

# BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 278/00

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### betreffend die Markenmeldung 399 03 883.3

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 3. April 2002 durch den Vorsitzenden Richter Stoppel sowie die Richterinnen Schwarz-Angele und Martens

beschlossen:

Die Beschwerde der Anmelderin wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Angemeldet zur Eintragung als dreidimensionale Marke für die Waren "Milch und Milchprodukte" ist die folgende Warenverpackungsform

### **Abb. 1 am Ende**

Die Markenstelle für Klasse 29 des Deutschen Patent- und Markenamts hat der Anmeldung den Schutz wegen fehlender Unterscheidungskraft und eines aktuellen Freihaltebedürfnisses mit der Begründung verweigert, Gegenstand der Anmeldung sei eine handelsübliche Verschlusskappe für Sprühsahnebehälter, die sich nicht vom üblichen Maß an Verpackungsdesign auf dem beanspruchten Warengebiet abhebe und weder nach Art, Form und Funktion noch in ihren plastischen Einzelheiten schutzbegründende Eigentümlichkeiten aufweise, die vom Verkehr als betriebskennzeichnend gewertet würden. Die von der Anmelderin als kennzeichnend herausgestellte Riffelung der Kappe habe im wesentlichen technische

Funktion und diene der leichteren Handhabung zum Drehen bzw. Abziehen der Kappe.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin mit dem Antrag,

die Beschlüsse des Deutschen Patent- und Markenamtes aufzuheben,

sowie hilfsweise,

die Eintragung aufgrund festgestellter Verkehrsdurchsetzung zu beschließen.

Zur Begründung führt sie aus, die beanspruchte Form sei auf dem vorliegenden Warenssektor zumindest in dieser konkreten Ausgestaltung nicht bei anderen Herstellern zu finden, zumal die Anmelderin den Markt für Sprühsahne im wesentlichen beherrsche. Die charakteristische Besonderheit bestehe in der eigentümlichen Riffelung der Kappe, die auf dem Markt einzig sei und schon daher herkunftskennzeichnend wirke. Der Eintragung sei aber zumindest im Hinblick auf eine Verkehrsdurchsetzung der beanspruchten Form zu entsprechen, da die Anmelderin seit Ende der 80iger Jahre Aerosoldosen mit der beanspruchten Verschlusskappe vertreibe und mit einem Umsatz von inzwischen jährlich über ... Dosen der größte Anbieter für Sprühsahne sei.

## II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet, da der Eintragung der Marke auch nach Auffassung des Senats absolute Eintragungshindernisse nach § 8 Abs 2 MarkenG entgegenstehen und die Voraussetzungen für die hilfsweise behauptete Verkehrsdurchsetzung nicht gegeben sind.

Der Senat hat sogar bereits Zweifel an der abstrakten Unterscheidungskraft und damit an der Markenfähigkeit der angemeldeten Warenverpackungsform, die ersichtlich einem bestimmten funktionalen Zweck dient und damit als technisch bedingt interpretiert werden könnte. Bei dem als Marke beanspruchten Gegenstand handelt es sich ersichtlich um die Verschlusskappe einer Dose für Sprühsahne, wie auch von der Anmelderin eingeräumt wird. Diese Kappe muß in ihrer Bauart bestimmte technische Funktionen erfüllen wie etwa den verstärkt ausgebildeten unteren Ring, um mit dem Bördelrand der Dose einen entsprechenden sicheren, aber auch leicht zu öffnenden Kraft- bzw. Formschluß zu ermöglichen. Auch die von der Anmelderin herausgestellte Riffelung der Kappe erscheint – worauf schon die Markenstelle hingewiesen hat – primär der besseren Handhabbarkeit beim Drehen bzw. Abziehen der Kappe zu dienen und ist in dieser Form auch bei vergleichbaren Verschlusskappen etwa bei Aerosoldosen mit Haar- oder Farbsprays zu finden. Im übrigen ergibt sich aus dem Vorbringen der Anmelderin selbst, dass die spezielle Form der Kappe bewusst unter dem Gesichtspunkt der Gewichtsreduzierung ausgewählt worden ist. Abgesehen von dieser Technizität kann die Ausgangsform des Behältnisses allerdings durch Aufnahme zusätzlicher Gestaltungsmerkmale sicherlich unterschiedlich angelegt werden, wie sie nach den tatsächlichen Feststellungen des Senats auch auf dem Markt anzutreffen sind. Aus diesem Grund wird letztlich die Markenfähigkeit der beanspruchten Gestaltung nicht zwingend nach § 3 Abs 2 Nr 2 MarkenG ausgeschlossen werden können. Der Senat folgt insoweit (und zwar noch, d.h. vorbehaltlich der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in Sachen Philips/Remington) 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 (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, da die Form des Behältnisses

