



BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 281/04

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

betreffend die angemeldete Marke 303 51 851.0

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

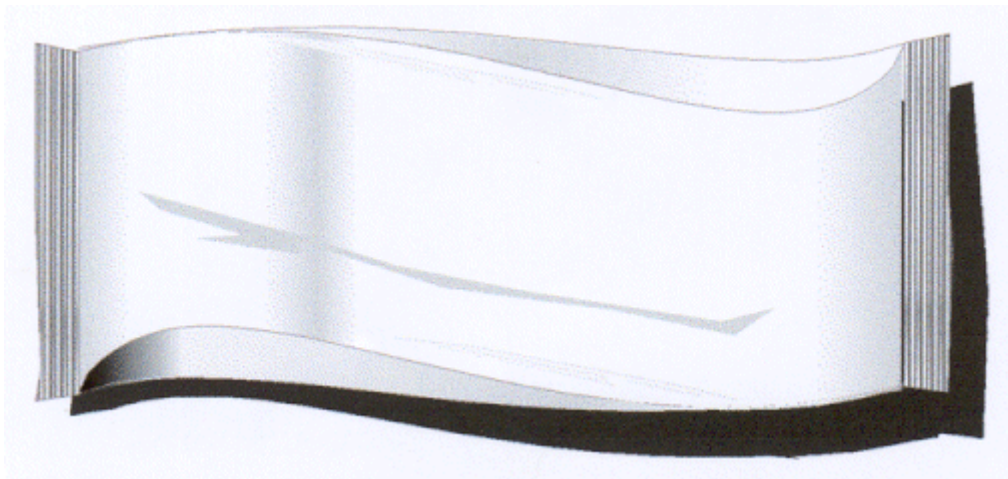
beschlossen:

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 den Farben schwarz/weiß ist die nachstehend abgebildete Darstellung angemeldet worden:



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 Weichtie-

re (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 aus einer beschichteten Unterlage mit darüber liegender Folie mit schlitzförmigem, grafischen Element und wellenförmigen Längsseiten bestehe; dies werde als Darstellung bzw. Abbildung der Ware selbst bzw. einer Verpackung der Ware angesehen, die nicht in schutzbegründender Form vom Branchenüblichen abweiche. Bei der wellenförmigen Wölbung stehe die Funktion - nämlich größere Stabilität im Vordergrund. Besondere herkunftshinweisende Gestaltungsmerkmale seien nicht erkennbar.

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 handle, 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 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 Massen-

produkten 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).

Der Schutzgegenstand der Marke erstreckt und beschränkt sich auf diejenigen Merkmale, die in der eingereichten Wiedergabe dargestellt sind (vgl. BGH GRUR 2005, 158, 159 - Stabtaschenlampe - MAGLITE). Dass der überwiegende Teil der angesprochenen Verkehrskreise in der Anmeldung in ihrer der Markenwiedergabe (eine einzige Ansicht) entnehmbaren Gesamtheit die Ware selbst, hier die Waren der Klasse 16, oder die Verpackung der Waren der Klasse 29, sehen wird, wie die Anmelderin wie auch die Markenstelle meint, hält der Senat für wenig wahrscheinlich.

Eine Verpackung ist ein - aus verschiedenen Stoffen bestehender - Gegenstand zur Aufnahme von Produkten; viele Produkte können ohne Verpackung nicht gelagert, verteilt oder verkauft werden. Typische Verpackungen sind z. B. Tuben, Eimer, Dosen, Kisten, Schalen oder Schachteln.

Entgegen der Auffassung der Anmelderin zeigt die Darstellung der Marke aus keiner Blickrichtung weder naturgetreu oder weitgehend naturgetreu eine mit Folienmaterial umhüllte Verpackung in nachvollziehbarer dreidimensionaler Form einer Schale aus Bodenelement mit gebogenen, sich versetzt gegenüberstehenden Seitenwänden mit wellenförmigem oberem Rand, dem eine dem Bodenelement ent-

sprechende obere Abdeckung fehlt und das mit Folienmaterial umhüllt ist oder einen sonst als Verpackung erkennbaren Gegenstand.

