



BUNDESPATEENTGERICHT

28 W (pat) 56/04

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 303 55 381.2

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 13. Oktober 2004 durch den Vorsitzenden Richter Stoppel, den Richter Paetzold und die Richterin Schwarz-Angele

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die nachfolgend wiedergegebene, als dreidimensionale Marke angemeldete Darstellung



soll für die Ware „Fischfutter“ in das Markenregister eingetragen werden.

Die Markenstelle für Klasse 31 des Deutschen Patentamts hat die Anmeldung mit der Begründung zurückgewiesen, die Marke besitze keinerlei Unterscheidungskraft. Fischfutter werde zwar in der Regel in Form von Flocken, Tabletten, Granulat, Chips usw angeboten, es müsse aber, soweit damit kleine Zierfische ernährt werden sollen, von Natur aus sehr klein sein. Infolgedessen sei er für den Verbraucher fast unmöglich eine bestimmte Warenform zu erkennen. Schon deshalb erfolge in diesem Warenbereich die betriebliche Zuordnung nicht über die Form der Ware, sondern einzig über die Kennzeichnung auf der Verpackung.

Mit der hiergegen gerichteten Beschwerde macht die Anmelderin geltend, dass Fischfutter bisher gerade nicht in figürlichen Formen angeboten worden sei, diese neue Produktform dem Verbraucher daher auffalle und sie deshalb auch als Kennzeichen wirke. Die Anmelderin legt das Originalprodukt vor, das kleine, etwa drei bis vier Millimeter große, herzförmige Körnchen zeigt.

II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet, denn der angemeldeten Darstellung fehlt jegliche Unterscheidungskraft; sie ist daher nach § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG von der Eintragung in das Markenregister ausgeschlossen.

Soll die Form einer Ware oder deren Verpackung den inhaltlich und insbesondere zeitlich weitreichenden Schutz als Marke erhalten, so bedarf es umfassender Feststellungen über die konkreten Marktgewohnheiten auf dem betreffenden Warengbiet. Denn anders als bei der Wortmarke, die schon ihrer Natur nach von der Ware unabhängig und an deren kennzeichnenden Gebrauch der Verkehr seit langen gewöhnt ist, nimmt der Durchschnittsverbraucher die Warenform oder deren Verpackung nicht notwendig in der gleichen Weise als Identifikation des Produktes an (EuGH, WRP 2004, 475 - Henkel). Diese fehlende Gewöhnung des

Verkehr an den kennzeichnenden Einsatz auch von Warenformen kann durch Produktgestaltungen überwunden werden, die von der Branchenüblichkeit derart erheblich abweichen, dass sie dem Verbraucher auffallen und er deshalb bereit und in der Lage ist, aus dieser Form auch ohne Wort- oder Grafikelemente auf die Herkunft der Waren zu schließen. Bewegt sich die Form aber im Rahmen des Marktüblichen und bestehen zudem keine Anhaltspunkte dafür, dass der Verbraucher gerade in dieser Branche die Warenform beachtet, weil sie nämlich auch als Kennzeichnung eingesetzt wird, so wäre er erst nach einer analysierenden und vergleichender Betrachtung in der Lage, sein Produkt an Hand der Form zu individualisieren. Das aber reicht für die Bejahung einer originären Unterscheidungskraft nicht aus (vgl. EuGH aa, RdNr 53).

Wie die Markenstelle zutreffend ausgeführt hat, liegen im vorliegenden Fall die notwendigen geringen Voraussetzungen für die Unterscheidungskraft nicht vor. Fischfutter, das sich nicht ohnehin bei der Berührung mit Wasser auflöst, muss klein sein, damit es von kleinen Zierfischen auch gefressen werden kann. Üblich sind Kügelchen, kleine Sticks, Tabletten, Granulat udgl; die von der Anmelderin angebotene Herzform ist neu, zumindest gibt es insoweit keine entgegenstehenden Feststellungen. Dies allein genügt aber noch nicht für die Zuerkennung von Unterscheidungskraft. Hinzukommen muss vielmehr, dass der Verbraucher auch bereit ist, die Herzchen-Form als Kennzeichnung der Ware Fischfutter zu akzeptieren, sei es weil eine derartige Form überaus ungewöhnlich ist, sei es, weil eine entsprechenden Marktgepflogenheit existiert. Gegen eine die Unterscheidungskraft begründende erhebliche Abweichung von der branchenüblichen Form spricht, dass die Herzchen-Form mit bloßem Auge kaum wahrnehmbar ist. Das nur wenige Millimeter große Produkt gleicht eher einem Kügelchen und stellt sich erst nach genauer Betrachtung als kleines Herz dar. Der Durchschnittsverbraucher wendet in der Regel keine derartige Sorgfalt auf, wenn er das von ihm gewünschte Produkt an Hand seiner Form erkennen und wiedererkennen will. Hinzukommt, dass die figürliche Gestaltung von Tierfutter weitverbreitet ist. Bei Hunde- und Katzennahrung gibt es Kringel, Herzchen, Fischchen, Sternchen,

Printen, Kügelchen und vieles andere mehr. Auch wenn bei Fischfutter diese Formenvielfalt noch nicht anzutreffen ist, so zeigt dies doch, dass der Verbraucher bei Tierfutter an allerlei Formen gewöhnt ist, die „Ausweitung“ einer bisher zB bei Katzennahrung gebräuchlichen Herzchenform auf den Bereich Fischfutter für ihn also nichts besonders eigentümliches oder ungewöhnliches darstellt. Zumindest nicht in dem Ausmaß, dass er allein aufgrund dieser – noch dazu kaum wahrnehmbaren - Form bereit wäre, eine solche Form als Kennzeichnung zu akzeptieren. Auch gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass bei Fischfutter allgemein die Produktform als Kennzeichnung eine Rolle spielt und der Verbraucher deshalb darauf achten würde. Die Anmelderin hat hierzu nichts vorgetragen, das Gericht hat insoweit ebenfalls keine Erkenntnisse. Es spricht im Gegenteil alles dafür, dass der Verbraucher, wie im sonstigen Tierfutterbereich auch, die Warenform als bloße willkürliche und ästhetische Ausgestaltung des jeweiligen Produkts hinnimmt, ohne sich über eine darüber hinaus gehende gewünschte kennzeichnende Funktion Gedanken zu machen. Denn gerade auf dem fraglichen Warensektor werden Kaufanreize auch über die gefällige Gestaltung der Produkte gemacht, nur insoweit nimmt der Verbraucher eine ihm bisher unbekannte Form wahr, nicht als Form, anhand derer er die Herkunft der Ware bestimmen soll.

Aufgrund dieser tatsächlichen wie rechtlichen Umstände muß im Ergebnis davon ausgegangen werden, daß der Verkehr der Formgebung der beanspruchten Waren und der gewählten Darstellungsform grundsätzlich nicht die Bedeutung als betrieblicher Herkunftshinweis beimißt, sondern diese nur als Teil der Ware bzw. als die Ware selbst ansieht. Markenrechtlich bedeutet diese Feststellung, daß der angemeldeten Darstellung zumindest in Bezug auf die versagten Waren jegliche Unterscheidungskraft fehlt und die Beschwerde ohne Erfolg ist.

Stoppel

Paetzold

Schwarz-Angele

Wf