



# BUNDESPATENTGERICHT

24 W (pat) 16/04

---

(AktENZEICHEN)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die IR-Marke 690 455**

hat der 24. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 20. Juni 2006 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## Gründe

### I.

Für die für die Waren

„3 Lessive; produits pour laver la vaisselle; produits de nettoyage; détartrants à usage domestique“

international registrierte Bildmarke 690 455



wird um Schutz in der Bundesrepublik Deutschland zur farbigen Eintragung (weiß und blau) nachgesucht.

Die Markenstelle für Klasse 3 IR des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit zwei Beschlüssen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, der Marke gemäß §§ 107, 113 Abs. 1, 37 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG i. V. m. Art. 5 Abs. 2 MMA und Art. 6<sup>quinquies</sup> B PVÜ den Schutz für die Bundesrepublik Deutschland verweigert. Die Schutzverweigerung wird im Wesentlichen damit begründet,

die Schutz suchende Marke erschöpfe sich in der Darstellung der Ware selbst und enthalte keine darüber hinausgehende individualisierende Eigenart. Die Gestaltungsmerkmale der Marke seien zwar nicht technisch bedingt, jedoch seien sowohl die Form als auch die Farbgestaltung der dargestellten Tablette auf dem Sektor der Wasch- und Reinigungsmittel üblich. Die Marke sei daher nicht geeignet, die beanspruchten Waren hinsichtlich ihrer Herkunft aus einem Unternehmen von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Inhaberin der IR-Marke. Sie ist der Auffassung, dass die in der Marke dargestellte quaderförmige Tablette (Tab) mit abgeschrägten Rändern und abgerundeten Ecken, die unten eine blaue Lage und oben eine weiße Lage zeige, wobei die obere Lage 2/3 der Gesamthöhe des Tabs einnehme, von herkunftshinweisender Originalität sei. Die Markeninhaberin habe als Erste entsprechende Tabs auf den Markt gebracht und diese von Anfang an als zweischichtige Tabs in den Farben weiß und blau angeboten.

Zumindest sei der Marke gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG Schutz in der Bundesrepublik Deutschland zu gewähren, da sie sich im Verkehr durchgesetzt habe. Der in der Marke dargestellte Tab sei von der Markeninhaberin in der Bundesrepublik Deutschland bereits vor der ersten Markenregistrierung, also vor dem 13. Februar 1998, sowohl für Geschirreiniger als auch für Wasserenthärter umfangreich benutzt worden. Bereits im Oktober 1997 sei der Marktanteil der „Calgonit“ Geschirreiniger und insbesondere der zweilagigen Tabletten blau/weiß in Deutschland bei 47,9 % gelegen, während der nächste Wettbewerber lediglich einen Marktanteil von 30,1 % habe verbuchen können. Wie eine von der Firma A... GmbH im Januar 1998 durchgeführte Verkehrsumfrage zeige, sei bereits zum damaligen Zeitpunkt den befragten Personen eine rechteckige, zweilagige Tablette in den Farben blau/weiß bekannt gewesen. 52 % der Befragten hätten die entsprechende Tablette der Marke „Calgonit“ und damit dem Geschäftsbetrieb der Anmelderin zugeordnet. Eine weitere Verkehrsbefragung aus April 1998, die von B... durchgeführt worden

sei, zeige ferner, dass damals bereits 89 % der befragten Personen den verfahrensgegenständlichen Tab in den Farben blau und weiß gekannt hätten. 38 % der Befragten hätten in der Gestaltung einen Hinweis auf einen bestimmten Hersteller oder eine Marke gesehen. Der hohe Wiedererkennungswert der verfahrensgegenständlichen Gestaltung sei unter anderem darauf zurückzuführen, dass die Markeninhaberin für die unter der Bezeichnung „Calgon“ angebotenen Wasserenthärter und unter der Bezeichnung „Calgonit“ angebotenen Geschirrspülmaschinen-Tabs in den Jahren 1992 bis 1998 erhebliche Werbeaufwendungen getätigt habe.

Die Markeninhaberin beantragt (sinngemäß),

die angefochtenen Beschlüsse der Markenstelle für die Klasse 3 IR des Deutschen Patent- und Markenamts vom 12. Juni 2001 und vom 14. Oktober 2003 aufzuheben.

