



# BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 64/07

---

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt  
zugestellt am  
28. August 2009

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Markenmeldung 306 12 938.8**

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Mai 2009 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Vogel von Falckenstein, der Richterin Winter und des Richters Paetzold

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## Gründe

### I.

Angemeldet am 24. Juni 2005 zur Eintragung als farbige dreidimensionale Marke (mit den Farben „gold, braun“) ist die nachfolgend wiedergegebene Formmarke



für die Waren in den Klassen 1, 3, 5, 29 und 30

„chemische Erzeugnisse für gewerbliche Zwecke; Fermente für chemische Zwecke; Mittel zur Körper- und Schönheitspflege; Haarwässer; Wasch- und Bleichmittel; Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel; Seifen; Parfümeriewaren, ätherische Öle; Zahnputzmittel; Fermente für pharmazeutische Zwecke; pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse; Sanitärprodukte für medizinische Zwecke; Babykost; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke; mineralische Nahrungsergänzungsmittel; Nahrungsergänzungsmittel auf der Basis von Aminosäuren; Nahrungsergänzungsmittel auf der Basis von Mineralien; Nahrungsergänzungsmittel auf der Basis von Spurenelementen; Nahrungsergänzungsmittel für medizinische Zwecke; Vitaminpräparate; Nahrungsergänzungsmittel für sonstige nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Vitaminen; soweit in Klasse 5 enthalten; konserviertes, getrocknetes Obst und Gemüse; diätetische Lebensmittel oder Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Eiweißen, Fetten, Fettsäuren, unter Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 29 enthalten; Fleisch, Fisch, Geflügel und Wild; Fleischextrakte; konserviertes, getrocknetes und gekochtes Obst und Gemüse; Gallerten (Gelees); Konfitüren, Kompotte; Eier, Milch und Milchprodukte; Speiseöle und -fette; diätetische Lebensmittel oder Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Kohlehydraten, Ballaststoffen, unter Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 30 enthalten; Kaffee, Tee, Kakao, Zucker, Reis, Tapioka, Sago, Kaffee-Ersatzmittel; Mehle und Getreidepräparate; Brot, feine Backwaren und Konditorwaren; Speiseeis; Schokolade und Schokoladewaren; Honig; Melassesirup; Hefe, Backpulver; Salz, Senf; Essig, Saucen (Würzmittel); Gewürze; Kühleis“.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung nach vorangegangener Beanstandung, der mehrere Beleg-Fundstellen über die Verwendung ähnlicher Flaschenformen beigefügt waren, durch Beschluss einer Prüferin des höheren Dienstes vom 9. Juli 2007 als nicht unterscheidungskräftige Form (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) teilweise zurückgewiesen, nämlich für die Waren

„chemische Erzeugnisse für gewerbliche Zwecke; Fermente für chemische Zwecke; Mittel zur Körper- und Schönheitspflege; Haarwässer; Wasch- und Bleichmittel; Putz-, Polier-, Fettentfernungs- und Schleifmittel; Parfümeriewaren, ätherische Öle; Fermente für pharmazeutische Zwecke; pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse; Sanitärprodukte für medizinische Zwecke; Babykost; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke; mineralische Nahrungsergänzungsmittel; Nahrungsergänzungsmittel auf der Basis von Aminosäuren; Nahrungsergänzungsmittel auf der Basis von Mineralien; Nahrungsergänzungsmittel auf der Basis von Spurenelementen; Nahrungsergänzungsmittel für medizinische Zwecke; Vitaminpräparate; Nahrungsergänzungsmittel für sonstige nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Vitaminen, soweit in Klasse 5 enthalten; diätetische Lebensmittel oder Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Eiweißen, Fetten, Fettsäuren, unter Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 29 enthalten, Milch und Milchprodukte, Speiseöle und -fette; diätetische Lebensmittel oder Nahrungsergänzungsmittel für nichtmedizinische Zwecke auf der Basis von Kohlehydraten, Ballaststoffen, unter Beigabe von Vitaminen, Mineralstoffen, Spurenelementen, entweder einzeln oder in Kombination, soweit in Klasse 30 enthalten; Honig, Melassesirup; Essig, Saucen (Würzmittel); Gewürze“.

