 376 Rn. 19 - grill meister; GRUR 2014, 872 Rn. 45 - Gute Laune Drops).

2. Da die Markenstelle somit im Ergebnis der Anmeldemarke zutreffend die Eintragung wegen des Schutzhindernisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG versagt hat, war die Beschwerde zurückzuweisen.

B. Für eine Rückzahlung der Beschwerdegebühr nach § 71 Abs. 3 MarkenG bestand ebenso wenig Veranlassung wie für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 83 Abs 1 MarkenG.

III.

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 einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form einzulegen.

Klante

Schwarz

Werner