Hilfsweise regt die Markeninhaberin die Zulassung der Rechtsbeschwerde an.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

## II.

Die Beschwerde der Markeninhaberin ist zulässig, sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

1. Die Markenstelle ist zutreffend davon ausgegangen, dass das vorliegende Zeichen, das die dreidimensionale Form einer Ware, nämlich die einer Geschirrspülmittel- oder Wasserenthärtertablette, und deren Farbgebung abbildet, keinen Gegenstand zeigt, dessen Gestaltungsmerkmale ausschließlich technisch bedingt sind. Die insoweit grundsätzlich einschlägige Regelung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG über die vom Markenschutz ausgeschlossenen Formen zählt zu den von

Art. 6<sup>quinquies</sup> B Nr. 1 bis 3 PVÜ erfassten Eintragungshindernissen, die vor der Schutzerstreckung einer IR-Marke geprüft werden müssen (vgl. BGH WRP 2006, 900, 901 f. „Rasierer mit drei Scherköpfen“). Hierbei umfasst der Anwendungsbereich des § 3 Abs. 2 MarkenG nicht nur Zeichen, die ausschließlich aus der Form der Ware bestehen, sondern auch solche, die - wie hier - eine bildliche Darstellung dieser Form sind (EuGH GRUR 2002, 804, 809 (Nr. 76) „Philips“; BGH GRUR 1999, 495, 496 „Etiketten“). Vorliegend sind die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG jedoch deshalb nicht gegeben, weil sich die Schutz suchende Marke - wie die Markenstelle zu Recht festgestellt hat - nicht in einer technisch bedingten Form erschöpft.

2. Die Schutz suchende Marke ist jedoch nach §§ 107, 113 Abs. 1, 37 Abs. 1, 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG i. V. m. Art. 5 Abs. 1 MMA und Art. 6<sup>quinquies</sup> B Nr. 2 PVÜ wegen fehlender Unterscheidungskraft vom Schutz in der Bundesrepublik Deutschland ausgeschlossen.

a) Unterscheidungskraft im Sinn der genannten Bestimmungen ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, die Waren oder Dienstleistungen, für welche die Eintragung oder Schutzerstreckung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Waren oder Dienstleistungen von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. u. a. EuGH GRUR 2003, 514, 517 (Nr. 40) „Linde, Winward u. Rado“; GRUR 2004, 428, 431 (Nr. 48) „Henkel“; BGH GRUR 2002, 1070, 1071 „Bar jeder Vernunft“; GRUR 2003, 1050 „Cityservice“). Die Unterscheidungskraft ist zum einen im Hinblick auf die angemeldeten Waren oder Dienstleistungen und zum anderen im Hinblick auf die beteiligten Verkehrskreise zu beurteilen, wobei auf die mutmaßliche Wahrnehmung eines normal informierten und angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der fraglichen Waren oder Dienstleistungen abzustellen ist (vgl. u. a. EuGH GRUR 2003, 514, 517 (Nr. 41) „Linde, Winward u. Rado“; GRUR 2004, 428, 431 (Nr. 50) „Henkel“; GRUR Int. 2005, 224, 226 (Nr. 43) „DAS PRINZIP DER BEQUEMLICHKEIT“). Hierbei ist

