



BUNDESPATENTGERICHT

32 W (pat) 157/03

(Aktenzeichen)

Verkündet am
29. März 2006

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 398 50 571
(hier: Lösungsverfahren S 242/01)

hat der 32. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 29. März 2006 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

Die Beschwerde der Antragstellerin wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die am 3. September 1998 als dreidimensionale Marke angemeldete Darstellung (sog. Nutella-Glas)



(Vorder- und Rückansicht)

(Seitenansicht)

ist am 5. Juli 2001 unter der Nr. 398 50 571 für die Ware

„süße Brotaufstriche, nämlich Nuss-Nougat-Creme“

in das Markenregister eingetragen worden.

Mit Schriftsatz vom 5. Oktober 2001 hat die Antragstellerin die Löschung dieser Marke wegen Nichtigkeit beantragt, da sie entgegen § 8 MarkenG eingetragen worden sei.

Die damalige Markeninhaberin hat dem Löschungsantrag - rechtzeitig - widersprochen.

Mit Beschluss der Markenabteilung 3.4. des Deutschen Patent- und Markenamts vom 27. Februar 2003 ist der Löschungsantrag zurückgewiesen worden.

Die angegriffene Marke sei nicht entgegen § 8 MarkenG eingetragen worden, insbesondere fehle für die beanspruchten Waren nicht jegliche Unterscheidungskraft. Es werde kein (mittelbar) beschreibender Hinweis auf die geschützten Waren gegeben. Die konkrete Glasform sei für diese nicht üblich. Die Formelemente, nämlich der ovale Korpus, der hoch angesetzte Wulst, der weite Glashals und die breiten Schultern verliehen in ihrer Gesamtheit dem Glas eine vom üblichen deutlich abweichende Gestaltung. Der Verkehr sei auf dem vorliegenden Warengbiet auch daran gewöhnt, dass die verschiedenen Hersteller ihre Produkte in Gläsern anböten, welche von genormten oder üblichen Formen abwichen.

Wenngleich es somit auf die Vorschrift des § 8 Abs. 3 MarkenG - auf diesen rechtlichen Gesichtspunkt hatte sich die damalige Markeninhaberin im Anmeldeverfahren zunächst (hilfsweise) unter Vorlage eines GfK-Gutachtens vom Februar 1999 berufen - im Ergebnis nicht mehr ankomme, spreche die schon im Eintragungsverfahren vorgelegte Verkehrsbefragung dafür, dass die Marke die erforderliche Unterscheidungskraft im Zeitpunkt der Eintragung jedenfalls durch Verkehrsgeltung erworben habe.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin.

Der angefochtene Beschluss leide in zweifacher Hinsicht an einem wesentlichen Begründungsmangel, der zu seiner Aufhebung und zur Zurückverweisung ohne Sachentscheidung führen müsse. Zum einen habe die Markenabteilung der von ihr angenommenen Verkehrsdurchsetzung indizielle Bedeutung für das Vorliegen von Unterscheidungskraft beigemessen, mithin nicht klar zwischen originärer und erworbener Unterscheidungskraft unterschieden, zum anderen sei die rechtliche Würdigung insoweit unvollständig, als nicht näher begründet worden sei, weshalb es an Anhaltspunkten für eine Schutzunfähigkeit nach § 3 Abs. 2 MarkenG mangle.

Sämtliche Gestaltungselemente des Glases seien zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich. Der ovale Korpus erleichtere das Halten des Glases mit nur einer Hand, da ein solcher besser umfasst werden könne als ein runder zylindrischer. Die große runde Öffnung ermögliche die Entnahme größerer Mengen des enthaltenen Aufstrichs. Aus der Kombination beider Elemente ergebe sich das dritte, die Lippe, geradezu zwingend, da nur so der Übergang vom ovalen Grundriss zur weiten runden Verschlussöffnung mit Schraubdeckel herzustellen sei; zudem verhindere der Übersprung, dass das Glas beim Anfassen nach unten durchrutsche.