Zur Begründung ist ausgeführt, dass die angemeldete Formmarke vom Verkehr nicht als betrieblicher Herkunftshinweis aufgefasst wird; sie hebe sich nicht erheblich von den Flaschenformen ab, in denen die beanspruchten Waren den angesprochenen Verbrauchern präsentiert würden, zumal diese ohnehin mit den verschiedensten Flaschenformen konfrontiert seien. Auch stellten sich einige Merkmale lediglich als funktionell dar wie die Rillen am oberen Flaschenkorpus oder die braune Glaseinfärbung.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Anmelderin. Sie meint, mit Rücksicht auf die Grundsätze, die der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung „Likör-Flasche“ aufgestellt habe, könne ihrer Formmarke nicht die erforderliche Unterscheidungskraft abgesprochen werden. Die Form weiche durch charakteristische Merkmale vom üblichen Formenschatz ab, nämlich durch die ellipsoidartige Grundflächenform, die im Vergleich zur Grundfläche überdimensionierte Flaschenhöhe, die bandartigen Einkerbungen aus aneinander gereihten Trapezflächen am oberen und unteren Ende des Flaschenkorpus, von dem sie durch wulstartige Erhebungen abgetrennt seien, und durch den eher abgekanteten Übergang des Flaschenköpers zum Flaschenhals, der seinerseits relativ kurz und stummelförmig sei. Diese Merkmale seien auch nicht funktionsbedingt und hebten die beanspruchte Flasche aus dem branchenüblichen Formenschatz heraus. Jedenfalls habe die Markenstelle keine nur annähernd ähnliche Flasche ermitteln können. Nachdem auch kein Freihaltebedürfnis der Mitbewerber an dieser Form mit ihren gestalterischen Besonderheiten ersichtlich sei, dürfe der angemeldeten Marke die Eintragung nicht verwehrt werden, zumal die Eintragungspraxis des HABM nur geringfügige Gestaltungsmerkmale verlange.

Die Anmelderin beantragt (sinngemäß),

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 vom 9. Juli 2007 aufzuheben.

Ihre ursprüngliche Anregung, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, hat die Anmelderin in der mündlichen Verhandlung fallen gelassen.

Wegen der Einzelheiten wird auf den sonstigen Akteninhalt verwiesen.

## II.

Die Beschwerde der Anmelderin ist zulässig, aber nicht begründet. Auch der Senat hält die beanspruchte Warenformmarke von Hause aus für nicht schutzfähig, denn der begehrten Eintragung in das Markenregister steht zumindest das Hindernis mangelnder Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen.

Gegenstand der Anmeldung ist die äußere Form einer braun eingefärbten gläsernen Flasche mit goldfarbenem Verschluss in mehreren Perspektiven. Auch der Senat hält es für ausgeschlossen, dass ihr hinsichtlich der zurückgewiesenen Waren Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zugesprochen werden kann.

Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist nach ständiger Rechtsprechung im Hinblick auf die Hauptfunktion der Marke, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten, die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungs mittel für die von der Marke erfassten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden (vgl. zur st. Rspr. BGH GRUR 2009, 309 - Willkommen im Leben; EuGH GRUR 2004, 674 - Postkantoor). Es muss also eine Kennzeichnungskraft mit der Eignung zur Ausübung der Herkunftsfunktion verbunden sein, auch wenn eine Marke zusätzlich noch weitere Funktionen haben kann (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl. § 8 Rdn. 39); die Unterscheidungskraft ist zum einen im Hinblick auf die angemeldeten streitgegenständlichen Waren und zum anderen im Hinblick auf die beteiligten Verkehrskreise zu beurteilen, wobei auf die mutmaßliche Wahrnehmung eines

durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der fraglichen Waren abzustellen ist.

