



# BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 132/03

**(AktENZEICHEN)**

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Markenmeldung 399 76 341.4**

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 8. September 2004 durch den Vorsitzenden Richter Stoppel, die Richterin Schwarz-Angele und den Richter Paetzold

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## Gründe

### I.

Die nachfolgend wiedergegebene, als dreidimensionale Marke (im Original farbig) für die Waren

"konserviertes, getrocknetes und gekochtes Gemüse; frisches Gemüse; Kartoffelprodukte, Kroketten, Pommes Frites"

angemeldete Darstellung



ist von der Markenstelle für Klasse 29 des Deutschen Patentamts zunächst vollständig und auf die Erinnerung teilweise, und zwar für die vorgenannten Waren ausgenommen "frisches Gemüse", wegen Fehlens jeglicher Unterscheidungskraft bzw. des Bestehens eines aktuellen Freihaltebedürfnis mit der Begründung zurückgewiesen worden, die Anmeldung erschöpfe sich in der bloßen Wiedergabe der äußeren Form der versagten Waren (Extruderprodukt), der der Verkehr angesichts der marktüblichen Erscheinungsform und der im Lebensmittelsektor vielfältigen Gestaltungsformen mangels entsprechender Gewöhnung und Anhaltspunkte im Sinne markenrechtlicher Originalität keine Individualität beimesse, um darin das Kennzeichen eines bestimmten Unternehmens zu sehen.

Mit der hiergegen gerichteten Beschwerde macht die Anmelderin geltend, dass Schutz primär für die besonderen Gestaltungselemente der Ware und ihrer dreidimensionalen Abbildung beansprucht werde. Die für die Bejahung der Unterscheidungskraft erforderliche Eigenart ergebe sich aus dem nicht zum vertrauten Formenschatz gehörenden Erscheinungsbild eines aus der ganzen Kartoffel geschnittenen Produkts, was eine sich von der funktionsbezogenen Gestaltung lösende Form ergebe, die für das angesprochene Warengbiet neu sei, aus dem Rahmen des üblichen falle und damit typisch auf den Anmelder als Hersteller hinweise. Markenregisterrechtlich entspreche der vorliegende Fall der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum "Blütenformkäse", wo die Gewöhnung des Verkehrs an Warenformmarken auf dem Lebensmittelsektor festgestellt worden sei.

Hilfsweise beschränkt die Anmelderin das Warenverzeichnis auf "frisches Gemüse; aus der ganzen Kartoffel geschnittene Kartoffelprodukte (tiefgekühlt)".

## II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet.

Für den Senat ist bereits zweifelhaft, ob der angemeldeten Form, die sich auch nach dem Vorbringen der Anmelderin in einer naturalistischen Wiedergabe der versagten Waren erschöpft, als dreidimensionales Gebilde überhaupt Markenfähigkeit im Sinne von § 3 MarkenG zukommt oder ob nicht ein Fall des § 3 Absatz 2 MarkenG vorliegt, denn die Anmelderin trägt selbst vor, dass die Ware von der besonderen Formgebung geprägt sei und mithin aus einer Form besteht, die durch die Art der Ware (Schnittform) bedingt wird. Unabhängig von dieser Vorfrage ist die angemeldete Darstellung aber auch nach Auffassung des Senats zu recht nach § 8 Abs 2 Nr 1 und 2 MarkenG von der Eintragung in das Markenregister ausgeschlossen, da ihr jegliche Unterscheidungskraft fehlt bzw. sie für Mitbewerber frei zu halten ist.

Die Beurteilung der Unterscheidungskraft von Gebilden der vorliegenden Art nach § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG erfordert wie bei allen anderen markenfähigen Darstellungen die Feststellung von Tatsachen, ob und inwieweit der Verkehr diesen in bezug auf die konkret beanspruchten Waren eine Hinweisfunktion auf die betriebliche Herkunft der Waren beimisst. Dabei ist von dem Erfahrungssatz auszugehen, dass bei als Marke beanspruchten Darstellungen, die lediglich aus der Form der Ware bestehen, eine Eignung, sie von Erzeugnissen anderer Unternehmen zu unterscheiden, von vornherein ausscheidet, wenn sich die Wiedergabe der Warenform in der bloßen Verkörperung eines im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalts erschöpft oder aus sonstigen Gründen vom Verkehr nur als solche verstanden wird. Soll hingegen der Verkehr zu der Vorstellung gelangen, dass die konkrete Warenform etwas über die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen aussagt, bedarf es zusätzlicher Umstände, etwa das die wählte Warenform durch ihre Eigenheiten auffällt, vom Gewohnten und Erwarteten abweicht und dadurch im Gedächtnis der Abnehmer haften bleibt. Ob der Verkehr dabei letztlich in der Warenform mehr als eine funktionell oder ästhetisch bedingte Gestaltung erkennt, hängt von den Gepflogenheiten des jeweils beanspruchten Warengiets ab. Selbst wenn dort bereits eine Vielfalt an Gestaltungen üblich ist - wie im Bereich der Klasse 29 generell und bei Kartoffelprodukten insbesondere - ist den-

noch nicht auszuschließen, dass der Verkehr dann die jeweilige Gestaltung mit einer bestimmten betrieblichen Herkunft verbindet, wenn es sich erkennbar um eine willkürliche Formgebung handelt, die sich von anderen Gestaltungen durch wiederkehrende charakteristische, also identitätsstiftende Merkmale unterscheidet (vgl. BGH GRUR 2004, 329 - Käse in Blütenform). Allerdings genügt das bloße Abweichen von der Norm oder der Branchenüblichkeit für sich noch nicht, um die Unterscheidungskraft im markenrechtlichen Sinne zu bejahen, vielmehr ist darauf abzustellen, dass die als Marke beanspruchte Darstellung erheblich von der Üblichkeit abweicht, da sie erst dadurch ihre wesentliche Herkunftsfunktion erfüllt (EuGH GRUR 2004, 428 Rdnr. 48 ff – Henkel).

Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt, da es sich bei der beanspruchten Darstellung um die bloße Wiedergabe eines typischen Kartoffel- bzw. Gemüseprodukts handelt. Da der Verkehr, wie die Feststellungen des Senats ergeben haben, auf dem vorliegend beanspruchten Warengbiet an die Verwendung diverser, über bloße geometrische Muster (wie Stäbchen oder Kugeln) hinausgehende Formen als bloße Warengestaltung gewöhnt ist, stellt sich für ihn die als Marke beanspruchte Darstellung mithin nur als ein Produkt unter vielen ohne jegliche betriebliche Hinweiskraft dar. Das gilt selbst bei einer erstmaligen Verwendung dieser speziellen Form, wie sie von Anmelderin behauptet wird, da wie ausgeführt auf dem Gebiet der versagten Waren im Zuge entsprechender Marketing- und Absatzmaßnahmen ständig neue Warenformen von verschiedenen Herstellern auf dem Markt erscheinen, wovon bereits die Markenstelle zurecht ausgegangen ist und wovon sich jedermann bei einem Blick in das Warenangebot zB eines Supermarktes oder Vertreibers von Tiefkühlkost überzeugen kann. Die Anmelderin verkennt in diesem Zusammenhang, dass bei der speziellen Gestaltung von Waren der vorliegenden Art zwar durchaus eine gewisse Kreativität mitspielen kann, diese die angemeldete Form aber nicht zwingend phantasievoll im Sinne einer unterscheidungskräftigen Marke macht. Denn Kreativität bei der Gestaltung von Erzeugnissen ist auch und gerade auf dem fraglichen Warenausschnitt zur Erweckung eines Kaufanreizes von besonderer Bedeutung. Eine neu einge-

föhrte Form vermag deshalb beim Verbraucher nicht zwangsläufig schon den Eindruck zu erwecken, es handele sich um die speziell kennzeichnende Form der Ware eines bestimmten Unternehmens.

Dagegen spricht auch der Umstand, dass der Verkehr dem Marktauftritt in dieser Form bei den vorliegend versagten Waren tagtäglich ausgesetzt ist, so dass bei ihm eine Gewöhnung eingetreten ist, in einer solchen Darstellung der Ware nur diese selbst zu sehen, der äußeren Formgebung indes keinerlei kennzeichnende Funktion beizumessen, solange sich diese in dem ihm geläufigen verkehrsüblichen Rahmen bewegt. So haben die Feststellungen des Senats ergeben, dass Produkte der beanspruchten Warenform bereits von unterschiedlichen Vertreibern auf dem Markt unter der Bezeichnung "Kartoffelkringel, Kartoffel-Twisters, Twister Fries, Twister Frites" angeboten werden, wie ein Blick in Sortimentskataloge von Firmen wie Agrarfrost, Eismann, Bofrost, Geyer, Lambweston, McCain usw. zeigt. Soweit die Anmelderin in diesem Zusammenhang darauf verweist, es handele sich dabei stets um ein und dasselbe Produkt aus ihrem Hause, das an Wiederverkäufer geliefert worden sei, ist das markenrechtlich insoweit irrelevant, als dem vorliegend allein maßgeblichen Verkehr der Endverbraucher dieser Umstand – so er überhaupt zutrifft – weder bekannt noch erkennbar ist, er vielmehr davon ausgehen muss, dass ihm ein forminnovatives Produkt von unterschiedlichen Herstellern angeboten wird, zumal die Technologie moderner Schneidemaschinen nahezu jede Schnittform bei Kartoffeln zulässt (vgl. B. Putz, Kartoffellexikon, Hamburg 1999, S. 111).

Letztlich ist für den Senat nicht ersichtlich, dass die angemeldete Darstellung bzw. die Formgebung der Ware selbst über den aufgezeigten Rahmen hinausgeht und über die im Sinne modernen Lebensmitteldesigns ansprechende Gestaltung der Ware hinausreichende Elemente aufweist, die sich von einer bloßen Warendarstellung - und zwar gerade auf dem vorliegenden Warengbiet - individualisierbar abheben. Die abgebildete Ware bzw. die Ware selbst müsste vielmehr Gestaltungselemente aufweisen, die sich von den bereits üblichen Gestaltungen soweit

abheben, dass der Verkehr in der Ware nicht nur eine beliebige und möglicherweise ansprechende Variation der bereits bekannten Formen sieht, sondern darüber hinaus das Kennzeichen eines Unternehmens. Das ist indes wie ausgeführt vorliegend nicht der Fall.

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 ihr deshalb von der Markenstelle zurecht insoweit die Eintragung versagt worden ist.

Aus den aufgezeigten Gründen und vor allem dem Umstand, dass ein entsprechende Produkt bereits auf dem Markt ist, muss schließlich auch das bestehen eines Freihaltebedürfnis bejaht werden, da den Mitbewerbern im Rahmen der verkehrsüblichen und vom Verbraucher erwarteten Gestaltungsvielfalt die Kreierung immer neuer Formen im Rahmen des technisch Machbaren ungehindert von Monopolrechten Dritten ermöglicht werden muss.

Die Beschwerde war als unbegründet zurückzuweisen.

Stoppel

Schwarz-Angele

Paetzold

Pü