



# BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 114/05

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
25. April 2007

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Markenmeldung 304 45 514.8**

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentsgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 25. April 2007 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

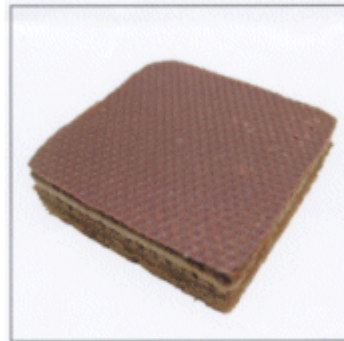
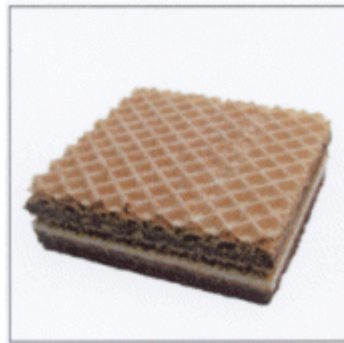
## Gründe

### I.

Als dreidimensionale Marke für

„30: Zuckerwaren, Schokolade und Schokoladewaren, feine Backwaren“

ist die nachfolgend in drei Abbildungen aus unterschiedlichen Perspektiven wiedergegebene Darstellung



am 5. August 2004 beim Deutschen Patent- und Markenamt angemeldet worden.

Seitens der Markenstelle für Klasse 30 wurde die Anmeldung nach vorangegangener Beanstandung in einem ersten Beschluss vom 7. April 2005 wegen fehlender Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) zurückgewiesen. Die den Gegenstand der Anmeldung bildende Waffelschnitte entspreche in ihrer Formgebung dem gewöhnlichen Erscheinungsbild derartiger Waren. Sie weise keine charakteristischen Abweichungen, auffallende Unüblichkeiten oder Besonderheiten auf. Die Unterschiede in der Rasterung der oberen und der unteren Deckwaffeln würden regelmäßig unbemerkt bleiben. Die farbliche Gestaltung entspreche sonstigen Erzeugnissen dieses Warengiets mit Schokoladestandteilen oder -überzug. Insgesamt sei die Form- und Farbgebung nicht geeignet, im Verkehr auf die betriebliche Herkunft hinzuweisen.

Die - nicht näher begründete - Erinnerung der Anmelderin ist durch Beschluss derselben Markenstelle vom 22. August 2005 zurückgewiesen worden.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Anmelderin.

Sie ist der Auffassung, die angemeldete Marke sei bereits von Hause aus eintragungsfähig. Die konkrete Gestaltung sei nicht technisch bedingt. Sie weise eine Fülle von Merkmalen auf, welche ihr Originalität verliehen. Durch die Mischung unterschiedlicher Materialien, Formen und Farben entstehe der Eindruck einer willkürlichen Anordnung in viereckig kompakter Form, welche sich von naheliegenden Gestaltungsformen abhebe. Der Variantenreichtum bei der Gestaltung von Süßwaren sei kein Kriterium, das der Unterscheidungskraft einer Formmarke entgegenstehe.

Hilfsweise stützt die Anmelderin ihr Eintragungsbegehren auf den Gesichtspunkt der Verkehrsdurchsetzung. Bei der angemeldeten Marke handele es sich um die Milch-Haselnuss-Schnitte „Knoppers“, ohne die Wortmarke und die Verpackungs-

hülle. Das Produkt werde seit dem Jahr 1988 nahezu unverändert von einer Tochtergesellschaft vertrieben (lediglich die Verpackung habe einige kleinere Änderungen erfahren). Die Anmelderin legt eine Verkehrsbefragung des Marktforschungsunternehmens GfK vom Juli 2004 zur Bekanntheit der „nackten Waffelschnitte Knoppers“ vor. Außerdem werden Angaben zu Absatz, Umsatz, Marktumfeld und Werbeaufwendungen gemacht sowie Belege dafür vorgelegt, wie das Produkt in der Werbung in Erscheinung tritt.

Die Anmelderin stellt den Antrag,

die Beschlüsse der Markenstelle vom 7. April 2005 sowie vom 22. August 2005 aufzuheben und die Eintragung der angemeldeten dreidimensionalen Marke für alle beanspruchten Waren anzuordnen.

In der mündlichen Verhandlung, in der die von der Anmelderin vorgelegten Unterlagen, insbesondere die GfK-Verkehrsbefragung, eingehend erörtert wurden, ist der Anmelderin eine Tabelle der Fehlertoleranzen ausgehändigt worden.

