



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 282/04

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die angemeldete Marke 303 51 987.8

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 15. Oktober 2007 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogel von Falckenstein und die Richterinnen Winter und Hartlieb

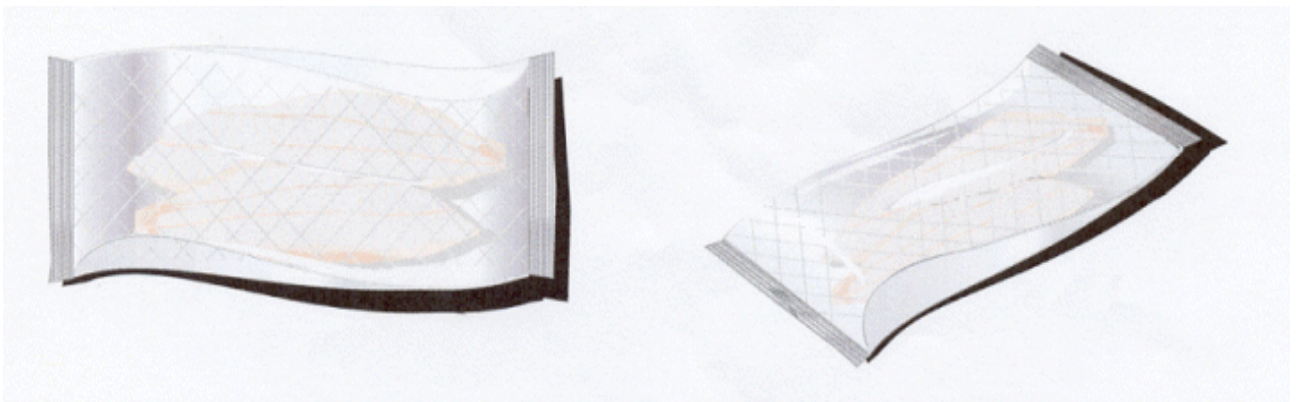
beschlossen:

Auf die Beschwerde der Anmelderin werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 43 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 1. April 2004 und vom 16. November 2004 aufgehoben, soweit darin die Anmeldung zurückgewiesen worden ist.

Gründe

I.

Zur Eintragung in das Markenregister als dreidimensionale Marke mit der Farbe weiß ist die nachstehend abgebildete Darstellung - in zwei Ansichten - angemeldet worden mit dem Zusatz: „Unterseite jeweils weiß, Oberseite jeweils transparent“:



Ansicht 1

Ansicht 2

Das Verzeichnis der Waren und Dienstleistungen lautet:

„Verpackungen und Verpackungsmaterial, soweit in Klasse 16 enthalten; Frische (nicht lebende), gefrorene, gebratene, geräucherte

und konservierte Fische und Fischwaren; Fischerzeugnisse; Fischgerichte; Krebstiere, Schalentiere, Krustentiere und Weichtiere (nicht lebend) sowie Erzeugnisse daraus; Fertiggerichte, fertige Teilgerichte und Snacks, in der Hauptsache bestehend aus vorgenannten Waren; sämtliche vorgenannte Waren im rohen, gekühlten, tiefgefrorenen aber auch verzehrfertig zubereiteten Zustand; Verpflegung von Gästen; Catering.“

Die Markenstelle für Klasse 43 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung teilweise, nämlich hinsichtlich der Waren, wegen fehlender Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zurückgewiesen. Zur Begründung ist im Wesentlichen darauf Bezug genommen, dass die Anmeldung als naturgetreue Darstellung einer Verpackung mit Fischfilets als Inhalt ein Hinweis auf die beanspruchten Waren und deren Verpackung sei; die Gestaltung hebe sich nicht in schutzbegründender Form vom funktionsbedingten, branchenüblichen Formenschatz ab.

