

# BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 147/00

---

**(Aktenzeichen)**

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Markenmeldung 398 09 779.8**

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 17. Januar 2001 unter Mitwirkung von Vorsitzendem Richter Stoppel, Richterin Grabrucker und Richter Kunze

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **G r ü n d e**

### **I.**

Angemeldet als dreidimensionale Marke ist die folgende Warenverpackungsform

**siehe Abb. 1 am Ende**

für die Waren:

"Milch und Milchprodukte, nämlich Sahne, Joghurt und Desserts aus Joghurt, Quark und Sahne mit und ohne Fruchtzusatz, Pudding und Desserts (Klasse 29, 30)."

Die Markenstelle für Klasse 29 des Deutschen Patent- und Markenamts hat der Anmeldung den Schutz wegen fehlender Unterscheidungskraft mit der Begründung verweigert, daß die von der Anmelderin als allein unterscheidungskräftiges Zeichenelement angeführte Bördelkappe zum einen lediglich der technischen Funktion eines leichten und problemlosen Öffnens der Verpackung diene und

nicht über ihre technische Funktion in der Gestaltung hinausreiche. Zum anderen hebe sie sich auch nicht vom üblichen Maß an Verpackungsdesign ab. Vielmehr handle es sich um eine Verzierung und Verschönerung, die eingesetzt werde, um der Ware ein gehobenes Image zu verschaffen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin mit dem Antrag,

die Beschlüsse des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 23. November 1998 und 2. März 2000 aufzuheben.

Zur Begründung führt sie aus, die beanspruchte Form sei in diesem Warenaektor nicht bei anderen Herstellern zu finden. Sie wirke daher herkunftskennzeichnend. Auch die ihr im Verfahren vom Senat vorgelegten Werbe- und Verkaufsprospekte zeigten lediglich wiederverschließbare Plastikhauben über Folienabdeckungen oder Joghurtbecher, die mit einer überlappenden Abziehlasche zum Aufreißen des Bechers versehen und damit funktional seien, jedoch kein gestalterisches Element darstellten. Eine vollständige Überlappung des Deckels in Gestalt einer Bördelung sei jedoch zumindest für zum sofortigen Verzehr bestimmte Waren nicht belegbar. Dementsprechend schränkt die Anmelderin ihr Warenverzeichnis wie folgt ein:

"Milch und Milchprodukte, nämlich Sahne, Joghurt und Desserts aus Joghurt, Quark und Sahne mit und ohne Fruchtzusatz, Puddingdesserts, in nicht wiederverschließbaren Einwegbechern mit Folienabziehdeckel".

## II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Nach Ansicht des Senats hat die Markenstelle zu Recht das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG der Eintragung für entgegenstehend gehalten.

1. Unterscheidungskraft ist die einer Marke innewohnende konkrete Eignung vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die beanspruchten Waren eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmer aufgefaßt zu werden. Bei der Beurteilung ist grundsätzlich von einem großzügigen Maßstab auszugehen, dh jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft reicht aus um das Schutzhindernis zu überwinden (Begründung zum Regierungsentwurf Bundestagsdrucksache 12/6581, S 70 = BIPMZ 1994, Sonderheft, S 64). Dabei sind für die verschiedenen Markenformen keine unterschiedlichen Maßstäbe hinsichtlich der Unterscheidungskraft anzulegen, sodaß dieser Grundsatz auch auf dreidimensionale Marken anzuwenden ist (BGH GRUR 1999, 495 - Etiketten; GRUR 2000, 231 - Fünfer; GRUR 2000, 323 - Partner with the Best; MarkenR 2000, 262 - Unter uns; GRUR 2000, 502 -St. Pauli Girl; Mitt, 2000, 506 - Likörflasche; Althammer/Ströbele MarkenG, 6. Aufl., § 8 Rdn 38; Fezer, Markenrecht, 2. Aufl., § 8 Rdn 22 f).

2. Der Senat geht von der grundsätzlichen Markenfähigkeit der angemeldeten Warenverpackungsform gemäß § 3 Abs 1 MarkenG aus. Weder kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß es der Verpackungsform als Zeichen hier an der Selbständigkeit der Marke von der Ware fehlt, noch kommt § 3 Abs 2 MarkenG, der auch auf Warenverpackungsformen anwendbar ist (Fezer, Markenrecht, 2. Aufl., § 3 Rdn 234; Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 3 Rdn 38) zum Tragen. Zwar sind die Becherform sowie die Verschlussabdeckung jeweils zur Aufnahme der Ware und zum Öffnen oder Verschließen der Verpackung funktional, doch schließt dieser Umstand die Markenfähigkeit gem § 3 Abs 2 Nr 2 MarkenG nicht zwingend aus. Der Senat folgt insoweit der ständigen Rechtsprechung des Bundespatentgerichts und der überwiegenden Auffassung in der Literatur, wonach diese Bestimmung restriktiv in dem Sinne zu verstehen ist, daß nur diejenigen Formen gemeint sind, die als einzig mögliche zur Erreichung der technischen Wirkung in Frage kommen und keine Formalalternativen bestehen (vgl Jahresberichte BPatG 1997, GRUR 1998, 625, 626; BPatG 1998, GRUR 1999, 605, 606 ff; BPatG 1999, GRUR 2000, 366, 368 ff; Althammer/Ströbele aaO § 3

Rdn 37; Fezer, aaO, § 3 Rdn 229; Thewes, Der Schutz der dreidimensionalen Marke, 1999, S. 135 ff.). Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Sowohl die Form des Behältnisses wie der Verschlußdeckel können in anderer Weise gestaltet sein und dennoch die nämliche Funktion erfüllen.

