

BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 123/00

Verkündet am

(Aktenzeichen)

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 397 10 427

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juli 2001 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Stoppel, der Richterin Martens und des Richters Kunze

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Markeninhaberin wird der Beschluß des Deutschen Patent- und Markenamts - Markenstelle für Klasse 31 - vom 25. Januar 2000 aufgehoben.

Der Widerspruch wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Gegen die am 7. März 1997 angemeldete und am 7. Oktober 1997 für die Ware "Tiernahrung" eingetragene dreidimensionale Marke

siehe Abb. 1 am Ende

ist Widerspruch erhoben aus der am 19. Februar 1996 angemeldeten und seit dem 25. September 1996 eingetragenen dreidimensionalen Marke 396 07 638

siehe Abb. 2 am Ende

die ua für die Waren "Tierfutter einschließlich Vogel- und Fischfutter sowie Biskuits, kleine Leckerbissen und Belohnungshappen" geschützt ist.

Die Markenstelle für Klasse 31 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet und dazu ausgeführt: Vor dem Hintergrund identischer Waren reichten die durchaus vorhandenen geringen Unterschiede der sich gegenüberstehenden Marken nicht aus, eine Verwechslungsgefahr auszuschließen. Der Verkehr würde diese Unterschiede, zumal aus der Erinnerung heraus, nicht ausreichend wahrnehmen, da er die Vergleichsmarken lediglich in ihrer Gesamtheit als Sechseckbehälter erfasse mit der Folge, daß die Marken als hochgradig bildlich ähnlich anzusehen seien.

Dagegen richtet sich die Beschwerde der Markeninhaberin. Sie meint, die Unterschiede beider Formmarken seien signifikanter, als sie die Markenstelle gewertet habe. Die Widerspruchsmarke wirke als gleichförmige Gestaltung, während die angegriffene Marke ein Sechseck darstelle, bei dem zwei Seiten deutlich länger als die übrigen vier seien (sogenannter vierseitig gestreckter Sechseckbehälter). Sie wirke daher äußerlich mehr ovalmäßig. Zudem wichen die Winkel in den

Ecken deutlich von denen der Widerspruchsmarke ab. Auch für den flüchtigen Betrachter sei dies ohne weiteres augenfällig. Zudem befinde sich an einer Ecke der angegriffenen Marke eine deutlich erkennbare Lasche zum leichten Öffnen. Diese fehle bei der Widerspruchsmarke ebenso wie die sogenannten Sicken bei der angegriffenen Marke. Angesichts der beschränkten Gestaltungsformen im Bereich der Kleintierfutterbehälter (quadratisch, sechseckig oder achteckig) sei der Schutzzumfang der Widerspruchsmarke ohnehin nur äußerst gering und beschränke sich auf nahezu identische Nachahmungen. Eine solche stelle die angegriffene Marke gerade nicht dar.

Die Markeninhaberin beantragt,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben und den Widerspruch zurückzuweisen.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung. Es sei auch bei der Kollision zweier dreidimensionaler Marken auf den jeweiligen Gesamteindruck abzustellen. Dieser werde bei der Widerspruchsmarke durch die hexagonale Form geprägt, die beim Verbraucher eine erhöhte Aufmerksamkeit erwecke. Die Abweichungen der Vergleichszeichen seien minimal und würden vom Endverbraucher bei der Flüchtigkeit des Erwerbes der Waren nicht beachtet. Auf dem Gebiet der Verpackung von Kleintierfutter herrsche im übrigen auch eine Formenvielfalt. Anhaltspunkte für eine Kennzeichnungsschwäche der Widerspruchsmarke lägen nicht vor.

II.

Die zulässige Beschwerde der Markeninhaberin ist begründet. Nach Auffassung des Senats besteht vorliegend keine Gefahr von Verwechslungen zwischen der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke im Sinne des § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG, so daß der Beschluß der Markenstelle aufzuheben war.

Bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr ist von der Ähnlichkeit der Waren, der Kennzeichnungskraft der prioritätsälteren Marke und der Ähnlichkeit der Marken auszugehen. Zwischen diesen Faktoren besteht eine Wechselwirkung, so daß ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Zeichen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Waren ausgeglichen werden kann und umgekehrt (BGH GRUR 2000, 506, 508 - ATTACHÉ/TISSERAND). Diese Grundsätze gelten unabhängig davon, ob sich Wort-, Bild-, Wort/Bild- oder dreidimensionale Marken gegenüber stehen.

Nach der Registerlage ist vorliegend von teilweiser Warenidentität auszugehen, da sich die Marken im Bereich der Tiernahrung bzw des Tierfutters begegnen können. Die Waren richten sich an breiteste Verkehrskreise, so daß an den Zeichenabstand eher strenge Anforderungen zu stellen sind, zumal es sich um billige Waren des täglichen Bedarfs handelt, die erfahrungsgemäß vom Verbraucher mit einer gewissen Flüchtigkeit den Kennzeichnungen gegenüber erworben werden.

Den danach zur Verneinung einer Verwechslungsgefahr notwendigen Abstand der Zeichen hält die angegriffene Marke vor dem Hintergrund des äußerst geringen Schutzzumfangs der Widerspruchsmarke allerdings noch ein.

Wird der Verkehr mit einer dreidimensionalen Marke in Form einer Warenverpackung konfrontiert, kann nach der Lebenserfahrung davon ausgegangen werden, daß er diese primär nicht als Herkunftshinweis auf die darin enthaltenen Waren erfaßt und versteht, sondern zunächst einmal nur als bloßes Behältnis wahrnimmt. Dem entspricht die Übung und Gewöhnung des Verkehrs, der Verpackung

im Rahmen der Herkunftsfunktion grundsätzlich geringere Bedeutung beizumessen als etwa der Etikettierung mit der markenmäßigen Benennung des Produkts (vgl. BGH Mitt 2000, 506 - Likörflasche -, BGH GRUR 2000, 888 - MAG-LITE-, BGH GRUR 2001, 443 - Viennetta-). Orientiert sich der Verkehr aber vordergründig eher an solchen Merkmalen, tritt für ihn die Form der Verpackung als Herkunftshinweis in den Hintergrund und findet nur geringere Beachtung. Formmarken, die eine dreidimensionale Verpackung zum Gegenstand haben, können damit von Haus aus zunächst nur ein äußerst geringer Schutzzumfang beanspruchen, der letztlich auf identische oder nahezu identische Nachahmungen beschränkt ist (vgl. Erdmann GRUR 2001, 609, 612 "Reduzierung auf 1:1-Schutz").

Hinzu kommt folgendes: Erschöpfen sich die Gemeinsamkeiten und Übereinstimmungen von Marken letztlich im beschreibenden oder dem Markenschutz nicht zugänglichen Bereich, scheidet eine Verwechslungsgefahr von vornherein bereits aus Rechtsgründen aus (so schon BGH GRUR 1990, 453 L-Thyroxin). Dieser Grundsatz gilt auch für Formmarken der vorliegenden Art, die ihre augenscheinlichen Gemeinsamkeiten allein aus dem Umstand herleiten, daß sie - wenn auch in unterschiedlicher Ausgestaltung - beide die Abwandlung eines nicht markenschutzfähigen Prototypen der Verpackung von Tierfutter zum Gegenstand haben. Der Senat hat durch Recherchen in Katalogen und Werbeprospekten für Tierfutter sowie im Internet festgestellt, daß Naßfutter vor allem für Katzen und Hunde ganz überwiegend in "quadratischen" Schalen mit "abgerundeten Ecken" angeboten wird, was von der Industrie offensichtlich als die ökonomischste Verpackungsart hinsichtlich Transport und Lagerung betrachtet wird. Diese Form kann auf dem vorliegenden Warengbiet daher als Prototyp bezeichnet werden und ist wegen des Freihaltungsinteresses der Mitbewerber deshalb einem markenrechtlichen Schutz nicht zugänglich. Das schließt aber nicht aus, diese Grundform - wie bei Wort- oder Bildmarken allgemein üblich - unter Verwendung charakteristischer Merkmale in nunmehr kennzeichnender Weise abzuwandeln und für diese neue Gestaltungsform Markenschutz zu erlangen, falls sich die Abwandlung nicht lediglich in reiner Ornamentik oder sonstigen unbedeutenden Zusätze erschöpft.

