

BUNDESPATENTGERICHT

Leitsatz

Aktenzeichen:	26 W (pat) 3/05
Entscheidungsdatum:	23. März 2007
Rechtsbeschwerde zugelassen:	nein
Normen:	§ 8 Abs. 2 Nr. 1 Marken

Tastmarke

1. Zur Unterscheidungskraft von Tastmarken.
2. Bei nichtalkoholischen und alkoholischen Getränken ist jedenfalls zur Zeit eine maßgebliche Gewöhnung der Verbraucher an eine Kennzeichnungsfunktion von haptischen Gestaltungselementen auf der Warenverpackung nicht feststellbar.



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 3/05

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
23. März 2007

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 301 60 719.2

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 13. Dezember 2006 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Der Anmelder hat beim Deutschen Patent- und Markenamt die Eintragung einer Marke für die Waren der

Klasse 32:

Biere; Mineralwässer und kohlensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die Zubereitung von Getränken,

Klasse 33:

alkoholische Getränke (außer Biere),

beantragt. In der Anmeldung zur Eintragung hat er zur Markenform angegeben "Sonstige Markenform". Weiter hat er in der Anlage zur Markenmeldung folgende Beschreibung der Marke hinzugefügt:

"Die Marke wird als Tast- oder Fühlmarke angemeldet. Ihre exakte Beschreibung lautet:

"Das rauhe Gefühl von feinem Sandpapier" (auch Schmirgelpapier genannt).

Der Tast oder Gefühlsinn ermöglicht ebenso wie der Sehsinn (Wort/Wortbild-/Bildmarke), der Hörsinn (Hörmarke) oder der Geruchssinn (Geruchsmarke) die Wahrnehmung von äußerlichen Reizen. Man assoziiert mit dem erfüllten Gegenstand Gedanken und Empfindungen. So ist er etwa - wenngleich nicht nur – für blinde Menschen ein wichtiges Mittel zur Wahr-

nehmung ihrer Umwelt und insofern Seh-, Hör- und Geruchssinn gleichzusetzen".

Der Anmelder hat vorgetragen, die durch den Tastsinn gewährleistete besondere Präsenz der Tast- oder Fühleindrücke führe dazu, dass das in der Anmeldung beschriebene Gefühl innerhalb des reichen menschlichen Tasterfahrungsschatzes unmittelbar den konkret bezeichneten Eindruck präsent werden lasse. Jedermann kenne den haptischen Eindruck beim Berühren von rauem Sandpapier. Die Beschreibung dieses haptischen Eindrucks könne durch Einreichung eines Teststreifens des betreffenden, exakt normierten Sandpapiers (100) konkretisiert und mittelbar beschrieben werden. Ergänzend hat der Anmelder mit Schriftsatz vom 18. Februar 2002 einen Streifen Sandpapier des Körnungsgrades P 100 eingereicht.

Die Markenstelle für Klasse 33 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschluss vom 9. Dezember 2002 die Anmeldung mangels grafischer Darstellbarkeit zurückgewiesen.

Im Erinnerungsverfahren hat der Anmelder die Beschreibung der Marke wie folgt ergänzt:

**"Das rauhe Gefühl von feinem Sand- oder Schleifpapier mit einem Körnungsgrad P 100 nach der Norm DIN ISO 6344-2
"Schleifmittel auf Unterlagen – Korngrößenanalyse, Teil 2:
Bestimmung der Korngrößenverteilung der Makrokörnungen
P 12 bis P 220"**

und eine Abschrift der DIN/ISO-Norm 6344-2 beigelegt.