Die der Anmeldung beigefügte zweidimensionale grafische Wiedergabe der Marke in einer einzigen Ansicht (§ 9 Abs. 1 S. 2 MarkenV) zeigt demgegenüber skizzenhaft u. a. eindeutig und noch hervorgehoben durch die von der Anmelderin so bezeichneten grafischen Elemente - Schattierungen durch Pünktchen - , ein leicht wellenförmig gebogenes, durchgehendes, rechteckiges Element, welches ersichtlich das Bodenelement darstellen soll, an dem an der unteren Längsseite links und an der oberen Längsseite rechts in etwa rechtwinkelig seitliche Begrenzungen angebracht sind; die seitliche Begrenzung an der oberen Längsseite - in der Darstellung oben rechts gelegen - füllt die Fläche des durch das gebogene Bodenelement gebildeten Wellentals aus. Die seitliche Begrenzung an der unteren Längsseite erscheint nach der eingereichten Darstellung nach unten gerichtet und füllt so gesehen nach unten gerichtet die Fläche des durch das hier ersichtlich nach oben gebogene Bodenelement gebildeten Wellentals aus. Entgegen der Auffassung der Anmelderin ist dadurch kein Bodenelement mit sich versetzt gegenüberstehenden, beiderseits nach oben aufgerichteten Seitenwänden gezeigt, ebenso wenig die von ihr schriftsätzlich vorgebrachte Umhüllung aus Folienmaterial.

Damit sind dieser Darstellung typische Merkmale einer Verpackung, insbesondere die Eignung zur Aufnahme und zum Schutz von Packgut, nicht zu entnehmen. Sieht man den gewellten Teil des Objekts als gewellten Boden eines Behältnisses, so weist dieses - wie oben beschrieben - nur an der oberen, rechten Seite eine seitliche Begrenzung auf, während am gegenüberliegenden unteren, rechten Rand das Behältnis offen erscheint und damit keinen Schutz der Ware z. B. gegen seitliches Verrutschen bietet; auch nach oben ist das Objekt geöffnet dargestellt, so dass auch hier typische Verpackungsmerkmale fehlen.

Aus diesen Gründen liegt nach Auffassung des Senats der Gedanke fern, die angesprochenen Verkehrskreise könnten in der Anmeldung überhaupt Verpackun-

gen, Verpackungsmaterial der Klasse 16, wie z. B. Folien, Beutel, Pappen oder Polsterungen, oder Verpackungen für die beanspruchten Waren der Klasse 29 sehen. Die Darstellung ist so weit von diesen Produkten entfernt, dass sie sich vor allem als ein nicht näher erkennbares Phantasiegebilde erschließt, dem die Unterscheidungskraft im Hinblick auf die hinreichend eigenwilligen und unüblichen oben genannten Gestaltungselemente wie auch die in Längsrichtung verlaufenden Profillinien der nicht symmetrisch gestalteten vertikalen Seitenteile des wellenförmigen Rechtecks, das unter dem Objekt angebrachte, winklige schwarze Element, skizzenhaft dargestellt durch die Überlappung im sichtbaren Teil der zweidimensionalen Darstellung sowie die beanspruchten Farben schwarz und weiß mangels entgegenstehender Anhaltspunkte nicht abgesprochen werden kann.

Selbst wenn aber davon ausgegangen wird, dass noch beachtliche Teile der angesprochenen Verkehrskreise in der angemeldeten Marke stilisiert die beanspruchten Waren der Klasse 16 sehen, die zur Aufnahme der Waren der Klasse 29 bestimmt sind, kann dem Zeichen nicht die Unterscheidungskraft i. S. v. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG abgesprochen werden.

Zwar werden Verpackungen, Verpackungsmaterial sowie Verpackungen für Produkte der Klasse 29 in den verschiedensten Formen angeboten, so dass auch eine ohne individuelle Merkmale gestaltete Verpackung nur als eine weitere Variante im vorhandenen Formenschatz erscheinen könnte.