die zu dreidimensionalen Warenformen entwickelte Rechtsprechung in vollem Umfang auf Bildmarken übertragbar, die - wie im vorliegenden Fall - aus der zweidimensionalen Darstellung der Ware bestehen (Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 8 Rdn. 132; vgl. auch: EuGH (Erste Kammer), Urteil vom 22. Juni 2006 - Az.: C-25/05 P - (Nr. 29) „Darstellung einer goldenen Bonbonverpackung“). Denn auch in diesen Fällen besteht die Marke aus einem Zeichen, das vom Erscheinungsbild der mit ihr gekennzeichneten Ware nicht unabhängig ist.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH und des BGH ist bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft von solchen Marken, die aus der Form der Ware selbst oder ihrer Darstellung bestehen, kein strengerer Maßstab als bei herkömmlichen Markenformen anzulegen (EuGH GRUR 2003, 514, 517 (Nr. 46) „Linde, Winward u. Rado“; BGH GRUR 2004, 502, 504 „Gabelstapler II“). Allerdings gilt im Zusammenhang mit solchen Marken, dass es bei diesen in aller Regel schwieriger als bei herkömmlichen Marken ist, eine Unterscheidungskraft nachzuweisen (BGH a. a. O., „Gabelstapler II“; EuGH GRUR Int. 2005, 135, 137 (Nr. 30) „Maglite“). Dies liegt daran, dass der Durchschnittsverbraucher aus der Form der Ware gewöhnlich nicht auf die Herkunft der Ware schließt (vgl. EuGH GRUR Int. 2006, 226, 227 (Nr. 28) „Standbeutel“; BGH GRUR 2002, 712, 714 „Goldbarren“). Insbesondere bezogen auf Geschirrspülmittel- und Wasserenthärtertabletten liegt mittlerweile eine gefestigte Rechtsprechung des EuGH vor, wonach derartige Tabletten nur dann ihre wesentliche herkunftshinweisende Funktion erfüllen können, wenn ihre Form oder Farbgebung erheblich von der Norm oder Branchenüblichkeit abweicht (vgl. EuGH GRUR Int. 2004, 631, 634 (Nr. 39) „Dreidimensionale Tablettenform I“; GRUR Int. 2004, 635, 638 (Nr. 37) „Dreidimensionale Tablettenform II“).

b) Gemessen hieran kann vorliegend zu Gunsten der Schutz suchenden Marke nicht festgestellt werden, dass ihre Form und Farbgestaltung eine über den branchenüblichen Rahmen hinausgehende Eigenart aufweist. Die Marke ist die bildliche Darstellung einer Tablette, die aus einem Quader mit rechteckigem

Grundriss besteht und bei der die Ecken abgerundet und die Ränder abgeschrägt sind. Die farbliche Gestaltung der Marke lässt lediglich eine weiße und eine blaue Schicht erkennen, wobei die obere weiße Schicht 2/3 der Gesamthöhe der Tablette einnimmt. Damit entspricht die Darstellung dieser Tablette jenem Farb- und Formenschatz, der bei Tabs auf dem Gebiet der Geschirrspülmittel und Wasserenthärter üblich ist und wie er sich beispielhaft auch in den Formen und Gestaltungen wieder findet, die Gegenstand der beiden bereits zitierten EuGH-Entscheidungen „Dreidimensionale Tablettenform I und II“ waren (vgl. EuGH GRUR Int. 2004, 631, 634 „Dreidimensionale Tablettenform I“: Die Rechtssachen C-456/01 P und C-457/01 P betrafen jeweils die Anmeldung einer dreidimensionalen Marke in Form einer rechteckigen Tablette mit einer unteren weißen Schicht, wobei das eine Zeichen zusätzlich eine obere rote Schicht (C-456/01 P) und das andere zusätzlich eine obere grüne Schicht (C-457/01 P) aufwies; vgl. ferner EuGH GRUR Int. 2004, 635, 638 „Dreidimensionale Tablettenform II“: Die Rechtssachen C-468/01 P bis C-472/01 P betrafen jeweils die Anmeldung einer dreidimensionalen Marke in Form einer quadratischen Tablette mit leicht abgerundeten Kanten und Ecken, wobei ein Zeichen eine weiße und eine zartgrüne Schicht (C-468/01 P), ein Zeichen eine weiße mit grünen Sprenkeln versehene Schicht und eine zartgrüne Schicht (C-469/01 P), ein Zeichen eine weiße mit gelben Sprenkeln versehene Schicht und eine blaue Schicht (C-470/01 P), ein weiteres Zeichen eine weiße Tablette mit blauen Sprenkeln (C-471/01 P) und schließlich ein Zeichen eine weiße mit grünen Sprenkeln versehene Schicht und eine blaue Schicht (C-472/01 P) aufwies).

