



BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 91/06

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 306 02 820. 4

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) in der Sitzung vom 19. Dezember 2007 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Stoppel, der Richterin Werner und des Richters Schell

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Angemeldet ist die als Mini-Leberkäse bezeichnete nachfolgend wiedergegebene dreidimensionale Marke



für die Waren der Klasse 19

„Fleisch- und Fleischerzeugnisse, insbesondere Leberkäse“.

Im Feld 5 („Wiedergabe der Marke“) des eingereichten Anmeldeformulars hatte die Anmelderin folgenden Hinweis vermerkt:

„Der Markenschutz bezieht sich auf die in der Anmeldung wiedergegebenen Größenverhältnisse“.

Die Markenstelle für Klasse 29 des Deutschen Patent- und Markenamts hat der Anmeldung den Schutz wegen fehlender Unterscheidungskraft verweigert. Der angesprochene Verkehr werde in der angemeldeten Marke nur die Abbildung

eines Leberkäses in rechteckiger Form und keinen Hinweis auf den Hersteller sehen. Auch die spezielle Formgröße führe nicht zu einer hinreichenden Unterscheidungskraft, da auf dem hier einschlägigen Warenssektor im Zuge entsprechender Marketing- und Absatzmaßnahmen ständig neue Warenformen von verschiedenen Herstellern auf den Markt gebracht würden und auf dem fraglichen Produktsektor auch diverse Minitaturformen gebräuchlich seien.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin mit dem Antrag,

die Beschlüsse des Deutschen Patent- und Markenamts aufzuheben.

Zur Begründung führt sie aus, entgegen der Wertung der Markenstelle ergebe sich die erforderliche Unterscheidungskraft gerade aus der speziellen Formgröße, die nur die Produkte der Anmelderin aufwiesen. Bei der angemeldeten Warenform handle es sich um eine bislang nicht dagewesene, originelle und nicht technisch bedingte Gestaltung, die ein eigenständiges Charakteristikum darstelle und vom Verkehr deshalb als betriebliches Herkunftszeichen wahrgenommen werde. Ein Freihaltungsbedürfnis an der speziellen Produktgröße sei ebenfalls nicht gegeben, da es bislang kein Anbieter von Leberkäse für notwendig erachtet habe, seine Produkte in der hier angemeldeten Formgröße zu produzieren und zu vermarkten.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet, denn der Eintragung der Marke steht bereits das absolute Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs 2 Nr. 1 MarkenG entgegen.

Unterscheidungskraft im Sinne dieser Vorschrift ist nach ständiger Rechtsprechung die Eignung einer Marke, die von der Anmeldung umfassten Waren als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und sie dadurch von denjenigen anderer Unternehmen unterscheidbar zu machen (vgl. EuGH MarkenR 2007, 437, Rdn. 34 - Rot-weiße, rechteckige Tablette; BGH WRP 2008, 107, Rdn. 23 - Fronthaube). Ob eine Marke die erforderliche Unterscheidungskraft aufweist, ist im Hinblick auf die angemeldeten Waren und/oder Dienstleistungen sowie im Hinblick auf die mit ihnen angesprochenen Verkehrskreise zu beurteilen, wobei auf die mutmaßliche Wahrnehmung eines normal informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der fraglichen Waren oder Dienstleistungen abzustellen ist, der mit den konkreten Branchenumständen des jeweiligen Warenaktors vertraut ist.