Wegen sonstiger Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Die Beschwerde der Anmelderin ist zulässig, jedoch in der Sache nicht begründet, weil die als Marke angemeldete Warenform von Hause aus, d. h. vor und unabhängig von jeder Benutzung, für die beanspruchten Erzeugnisse jeglicher Unterscheidungskraft entbehrt (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) und eine Durchsetzung im beteiligten Verkehr infolge Benutzung (§ 8 Abs. 3 MarkenG) nicht glaubhaft gemacht worden ist.

1. Dreidimensionale Gestaltungen, welche - wie hier bezüglich der sog. Knoppers-Schnitte - die Form einer Ware wiedergeben, sind zwar nach § 3 Abs. 1 MarkenG abstrakt markenfähig, unterliegen aber, über die Ausschlussgründe des § 3 Abs. 2 MarkenG hinaus, der Prüfung auf absolute Schutzhindernisse (vgl. EuGH GRUR 2003, 514, 518 - Nr. 66 - 68 - Linde, Winward u. Rado). Insbesondere müssen sie über das erforderliche Mindestmaß an Unterscheidungskraft (gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) verfügen. Voraussetzung ist insoweit nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, dass die als Marke beanspruchte Warenform erheblich von der Norm oder Branchenüblichkeit abweicht, wobei derartige Besonderheiten vom Verkehr ohne besondere Aufmerksamkeit, analysierende und vergleichende Betrachtung oder nähere Prüfung erkennbar sein müssen (vgl. z. B. GRUR 2004, 428, 431, Nr. 49 - Henkel; MarkenR 2004, 461, 465, Nr. 31 - Maglite; MarkenR 2004, 456 - Seifenstück; MarkenR 2006, 19 - Standbeutel). Diesen Anforderungen wird die angemeldete Marke nicht gerecht.

Zwar mag es Normen für die Gestaltung von gefüllten Waffelschnitten nicht geben, jedoch unterscheidet sich die angemeldete Form - wie die Markenstelle insoweit zutreffend dargelegt hat - nicht erheblich von dem üblichen Erscheinungsbild derartiger Waren. Dass eine quadratische Grundform auf diesem Warenssektor ungewöhnlich wäre, ist in keiner Weise ersichtlich oder belegt. Vielmehr dürften bei Waffelschnitten, neben länglich rechteckigen, gerade quadratische Grundformen den Normalfall darstellen. Auch die sonstigen Gestaltungsmerkmale der betreffenden Waffelschnitte weichen nicht in erheblicher Weise vom üblichen Erscheinungsbild ab. Zwar mag es einem Teil des Verkehrs auffallen, dass die Deckwaffeln auf der Ober- und Unterseite - bedingt durch den Schokoladenüberzug der letzteren - sich in der Farbe unterscheiden; hierin wird aber regelmäßig kein Merkmal gesehen, das geeignet wäre, auf die Herkunft derartig gestalteter Waffelschnitten aus einem bestimmten (einigen) Geschäftsbetrieb hinzuweisen. Dass die Füllschichten - materialbedingt - unterschiedlich eingefärbt sind, wird zwar ebenfalls oftmals nicht unbemerkt bleiben, ohne dass allein deshalb - oder in Ver-

bindung mit den sonstigen Merkmalen - auf eine bestimmte betriebliche Herkunft derartiger Schnitten geschlossen würde. Somit ermangelt die als Marke angemeldete Form von Hause aus insgesamt der notwendigen Unterscheidungskraft.

2. Die in der Beschwerdeinstanz vorgelegten Unterlagen lassen nicht erkennen, dass sich die angemeldete Marke infolge Benutzung für die beanspruchten Waren - wobei eine Benutzung für „Schokolade“ wohl gar nicht behauptet wird - zu Gunsten der Anmelderin im Verkehr durchgesetzt hat und deshalb die Regelung des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG keine Anwendung findet (gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG).

a) Die Regelung zur Verkehrsdurchsetzung in § 8 Abs. 3 MarkenG ist in Umsetzung der Bestimmung des Art. 3 Abs. 3 Markenrichtlinie (Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988) ergangen, wonach die Marke vor der Anmeldung infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erworben haben muss. Voraussetzung ist also eine Benutzung der konkret schutzbegehrenden Marke (d. h. hier der reinen Warenformmarke), und zwar gerade als Marke, nicht etwa nur als Produkt, welches mit sonstigen herkömmlichen (Wort- oder Ausstattungs-) Marken gekennzeichnet ist.