über die zwingend erforderlichen Merkmale hinaus in unterschiedlicher Weise gestaltet sein und dennoch die nämliche Funktion erfüllen kann. Die Frage der Markenfähigkeit steht vorliegend damit nicht mehr in Streit.

Zutreffend hat die Markenstelle der angemeldeten Marke aber jegliche konkrete Unterscheidungskraft abgesprochen, da auch nach Auffassung des Senats die beanspruchte Gestaltung dem Verkehr nicht als betrieblicher Herkunftshinweis, sondern lediglich als Teil einer Warenverpackung, wie sie auf dem angesprochenen Warengbiet üblicherweise verwendet wird, entgegentritt.

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. Dabei sind für die verschiedenen Markenformen keine unterschiedlichen Maßstäbe hinsichtlich der Unterscheidungskraft anzulegen, so daß dieser Grundsatz auch auf dreidimensionale Marken anzuwenden ist (BGH Mitt, 2000, 506 - Likörflasche; Althammer/Ströbele MarkenG, 6. Aufl., § 8 Rdn 38; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 8 Rdn 22 f).

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. Nach den Feststellungen des Senats wird der Verbraucher bei Lebensmittelbehältern im allgemeinen (vgl BGH aaO Likörflasche; BPatG GRUR 1998, S. 1018 - Honigglas), aber auch auf dem vorliegenden speziellen Warengbiet der Milchprodukte im weitesten Sinne, in seiner täglichen Einkaufspraxis und in der Werbung mit verschiedensten Verpackungsformen und deren Teilen konfrontiert, die sämtlich der Aufnahme der ansonsten wegen ihrer Konsistenz nicht handelsfähigen Produkte oder als zusätzliche Verpackung notwendig sind. Bei Ver-

packungsformen in diesem Warengbiet wird man daher nach der Lebenserfahrung regelmäßig davon ausgehen können, daß sie primär nicht als Herkunftshinweis auf die darin enthaltenen Waren, sondern als bloßes Behältnis für die Waren ohne weitere Funktionen angesehen werden. Dem entspricht die Übung und Gewöhnung des Verkehrs, der Verpackung im Rahmen der Herkunftsfunktion grundsätzlich geringere Bedeutung beizumessen als etwa der Etikettierung mit der markenmäßigen Benennung des Produkts (vgl. BGH GRUR 2001, 443 – Viennetta). Orientiert sich der Verkehr aber vordergründig eher an solchen Merkmalen, tritt für ihn die Form der Verpackung als Herkunftshinweis in den Hintergrund und findet nur geringe Beachtung, zumal Verpackung und deren Inhalt häufig assoziativ gleichgestellt werden (vgl. das Beispiel: Bierflasche/Bier in BGH aaO Likörflasche), was auf dem vorliegenden Warengbiet besonders nahe liegt.

Dem Zeichen fehlt vor diesem Hintergrund jegliche konkrete Unterscheidungskraft. Nach den Grundsätzen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die dieser zunächst im Rahmen der Schutzfähigkeit insbesondere zu Wortmarken und Slogans aufgestellt und sodann auf Warenverpackungsformmarken entsprechend dieser Zeichenart erstreckt hat (BGH aaO 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.