Zur Frage der konkreten Unterscheidungskraft wird vorgetragen, der beteiligte Verkehr entnehme der Form des Glases keinen herkunftskennzeichnenden Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass dieser auf dem Markt für süße Brotaufstiche daran gewöhnt sei, allein aus der Form der Verpackung ohne sonstige Kennzeichnungsmittel auf die Herkunft der Waren zu schließen. Das fragliche Glas weise auch keinerlei unterscheidungskräftigen Überschuss im Vergleich zur marktüblichen Formenvielfalt auf. Die Antragstellerin beziehe sich insoweit auf zahlreiche von ihr im Laufe des patentamtlichen und des Beschwerdeverfahrens vorgelegte Abbildungen von Glasbehältern für Brotaufstriche. Zudem werde Verpackungsformen für niedrigpreisige

Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs regelmäßig wenig Aufmerksamkeit entgegengebracht.

Die Antragstellerin beantragt (sinngemäß),

den angefochtenen Beschluss der Markenabteilung aufzuheben
und die Löschung der Marke 398 50 571 anzuordnen.

Hilfsweise regt sie die Zulassung der Rechtsbeschwerde an.

Die Markeninhaberin, auf welche die angegriffene Marke im Laufe des Beschwerdeverfahrens umgeschrieben worden ist, beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die im Laufe des Verfahrens Wandlungen unterworfenen und insgesamt weder für Laien noch für technisch vorgebildete Formgestalter verständliche Argumentation der Antragstellerin lasse keine Gesichtspunkte erkennen, welche die Löschung der angegriffenen Marke rechtfertigten. Zwar erfülle jedes Behältnis zwangsläufig auch einen funktionellen Gebrauchszweck; dieser Umstand sei aber für die Bewertung des Schutzhindernisses nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ohne Bedeutung. Für die Beurteilung der Unterscheidungskraft maßgeblich sei der Gesamteindruck des beanspruchten Glases, wie er sich aus der Kombination der Einzelelemente ergebe. Ob diesen jeweils die Unterscheidungskraft fehle, sei unbeachtlich, weil das Zeichen insgesamt mehr darstelle, als die Summe seiner Bestandteile. Die seitens der Antragstellerin vorgelegten Abbildungen ließen erkennen, dass es Annäherungen an das Nutella-Glas (wobei es sich um Nachahmungen handele) jeweils nur hinsichtlich einzelner Elemente gäbe.

Die Markeninhaberin legt zur Information ein neues GfK-Gutachten (vom Februar 2006) zur Bekanntheit des Nutella-Glases vor.

In der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin weitere Unterlagen (Glasabbildungen) vorgelegt. Sie hält an ihrer Auffassung fest, die wesentlichen Merkmale des Nutella-Glases seien technisch bedingt. Dieses verkörpere lediglich eine Variation typischer Formen.

Die Markeninhaberin hat dem entgegengehalten, es komme nicht auf einzelne bekannte Elemente an. Deren Kombination sei jedenfalls für den Zeitpunkt der Eintragung der angegriffenen Marke nicht belegt.

Wegen sonstiger Einzelheiten wird auf den Inhalt der Amts- und Gerichtsakten Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg. Gründe für eine Löschung der angegriffenen Marke liegen - im Ergebnis in Übereinstimmung mit der Entscheidung der Markenabteilung - nicht vor.

1. Nach § 54 i. V. m. § 50 Abs. 1 MarkenG ist die Eintragung einer Marke auf Antrag wegen Nichtigkeit zu löschen, wenn sie entgegen §§ 3, 7 oder 8 MarkenG eingetragen worden ist. Die zum 1. Juli 2004 in Kraft getretene Neufassung des § 50 Abs. 1 MarkenG hat insoweit keine Änderung in der Sache gebracht. Die damalige Markeninhaberin hat der Löschung fristgerecht widersprochen (§ 54 Abs. 2 Sätze 2 und 3 MarkenG).

Für sämtliche absoluten Lösungsgründe nach § 50 Abs. 1 MarkenG gilt, dass eine Löschung nur erfolgen kann, wenn das Vorliegen von Schutzhindernissen zu den jeweils maßgeblichen Zeitpunkten zweifelsfrei feststeht (vgl. 28. Senat, MarkenR 2005, 412 = GRUR 2006, 155 - Salatfix). Wird - wie hier - geltend gemacht, die Eintragung verstoße gegen einen (oder mehrere)

der Tatbestände des § 3 Abs. 2 und/oder des § 8 Abs. 2 Nrn. 1 bis 9 MarkenG, so kann eine Löschung nur erfolgen, wenn das Eintragungshindernis sowohl im Zeitpunkt der Registrierung der Marke, als auch im Zeitpunkt der Entscheidung über den Löschungsantrag besteht (§ 50 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 MarkenG). Ist eine solche Feststellung nach der gebotenen gründlichen Prüfung, auch unter Berücksichtigung der von den Beteiligten vorgelegten (und ggf. der von der Markenabteilung und vom Senat zusätzlich ermittelten) Unterlagen nicht möglich, so muss es bei der Eintragung der angegriffenen Marke sein Bewenden haben (Kirschneck in Ströbele/Hacker, a. a. O., § 54 Rdn. 12; vgl. auch § 59 Rdn. 7). So verhält es sich hier.