Die Erinnerung gegen den Erstbeschluss hat die Markenstelle mit Beschluss vom 9. Dezember 2002 zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, selbst wenn die abstrakte Markenfähigkeit der angemeldeten Tastmarke unterstellt würde, fehle es der Tastmarke weiterhin an der grafischen Darstellbarkeit gemäß § 8 Abs. 1 MarkenG. Hierfür seien die derzeit zur Wiedergabe von Tasteindrücken verfügbaren Möglichkeiten nicht ausreichend. Die hinreichende schriftliche Definition des Tastobjektes, das zum Hervorrufen des angegebenen Tasteindrucks betastet werden soll, hier Sand- oder Schleifpapier in einer bestimmten Korngröße, führe nicht zu einer hinreichend bestimmten Definition des in Anspruch genommenen Tasteindrucks. Eine grafische Darstellung durch schriftliche Beschreibung des Tasteindrucks scheitere daran, dass es für viele der durch Tasten erfahrenen Eindrücke keine exakten sprachlichen Umschreibungen gebe und das Tastempfinden subjektiv geprägt sei. Selbst wenn man die grafische Darstellbarkeit bejahen wollte, stehe der Eintragung der Marke zumindest das absolute Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft entgegen. Auch wenn der Verkehr in den letzten Jahren tatsächlich daran gewöhnt worden sei, dass auf dem hier betroffenen Getränkesektor in der Form der Verpackung, etwa von Flaschen, ein Mittel gesucht worden sei, die Waren von denen der Konkurrenzprodukte zu unterscheiden und die Aufmerksamkeit des Publikums zu erregen, ließen sich derartige Feststellungen für die Verpackungsmaterialien und den durch sie hervorgerufenen Tasteindruck nicht treffen. Der Verkehr sehe keinen Anlass, aus einer (gefühlten) Beschaffenheit einer Getränkeflasche auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen zu schließen. Es deute insbesondere nichts darauf hin, dass der Verkehr bei einer Berührung von Flaschen mit einer Oberfläche wie Sandpapier mit einer gewissen Körnung zur der Auffassung gelangen könnte, ein bestimmter Hersteller wolle gerade durch diesen rauen Tasteindruck auf seinen Geschäftsbetrieb hinweisen. Vielmehr liege für den Verkehr die Annahme nahe, mit der rauen Oberflächenstruktur sei eine (möglicherweise noch nicht übliche) Ausstattungsvariante geschaffen worden, die ein Abrutschen der Flasche beim Greifen verhindere oder – wie der Anmelder selbst vortrage – dass ein Bezug zu der "Rauheit und Ungechliffenheit" des so verpackten Getränks hergestellt werden solle.

Hiergegen wendet sich der Anmelder mit der Beschwerde. Er ist der Auffassung, die angemeldete Marke entbehre weder der abstrakten Markenfähigkeit noch könne ihr die grafische Darstellbarkeit abgesprochen werden. Die erforderliche Unterscheidungskraft sei ebenfalls gegeben. Üblicherweise würden Waren der hier beanspruchten Art in Flaschen aus Glas oder Kunststoff, selten aus Steinzeug, in Dosen aus Leichtmetall oder beschichteten Getränkekartons verkauft. Da diese gänzlich andere haptische Eindrücke hinterließen, werde der Durchschnittsverbraucher eine Kennzeichnung mit einer rauen Oberfläche und dem haptischen Eindruck von Sandpapier des Körnungsgrads P 100 als ungewöhnlich empfinden.

II.

Die Beschwerde ist nicht begründet.

1. Bedenken gegen die abstrakte Markenfähigkeit der angemeldeten Tastmarke im Sinne des § 3 Abs. 1 MarkenG, wie sie die Markenstelle angeführt hat, bestehen nicht. Wie der Bundesgerichtshof in der Entscheidung "Tastmarke" (GRUR 2007, 148 ff.) ausgeführt hat, kann auch ein über den Tastsinn wahrnehmbares Zeichen grundsätzlich eine Marke sein, weil sich Elemente oder Eigenschaften einer Gestaltung, deren Wahrnehmung über den Tastsinn als Marke beansprucht werden soll, gedanklich von der Ware selbst abstrahieren lassen und daher geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (BGH GRUR 2007, 148, 150 - Tastmarke).