Dies ist hier der Fall. Die beanspruchte Form der Verschlusskappe stellt sich als eine der möglichen Grundformen für den Verschluss von Dosen dar, die für die Aufnahme der beanspruchten Waren (hier: Sprühsahne) im Handel seit Jahren üblich ist. Der Verbraucher wird beim Anblick einer derartigen Verpackung bzw. ihres oberen Teils diese assoziativ aufgrund der Gewöhnung mit den typischer-

weise in solchen Behältnissen angebotenen Waren verbinden. Hinzukommt folgendes: Wie ausgeführt ist die äußere Gestaltung der Verschlusskappe in ihren wesentlichen Merkmalen funktional vorgegeben, was indes nicht ausschließt, diese prototypische Form unter Verwendung charakteristischer zusätzlicher Gestaltungselemente in nunmehr kennzeichnender Weise abzuwandeln und für diese neue Gestaltungsform Markenschutz zu erlangen, falls sich die Abwandlung nicht lediglich in reiner dekorativer Gefälligkeit oder sonstigen unbedeutenden Zusätzen erschöpft, wie das vorliegend der Fall ist. Dabei ist zu beachten, dass insbesondere der untere Bördelrand wie die vertikale Riffelung der Kappe Teil des markenmäßig nicht schutzfähigen Prototyps sind und als ggfls. kennzeichnende Elemente schon aus Rechtsgründen auszuscheiden haben. Im übrigen bedient sich die Anmelderin bei der Ausgestaltung der Kappe lediglich einfacher Rundungen, wie sie bei vergleichbaren Verpackungen auf dem beanspruchten Warengelände gebräuchlich sind und allein dazu dienen, den Grundbedürfnissen des Menschen, die sie umgebenden Gebrauchsgegenstände, wie es Lebensmittelbehältnisse sind, im Zuge der jeweiligen Modetrends ansprechend und dekorativ zu gestalten, zu entsprechen. Damit wird aber der Rahmen derart einfacher Gestaltungselemente mit dem angemeldeten Zeichen nicht gesprengt. Die beanspruchte Zeichenform bewegt sich in ihrer Gesamtheit lediglich im Rahmen des Üblichen und des Gefälligen. Zwar mag die konkrete Art der hier beanspruchten Verschlusskappe zur Zeit auf dem angesprochenen Warengelände nicht in identischer Form nachweisbar sein. Dieser Umstand allein vermittelt der Form insgesamt aber noch nicht die erforderliche Unterscheidungskraft, wenn die Gestaltung – wie dies vorliegend der Fall ist - für sich selbst nicht über die vom Bundesgerichtshof (aaO Likörflasche) geforderten Feststellungen zu schutzunfähigen Grundformen und üblichen, bloß ornamentalen, schmückenden Formen hinausgeht.

Soweit die Anmelderin ihr Eintragungsbegehren nunmehr hilfsweise auch auf Verkehrsdurchsetzung stützt, sind die Voraussetzungen für deren Annahme nach ihrem Vorbringen und der Aktenlage nicht gegeben.

Bei der Prüfung, ob sich die als Marke beanspruchte Verpackungsform im Verkehr durchgesetzt hat, ist von einer Gesamtschau aller Gesichtspunkte auszugehen, die zeigen können, daß die Marke Unterscheidungseignung erlangt hat. Dazu gehören einmal alle Maßnahmen des Anmelders, seine Marke auf dem Markt zur Geltung zu bringen, also der von der Marke gehaltene Marktanteil und die mit ihr erzielten Umsätze, die Intensität, die geographische Verbreitung und die Dauer der Benutzung der Marke, der Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke usw... Sodann bedarf es auf der anderen Seite eines Nachweises, daß die Bemühungen des Anmelders beim Verkehr Erfolg im Sinne eines Feedback gehabt haben. Die Maßnahmen müssen zumindest bei einem maßgeblichen Teil der beteiligten Verkehrskreise und Mitbewerber angekommen sein, was sich durch Erklärungen von Industrie- und Handelskammern wie auch im Wege demoskopischer Befragungen belegen läßt (vgl. EuGH GRUR 1999, 723 – CHIEMSEE, TZ 51). Für die Bejahung der Durchsetzung in den beteiligten Verkehrskreisen bedarf es indes keiner zahlenmäßigen Festlegung auf Prozentsätze über die 50+1 % Grenze hinaus (vgl. schon BGH GRUR 1991, 609, 610 – SL; BGH BIPMZ 2001, 322 - REICH UND SCHOEN; Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Aufl. § 8 Rdn 198 ff; BPatG aaO – GOLD) und insbesondere auch keiner Abhängigkeit zur Bedeutung eines möglichen bestehenden Freihaltebedürfnisses (EUGH aaO -Chiemsee).