Hiernach ergibt sich für die hier in Rede stehende Marke unschwer eine eindeutige Bewertung, nämlich dass ein normal informierter und angemessen aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher in der Schutz suchenden Marke, die die Waren Wasch-, Geschirrspül- und Reinigungsmittel sowie Wasserenthärter umfasst, lediglich eine Form dieser Waren und keinen Herkunftshinweis zu sehen vermag. Das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft wird hierbei noch durch die gewählte Farbgestaltung unterstrichen. Die Farben Blau und Weiß, die

für Frische und Sauberkeit stehen, stellen auf dem Gebiet der Wasch-, Geschirrspül- und Reinigungsmittel ein beliebtes Gestaltungsmittel dar.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin spielt es für die Frage der Unterscheidungskraft keine Rolle, ob die Anmelderin als Erste Reinigungsmittel in der Form von Tabs auf den Markt gebracht hat und ob es sich bei den Tabs der Konkurrenz lediglich um Nachfolgeprodukte gehandelt hat. Gleiches trifft auf die von der Beschwerdeführerin mit ihrer Eingabe vom 24. März 2000 in Kopie vorgelegten Entscheidungen des LG Mannheim vom 24. Juni 1998 und des OLG Köln vom 13. Januar 1999 zu, die sich lediglich mit der wettbewerblichen Eigenart von 2-Phasen Tabs, nicht jedoch mit der im vorliegenden Verfahren zu klärenden Frage der markenrechtlichen Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG befassen.

3. Die Beschwerdeführerin kann sich zudem nicht darauf berufen, dass die Voraussetzungen einer Verkehrsdurchsetzung vorlägen und daher für die Marke Schutz in der Bundesrepublik Deutschland gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG zu gewähren sei.

Zunächst ist zu bemängeln, dass die Beschwerdeführerin ausschließlich Benutzungsunterlagen vorgelegt hat, die Zeiträume vor 1999 betreffen. Derartige Unterlagen sind nicht ausreichend, da die Verkehrsdurchsetzung als materielle Schutzgewährungsvoraussetzung nicht nur im Zeitpunkt der internationalen Registrierung (§ 112 MarkenG) vorliegen, sondern auch im Zeitpunkt der abschließenden Entscheidung über das Vorliegen absoluter Schutzhindernisse (§ 113 MarkenG) noch fort dauern muss (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 8 Rdn. 341).

Darüber hinaus sind die vorgelegten Benutzungsunterlagen auch inhaltlich nicht geeignet, den gewünschten Durchsetzungsnachweis zu erbringen.



Als beteiligte Verkehrskreise, in denen die Marke durchgesetzt sein muss, sind alle Kreise zu berücksichtigen, in denen die Marke Verwendung finden oder Auswirkungen zeitigen kann (Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 8 Rdn. 321). Zu den beteiligten Verkehrskreisen zählen hier in erster Linie die Abnehmer der Waren. Die vorliegenden Waren (Geschirrspülmittel und Wasserenthärter) können von praktisch jedermann erworben und verwendet werden, so dass die allgemeinen Verkehrskreise als Abnehmer zu berücksichtigen sind. Ob ein Zeichen von den beteiligten Verkehrskreisen als markenmäßiger Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen aufgefasst wird, kann von verschiedenen Umständen abhängen. Hierbei sind z. B. der jeweilige Marktanteil, die Intensität, die geographische Verbreitung und Dauer der Markenverwendung, die aufgewendeten Werbemittel und die dadurch erreichte Bekanntheit in den angesprochenen Verkehrskreisen von Bedeutung, wobei die erforderlichen Feststellungen nicht nur auf Grund von generellen und abstrakten Prozentsätzen möglich sind (EuGH GRUR 1999, 723, 727 (Nrn. 51 u. 52) „Chiemsee“). Eine Verkehrsdurchsetzung ist zu verneinen, wenn nach den getroffenen Feststellungen der überwiegende Teil des Verkehrs das Zeichen nicht als unternehmens-, sondern als sachbezogene Angabe bewertet. Dies bedeutet, dass eine Verkehrsdurchsetzung in der Regel erst dann bejaht werden kann, wenn mindestens 50 % der beteiligten Verkehrskreise die Marke dem entsprechenden Unternehmen zuordnen (Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 8 Rdn. 336; vgl. auch Ingerl/Rohnke, MarkenG, 2. Aufl., § 8 Rdn. 336); Ekey/Klippel, Markenrecht, 2003, § 8 Rdn. 60).