Die angemeldete Marke besteht aus der dreidimensionalen Wiedergabe der beanspruchten Waren selbst. An die Schutzzähigkeit solcher Markengestaltungen sind zwar dieselben Anforderungen zu stellen wie bei allen anderen Markenkategorien. Es ist aber zu berücksichtigen, dass eine Marke, die allein aus dem Erscheinungsbild der Ware selbst besteht, von den angesprochenen Verkehrskreisen nicht notwendig in gleicher Weise wahrgenommen wie eine Wort- oder Bildmarke, die vom Erscheinungsbild der mit ihr gekennzeichneten Waren unabhängig ist (vgl. EuGH GRUR Int. 2006, 842, Rdn. 25 - Form eines Bonbons II; EuG, Urteil vom 10. Oktober 2007 in der Rechtssache T-460/05, Rdn. 37 - Form eines Lautsprechers, veröffentlicht unter [curia.eu.int.doc](http://curia.eu.int/doc); BGH GRUR 2003, 712, 714 - Goldbarren). Vielmehr schließen Verbraucher aus der Form der Ware oder ihrer Verpackung regelmäßig nicht auf die betriebliche Herkunft der fraglichen Produkte (vgl. BGH a. a. O., Rdn. 23 f. - Fronthaube, m. w. N.). Die erforderliche markenrechtliche Unterscheidungskraft besitzt eine Warenformmarke nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung daher nur dann, wenn sie erheblich von der Norm oder der Branchenüblichkeit abweicht (vgl. EuGH GRUR 2006, 233, Rdn. 31 - Standbeutel). Anders ausgedrückt, die zwingend erforderliche herkunftshinweisende Funktion kann ihr nur dann zugemessen werden, wenn sie sich aus dem

verkehrsüblichen Rahmen der Gestaltungsvielfalt auf dem jeweiligen Produktsektor abhebt und sie sich nicht nur in gebräuchlichen oder lediglich funktionell bedingten Gestaltungsmerkmalen erschöpft. Davon kann im vorliegenden Fall aber nicht die Rede sein.

Schon die Markenstelle hat ausgeführt, dass die angesprochenen Verbraucher daran gewöhnt sind, auf dem hier einschlägigen Warenssektor Leberkäse und sonstige Fleischprodukte in den unterschiedlichsten Größen vorzufinden. Auch von Seiten des Senats wurde die Anmelderin auf diesen Aspekt nochmals hingewiesen. So bieten etwa neben der Anmelderin auch Firmen wie „Hardy Remagen“, „Kylma“, „Bofrost“, „Dulano“ oder „Schmid-Gastronomie“ als „Mini-Leberkäse“ bezeichnete Produkte an. Die angemeldete Warenform ist auf diesem Produktsektor somit nur eine unter zahlreichen anderen vergleichbaren Miniatur-Varianten. Der Umstand, dass sich die Anmelderin möglicherweise als „Erfinderin“ des Miniatur-Leberkäse sieht, begründet keine andere Wertung. Anders als dies etwa beim Patentschutz der Fall ist, kennt das Markenrecht kein auf den jeweiligen Erfinder bezogenes Leistungsschutzrecht. Ob die Produktvariante „Mini-Leberkäse“ auf die Anmelderin zurückgeht, ist somit für die Schutzfähigkeitsprüfung unerheblich (vgl. hierzu BPatGE 37, 44, 48 - VHS; BPatGE 33, 12, 17 – IRONMAN TRIATHLON). Ebenso wenig relevant ist die Frage, ob die konkrete Größe der jeweiligen Konkurrenzprodukte im Einzelfall genau mit der angemeldeten Marke übereinstimmt oder ob ausschließlich die Produkte der Anmelderin die mit der Anmeldung beanspruchte spezielle Formgröße von 5,8 cm Tiefe und 4,5 cm Höhe aufweisen. Denn selbst wenn entsprechende Abweichungen festgestellt werden könnten, wären solche marginalen Unterschiede nicht geeignet, einem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der genannten Waren aufzufallen.