Die Anmelderin hat Beschwerde eingelegt. Mit umfangreichen Ausführungen hält sie die angemeldete Marke für schutzfähig. Sie meint im Wesentlichen, dass es sich um eine willkürliche Formgebung handele, die sich von einer funktionsbezogenen Gestaltung und branchenüblichen Fischverpackungen erheblich abhebe. Die Anmeldung weise folgende Charakteristika auf:

- Die angemeldete Verpackung besteht aus einem Schalenelement, das von Folienmaterial mit rautenförmigem Netzmuster umhüllt und umschlossen wird.
- Das Schalenelement wiederum setzt sich aus einem Bodenelement und zwei Seitenwänden zusammen.
- Die Seitenwände sind jeweils an der Längsseite entlang einer gebogenen Faltnie an dem Bodenelement angelenkt.

- Die Faltlinien der Seitenwände sind dabei zueinander entgegengesetzt gekrümmt, wobei das Bodenelement ausgehend von der Mitte der Faltlinie eine zunehmende Breite besitzt. Das Bodenelement enthält durch die gebogene Faltlinie eine taillierte Form.
- Die Seitenwände weisen einen wellenförmigen oberen Rand auf. Dabei sind sie kongruent, also formgleich ausgebildet, aber mit entgegengesetzter Orientierung an dem Bodenelement angeordnet, so dass der Bereich größerer Wandhöhe an einer Seitenwand dem Bereich mit geringerer Wandhöhe an der anderen Seitenwand gegenüberliegt.
- Aufgrund der gebogenen Faltlinie besitzt das Bodenelement eine gebogene Form, bei der die Ränder des Bodenelementes zwischen den Seitenwänden angehoben sind. Damit besitzt das Schalelement keinesfalls ein planes Bodenelement, sondern zeichnet sich ebenfalls durch eine Wellenform aus.

Die Anmelderin beantragt sinngemäß,

die angefochtenen Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 43 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 1. April 2004 und vom 16. November 2004 aufzuheben, soweit darin die Anmeldung zurückgewiesen worden ist.

Ergänzend wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Anmelderin ist in der Sache begründet. Ein der Eintragung entgegenstehendes Freihaltebedürfnis i. S. v. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG

wie auch fehlende Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG lassen sich nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen.

Eine Marke hat Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, wenn sie es ermöglicht, die Waren (oder Dienstleistungen), für die ihre Eintragung beantragt worden ist, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Waren oder Dienstleistungen somit von denjenigen anderer Unternehmen nach ihrer Herkunft zu unterscheiden. Durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist geklärt, dass bei der Beurteilung dreidimensionaler Marken, auch soweit sie aus der Form der Ware selbst oder deren Verpackung bestehen, keine strengeren Kriterien anzuwenden sind als gegenüber herkömmlichen Markenkategorien wie Wort- oder Bildmarken (vgl. EuGH GRUR 2003, 514, 517 Nr. 49 - Linde, Winward u. Rado; EuGH GRUR Int. 2006, 842, 844 Nr. 24 - Form eines Bonbons II).

Der Europäische Gerichtshof hat mehrfach aber auch darauf hingewiesen, dass eine dreidimensionale Marke, die in der Form der Ware selbst oder deren Verpackung besteht, von den maßgeblichen Verkehrskreisen nicht notwendig in gleicher Weise wahrgenommen wird wie eine Wort- oder Bildmarke, die aus einem Zeichen besteht, das vom Erscheinungsbild der mit der Marke bezeichneten Waren unabhängig ist (vgl. EuGH MarkenR 2004, 461, 465 Nr. 30 – Maglite; auch EuGH a. a. O. Nr. 48 i. V. m. Nr. 32-35 - Linde, Winward u. Rado; EuGH GRUR 2004, 428, 431 Nr. 52 - Henkel; EuGH MarkenR 2004, 224, 229 Nr. 38 - Waschmitteltabs; EuGH MarkenR 2004, 231, 236 Nr. 36 - Quadratische Waschmitteltabs).

