

BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 223/99

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 398 35 364.6

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 8. Mai 2000 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Buchetmann sowie des Richters Sommer und der Richterin Schwarz-Angele

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Zur Eintragung als dreidimensionale Marke für

"Arzneimittel"

angemeldet ist die nachfolgend in kleinerem Maßstab wiedergegebene als dreidimensionale Marke beanspruchte Darstellung

siehe Abb. 1 am Ende

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patentamts hat die Anmeldung in zwei Beschlüssen, einem davon im Erinnerungsverfahren, wegen fehlender Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG zurückgewiesen, da die Marke nur die Form der beanspruchten Ware darstelle und die dreidimensionale Gestaltung der Tablette keine auf diesem Warengbiet ungebrauchlichen Gestaltungsmerkmale aufweise.

Zur Begründung der dagegen eingelegten Beschwerde trägt die Anmelderin vor, die angemeldete dreidimensionale Marke weise entgegen der von der Marken

stelle vertretenen Auffassung durch den Anklang an das Firmensymbol der Anmelderin, den "STADA-Bogen", und durch die besondere Ausgestaltung der Einkerbung im oberen Bereich der Tablette ungebräuchliche Gestaltungsmerkmale auf. Die Schutzfähigkeit von Tablettendarstellungen ergebe sich auch aus der Voreintragung vergleichbarer Anmeldungen.

Die Anmelderin beantragt,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben und das Anmeldezeichen antragsgemäß einzutragen.

Ergänzend wird auf den Inhalt der Beschwerdebegründung und diejenigen der beigezogenen Akte verwiesen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, jedoch nicht begründet. Die angemeldete Marke ist zu Recht gemäß § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückgewiesen worden.

Unterscheidungskraft ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die angemeldeten Waren eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefaßt zu werden. Hierbei ist grundsätzlich von einem großzügigen Maßstab auszugehen, d. h. jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft reicht aus, um das Schutzhindernis zu überwinden (s BGH MarkenR 1999, 349 - YES). Erschöpft sich dagegen die Marke in der Abbildung der Ware selbst, so wird auch bei der Anlegung des großzügigen Prüfungsmaßstabs nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im allgemeinen die erforderliche Unterscheidungskraft fehlen (BGH BIPMZ 1999, 187 - Etiketten; BIPMZ

1997, 318 ff - Autofelge sowie BIPMZ 1996, 182 ff - Füllkörper und BIPMZ 1985, 219 f - BMW-Niere). Die naturgetreue wenn auch nicht fotografisch genaue oder maßstabgerechte Wiedergabe der im Warenverzeichnis genannten Ware ist nicht geeignet, die Ware ihrer Herkunft nach zu individualisieren; die bloße Abbildung der Ware - auf der Ware angebracht - ermöglicht nicht deren Zuordnung zu einem bestimmten Geschäftsbetrieb (BGH, aaO - Füllkörper, S 184 rechts). Entsprechendes gilt für die Ware selbst in ihrer dreidimensionalen Form, wie sie vorliegend als Marke beansprucht wird.

Die als Marke angemeldete Tablette weist keine gestalterischen Merkmale auf, die diese Tablette von der Gestaltung üblicher Tabletten dergestalt abheben würden, daß sie aufgrund der Besonderheit ihrer Formgebung geeignet wäre, als betriebskennzeichnender Herkunftshinweis im Sinne einer Marke zu fungieren. Eine Tablette mit einem flachen kreiszylindrischen Grundkörper und konvexen Anwölbungen über der unteren und oberen Zylinderkreisfläche gehört zu den wichtigsten Tablettengrundformen (vgl Hunnius, Pharmazeutisches Wörterbuch, 8. Aufl, Stichw "Compressi"). Entsprechendes gilt für die Einkerbung einer solchen Tablette mit einer Bruchrille (Hunnus, aaO), die es ermöglicht, die Tablette hälftig zu brechen und auf diese Weise die Gesamtdosierung zu halbieren.

Entgegen der von der Anmelderin vertretenen Auffassung weist die angemeldete Tablette über diese gängige Gestaltung hinaus keine Merkmale auf, die ihre Eintragung als Marke rechtfertigen könnten.

Der Vortrag der Anmelderin, die angemeldete Tablette habe durch den Anklang an den STADA-Bogen (das Firmensymbol der Anmelderin) eine kennzeichnende Gestaltung erfahren, findet in der mit der Anmeldung eingereichten Darstellung der Tablette keine Bestätigung und vermag schon aus diesem Grunde nicht die Schutzzfähigkeit der Marke zu begründen. Die eingereichte Darstellung der Tablette läßt keinen Bogen erkennen, der wie der STADA-Bogen im mittleren (oberen) Bereich aus einem nach Art eines Streifens verbreiterten "Strich" besteht, der sich