2. Der Senat sieht sich nicht gehindert, in der Sache abschließend zu entscheiden. Die seitens der Antragstellerin angeregte Zurückverweisung an das Deutsche Patent- und Markenamt ohne abschließende Sachentscheidung (§ 70 Abs. 3 MarkenG) ist nicht geboten. Zum einen steht die Zurückverweisung im Ermessen des Senats, wobei vorliegend angesichts der Entscheidungsreife des Falles - sämtliche maßgeblichen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte waren zumindest im Beschwerdeverfahren Gegenstand des Vorbringens der Beteiligten und der Erörterung in der mündlichen Verhandlung - das Gebot der Prozessökonomie für eine abschließende Entscheidung spricht (Ströbele/Hacker, a. a. O., § 70 Rdn. 5), zum anderen ist nicht ersichtlich, dass das Verfahren vor der Markenabteilung unter wesentlichen Mängeln gelitten hätte.

Die Markenabteilung hat ihre Entscheidung, die angegriffene Marke nicht zu löschen, auf das Vorhandensein originärer Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) gestützt und dies eingehend begründet (§ 61 Abs. 1 Satz 1 MarkenG). Lediglich in Form eines sog. obiter dictums finden sich abschließend einige Anmerkungen zur Frage einer etwaigen Verkehrsdurchsetzung, ohne dass aus deren Annahme Rückschlüsse auf die Unterscheidungskraft „von Hause aus“ (d. h. vor und unabhängig von jeder Benutzung)

gezogen worden wären. Insbesondere kann die Feststellung nicht beanstandet werden, die vorgelegte Verkehrsbefragung stütze indiziell die Auffassung, der Verkehr orientiere sich auf dem fraglichen Warenssektor herkunftshinweisend auch an der Verpackungsform.

Auch die Vorschrift des § 3 Abs. 2 MarkenG ist in das Blickfeld der Markenabteilung geraten, wenngleich der Antragstellerin einzuräumen ist, dass die Verneinung des insoweit bei einer Verpackungsformmarke der vorliegenden Art vorwiegend in Betracht kommenden Schutzausschließungsgrundes nach Nr. 2 dieser Regelung nicht mit der gebotenen Gründlichkeit erfolgt ist. Dafür könnte aber ursächlich sein, dass die Antragstellerin selbst - jedenfalls zunächst - die Voraussetzungen dieser Bestimmung ausdrücklich nicht für gegeben hielt (Schriftsatz vom 20. März 2002, S. 2) und ihre spätere gegenteilige Auffassung (Schriftsatz vom 6. September 2002, S. 5, 6) aus Gründen, die nicht mehr aufgeklärt werden können, nicht zur Kenntnis der Markenabteilung gelangt ist. Die gebotene (eingehende) Prüfung kann jedoch ohne weiteres in der Beschwerdeinstanz nachgeholt werden.

3. Dass das beschwerdegegenständliche Glas als Form der Verpackung einer (beliebigen) Ware nach § 3 Abs. 1 MarkenG abstrakt markenfähig ist, steht außer Streit. Bei den Schutzausschließungsgründen des § 3 Abs. 2 MarkenG, die auch bei Verpackungsformen für flüssige oder - wie hier - sonstige amorphe Waren Anwendung finden (Ströbele/Hacker, a. a. O., § 3 Rdn. 73 m. w. N.), handelt es sich der Sache nach um absolute Schutzhindernisse, so dass die Prüfung im Blick auf die konkret beanspruchte Ware (hier: Nuss-Nougat-Creme) zu erfolgen hat (s. näher Ströbele/Hacker, a. a. O., § 3 Rdn. 69 und 88). Da die betreffenden Schutzhindernisse nicht durch Verkehrsdurchsetzung überwunden werden können (Umkehrschluss aus § 8 Abs. 3 MarkenG; vgl. ergänzend Ströbele/Hacker, a. a. O. § 3 Rdn. 70), ist deren Prüfung vorrangig gegenüber der sonstiger Eintragungshindernisse,

d. h. hier vor allem des Fehlens jeglicher Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