Nach Auffassung des EuGH vermag eine dreidimensionale Warenformmarke (einschließlich Verpackungsformmarke) die erforderliche Herkunftsfunktion nur dann zu erfüllen, wenn diese eine erhebliche Abweichung von der Norm oder Branchenüblichkeit aufweist (EuGH a. a. O. Nr. 49 - Henkel; EuGH a. a. O. S. 465 Nr. 31 - Maglite; EuGH GRUR Int. 2006, 226, 227 Nr. 31 - Standbeutel). Denn nur dann ist es dem Durchschnittsverbraucher, auf dessen Verständnis gerade bei

Massenprodukten des täglichen Bedarfs abzustellen ist, möglich, die betreffende Ware allein anhand ihrer Form oder der Form ihrer Verpackung zwanglos von entsprechenden Erzeugnissen anderer Unternehmen zu unterscheiden (EuGH a. a. O. S. 431 Nr. 53 - Henkel).

Auch der Bundesgerichtshof betont, dass der Verkehr in der Form oder Abbildung einer Ware regelmäßig nur einen Hinweis auf die ästhetische oder funktionelle Gestaltung der Ware, nicht aber auf ihre betriebliche Herkunft sieht (BGH GRUR 2003, 332, 334 - Abschlussstück; BGH GRUR 2003, 712, 714 – Goldbarren; BGH WRP 2004, 749, 751 – Transformatorengehäuse; BGH MarkenR 2004, 492, 494 - Käse in Blütenform; BGH GRUR 2006, 679, 681 Nr. 17 - Porsche Boxter).

Die der Anmeldung beigefügten zweidimensionalen grafischen Wiedergaben der Marke zeigen in Teilansicht skizzenhaft weitgehend naturgetreu zwei Fischfilets in einem Behältnis mit transparenter Abdeckung, so dass beanspruchte Waren dargestellt erscheinen. Verpackungen, Verpackungsmaterial sowie Verpackungen für Produkte der Klasse 29 werden zudem in den verschiedensten Formen angeboten, so dass eine ohne individuelle Merkmale gestaltete Verpackung nur als eine weitere Variante im vorhandenen Formenschatz erscheinen würde.

Indessen weist die beanspruchte Form, wie eingereicht mit der Darstellung in zwei Ansichten, Gestaltungsmerkmale auf, die im Sinn der genannten Rechtsprechung des EuGH erheblich von der Norm oder Branchenüblichkeit abweichen.

Verpackungsgrundformen, insbesondere auch bei Produkten der Klasse 29 sind, wie auch die von der Anmelderin eingereichten Abbildungen zeigen, je nach Art und Größe des zu verpackenden Produkts, zum Beispiel gestaltet als rechtwinkelige Schachtel - mit vier Seitenelementen, Boden und Deckel, zum Beispiel bei Piz-za und Fertiggerichten - , als Schale mit transparenter Abdeckung, zum Beispiel bei Fleisch und Krabben, als Kunststofftüte, zum Beispiel bei Pommes frites, tief-

gekühlten Beeren, oder auch als mit transparenter Folie umspanntes, festes Bodenelement, zum Beispiel bei Räucherlachs.