Von daher bestehen Zweifel, ob man im vorliegenden Fall von einer markenmäßigen Benutzung der betreffenden Formmarke ausgehen kann. Die Anmelderin hat nämlich weder behauptet noch belegt, dass die schutzsuchende Warenformmarke als solche, d. h. ohne Verpackung und der auf dieser angebrachten Wortmarke „Knoppers“, im Verkehr Verwendung gefunden hat. Bei einer Begegnung mit dem betreffenden Erzeugnis in verpackter Form, welches mit der deutlich erkennbaren Wortmarke gekennzeichnet ist, liegt es für einen durchschnittlich informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der in Rede stehenden Kategorie von Waren (vgl. EuGH GRUR 2002, 804, Nrn. 59, 63 - Philips; GRUR 2005, 763, Nr. 25 - Nestlé/Mars) aber nicht nahe, in der Ware selbst zugleich auch eine Marke zu sehen, und zwar auch nicht nach

Entfernung der Umhüllung unmittelbar vor dem Verzehr. Im Unterschied zu dem vom Europäischen Gerichtshof entschiedenen Fall Nestlé/Mars (a. a. O.) kann hier auch nicht ohne weiteres von der Benutzung von zwei unterschiedlichen Marken, nämlich der eingetragenen Wortmarke „Knoppers“ und zusätzlich der schutzsuchenden Warenform, ausgegangen werden, weil letztere eben gerade nicht als Marke in Erscheinung tritt bzw. vom Konsumenten nicht als solche wahrgenommen wird (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 8 Rdn. 312 m. w. N.). Anders wäre der Fall möglicherweise dann zu beurteilen, wenn die Anmelderin belegt hätte, dass sie den Verkehr, z. B. durch intensive Werbe- und Aufklärungskampagnen, darauf hingewiesen hätte, dass vorliegend nicht nur das Wort „Knoppers“ (und ggf. die Gesamtaufmachung der Verpackung) Markencharakter hat, sondern auch die Form des Produkts selbst (siehe für den vergleichbaren Fall der behaupteten Durchsetzung einer abstrakten Farbmarke BPatG GRUR 2005, 585, 590 - Farbmarke Gelb); hierfür ist aber nichts vorgetragen.

Die aufgezeigten Bedenken gegen eine markenmäßige Benutzung der angemeldeten Warenform müssten allerdings wohl zurücktreten, wenn der Anmelderin der Nachweis gelungen wäre, dass die beanspruchte Form selbst vom Verkehr tatsächlich als Herkunftshinweis aufgefasst wird. Denn der Nachweis, dass ein Zeichen tatsächlich markenmäßige Unterscheidungskraft erlangt hat, impliziert wohl zwingend, dass das Zeichen tatsächlich markenmäßig benutzt worden ist. Einen solchen Nachweis hat die Anmelderin indessen nicht geführt.

b) Die vorgelegte GfK-Verkehrsbefragung vom Juli 2004 zur Bekanntheit der „nackten Waffelschnitte“ ist zwar generell als Mittel zum Nachweis einer Verkehrsdurchsetzung geeignet (vgl. Ströbele/Hacker, a. a. O., § 8 Rdn. 334). Jedoch lassen die ermittelten Ergebnisse nicht den Schluss zu, dass die betreffende Formmarke infolge Benutzung das notwendige Maß an Unterscheidungskraft erworben hat.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist Voraussetzung für eine durch Benutzung erlangte Unterscheidungskraft (d. h. eine Verkehrsdurchsetzung), dass ein wesentlicher Teil des angesprochenen Verkehrs die Marke mit einem konkreten Marktteilnehmer und mit keinem anderen Unternehmen in Verbindung bringt (vgl. GRUR 2002, 804, 808, Nr. 65 - Philips). Bei der Auswertung einer Verbraucherbefragung kommt somit der Frage nach der Zuordnung der Marke zu einem konkreten Unternehmen letztlich ausschlaggebende Bedeutung zu.

Zu den beteiligten Verkehrskreisen i. S. d. § 8 Abs. 3 MarkenG zählt bei Alltags-erzeugnissen der vorliegenden Art, als deren Abnehmer grundsätzlich jeder Verbraucher in Betracht kommt, die Gesamtbevölkerung (st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 1960, 83 - Nährbier; GRUR 1960, 130 - Sunpearl II; GRUR 1971, 305 - Konservenzeichen II; GRUR 1974, 220 - Club Pilsener; GRUR 2006, 760 - LOTTO; BPatG GRUR 2007, 324, 328 - Kinder (schwarz-rot) und MarkenR 2007, 184, 186 - Ristorante). Als nicht beteiligt könnten allenfalls solche Verbraucher ausgeschlossen werden, die den Erwerb und Verzehr von Waffelschnitten - aus welchen Gründen auch immer - kategorisch ablehnen; eine derartige Kontrollfrage ist aber nicht gestellt worden. Zwar wurde unter Frage 7 abgefragt: „Kaufen oder verwenden Sie derartige leichte knusprige Schokoriegel bzw. gefüllte Waffelschnitten?“. Das entspricht jedoch nicht der genannten rechtlichen Vorgabe, wonach nur solche Teile des Verkehrs unberücksichtigt gelassen werden dürfen, welche mit der betreffenden Ware schlechthin nichts zu tun haben wollen. Frage 7 engt somit die maßgeblichen Verkehrskreise zu stark ein (vgl. BPatG GRUR 2007, 324, 328 - Kinder (schwarz-rot)). Bei der Auswertung der GfK-Befragung ist daher von den Zahlen auszugehen, die unter der jeweiligen Rubrik, „Gesamtbevölkerung“ ausgewiesen sind.