Wird wie vorliegend die Verkehrsdurchsetzung einer angemeldeten Marke erstmals im Beschwerdeverfahren geltend gemacht, hat der Anmelder zunächst deren Voraussetzungen nach Maßgabe der vorstehenden Kriterien schlüssig darzulegen und zu belegen. Diese Glaubhaftmachung erfordert mithin Angaben, aus denen sich ergibt, in welcher Form, für welche Waren, von wem, in welchem Gebiet und Umfang sowie seit wann die angemeldete Darstellung im Verkehr nach Art einer Marke eingesetzt worden ist. Hierfür geeignete Belege sind insbesondere Warenkataloge, Preislisten, Werbematerial sowie Angaben über Umsätze und Werbeaufwendungen; eine bedeutende Rolle können in diesem Stadium auch vom Anmelder in Auftrag gegebene Verkehrsbefragungen spielen. Sinn dieses

ständiger Rechtsprechung entsprechenden Verfahrens der vorherigen Glaubhaftmachung ist es zu verhindern, daß in von vornherein aussichtslosen Fällen arbeits- und kostenaufwendige Ermittlungen insbesondere in Form amtlicher Befragungen durch das Patentamt angestellt werden müssen, die erkennbar nicht zum Erfolg führen können. Zu beachten ist dabei, daß an die vorherige Glaubhaftmachung keine überzogenen Anforderungen gestellt werden dürfen, zumal andernfalls auch der Eintragungsanspruch des Anmelders nach § 33 Abs 2 MarkenG unterlaufen würde.

Selbst diesen Minimalforderungen wird der Vortrag der Anmelderin nicht gerecht, da es nach den von ihr vorgelegten Unterlagen ersichtlich bereits an der zu fordernden langjährigen markenmäßigen Benutzung der beanspruchten Verpackungsform fehlt. Zwar hat die Anmelderin glaubhaft gemacht, dass sie als Marktführer bundesweit in erheblichem Umfang Dosen mit Sprühsahne vertreibt. Dabei verkennt sie indes, dass der bloße Verkauf der Ware in ihrer gängigen Verpackung weder Beleg noch Indiz für die Benutzung entweder der Ware selbst als Marke oder der Verpackung oder von Verpackungsteilen als Marke darstellt, solange der Verkehr nicht auf diese Besonderheit, die wie ausgeführt seinen Erfahrungen zuwiderläuft, in geeigneter Weise wie zB Produktwerbung, Aufmachung oder sonstiges Marktverhalten hingewiesen und aufmerksam gemacht wird. Im vorliegenden Fall hat die Anmelderin aber noch nicht einmal ansatzweise behauptet, geschweige denn dargelegt, dass beim Verkehr auf dem beanspruchten Warengbiet bereits entweder eine Gewöhnung an Warenverpackungsformen im allgemeinen eingetreten oder zumindest ein Hinweis auf die Bedeutung der Verschlusskappe im speziellen in ihrer Verwendung als (Zweit-) Marke erfolgt ist. Bei dieser Sachlage besteht mithin keinerlei Veranlassung, der Frage der behaupteten Verkehrsdurchsetzung etwa im Wege amtlicher Ermittlungen nachzugehen, vielmehr sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 8 Abs 3 MarkenG offensichtlich nicht erfüllt.

Die Beschwerde konnte daher in allen Punkten keinen Erfolg haben.

Stoppel

Schwarz-Angele

Martens

Bb

**Abb. 1**