In allen diesen Fällen erstreckt sich der Schutzzumfang solcher Marken jedoch in keinem Fall auf die abgewandelte freizuhaltende Grundform, sondern allein auf die Art und Weise der Abwandlung und der dabei verwendeten charakteristischen Merkmale. Vor diesem Hintergrund stellt sich der Kollisionsfall vorliegend wie folgt dar:

Die Widersprechende hat die Grundform derart abgewandelt, daß zwei parallel geführte Seiten gestreckt sind und die Seiten an den gerundeten "Spitzen" gleichförmig erscheinen, so daß auf diese Weise eine polygonale Verpackungsform entsteht. Demgegenüber handelt es sich bei der angegriffenen Marke zwar auch um eine Sechseckfutterschale. Die Abwandlung von der Grundform hat die Markeninhaberin jedoch anders vorgenommen. Bei ihrer Verpackungsform handelt es sich eher um ein lang gezogenes Sechseck, bei dem die "Enden" – im Gegensatz zur Widerspruchsmarke – nicht spitz zulaufen, sondern eine weitere Seite bilden. Im ersten Eindruck vermittelt die Widerspruchsmarke damit eine Tendenz zu einer quadratischen Struktur, während die angegriffene Marke sich eher einer ovalen Gestaltungsform annähert. Hinzu kommen als weiteres wesentliches Unterscheidungsmerkmal die sog. Sicken an den Seiten des Behältnisses. Diese sind zwar technisch bedingt, da sie der Festigkeit des Materials und damit der Schale dienen. Sie besitzen gleichwohl auch kennzeichnende Funktion, da technisch nicht vorgegeben ist, an welcher Stelle und in welcher Anzahl solche Sicken vorhanden sein müssen.

Nun ist zwar - wie bereits die Markenstelle ausgeführt hat - richtig, daß der Verkehr die aufgezeigten Unterscheide gerade beim flüchtigen Erwerb nicht unbedingt erkennt bzw aus der Erinnerung heraus nicht mehr vergegenwärtigt und die Vergleichszeichen letztlich nur als Sechseckbehälter registriert. Dieser Umstand kann indes wie ausgeführt für sich gesehen die Annahme einer zur Verwechslungsgefahr führenden Markenähnlichkeit noch nicht begründen, da im summarischen Markenregisterverfahren der normative Rechtsbegriff der Verwechslungsgefahr nicht nur tatsächlichen, sondern auch rein rechtlichen Erwägungen zu-

gänglich ist. Letztere greifen dann, wenn wie vorliegend die aus der Abwandlung vom Prototypen herrührenden dominanten Übereinstimmungen der Marken nicht mehr vom Schutzbereich der Widerspruchsmarke gedeckt werden. Die Widersprechende muß sich in diesem Zusammenhang entgegenhalten lassen, daß allein die Abwandlung des Prototyps für Tierfutterschalen in Form von Sechseckbehältern zu keinem markenrechtlichen Schutz gegenüber allen sonstigen Sechseckbehältern führt, solange diese die Abwandlung in ausreichend unterschiedlicher Weise vorgenommen haben, wie das vorliegend der Fall ist.

Mangels Vorliegen einer Verwechslungsgefahr hatte die Beschwerde der Markeninhaberin damit Erfolg, so daß der angefochtene Beschluß aufzuheben war.

Anlaß zur Auferlegung von Kosten aus Billigkeitsgründen bestand nicht (§ 71 Abs 1 MarkenG).

Stoppel

Martens

Richter Kunze ist an das
BMJ abgeordnet worden
und kann daher nicht
selbst unterschreiben

Stoppel

prä

Abb. 1



Abb. 2