2. Im vorliegenden Fall bestehen aber bereits Bedenken, ob die angemeldete Marke den Anforderungen des § 8 Abs. 1 MarkenG genügt. Die Bedeutung des Bestimmtheitserfordernisses wie des Erfordernisses der grafischen Darstellbarkeit im Sinne des § 8 Abs. 1 MarkenG liegt darin, im Eintragungsverfahren der Beurteilung der Marke eine festgelegte Form zu Grunde legen zu können, die Eintragung ins Register überhaupt zu ermöglichen und die Eintragung im Interesse der Allge-

meinheit zur Unterrichtung über den Bestand an geschützten Marken und ihren jeweiligen Schutzbereich zu veröffentlichen (vgl. *EuGH*, GRUR 2003, 145 Rn. 47-51 - Sieckmann; GRUR 2004, 858, 859 - Heidelberger Bauchemie; *BGH*, GRUR 1999, 730, 731 - Farbmarke magenta/grau; GRUR 2001, 1154 - Farbmarke violettfarben; GRUR 2002, 427, 428 - Farbmarke gelb/grün I). Für eine den Anforderungen der grafischen Darstellbarkeit im Sinne des § 8 Abs. 1 MarkenG und der Bestimmtheit des Schutzgegenstands genügende Wiedergabe der Marke reicht es zwar aus, wenn der Gegenstand, von dem die wahrnehmbaren Signale ausgehen und die dem Empfänger die Unterscheidung der Herkunft der angemeldeten Waren ermöglichen sollen, hinreichend bestimmt umschrieben wird (*BGH a. a. O.* - Tastmarke). Bei einer Tastmarke kann ebenso wie bei anderen ihrem Schutzzumfang nach auf die Wahrnehmung durch bestimmte Sinnesorgane beschränkten Markenformen den mit den Erfordernissen der Bestimmtheit und der grafischen Darstellbarkeit verfolgten Zwecken "mit einer auf die Auslöserseite beschränkten Beschreibung" genügt werden, wenn der den Wahrnehmungsvorgang auslösende Gegenstand in seinen maßgeblichen Eigenschaften objektiv hinreichend bestimmt bezeichnet wird (*BGH a. a. O.* - Tastmarke). Soll das Erfordernis der grafischen Darstellung einer Tastmarke durch die Beschreibung des durch den Tastsinn wahrzunehmenden Gegenstands erfüllt werden, so müssen in hinreichender Weise bestimmte Eigenschaften des betreffenden Gegenstands bezeichnet werden, die über den Tastsinn wahrgenommen werden können.

Es kann unter Umständen genügen, die Marke mit hinreichend eindeutigen Symbolen, insbesondere mit Hilfe von Figuren, Linien oder Schriftzeichen, zu umschreiben, die das Zeichen so wiedergeben, dass es genau identifiziert werden kann. Das setzt voraus, dass die (mittelbare) grafische Darstellung klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv ist (*EuGH*, GRUR 2003, 145 Rdnrn. 52-55 - Sieckmann; GRUR 2004, 54 Rdnr. 55 - Shield Mark/Kist). Diese vom Europäischen Gerichtshof bei Hör- und Riechmarken aufgestellten Anforderungen gelten für Tastmarken, die ebenfalls nicht unmittelbar grafisch darstellbar sind, wegen der vergleichbaren Sachlage entsprechend.

Als Mittel der (mittelbaren) grafischen Darstellung kommen beispielsweise Abbildungen oder wörtliche Beschreibungen des Wahrnehmungsgegenstands in Betracht. Aber auch hinsichtlich der von dem beanspruchten Gegenstand durch den Tastsinn ausgelösten Sinnesempfindungen erscheint es nicht ausgeschlossen, dass sich einzelne haptische Eindrücke durch eine wörtliche Beschreibung ebenso hinreichend klar, eindeutig, in sich abgeschlossen, leicht zugänglich, verständlich, dauerhaft und objektiv grafisch darstellen lassen, wie das bei anderen visuell nicht wahrnehmbaren Zeichen der Fall sein kann (vgl. zur Darstellung eines Klangzeichens mittels einer Beschreibung durch Schriftsprache oder durch ein in Takte gegliedertes Notensystem *EuGH*, GRUR 2004, 54 Rn. 59, 62 - Shield Mark/Kist). Das gilt grundsätzlich auch für - gleichfalls visuell nicht wahrnehmbare - Tastmarken (BGH a. a. O. – Tastmarke). Vorliegend hat der Anmelder die durch den Wahrnehmungsgegenstand ausgelösten Sinnesempfindungen ("Das rauhe Gefühl von feinem Sandpapier") wörtlich beschrieben. Hierbei handelt es sich indessen schon deswegen nicht um eine objektivierbare Beschreibung, weil die Sinnesempfindung als "rauh" qualifiziert wird. Eine solche Qualifizierung beruht jedoch stets auf dem subjektiven Empfinden des Wahrnehmenden auf der Basis seiner individuellen Erfahrungen mit haptischen Eindrücken und genügt daher nicht den Anforderungen an die Objektivität der mittelbaren Darstellung.