Soweit die Anmelderin auf ihre Marktführerschaft und die in der Vergangenheit geleisteten erheblichen Werbeaufwendungen hinweist, ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass die Tabs nur in Verbindung mit einem Markenwort („Calgonit“ bei Geschirrspülmittel-Tabs und „Calgon“ bei entsprechenden Wasserenthärter-Tabs) in den Verkehr gebracht worden sind und die Tabs auch nur in sehr wenigen der im Verfahren vorgelegten Unterlagen nicht in Verbindung mit den Wortmarken zu sehen sind. Die Marktführerschaft und die Werbemaßnahmen der Beschwerdeführerin lassen sich daher nicht ohne weiteres konkret auf die hier

Schutz suchende Marke beziehen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass es im Falle der Kombination einer üblich gestalteten Ware mit einem kennzeichnungs-kräftigen Wort für den Verkehr nahe liegt, nur das Wort als Marke aufzufassen, nicht dagegen die Gestaltung der Ware (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Aufl., § 8 Rdn. 312, § 26 Rdn. 107 ff.). Im vorliegenden Fall bieten daher die Marktfüh- rerschaft und die erheblichen Werbeaufwendungen keinen Beleg dafür, dass der Verkehr in dem vorliegenden Zeichen, das sich in der Darstellung der Form und Farbgebung der Ware erschöpft, eine Marke der Beschwerdeführerin sieht. Auch soweit in den Werbeunterlagen der Aufbau der Tabs mit den zwei unterschiedlich gefärbten Schichten herausgestellt wird, wird kein hinreichender Anhaltspunkt für ein Verständnis als Marke geliefert. Indem die Reinigung in zwei Phasen erklärt wird, nämlich dass die weiße Phase gründlich reinige und die blaue Phase Kalk- beläge verhindere, bleiben sachbezogenen Angaben im Vordergrund stehen.

Auch den beiden von der Beschwerdeführerin überreichten Gutachten mit Umfra- geergebnissen aus dem Jahre 1998 zur Bekanntheit der Schutz suchenden Marke lassen sich ausreichende Werte, mit denen eine Schutzfähigkeit aufgrund Ver- kehrsdurchsetzung gerechtfertigt werden könnte, nicht entnehmen. Die Umfragen betreffen zudem nur den Tab eines Geschirrspülmittels.

Gemäß der C...-Untersuchung kannten von den im Januar 1998 befragten Verkehrskreisen 81 % den vorgelegten Reinigungs-Tab Blau-Weiß (ohne Auf- schrift) für die Geschirrspülmaschine. Von diesen wiederum ordneten ihn 40 % einem bestimmten Hersteller zu. Bezogen auf die nach der Umfrage berücksich- tigten Verkehrskreise bedeutet dies, dass von diesen nur 32,4 % in dem Tab einen Herkunftshinweis erkannten. Darüber hinaus liefert auch die von der B... ... im April 1998 durchgeführte Untersuchung keine Daten, die auf einen hin- reichenden Durchsetzungsgrad hindeuten. 57 % der Befragten hatten damals an- gegeben, dass sie den Tab (blau/weiß, rechteckig) kennen und weitere 32 % ha- ben mitgeteilt, dass er ihnen zumindest bekannt vorkomme. Zusammen ergeben sich hieraus 89 %, wobei jedoch nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden

kann, dass diejenigen Verkehrskreise, denen der Tab lediglich bekannt vorkam, insgesamt der Beschwerdeführerin zugerechnet werden dürfen. Aus den vom Gutachten gelieferten Daten errechnet sich außerdem, dass von den 89 % der befragten Verkehrskreise, die den Tab kannten oder denen dieser bekannt vorkam, nur 38 % den Tab als Hinweis auf einen ganz bestimmten Hersteller empfanden. Bezogen auf alle befragten Personen errechnet sich hieraus nur ein Wert von 33,8 %. Nach beiden Gutachten dürfte somit zum Registrierungszeitpunkt der Schutz suchenden Marke allenfalls ein Drittel der Verkehrskreise in dem Zeichen einen Herkunftshinweis erblickt haben, was - wie oben bereits erläutert - nicht ausreichend ist.

4. Für die Zulassung der Rechtsbeschwerde - wie von der Beschwerdeführerin angeregt - bestand vorliegend kein Raum. Die hier entscheidungsrelevanten Rechtsfragen, insbesondere zur Frage der Schutzzfähigkeit von Tablettenformen auf dem Gebiet der Wasch- und Reinigungsmittel, sind bereits durch mehrere höchstrichterliche Entscheidungen geklärt.

gez.

Unterschriften