Die konkrete Gestaltung des Nutella-Glases ist nicht durch die Art der Ware bedingt (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG). Um handelbar zu sein, muss ein Brotaufstrich wie Nuss-Nougat-Creme zwar unter heutigen Vertriebsbedingungen - Supermarkt mit weitgehender Selbstbedienung - dem Endverbraucher in mengenmäßig gleichbleibend abgepackter Form begegnen, dies muss aber nicht in der konkreten Form des Glasbehälters erfolgen, wie er Gegenstand der angegriffenen Marke ist. Es ist auch nicht ersichtlich, dass diese Gestaltung des Glases, auch wenn sie als ästhetisch gelungen empfunden wird, der darin enthaltenen Ware allein aus diesem Grund einen wesentlichen Wert i. S. v. § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG vermitteln würde. Dass eine ansprechende Verpackung es dem Hersteller u. U. ermöglicht, für seine Waren einen höheren Preis zu erzielen als Konkurrenzunternehmen für ihre Produkte, hat in diesem Zusammenhang unberücksichtigt zu bleiben.

4. Das Nutella-Glas besteht auch nicht ausschließlich aus einer Form, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG). Die Auslegung dieser Vorschrift hat sowohl für Warenformmarken generell als auch speziell für Verpackungsformmarken durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den entsprechenden Regelungen der Markenrichtlinie (Art. 3 Abs. 1 lit. e) und der Gemeinschaftsmarkenverordnung (Art. 7 Abs. 1 lit. e, ii) nähere Konturen gewonnen (vgl. GRUR 2002, 804 - Philips; 2003, 514 - Linde Winward und Rado; 2004, 428 - Henkel; MarkenR 2006, 19 - Standbeutel). Frühere Entscheidungen nationaler Gerichte, welche z. T. abweichende rechtliche Maßstäbe angelegt haben, sind deshalb teilweise überholt; dies gilt etwa für den Honigglas-Beschluss des Senats (BPatGE 40, 17), auf den sich die Antragstellerin im patentamtlichen Verfahren berufen hat.

Vom Markenschutz ausgeschlossen sind Waren- und Verpackungsformen, deren wesentliche Merkmale eine technische Funktion erfüllen, ohne dass es darauf ankommt, ob sich die gleiche technische Wirkung auch unter Verwendung anderer Formen erreichen lässt (Ströbele/Hacker, a. a. O., § 3 Rdn. 95). Was in diesem Sinn ein wesentliches Merkmal ist, muss aufgrund des Gesamteindrucks ermittelt werden, den die beanspruchte Form hinterlässt. Insoweit bedarf es zunächst einer Form- und Merkmalsanalyse. In einem zweiten Schritt ist die etwaige technische Funktionalität der für den Gesamteindruck wesentlichen Gestaltungsmerkmale zu ermitteln. Die Antragsgegnerin weist jedoch zu Recht darauf hin, dass gerade Verpackungsformen und insbesondere Behältnisse für amorphe Waren immer (auch) eine technische Funktion erfüllen. Insoweit ist es - wie in der mündlichen Verhandlung erörtert - zwingend erforderlich, einen etwaigen nicht-technischen Überschuss der betreffenden Merkmale sowie das Ausmaß eines solchen Überschusses im Hinblick auf den Gesamteindruck zu ermitteln. Ergibt sich, dass der Gesamteindruck der Form nicht nur unwesentlich durch einen solchen nicht-technischen Überschuss eines oder mehrerer Gestaltungsmerkmale bestimmt wird, ist der Ausschlussstatbestand des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG nicht erfüllt (vgl. hierzu nunmehr auch Ströbele/Hacker, a. a. O., § 3 Rdn. 98).

Der Gesamteindruck des geschützten Glases wird durch folgende Gestaltungsmerkmale bestimmt:

- a) die ovale Grundform (Korpus)
- b) die weite runde Öffnung,
- c) die (aus der Vorderansicht ersichtlichen) breiten Schultern,
- d) der (aus der Seitenansicht ersichtliche) hochangesetzte Wulst,
- e) die Durchsichtigkeit des Glases,

- f) der an der Seite in Längsrichtung geriffelte, runde Deckel in weißer Farbe.