Zudem ist die Angabe "feines Sandpapier" angesichts der Vielzahl von Körnungsgraden, in denen Sand- bzw. Schmirgelpapier erhältlich ist, als solche völlig unbestimmt. Ob die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 MarkenG durch eine erläuternde Bezugnahme auf den den Wahrnehmungsvorgang auslösenden Gegenstand - Schmirgelpapier mit der Korngröße P 100, selbst allerdings ein dreidimensionaler Gegenstand und keine grafische Darstellung - oder durch die Angabe einer DIN-Norm erfüllt sein können, erscheint zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Denn ebenso wie es für konturlose Farbmarken anerkannt ist, dass sie unter anderem durch die Bezeichnung der Farbe nach einem international anerkannten Kennzeichnungscode grafisch darstellbar im Sinne des § 8 Abs. 1 MarkenG sind (vgl. *EuGH* GRUR 2003, 604, 606 Rn. 38 – Libertel), erscheint dies für Tastmar-

ken denkbar, wenn zur Beschreibung des Wahrnehmungsgegenstandes auf DIN-Normen zurückgegriffen wird. Jedenfalls vorliegend bestehen jedoch hiergegen Bedenken, und zwar im Hinblick auf die ohne weitere Differenzierung angegebene, 9 DIN-A 4 Seiten umfassende Angabe der Norm DIN ISO 6344-2 "Schleifmittel auf Unterlagen – Korngrößenanalyse, Teil 2: Bestimmung der Korngrößenverteilung der Makrokörnungen P 12 bis P 220", die eine eindeutige Individualisierung der Marke mit Blick auf die Feststellung ihres Schutzzumfangs kaum zulässt. Hinzu kommt, dass sich der Anmeldung keinerlei flächenmäßige Begrenzung der Tastmarke entnehmen lässt, so dass sich eine unendliche Vielzahl denkbarer Varianten der möglichen Markenform ergibt (vgl. zur vergleichbaren Problematik bei konturlosen Farbmarken EuGH, a. a. O. - Libertel). Auch das spricht gegen eine hinreichende Bestimmtheit der angemeldeten Marke.

3. Die Frage der grafischen Darstellbarkeit im Sinne des § 8 Abs. 1 MarkenG kann jedoch letztlich offen bleiben, weil der angemeldeten Marke die Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG abzusprechen ist.

Gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG können solche Marken nicht eingetragen werden, denen für die angemeldeten Waren und Dienstleistungen jegliche Unterscheidungskraft fehlt. Unterscheidungskraft im Sinne der in Frage stehenden Vorschrift ist die einer Marke innewohnende Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfassten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solcher anderer Unternehmen aufgefasst zu werden (BGH GRUR 2000, 502, 503 – St. Pauli Girl; GRUR 2005, 258, 259 - Roximycin). Der Europäische Gerichtshof hat ferner entschieden, dass die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft zwar für alle Markenkategorien dieselben sind, dass sich aber im Zusammenhang mit der Anwendung dieser Kriterien zeigen kann, dass nicht jede dieser Kategorien von den maßgeblichen Verkehrskreisen notwendig in gleicher Weise wahrgenommen wird (EuGH, GRUR 2004, 428 Rn. 38 – Waschmittelflasche; GRUR 2004, 1027, 1029 Rn. 34 – Das Prinzip der Bequemlichkeit). Bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft ist einerseits auf