Die hier vorliegende Anmeldung gibt in diesem Fall indessen erkennbar die Waren nicht vollständig wieder, sondern sie zeigt nur einen Teil der Waren. Bei Bildmarken hat der Bundesgerichtshof die Auffassung vertreten, dass die naturgetreue bildliche Wiedergabe des im Warenverzeichnis genannten Erzeugnisses als bloß beschreibende Angabe nicht geeignet sei, die Ware ihrer Herkunft nach zu individualisieren (vgl. BGH GRUR 1997, 527, 528 – Autofelge; GRUR 1999, 495, 496 – Etiketten; GRUR 1995, 732 – Füllkörper). Anders liegt nach Auffassung des Bundesgerichtshofs der Fall, wenn die Bildmarke zum Beispiel nicht die Ware selbst,

sondern einen Teil derselben darstellt, und sie sich nicht in der Darstellung von Merkmalen erschöpft, die für die Darstellung der Ware typisch oder zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich sind, sondern darüber hinausgehende charakteristische Elemente aufweist, in denen der Verkehr einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft sieht (vgl. BGH GRUR 2001, 239 f – Zahnpastastrang; BGH GRUR 2001, 734 – Jeanshosentasche; BGH, GRUR 2004, 683, 684 – farbige Arzneimittelkapsel). Diese Grundsätze gelten auch für die Wiedergabe dreidimensionaler Marken, denen zweidimensionale Abbildungen von Waren und deren Verpackungen einerseits und dreidimensionale Formen derselben Waren oder Verpackungen andererseits können im Rechtssinne nicht unterschiedlich behandelt werden (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenR 8. Aufl. § 8 Rdn. 132 m. w. N.).

Das hier dargestellte Zeichen bedarf auf jeden Fall und erkennbar der Hinzufügung weiterer Teile oder der weiteren Bearbeitung, um zu einem funktionsfähigen Gegenstand mit der Eignung zur Verpackung werden zu können. Das angemeldete Zeichen weist insofern über die technisch-funktionelle Gestaltung der Ware hinausgehende Elemente auf, als ihm sichtlich typische Merkmale einer Verpackung, nämlich die Eignung zur schützenden Umhüllung eines Produkts, fehlen: vor allem die Darstellung nur einer seitlichen Stützwand im Wellental des gebogenen Bodenelements sowie das Fehlen einer oberen Abdeckung führt von der Erkennbarkeit technisch-bedingter Gestaltungsmerkmale weg. Anhand der vorliegenden Darstellung lässt sich ein zur Verpackung geeigneter Gegenstand nicht ohne Weiteres herstellen.

Der Anmeldung kann damit nichts für die Art und Beschaffenheit solcher mit ihr etwa gekennzeichneten Produkte entnommen werden. Auch Verkehrskreise, die in der Anmeldung die stilisierte Darstellung einer Verpackung sehen, werden 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, also identitätsstiftende Merkmale unterscheidet.

Zwar hat der Bundesgerichtshof in der Entscheidung „Autofelge“ (GRUR 1997, 525) ausgeführt, dass Abweichungen in den Gestaltungsmerkmalen, die sich auf wenig einprägsame Nuancen, denen darüber hinaus ein hohes Maß von Beliebigkeit anhaftet und die sich der Verkehr regelmäßig nicht merken könne, wenn er sie überhaupt wahrnehme, keine herkunftshinweisende Funktion beigemessen werden könne. Jedoch handelte es sich dort um Gestaltungselemente, die auf die optische Ausgestaltung von Autofelgen bezogen waren. Im vorliegenden Fall handelt es sich jedoch um Ausgestaltungselemente, die gerade von der Funktion als Verpackung, u. a. für Waren der Klasse 29, wegführen. In der Entscheidung „Zahnpastastrang“ (GRUR 2001, 239) hat der Bundesgerichtshof selbst minimale Abweichungen von einem „natürlichen“ Zahnpastastrang ausreichen lassen, um festzustellen, das Zeichen erschöpfe sich nicht in der Abbildung der Ware als solcher. Nach diesen Grundsätzen erschöpft sich auch das angemeldete Zeichen nicht in der Darstellung der Ware als solcher, wie oben bereits ausgeführt. Insgesamt kann ihr als komplexer Darstellung einer unvollständigen Verpackung eine gewisse charakteristische Erscheinung nicht abgesprochen werden.

Nach den obigen Ausführungen kann damit auch 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, 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