nach beiden Seiten bis zum auslaufenden Ende hin kontinuierlich verjüngt. Darüber hinaus läßt die der Anmeldung beigefügte Darstellung der Tablette keinen Bogen erkennen, der in der Dimensionierung bzw Krümmung dem auf dem Briefkopf der Anmelderin enthaltenen STADA-Bogen entsprechen würde. Dieser weist auf eine Spannweite von zirka 45 mm eine Höhe von knapp 5 mm auf, wogegen alle auf der Darstellung der Tablette gezeigten vergleichbaren Bögen stärker gekrümmt und damit erkennbar einem entsprechend größeren Kreissegment zuzuordnen sind. Die konvexe Wölbung der Tablette weist bei einem Durchmesser derselben von knapp 60 mm eine Höhe von mehr als 10 mm auf. Der obere Rand der Kerbe in dem konvex gewölbten oberen Teil der Tablette bildet in der Draufsicht einen Bogen mit einer Spannweite von knapp 60 mm und einer Höhe von zirka 8 mm. Da bei der Einkerbung einer konvex gewölbten Tablette zwangsläufig ein bogenförmiger Kerbenrand entsteht, ist dieser in erster Linie funktional (technisch) bedingt und wird auch aus diesem Grund kaum als ein bewußtes "Zitat" des Firmenlogos realisiert werden, zumal dessen Schutzzfähigkeit mindestens zweifelhaft ist.

Auch das weitere von der Anmelderin hervorgehobene Merkmal der stärkeren Öffnung der oberen Einkerbung der Tablette im Bereich der Aufwölbung kann nicht als derart auffallend oder ungewöhnlich angesehen werden, um als betriebskennzeichnender Herkunftshinweis zu dienen. Die obere und untere Einkerbung der Tablette soll erkennbar eine hälftige Teilung ermöglichen. Beide Kerben liegen übereinstimmend in einer durch die gedachte senkrechte Mittelachse des Kreiszyinders bzw der Tablette verlaufenden senkrechten Ebene. Die untere Einkerbung folgt in gleichbleibend geringer Tiefe der konvexen Wölbung des "Tablettenbodens" und greift nicht in den (durch eine gedachte untere waagerechte Kreisfläche begrenzten) zylindrischen Teil der Tablette ein. Die obere Kerbe hingegen spaltet nicht nur die obere konvexe Wölbung der Tablette, sondern dringt darüber hinaus in gleichbleibender Tiefe von etwa einem Drittel der Höhe des zylindrischen Teils in diesen ein. Das von der Anmelderin als ungebräuchlich bezeichnete Merkmal der oberen Kerbe besteht in deren Aufweitung (bzw Abfla-

chung) im Bereich des konvex gewölbten oberen Teils der Tablette, beginnend in der gedachten oberen waagerechten Kreisfläche des zylindrischen Teils. Dabei vergrößert sich der Öffnungswinkel der Kerbe nach Angabe der Anmelderin von 100° im zylindrischen Teil auf 130° in dem darüber befindlichen aufgewölbten Teil.

Bei der Einkerbung einer Tablette zum Zweck einer hälftigen Teilung sind verschiedene Vorgaben zu berücksichtigen. Die Tiefe der Einkerbung steht in Wechselbeziehung zur Konsistenz bzw Festigkeit der Tablette. Je fester die Tablette ist, desto ausgeprägter muß die Einkerbung sein. Dabei führt eine tiefe und breite Kerbe zwangsläufig zu einer Vergrößerung der Tablette, da die im Bereich der Kerbe fehlende Arzneimittelsubstanz an anderer Stelle ausgeglichen werden muß. Soll bei dem Einkerven einer Tablette einerseits ein möglichst geringer Substanzverlust entstehen, andererseits eine ausreichende Öffnung der Kerbe das Eindringen in diese mit mehr oder weniger spitzen bzw stumpfen Mitteln (z. B. den Daumen"spitzen") ermöglichen, so bietet sich die Abstufung des Öffnungswinkels der Kerbe als praktischer Kompromiß geradezu an. Denn bei einer vergleichsweise engeren Einkerbung im zylindrischen Teil der Tablette tritt ein vergleichsweise geringerer Substanz"verlust" ein als bei der Aufweitung der Kerbe erst in dem oberhalb des zylindrischen Teils befindlichen aufgewölbten Teil. Die abgestufte Öffnung der Kerbe ist demnach in erster Linie funktional bzw technisch bedingt; sie erleichtert die Teilung der Tablette und wird von den angesprochenen allgemeinen Verkehrskreisen nicht als eine besondere und ungewöhnliche Gestaltung der Tablette angesehen.

Insgesamt bewegt sich daher die angemeldete Tablette ihrem Gesamteindruck nach im Rahmen der für eine Tablette üblichen und zweckmäßigen Gestaltung. Sie ist daher nicht geeignet, darüber hinaus die erforderliche betriebskennzeichnende Individualisierung zu ermöglichen, wie es für ihre Eintragung als Marke unerlässlich wäre. Soweit die Anmelderin auf die Voreintragung vergleichbarer Tablettdarstellungen hinweist, kann daraus schon aufgrund der Pauschalität des Vortrags kein Rückschluß auf die vorliegende Anmeldung erfolgen. Unabhängig

davon hätte selbst eine identische Voreintragung unter keinen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkt eine wie auch immer geartete bindende Wirkung für die vorliegende Entscheidung (s. zB BPatGE 32, 5/9 f - CREATION GROSS mwNachw).

Die Beschwerde der Anmelderin hat daher keinen Erfolg (vgl. auch BPatG, BIPMZ 2000, 194).

Dr. Buchetmann

Sommer

Schwarz-Angele

Ko

Abb. 1

