

BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 94/02

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 399 71 159.7

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 12. März 2003 durch die Vorsitzende Richterin Winkler, Richter Dr. Albrecht und Richter Sekretaruk

beschlossen:

Auf die Beschwerde werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 28. August 2000 und vom 11. Januar 2002 aufgehoben.

G r ü n d e

I.

Die Anmeldung der Bildmarke

siehe Abb. 1 am Ende

für

Speiseeis

hat die Markenstelle für Klasse 30 des Deutschen Patent- und Markenamts mit zwei Beschlüssen von denen einer im Erinnerungsverfahren eingegangen ist, zurückgewiesen. Dazu ist ausgeführt, die Formgebung falle nicht aus dem handels-

üblichen Rahmen. Der Marke, die nur die Ware naturgetreu zeige, fehle damit jegliche Unterscheidungskraft. Der Verbraucher sei an entsprechende Gestaltungen bzw. an das Bestreben der Anbieter, abwechselnde Formen zu schaffen, gewöhnt.

Hiergegen wendet sich die Anmelderin mit der Beschwerde. Sie führt aus, die Eiswaffel habe die Form von Nachos; dies sei auf dem vorliegenden Warengbiet unterscheidungskräftig. Die dreieckige Eiswaffel zeige ein unterscheidungskräftiges Muster. Sie beantragt sinngemäß,

die angefochtenen Beschlüsse aufzuheben und die Eintragung der Bildmarke zu verfügen.

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg.

Der begehrten Eintragung in das Markenregister steht weder das Eintragungshindernis der fehlenden Unterscheidungskraft der Marke (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) noch das einer Angabe im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegen.

Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, dem Verkehr als Unterscheidungsmittel für die angemeldeten Waren eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen zu dienen. Hierbei ist grundsätzlich von einem großzügigen Maßstab auszugehen, das heißt, jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft reicht aus, um das Schutzhindernis zu überwinden (st. Rspr.; BGH GRUR 2002, 261, 263 – AC). Höhere Anforderungen sind auch bei Bildmarken nicht zu stellen. Diese (konkrete) Unterscheidungseignung weist die angemeldete Marke für Speiseeis auf.

Die naturgetreue Wiedergabe einer beanspruchten Ware ist als solche geeignet, diese ihrer betrieblichen Herkunft nach zu individualisieren, wenn die Ware selbst Gestaltungsmerkmale aufweist, die herkunftshinweisend wirken (vgl. BGHZ 130, 187, 192 – Füllkörper; BGH GRUR 1997, 527, 529 – Autofelgen; 2001, 734 – Jeanshosentasche).

Zwar kann hier der Darstellung der Waffel an sich, des Schokoladenüberzugs und der rauhen Oberfläche, die auf Nussstückchen hinweisen mag, noch kein Herkunftshinweis entnommen werden. Für die übrigen Gestaltungselemente gilt dies aber nicht. Die dreieckige Gestalt der Waffel und das darauf geprägte Muster sind keine Speiseeis beschreibende Kennzeichen. Gleiches gilt für das Verhältnis der Waffelgröße zum darin befindlichen Eiskörper, der so übersteht, dass die Waffeloberfläche wesentlich kleiner ist. Bei diesen Gestaltungselementen handelt es sich auch nicht um einfache Motive, die als bloße Schmuckelemente verstanden werden (vgl. BGH GRUR 1999, 495 – Etiketten).

Ist auf dem Markt eine Formenvielfalt gegeben, so ist zwar grundsätzlich davon auszugehen, dass der Verkehr einer in dieser Vielfalt untergehenden Form keinen Herkunftshinweis entnimmt; etwas anderes gilt jedoch hier, weil der Verkehr daran gewöhnt ist, dass Eissorten bestimmter Hersteller durch ihre Formen unterscheidbar sind, die auch nach Ablösen der Verpackung sichtbar bleiben und für die Verbraucher kennzeichnend wirken.

Dass Dritte die angemeldete Form verwenden, hat die Markenstelle nicht festgestellt, und auch der Senat konnte dies nicht.

Da einige Gestaltungsmerkmale somit nicht rein beschreibend sind, fällt die angemeldete Marke auch nicht unter das Eintragungshindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. Danach sind nur Marken von der Eintragung ausgeschlossen, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des

Wertes, der geographischen Herkunft, der Zeit der Herstellung der Waren oder zur Bezeichnung deren sonstiger Merkmale dienen können.

Es ist auch keine Tendenz, bestimmte Eissorten in der angemeldeten Form anzubieten, mit hinreichender Sicherheit feststellbar.

Winkler

Sekretaruk

Dr. Albrecht

Na

Abb. 1