die in Anspruch genommenen Waren, andererseits auf die mutmaßliche Wahrnehmung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers dieser Waren abzustellen (EuGH, GRUR 2003, 604, 605 - Libertel; GRUR 2004, 943, 944 – SAT.2). Auch wenn das Publikum daran gewöhnt ist, Wort- oder Bildmarken eher als Zeichen aufzufassen, die auf eine bestimmte Herkunft der Ware hinweisen, gilt dies nicht zwingend für Zeichen, die mit dem Erscheinungsbild der Ware, für die die Eintragung des Zeichens als Marke begehrt wird, verschmelzen. Schon eine dreidimensionale Marke, die aus der Verpackung einer Ware besteht, wird vom Durchschnittsverbraucher nicht notwendig in der gleichen Weise wahrgenommen wie eine Wort- oder Bildmarke, die aus einem Zeichen besteht, das vom Erscheinungsbild der mit der Marke gekennzeichneten Waren unabhängig ist und selbständig in Erscheinung tritt. Denn die Durchschnittsverbraucher sind nicht daran gewöhnt, aus der Form der Verpackung von Waren ohne grafische oder Wortelemente auf die Herkunft dieser Waren zu schließen (EuGH a. a. O., Rn. 52 – Waschmittelflasche). Auch eine besondere Gestaltung der Ware wird vom Verbraucher eher der funktionellen und ästhetischen Ausgestaltung der Ware selbst zugeschrieben werden als der Absicht, auf die Herkunft der Ware hinzuweisen (vgl. BGH GRUR 2003, 332, 334 - Abschlussstück; GRUR 2001, 56, 57 - Likörflasche; Ströbele, GRUR 2001, 658, 665 f.; Hölk in Festschrift f. Ullmann, 239, 254). Etwas anderes kann dann gelten, wenn der Verkehr auf Grund der Kennzeichnungsgewohnheiten auf dem einschlägigen Warengebiet geneigt ist, auch einzelnen Form- bzw. Gestaltungselementen in einer Gesamtaufmachung eine eigenständige Kennzeichnungsfunktion zuzuerkennen (BGH a. a. O. - Abschlussstück). Derartige Kennzeichnungsgewohnheiten sind vorliegend jedoch nicht feststellbar. Die umfangreichen Recherchen des Senats haben nicht ergeben, dass die angesprochenen Verkehrskreise – das sind vorliegend allgemeine Verbraucherkreise – als potentielle Empfänger des haptischen Reizes auf dem Sektor von alkoholischen und nichtalkoholischen Getränken daran gewöhnt sind, aus den haptischen Eindrücken dieser Waren oder ihrer Verpackung ohne grafische oder Wortelemente auf die Herkunft der Waren zu schließen, da jedenfalls zur Zeit nicht verifizierbar ist, dass breite Handelskreise auf dem

Gebiet der hier beanspruchten Waren üblicherweise haptische Gestaltungsmittel als Mittel der betrieblichen Kennzeichnung einsetzen. Gegenteiliges hat auch der Anmelder nicht vorgetragen. Allein die Behauptung, gegenüber den herkömmlichen Verpackungsformen für Getränke wie Glas, Aludosen oder Kunststoffbehältern würden die Verbraucher das Gefühl von rauhem Sandpapier auf einer Getränkeverpackung als "ungewöhnlich" ansehen, ist insoweit unbehelflich, weil nicht ersichtlich ist, dass die Verbraucher aus der Ungewöhnlichkeit des Tastreizes bei dem Berühren einer Getränkeverpackung zwingend auf einen betrieblichen Herkunftshinweis, nicht aber auf ein reines Ausstattungsmerkmal schließen. Nahe liegend ist vielmehr, dass die Verbraucher als Empfänger des haptischen Reizes den vermittelten Tasteindruck allein als zweckdienliche oder ästhetisch ansprechende Gestaltung der Warenverpackung ansehen.

Die Eintragung der angemeldeten Marke ist daher zu Recht versagt worden.

4. Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, weil vorliegend weder eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden ist (§ 83 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs erfordert (§ 83 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG). Die Entscheidung ist vielmehr auf der Grundlage der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sowie des Bundesgerichtshofs ergangen.

gez.

Unterschriften