Was zunächst die ovale Form des Korpus gemäß Merkmal a) angeht, ist die Überlegung der Antragstellerin, diese sei technischer Natur, weil sie die Fassbarkeit des Glases verbessere, nicht völlig von der Hand zu weisen. Zwar lassen sich z. B. schmale runde Gläser, wie sie etwa bei Bierflaschen Verwendung finden, wohl besser greifen als Gläser von ovaler Form. Zu berücksichtigen ist aber, dass ein Glas für einen Brotaufstrich nur eine verhältnismäßig geringe Bauhöhe aufweisen darf, damit eine bequeme Entnahme des Inhalts - für gewöhnlich mit einem Messer oder Löffel - auch bei fortgeschrittenem Verbrauch möglich bleibt. Soll nicht an der Füllmenge gespart werden, führt dies zu einer eher gedrungenen Glasform, die bei runder Bauweise auf Kosten der Griffigkeit des Behälters geht. Die hier vorliegende ovale Form vermag diesen Nachteil zumindest von einer Seite her auszugleichen. Ein wesentlicher nichttechnisch-gestalterischer Überschuss ist insoweit nicht ersichtlich.

Auch die Rundform der Glasöffnung (Merkmal b)) ist einer technischen Funktion zuzuschreiben, da sie die Verwendung eines Schraubdeckels ermöglicht. Daraus ergeben sich sodann zwingend, will man - wie erörtert - die Bauhöhe gering halten, die aus der Vorderansicht ersichtlichen breiten Schultern nach Merkmal c).

Im Gesamteindruck auffällig ist die besondere Weite der Glasöffnung. Wie trotz des aufgesetzten Deckels aus der Seitenansicht hinreichend deutlich hervorgeht, übersteigt der Durchmesser der Öffnung die Breite des Glases in der Seitenansicht. Dass auch diesem Teilmerkmal eine technische Funktion innewohnt, wie die Antragstellerin meint, ist nicht ersichtlich. Für eine bequeme Entnahme des Inhalts hätte es ohne weiteres genügt, den Durchmes-

ser auf das Maß der Schmalseite zu begrenzen. Die Überdimensionierung bringt insoweit keinen zusätzlichen Gebrauchsvorteil.

Für den Gesamteindruck besonders ins Auge fallend und damit wesentlich ist des weiteren der hoch angesetzte Wulst (Merkmal d)), der sich gegen die Öffnung zu wieder verjüngt. Der Antragstellerin ist zuzugeben, dass der Wulst insoweit eine technische Funktion erfüllt, als er ein Durchrutschen des Glases durch die Hand verhindert oder erschwert und damit die Griffigkeit (gerade auch für kleinere Kinderhände) verbessert. Dies erklärt indessen weder die besonders hohe Lage des Wulstes unmittelbar unter dem Deckelverschluss noch seine verhältnismäßig starke und gerade insoweit im Gesamteindruck auffällige Ausgestaltung, die offensichtlich mit der überdimensionierten Weite der Glasöffnung korrespondiert. Hinzu kommt, dass durch die starke Ausprägung des Wulstes im Innenraum des Glases ein Bereich entsteht, der bei der Entnahme der Creme verhältnismäßig schwer zugänglich ist. Da die Nuss-Nougat-Creme, für welche die Marke bestimmt ist, eine zähe Konsistenz aufweist, rutscht sie auch nicht von selbst nach unten, wenn der Füllstand des Behältnisses absinkt. Sie bleibt vielmehr in dem Wulst haften und muss mühsam „herausgepopelt“ oder eben dort belassen und „verschenkt“ werden. Unter funktionalen Gesichtspunkten ist die konkrete Lage und Ausgestaltung des Wulstes somit eher kontraproduktiv.

Demgegenüber kann die Durchsichtigkeit des Glases nach Merkmal e) insofern technisch erklärt werden, als sie es erlaubt, den Füllstand des Behältnisses ohne Mühen zu erkennen. Die Ausgestaltung des Deckels nach Merkmal f) schließlich ist ebenfalls teils funktionaler Natur (nämlich hinsichtlich der runden Form und der die Griffigkeit erleichternden Riffelung), teils (nämlich was die weiße Farbe angeht) für den Gesamteindruck unwesentlich.

Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass jedenfalls die überbreite Öffnung und die damit korrespondierende konkrete Ausgestaltung und Lage

des Wulstes keiner technischen Funktion zugeschrieben werden können. Für den maßgeblichen Gesamteindruck der Glasform sind diese Elemente zwar nicht allein bestimmend, aber doch mehr als nur unwesentlich mitbestimmend. Somit kann nicht festgestellt werden, dass die geschützte Form als Ganzes im Wesentlichen technisch-funktionaler Natur ist und nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG nicht hätte eingetragen werden dürfen.

5. Es lässt sich auch nicht mit der gebotenen Sicherheit feststellen, dass der angegriffenen Marke in beiden für die Löschung maßgeblichen Zeitpunkten die erforderliche (konkrete) Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG gefehlt hat bzw. fehlt. Allerdings kann daraus, dass vorliegend der Schutzausschlussgrund des § 3 Abs. 2 Nr. 2 nicht eingreift, noch nicht auf das Vorliegen der notwendigen betriebskennzeichnenden Hinweiskraft geschlossen werden (Ströbele/Hacker, a. a. O., § 3 Rdn. 80).

An die Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken, welche lediglich die Warenform oder die Form einer (notwendigen) Verpackung der beanspruchten Ware darstellen, dürfen im Grundsatz keine höheren Anforderungen gestellt werden als bei anderen, insbesondere herkömmlichen Markenkategorien wie Wort- oder Bildmarken (EuGH GRUR 2003, 514 - Linde Winward und Rado; 2004, 428 - Henkel). Für die Anlegung eines besonders großzügigen Prüfungsmaßstabes ist allerdings - unabhängig von der konkreten Markenform - nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (GRUR 2003, 604 - Libertel; GRUR 2004, 674 - Postkantoor) kein Raum (vgl. näher hierzu Senatsbeschluss vom 24. Mai 2006, 32 W (pat) 91/97 - Taschenlampen II, zur Veröffentlichung vorgesehen). Einerseits dürfen für Warenformmarken (einschließlich Verpackungsformmarken) keine „erweiterten“ Schutzhindernisse aufgestellt werden, andererseits kann aber die Eignung einer derartigen Form zur betrieblichen Herkunftskennzeichnung nur bejaht werden, wenn diese eine erhebliche Abweichung von der Norm oder Branchenüblichkeit aufweist (EuGH GRUR 2004, 428, 431, Nr. 49 - Henkel; MarkenR

2004, 461, 465, Nr. 31 - Maglite; MarkenR 2006, 19 - Standbeutel). Denn nur dann ist es dem Durchschnittsverbraucher, auf dessen Verständnis gerade bei Massenprodukten des täglichen Bedarfs abzustellen ist, möglich, die betreffende Ware allein anhand der Form ihrer Verpackung zwanglos von entsprechenden Erzeugnissen anderer Unternehmen zu unterscheiden (EuGH GRUR 2004, 428, 431, Nr. 53 - Henkel).

Dem Senat ist nicht bekannt, dass es genormte Gläser für Brotaufstrich gäbe; die Beteiligten haben hierzu auch nichts vorgetragen. Branchenüblich - wobei nicht nur auf Schokoladen- oder Nuss-Creme, sondern auch auf andere zu solchen in einem Austauschverhältnis stehende Produkte wie etwa Honig abzustellen ist, nicht aber auf entferntere Erzeugnisse wie Gurken, Früchte usw. - mögen, wie sich aus einigen der von der Antragstellerin im Laufe des Verfahrens eingereichten Abbildungen von Glasformen ergibt, mittlerweile teilweise auch solche mit ovaler Grundform und vergleichsweise weiter Öffnung sein. Allerdings weist keines dieser Gläser sämtliche Einzelmerkmale des beschwerdegegenständlichen auf. Entscheidend ist jedoch, dass - wie oben ausgeführt - nach § 50 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 MarkenG bei Prüfung der Schutzhindernisse nach § 8 Abs. 2 Nrn. 1 bis 9, also auch der fehlenden Unterscheidungskraft, nicht nur auf den (jetzigen) Zeitpunkt der abschließenden Entscheidung über den Löschungsantrag abzustellen ist, sondern auch auf den Zeitpunkt der Eintragung. Dass im Jahre 2001 der Form des Nutella-Glases entsprechende oder auch nur nahekommende Glasbehälter zur Verpackung von Brotaufstrich branchenüblich gewesen wären und ersteres sich deshalb von einem vorhandenen Formenschatz nicht erheblich abgehoben hätte, ist aber in keiner Weise belegt. Unabhängig von dem im Löschungsverfahren wegen absoluter Schutzhindernisse geltenden Amtsermittlungsgrundsatz wäre es in Anbetracht der die Antragstellerin treffenden Mitwirkungslast (vgl. Kirschneck in Ströbele/Hacker, a. a. O., § 54, Rdn. 12) deren Aufgabe gewesen, den Nachweis zu führen, dass die von ihr ermittelten Gläser unterschiedlicher