3. Hinsichtlich der Prüfung des Zeichens auf seine konkrete Unterscheidungskraft nach § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG ist vom Verständnis der mit den Waren angesprochenen Verbraucherkreise auszugehen, wozu hier alle Lebensmittelkonsumenten gehören (BGH WRP 1999, S 526 - Etiketten). Nach den Feststellungen des Senats wird der Verbraucher bei Lebensmittelbehältern im allgemeinen (vgl BGH Mitt 2000, 506, 507; WRP 1999, S. 526 - Likörflasche; BPatG GRUR 1998, S. 1018 - Honigglas), aber auch auf dem vorliegenden speziellen Warengbiet der Milchprodukte, in seiner täglichen Einkaufspraxis und in der Werbung mit verschiedensten Verpackungsformen konfrontiert, wie etwa flache rechteckige Behältnisse, Schalen, Eimer mit Henkel, in zwei Dreiecke geteilte Hälften eines Quadrats, töpfchenartige Becher, Dessertsgläsern nachempfundene Becher etc. Diese dienen jeweils der Aufnahme der ansonsten z.T. nicht handelsfähigen Flüssigkeiten oder sind als zusätzliche Verpackung notwendig. Dabei erstreckt sich die Formgestaltung zwangsläufig auch auf den Verschluß. Die unterschiedlichen Verpackungsformen bei Lebensmitteln haben sich entsprechend den Erkenntnissen der Marketingforschung herausgebildet, um die Verbraucher in ihrem Kaufverhalten zu beeinflussen, aber im Einzelfall auch an einen bestimmten Hersteller der Ware zu binden (Eichenauer, Verpackungsdesign des 20. Jahrh., München 1994, BPatG GRUR 1998, 1018 - Honigglas). Demgemäß kann bei Verpackungsformen in diesem Warengbiet grundsätzlich nicht mehr generell davon ausgegangen werden, daß sie lediglich als bloßes Behältnis für die Waren ohne weitere Funktionen angesehen werden, und die Annahme eines betrieblichen Herkunftshinweises daher von vornherein aufgrund der Lebenserfahrung auszuscheiden hätte.

4. Dem Zeichen fehlt jegliche konkrete Unterscheidungskraft. Nach den Grundsätzen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die dieser zunächst im Rahmen der Schutzfähigkeit insbesondere zu Wortmarken und Slogans, aufgestellt (BGH GRUR 1999, 1089 - YES; 1093 - FOR YOU; 1096 - ABSOLUT; MarkenR 2000, 50 - Radio von hier...), und sodann auf Warenverpackungsformmarken entsprechend dieser Zeichenart erstreckt hat (BGH Mitt 2000, 506, 507; WRP 1999, S. 526 - Likörflasche), ist ein Warenformzeichen schutzunfähig, wenn die äußere Form der Verpackung einen durch Norm oder Üblichkeit bestimmten mittelbar beschreibenden Hinweis auf ihren Inhalt wiedergibt oder die abweichende Gestaltung lediglich eine ganz einfache, bloß serienmäßig schmückende Form darstellt oder selbst bloß eine ganz einfache geometrische Form oder ein grafisches Gestaltungselement ist, das in der Werbung aber auch auf Warenverpackungen oder sonst üblicherweise bloß als Schmuckelement verwendet wird.

4.1. Dies ist hier der Fall. Zum einen ist die beanspruchte Form des Behältnisses nur die Grundform eines zylinderförmigen Bechers, wie er für die Aufnahme der beanspruchten Waren im Handel seit Jahrzehnten üblich ist. Der Tatsache, daß der Becher aus durchsichtigen Plastik besteht, kommt kein eigenständiger Stellenwert hier für das Formzeichen zu, denn damit ist lediglich der Blick auf den möglicherweise farbigen Inhalt ermöglicht. Damit gibt die Becherform insgesamt lediglich einen mittelbar beschreibenden Hinweis auf den Inhalt wieder. Der Verbraucher wird nämlich beim Anblick einer derartigen prototypischen Form diese assoziativ aufgrund der Gewöhnung mit Joghurt verbinden. Zum anderen ist die Abweichung in der Verschußform mit dem Element einer Bördelkappe im Vergleich zu der am häufigsten zu findenden und üblichen Abdeckungsform der Abziehfolie mit einer überstehenden Lasche nichts anderes als eine Gestaltungsform, die sich aus der Verbindung von Zweckmäßigkeit und dekorativer Gefälligkeit, also einem schmuckhaften Element, ergibt. Überstehendes Folienmaterial einer kreisrunden Abdeckung, die besser die Becheröffnung abzudecken geeignet ist als eine am Rand bündige Abdeckung mit lediglich einer Lasche, fältelt sich bei der Biegung nach unten zwangsläufig. Dieser Fältelung eine regel-