Zwar spielt die Größe von Produkten oder Verpackungseinheiten auf dem hier einschlägigen Nahrungsmittelsektor für die angesprochenen Verbraucher durchaus eine Rolle, nicht zuletzt wegen der unterschiedlichen Interessen der einzelnen

Zielgruppen. Insbesondere bei der als „mobile Singles“ bezeichneten Verbrauchergruppe wird das Konsumverhalten bei Lebensmittel in den letzten Jahren zunehmend von der Nachfrage nach kleinen, einfach zuzubereitenden und möglichst mit einem gesundheitlichen Zusatznutzen (Vitamine, Mineralstoffe, Ballaststoffe, probiotische Bakterien, sekundäre Pflanzenstoffe, usw.) ausgestatteten Produkteinheiten bestimmt. Auf diese Entwicklung haben die Hersteller mit Trends wie „Convenience“, „Wellness-Lebensmittel“ oder „Functional Food“ reagiert und eben auch mit einem wachsenden Angebot von Lebensmitteln in kleineren Portionierungen. Diese so genannten Mini-Produkte signalisieren dem Publikum, dass sie vor allem für Ein- bzw. Zwei Personenhaushalte bestimmt sind. Abweichungen in der Produktgröße werden dabei vom Verkehr lediglich unter Zweckmäßigkeit-Gesichtspunkten (Portionierungsfunktion) nicht aber als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Produkte wahrgenommen. Auf dem vorliegend beanspruchten Warengbiet sind die Verbraucher zudem an die Verwendung zahlreicher Formen und Produktgrößen gewöhnt, weshalb sie die angemeldete Warenform nur als ein Produkt unter vielen ansehen und die Auswahl unter den jeweiligen Produktvarianten ausschließlich unter sachbezogenen Kriterien treffen werden (vgl. hierzu auch BPatG, 28 W (pat) 053/98 - Backware in Kleeblattform, veröffentlicht auf PAVIS PROMA CD-ROM).

Darüber hinaus sind die beteiligten Verkehrsteilnehmer mit der Praxis vertraut, dass die hier beanspruchten Produkte üblicherweise in Verpackungen verkauft werden, die zum Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Waren mit einer Wort- oder Bildmarke versehen sind. Auch deshalb nehmen die Kunden vor ihrer Kaufentscheidung keine exakte Prüfung von Form oder Größe der betreffenden Waren vor, zumal die Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers bei Artikeln des laufenden Verbrauchs generell geringer ist als bei beständigen oder höherwertigen Anschaffungsgegenständen (vgl. nochmals EuG a. a. O., Rdn. 33 - Form eines Lautsprechers m. w. N.). Für die Bejahung der notwendigen Kennzeichnungsfunktion einer Warenformmarke ist es deshalb auch hier unverzichtbar, dass sie sich *erheblich* von dem wettbewerblichen Umfeld absetzt und es den

angesprochenen Verbrauchern dadurch ermöglicht wird, ohne eine besonders eingehende oder langwierige Begutachtung anhand der fraglichen Marke die mit ihr gekennzeichneten Waren von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. hierzu auch Bergmann, GRUR 2006, 793, 794 - Ein Jahrzehnt deutsche Rechtsprechung zum Markenrecht; Ströbele in Festschrift von Mühlendahl, S. 244 ff. - Probleme bei der Eintragung dreidimensionaler Marken). Die angemeldete Marke weicht jedoch in ihrer Formgebung unter keinem relevanten Gesichtspunkt vom Branchenüblichen ab, so dass für die Verbraucher keinerlei Anlass besteht, in ihr einen Hinweis auf ein ganz bestimmtes Unternehmen zu sehen - es sei denn, sie hätte sich infolge intensiver Benutzung im Verkehr durchgesetzt. Dass dies der Fall ist, wurde aber weder vorgetragen noch sind Anhaltspunkte dafür ersichtlich.

Da der angemeldeten Warenform somit bereits die erforderliche Unterscheidungskraft i. S. v. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG abzusprechen ist, kommt es auf die weitere Frage, ob an ihrer freien Verwendung auch ein schutzwürdiges Allgemeininteresse i. S. v. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG besteht, nicht mehr an.

Die Beschwerde war zurückzuweisen. Nachdem der Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung von der Beschwerdeführerin zurückgenommen wurde und eine solche nach Wertung des Senats auch nicht sachdienlich gewesen wäre, konnte die vorliegende Entscheidung im schriftlichen Verfahren ergehen (§ 69 MarkenG).

Stoppel

Werner

Schell

Me