Die der Anmeldung beigefügte zweidimensionale grafische Wiedergabe der Marke in zwei Darstellungen (§ 9 Abs. 1 S. 2 MarkenV) zeigt - teilweise nicht übereinstimmend mit den schriftsätzlichen Ausführungen der Anmelderin - ein leicht wellenförmig gebogenes, durchgehendes, rechteckiges Bodenelement, an dem an der unteren Längsseite links und an der oberen Längsseite rechts in etwa rechtwinklig Seitenwände angebracht sind; die Seitenwand unten links ist in Wellenform ausgebildet und erstreckt sich etwa über zwei Drittel der Längsseite des Bodens; die Seitenwand oben rechts füllt - erkennbar insbesondere aus der Ansicht 2 - die Fläche des durch das gebogene Bodenelement gebildeten Wellentals aus; über der Form ist eine transparente Abdeckung angebracht, erkennbar gestaltet durch die - auch - die Fischfilets überlagernde - rautenförmige Schraffierung, die eine transparente Abdeckung mit rautenförmigem Netzmuster skizzenhaft darstellt; nach der Ansicht 1 schließt die transparente Abdeckung die Seitenwand vorne links mit ein während sie an die Seitenwand oben rechts nur heranreicht, sie also nicht mit umschließt; nach Ansicht 2 ist die vordere Seitenwand allerdings nicht mit umschlossen, sondern die Abdeckung reicht auch hier nur an die Seitenwand heran.

Diese Gestaltungsmerkmale, die zu einer ungewöhnlichen und besonderen Ungleichmäßigkeit der Form führen, lassen sich nach den Ermittlungen des Senats im vorhandenen Formenschatz im Bereich der beanspruchten Waren so nicht feststellen; sie erscheinen auch nicht nur als eine weitere Variante; der Gesamteindruck wird geprägt durch das leicht wellenförmig gebogene Bodenelement in Kombination mit einer wellenförmigen Seitenwand, die nicht die ganze Länge des Bodenelements erfasst, einer dieser Seitenwand diagonal gegenüberliegenden Seitenwand, die in der Länge das Wellental des gebogenen Bodenelements ausfüllt, und einer transparenten Abdeckung mit Rautenmuster, die jedenfalls die Seitenwand oben rechts nicht mit umschließt; diese Merkmale heben die Anmeldung aus dem Formenschatz als etwas Individuelles heraus und kennzeichnen sie. Dass

diese Gestaltungsmerkmale einer technischen oder einer bloß ästhetischen Funktion zugeschrieben werden könnten, ist nicht feststellbar.

Die angesprochenen Verkehrskreise werden daher geneigt sein, diese konkrete Gestaltung in ihrer Gesamtheit mit einer bestimmten betrieblichen Herkunft zu verbinden, weil es sich um eine erkennbar willkürliche Formgebung handelt, die sich von sonst üblichen Gestaltungen durch charakteristische, insbesondere identitätsstiftende Merkmale unterscheidet.

Da nach den obigen Ausführungen nicht festgestellt werden kann, dass sich die beanspruchte Formgebung innerhalb der auf den Warengebieten üblichen Formenvielfalt hält, sondern erheblich über gängige Formen hinausgeht, kann von einem erheblichen Interesse der Allgemeinheit, die beanspruchte Form frei benutzen zu können, nicht ausgegangen werden (vgl. BGH GRUR 2007, 973, 974 Nr. 11, 15 - Rado-Uhr III); auch das Eintragungshindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ist damit nicht feststellbar.

Ob die von der Anmelderin in ihren Schriftsätzen beschriebene Gestaltung oder die von ihr tatsächlich genutzte Verpackung, wie sie im Beschwerdeverfahren in natura zur Akte gereicht worden ist, erheblich von der Branchenüblichkeit abweicht und dem Markenschutz zugänglich ist, bedarf keiner Entscheidung. Maßgeblich ist insoweit allein die eingereichte Wiedergabe der Marke.

Der Schutzbereich der Marke bezieht sich nur auf die eingetragene Form. Die Anmelderin wird durch die Eintragung der vorliegenden 3-D-Marke nicht in die Lage versetzt, Mitbewerber in der freien Verwendung einer naturgetreuen Wiedergabe einer Verpackung in irgendwie gestalteter Wellenform zu behindern. Das dem Zeichen zukommende Verbotungsrecht wird sich somit im Wesentlichen nur auf die

konkrete Form und diesem nach dem Gesamteindruck in den gestalterischen Besonderheiten deutlich nahekommende Formen beziehen.

Vogel von Falckenstein

Winter

Hartlieb

Ko