Unternehmen bereits im Zeitpunkt der Eintragung der angegriffenen Marke auf dem Markt waren. Dies ist aber weder dargelegt noch nachgewiesen. Die Antragstellerin hat keine Angaben zu der Frage gemacht, ab wann die betreffenden Gläser jeweils in Gebrauch waren. Die Behauptung der Markeninhaberin, es handele sich weitgehend um (spätere) Nachahmungen ihrer markanten und auf dem Markt erfolgreichen Verpackungsmarke, ist von daher nicht widerlegt. Somit ist zugunsten der Markeninhaberin davon auszugehen, dass im (auch) maßgeblichen Zeitpunkt der Eintragung ihrer Marke deren Erscheinungsbild noch hinreichend ungewöhnlich war, um sich von damals branchenüblichen Verpackungen erheblich zu unterscheiden. Ein (noch) ausreichender Teil der mit den betreffenden Produkten angesprochenen Verbraucher wird dieser - letztlich willkürlichen und sich von herkömmlichen runden und gebauchten Gläsern durch die abweichende Gestaltung identitätsstiftend unterscheidenden - Glasform daher auch dann einen Herkunftshinweis entnehmen, wenn sie ihm ohne sonstige Wort- und Bildbestandteile begegnet bzw. er diese - aus welchen Gründen auch immer - nicht auf Anhieb wahrnimmt.

6. Das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG (auf das sich die Antragstellerin nicht ausdrücklich berufen hat) ist ebenfalls nicht gegeben. Der betreffenden Glasform fehlt die objektive Eignung, die in ihr enthaltene Ware in irgendeiner Hinsicht im Verkehr zu beschreiben. Angesichts der begrifflich und denklogisch vorgegebenen Differenz zwischen dem Produkt selbst und seiner Verpackung kann letztere nur in Ausnahmefällen einen mittelbar beschreibenden Hinweis auf ihren Inhalt geben, etwa bei durch Norm und Üblichkeit feststehenden Flaschenformen (wie etwa bei Bier- und Weinflaschen; vgl. BGH GRUR 2001, 56, 57 - Likörflasche, dort allerdings im Rahmen der Unterscheidungskraft erörtert). Eine genormte Verpackung für Brotaufstriche ist - wie oben dargelegt - nicht feststellbar. Zwar mag das Nutella-Glas, gerade wegen seiner ansprechenden ästhetischen Gestaltung und wegen der Marktstärke der auf dieser Weise dargebotenen Nuss-Nougat-Creme, in be-

sonderer Gefahr sein, von anderen Herstellern (mehr oder weniger deutlich) nachgeahmt zu werden. Angesichts der weiterhin bestehenden Formenvielfalt bei Behältnissen aus Glas (und Austauschmaterialien wie Kunststoff) war und ist aber nicht ernsthaft zu erwarten, dass künftig gerade diese konkrete Gestaltung Norm oder Typ für Brotaufstrichgläser wird.

7. Die Kostenentscheidung der Markenabteilung ist nicht zu beanstanden. Gründe für eine Auferlegung von Kosten im vorliegenden Beschwerdeverfahren (gemäß § 71 Abs. 1 MarkenG) sind nicht ersichtlich.
8. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde ist nicht veranlasst. Abgesehen davon, dass im Wesentlichen tatsächliche Umstände entscheidungserheblich waren, stellt sich keine Rechtsfrage, die von grundsätzlicher Bedeutung wäre oder deren Beantwortung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtssprechung eine Befassung des Bundesgerichtshofs erforderte (§ 83 Abs. 2 MarkenG).

gez.

Unterschriften