Nach ständiger Rechtsprechung sind die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken keine anderen als für die übrigen Markenkategorien. Jedoch ist im Rahmen der Anwendung dieser Kriterien zu berücksichtigen, dass eine dreidimensionale Form, die aus dem Erscheinungsbild der Ware selbst besteht, von den maßgeblichen Verkehrskreisen nicht notwendig in der gleichen Weise wahrgenommen wird wie eine Wort- oder Bildmarke, die aus einem Zeichen besteht, das vom Erscheinungsbild der mit der Marke gekennzeichneten Waren unabhängig ist. Denn wenn grafische oder Wortelemente fehlen, schließen die Durchschnittsverbraucher aus der Form der Waren oder der ihrer Verpackung gewöhnlich nicht auf die Herkunft dieser Waren; daher kann es schwieriger sein, die Unterscheidungskraft einer solchen dreidimensionalen Form festzustellen als diejenige einer Wort- oder Bildmarke.

Unter diesen Umständen reicht nach der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs das bloße Abweichen von der Norm oder Branchenüblichkeit noch nicht zur Bejahung der Unterscheidungskraft aus, vielmehr kann die Herkunftsfunktion der Marke nur durch eine erhebliche Abweichung von der bestehenden Gestaltungsvielfalt erfüllt werden (EuGH GRUR 2008, 339 - Develley ./ HABM Form einer Kunststoffflasche; GRUR 2006, 233 - Standbeutel; GRUR 2004, 428, 431 - Henkel/Waschmittelflasche).

Der Senat ist zu der Feststellung gelangt, dass der vorliegend beanspruchte Gegenstand diesen Anforderungen nicht gerecht wird. Angesichts der Funktionalität der Form als Flüssigkeitsbehälter aus Glas, die zudem bestimmte technische Vorgaben wie Einfüll-/Ausgussöffnung und Standfestigkeit berücksichtigen muss, bestehen Annäherungen in der Formgestaltung bei vielen Herstellern, so dass der Verkehr schon deshalb gezwungen ist, sich bei der betrieblichen Zuordnung weniger an Details der Formgestaltung als solche, als an „klassischen“ Erkennungszeichen (Emblem, Schriftzug usw.) zu orientieren, die ihm an der Flasche zur Verfügung stehen. Vor dem Hintergrund der Modellpolitik der Mitbewerber, die auch nach Aussage der Anmelderin einzelne Gestaltungsmerkmale in je unter-

schiedlicher Ausprägung und Anordnung, wenn auch nicht in der konkreten Form, verwenden, spricht letztlich vieles dafür, dass der Verkehr unterschiedliche Design-Elemente damit eher als Teil der Ware betrachten wird, und Ware und Marke unter diesem Blickwinkel dann nicht mehr funktionell getrennt wären.

Wie bereits die Markenabteilung ausführlich und überzeugend dargelegt hat, sind die von der Markeninhaberin geltend gemachten gestalterischen Merkmale wenigstens sehr ähnlich bei Flaschen anderer Hersteller wiederzufinden, so dass sich aus diesen jeweiligen Einzelmerkmalen keine erhebliche Abweichung ableiten lässt. Vielmehr erschöpft sie sich letztlich in einer geläufigen Abwandlung bereits bekannter Prototypen. Das gilt vor allem für die längliche oder elliptische Höherstreckung der Flasche mit einem kurzen Flaschenhals und mit Einkerbungen und Rillen, die, wie ausgeführt, bei vielen Mitbewerbern der Markeninhaberin in vergleichbarer Weise Verwendung findet. Dies hat der Senat auch an Hand der in der mündlichen Verhandlung erörterten Flaschenformen „Seborin“ und „Sechs-ämtertropfen“ dargelegt, die wulstartige Ringe und eine trapezartige Korpusverjüngung aufweisen; dass diese Merkmale derzeit für den Senat nicht in der für die Streitmarke typischen Kombination nachweisbar sind, ist markenregisterrechtlich unerheblich. Jede andere Betrachtungsweise liefe quasi auf den Nachweis einer neuheitsschädlichen identischen Vorwegnahme oder jedenfalls einer Übereinstimmung in der Eigenart nach den Kriterien des Gebrauchsmustergesetzes hinaus, der dem Markenrecht fremd ist. So hat auch der Bundesgerichtshof etwa für den Bereich der Armbanduhren festgestellt (BGH GRUR 2001, 418, 420 - Montre), dass der beliebigen Kombination von bekannten Gestaltungselementen in einem Bereich, in dem der Verkehr mit einer nahezu unübersehbaren Vielfalt von Gestaltungen konfrontiert ist, regelmäßig keine kennzeichnende Wirkung zukommt. In der vorliegenden Warenform ist jedenfalls keine erhebliche Abweichung vom geläufigen Formenschatz zu erkennen, wie die bereits vor der Markenabteilung erörterten Flaschenformen zeigen. Dies gilt auch für die die farbliche Gestaltung und insbesondere für die trapezartigen Verzierungen am oberen und unteren Flaschenkorpus, die der Verkehr, falls er sie an der dunkelbraun eingefärbten Fla-