mäßige und damit deckchenartige Form zu geben ist nichts anderes als eine dem Dekorativen und Ornamentalen zuzurechnende Gestaltungsweise. Schon an antiken Gefäßen lassen sich Verzierungen und Ornamente an den Ausgußöffnungen, Gefäßrändern oder Gefäßverschlüssen von Krügen, Töpfen Vasen zur Aufbewahrung von Lebensmitteln nachweisen. Damit zählen derartige Gestaltungselemente zu den Grundbedürfnissen des Menschen, die sie umgebenden Gebrauchsgegenstände, wie es Lebensmittelbehältnisse sind, ansprechend und dekorativ zu gestalten.

Die bei anderen Verpackungen im beanspruchten Warengbiet, vor allem bei zahlreichen Bechern, Schalen, Schüsseln im nach unten geklappten Verschlussdeckelrand zu findenden Einbuchtungen und anderen reliefartigen Gestaltungselementen wie Riffelungen, Einkerbungen, Abschlußbögen (zB die Ravensberger Fäßchen-Butter, Onken Cremes, Berchtesgadener Land Joghurt, Schöller Ice-Dream, Milram, Tizio Eis, Dr. Oetker Creme fraiche, Salto Eiscreme, Yofresh) gehen in dieselbe Richtung. Dieser Rahmen derart einfacher Gestaltungselemente wird von der Beschwerdeführerin mit dem angemeldeten Zeichen nicht gesprenget, denn alle diese Verschlusskanten imitieren, mehr oder weniger gelungen, Verzierungen nach der Art von früher üblich gewesenen, über Becher oder Krüge gelegten, Deckeln oder überhängenden Tüchern. Dies war insbesondere bei den Sauermilchprodukten, für die die Anmelderin mit dem Zeichen Schutz begehrt, während des Säuerungsprozesses der Fall. Die beanspruchte Zeichenform bewegt sich daher in ihrer Gesamtheit, nämlich "Becher mit Bördelkappe", lediglich im Rahmen des Üblichen und des Dekorativen.

4.2. Zwar mag die konkrete Art der hier beanspruchte Abdeckungsgestaltung zur Zeit auf dem beanspruchten Warengbiet nicht in identischer Form nachweisbar sein. Dieser Umstand allein vermittelt der Form insgesamt aber noch nicht die erforderliche Unterscheidungskraft, wenn die Gestaltung für sich selbst nicht über die vom Bundesgerichtshof (aaO) geforderten Feststellungen zu schutzunfähigen

Grundformen und üblichen bloß ornamentalen, schmückenden Formen hinausgeht.

4.3. Das erstmalige Auftreten einer Form führt auch nicht unter dem Gesichtspunkt der "Eigentümlichkeit" oder "Originalität" zur Bejahung der Unterscheidungskraft. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (aaO Likörflasche) ist diesem Gesichtspunkt kein eigener Stellenwert beizumessen. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Formelement für sich betrachtet nicht über seinen Charakter als Dekoration hinausgeht. Soweit der Bundesgerichtshof zum Ausdruck bringt, daß Originalität und Eigentümlichkeit für das Vorliegen von Unterscheidungskraft jedoch ein Indiz sein können, ist zu beachten, daß der Begriff "originell" auch auf ein Schmuckelement Anwendung finden kann, mit ihm allein aber noch nichts über die Eignung zum betrieblichen Herkunftshinweis ausgesagt ist.

5. Die von der Beschwerdeführerin im Laufe des Beschwerdeverfahrens vorgeschlagene Änderung des Warenverzeichnisses durch die Aufnahme eines Disclaimers zur Zweckbestimmung des Bechers nach der Art des Konsums der Ware, - zum sofortigen Verzehr oder zu mehrmaligem Öffnen bestimmt, -rechtfertigt keine andere Beurteilung. Hierbei handelt es sich lediglich um eine registerrechtlich unbeachtliche Verzichtserklärung hinsichtlich des Schutzzumfangs der Marke (Althammer/Ströbele Markengesetz, 6. Aufl., § 8 Rdn 72, 160). Darüber hinaus ist dies kein sachgerechtes Abgrenzungskriterium, denn auch Abziehdeckel lassen sich wieder über den Joghurt klappen, ebenso wie Joghurt in verschließbaren Bechern auf einmal verzehrt werden kann.

Bei Gesamtbetrachtung des angemeldeten Zeichens mit seinen beiden Elementen – Korpus und Deckel – fehlt somit jegliche Unterscheidungskraft, so daß die



Anmeldung zurecht zurückgewiesen worden ist und die Beschwerde keinen Erfolg haben konnte.

Stoppel

Grabrucker

Richter Kunze kann wegen Urlaubs nicht unterzeichnen

Stoppel

**Abb. 1**