Wie die Ergebnisse bei Frage 3 nach dem Namen des konkreten Unternehmens zeigen, waren 10,8 % der insgesamt Befragten in der Lage, die Anmelderin (mit ihrem Firmenschlagwort „Storck“) zutreffend zu benennen. Zugunsten der Anmel-



derin sind aber auch die 24,7 % der Befragten zu werten, welche das Unternehmen mit „Knoppers“ angegeben haben (also nicht zwischen Firmen- und Markennamen unterscheiden, aber ersichtlich kein drittes Unternehmen meinen (vgl. BPatG a. a. O. - Kinder (schwarz-rot); Ströbele/Hacker, a. a. O., § 8 Rdn. 354; Pflüger, GRUR 2004, 652, 656) sowie die 9,7 % der Befragten, welchen die genaue Unternehmensbezeichnung nicht bekannt ist (vgl. BPatG a. a. O. - Kinder (schwarz-rot)). Der sich somit - zunächst - ergebende Zuordnungsgrad von 45,2 % liegt deutlich unter dem nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (GRUR 2001, 1042, 1043 re. Sp. - REICH UND SCHOEN) generell maßgeblichen Grenzwert von 50 %.

Soweit im Rahmen der Fragen 4 und 6 von einigen (wenigen) Befragten ebenfalls die Namen „Knoppers“ und „Storck“ - als Unternehmensbezeichnungen oder freie gedankliche Assoziationen - genannt wurden, können diese Prozentzahlen nicht zusätzlich berücksichtigt werden, weil bei den betreffenden Antworten offensichtlich, wie aus der jeweils über 100 % liegenden Summe ersichtlich, auch Mehrfachnennungen vorgekommen sind, ohne dass eine nähere Erläuterung oder statistische Bereinigung seitens des Marktforschungsunternehmens erfolgt wäre.

Die statistische Auswertung der Befragungsergebnisse weist außerdem den Mangel auf, dass die Fehlertoleranz (nach der insoweit maßgeblichen, in der mündlichen Verhandlung erörterten Tabelle) unberücksichtigt geblieben ist. Dies ist aber zwingend erforderlich (BPatG, Beschlüsse - Kinder (schwarz-rot) und - Ristorante, jeweils a. a. O.; Beschluss vom 19. Juli 2006, 32 W (pat) 217/04 - SCHÜLER-HILFE; Ströbele/Hacker, a. a. O., § 8 Rdn. 355). Bei insgesamt 1955 Befragten ist daher der ermittelte Zuordnungsgrad von 45,2 % nochmals um 3,1 % zu vermindern, so dass sich letztlich (nur) ein Zuordnungsgrad von 42,1 % im allgemeinen Verkehr ergibt. Dieser liegt so erheblich unter dem Grenzwert von 50 % - selbst wenn man diesen (gemäß neuerer Rechtsprechung, vgl. BGH GRUR 2006, 760, 762 - LOTTO und BPatG MarkenR 2007, 184 - Ristorante) nicht starr anwendet und geringfügige Unterschreitungen im Einzelfall bei Vorliegen sonstiger Anhalts-

punkte für eine Verkehrsdurchsetzung akzeptiert -, dass eine Durchsetzung der angemeldeten Marke im Verkehr keinesfalls nachgewiesen ist. Wenn rund 58 % des maßgeblichen Verkehrs - trotz angeblich langdauernder Benutzung und umfangreicher Werbung für das betreffende „Knoppers“-Produkt - in der betreffenden Warenform keine Marke sehen, so spricht dieses Ergebnis vielmehr eindeutig gegen eine Verkehrsdurchsetzung im Sinne des § 8 Abs. 3 MarkenG.

3. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde ist nicht veranlasst. Abgesehen davon, dass im Wesentlichen tatsächliche Umstände entscheidungserheblich waren, stellt sich keine ungeklärte Rechtsfrage, die von grundsätzlicher Bedeutung wäre oder deren Beantwortung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Befassung des Bundesgerichtshofs erforderte (§ 83 Abs. 2 MarkenG).

gez.

Unterschriften