sche überhaupt wahrnimmt, als bloßes Dekor, aber jedenfalls nicht als betrieblichen Herkunftshinweis mit Unterscheidungsfunktion auffasst. Erst recht ist dies für die geltend gemachte ellipsoide Grundflächenform der Flasche anzunehmen, die dem Verkehr noch weniger auffallen wird; für die Anerkennung der Schutzfähigkeit muss indessen die Abweichung von der branchenüblichen Grundform für die hier angesprochenen Durchschnittsverbraucher auch ohne eingehende Betrachtung ohne nähere Prüfung eindeutig erkennbar sein (vgl. EuGH a. a. O. - Henkel-/Waschmittelflasche). Deshalb würde sich an der Beurteilung der Schutzfähigkeit im vorliegenden Fall auch nichts ändern, wenn man in den trapezartigen Verzierungen eine erhebliche Abweichung von üblichen Flaschenformen sehen würde: Denn aus dieser Feststellung ergibt sich nicht von selbst eine Bejahung der Unterscheidungskraft; vielmehr müsste dies „den durch die angemeldete Marke hervorgerufene Gesamteindruck so stark ... beeinflussen, dass die Marke damit von der Norm oder Branchenüblichkeit abweiche und deshalb ihre wesentliche herkunftskennzeichnende Funktion erfüllen könnte“ (EuGH a. a. O. Rz. 89 - Henkel-/Waschmittelflasche). Im vorliegenden Fall ist dies angesichts der übrigen üblichen Formmerkmale und der geringen Aufmerksamkeit, die bei Produkten des täglichen Konsums zugrunde zu legen ist (vgl. EuG MarkenR 2001, 418, 422 - Waschmitteltabelle), keinesfalls anzunehmen.

Soweit sich die Anmelderin auf die Entscheidung „Likörflasche“ des Bundesgerichtshofes (GRUR 2001, 56) beruft, ist ihr entgegenzuhalten, dass nunmehr durch den EuGH die Kriterien für eine Eintragbarkeit von dreidimensionalen Marken dahingehend geklärt sind, dass es hierfür einer erheblichen Abweichung von der Norm bzw. Branchenüblichkeit bedarf (EuGH GRUR Int. 2008, 135 Develley ./ HABM Form einer Kunststoffflasche; GRUR 2004, 428, 431 - Henkel-/Waschmittelflasche), wenn es sich bei der angemeldeten Marke um die Form der Ware bzw. ihrer Verpackung handelt. Eine solche erhebliche Abweichung liegt hier nicht vor.

Im Ergebnis ist damit der angefochtene Beschluss der Markenabteilung nicht zu beanstanden. Will ein Anbieter hingegen den Nachbau der von ihm geschaffenen Form verhindern, kann seinen berechtigten Interessen mit einem adäquaten Produktschutzrecht wie dem Geschmacksmuster entsprochen werden.

Dr. Vogel von Falckenstein

Winter

Paetzold

CI