



# BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 178/02

**(AktENZEICHEN)**

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Markenmeldung 301 54 335.6**

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 28. Mai 2003 durch den Vorsitzenden Richter Stoppel, die Richterin Schwarz-Angele und den Richter Paetzold

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **G r ü n d e**

### **I.**

Die nachfolgend wiedergegebene, als dreidimensionale Marke (im Original farbig) für eine Vielzahl von Waren der Klassen 29, 30 und 31, darunter

"Brot, feine Backwaren, Konditorwaren"

angemeldete Darstellung

siehe Abb. 1 am Ende

ist von der Markenstelle für Klasse 29 des Deutschen Patentamts teilweise, und zwar allein für die vorgenannten Waren, wegen Fehlens jeglicher Unterscheidungskraft mit der Begründung zurückgewiesen worden, die Anmeldung erschöpfe sich in der bloßen Wiedergabe der äußeren Form der versagten Waren, der der Verkehr angesichts der marktüblichen Erscheinungsform und der im Backwarenssektor vielfältigen Gestaltungsformen mangels entsprechender Gewöhnung und Anhaltspunkte iS markenrechtlicher Originalität keine Individualität beimesse, um darin das Kennzeichen eines bestimmten Unternehmens zu sehen.

Mit der hiergegen gerichteten Beschwerde macht der Anmelder 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 vertikal aufgeschnittenen Brotlaibs mit Frischkäsefüllung, was für das angesprochene Warengbiet neu sei, aus dem Rahmen des üblichen falle und damit typisch auf den Anmelder als Hersteller hinweise.

## II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet.

Für den Senat ist bereits zweifelhaft, ob der angemeldeten Form, die sich auch nach dem Vorbringen des Anmelders 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 der Anmelder trägt selbst vor, daß die Ware von der besonderen Formgebung geprägt sei und mithin aus einer Form bestehe, die durch die Art der Ware bedingt wird. Unabhängig von dieser Vorfrage fehlt der angemeldeten Darstellung aber auch nach Auffassung des Senats zumindest jegliche Unterscheidungskraft; sie ist daher nach § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG von der Eintragung in das Markenregister ausgeschlossen.

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 Marken, die lediglich aus der Form der Ware bestehen, eine Eignung, sie

von Erzeugnissen anderer Unternehmen zu unterscheiden, idR nur dann gegeben ist, wenn sie durch ihre Eigenheiten auffallen, vom Gewohnten und Erwarteten abweichen und dadurch im Gedächtnis der Abnehmer haften bleiben. Das ist vorliegend ersichtlich nicht der Fall, da es sich bei der beanspruchten Darstellung um typische Aufbackrohlinge handelt, wie sie in jedem Supermarkt zu finden sind. Da der Verkehr auf dem vorliegend beanspruchten Gebiet der Backwaren an die Verwendung solcher 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 Hinweisfunktion dar. Das gilt selbst bei einer erstmaligen Verwendung dieser speziellen Form, wie sie vom Anmelder 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 überzeugen kann. Der Anmelder 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 Warenaktor zur Erweckung eines Kaufanreizes von besonderer Bedeutung. Eine neu eingeführte Form, zumal wenn sie sich wie vorliegend an vertraute Erscheinungsbilder anlehnt, 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. Daß die angemeldete Darstellung bzw. die Formgebung

der Ware selbst über diesen 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, ist für den Senat nicht ersichtlich. 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, so daß auch die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen werden mußte.

Stoppel

Schwarz-Angele

Paetzold

Bb

Abb. 1

