



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 204/99

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 398 05 988.8

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 26. September 2007 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Fuchs-Wisseemann sowie den Richter Reker und die Richterin Prietzel-Funk

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Anmelderin werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 33 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 18. Januar 1999 und 13. September 1999 aufgehoben.

Gründe

I

Die Markenstelle hat die Anmeldung der für die Ware

„33 Alkoholische Getränke, nämlich Weine“

bestimmten dreidimensionalen Marke



zurückgewiesen, weil ihr für diese Ware jegliche Unterscheidungskraft fehle (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG). Zur Begründung hat sie ausgeführt, Unterscheidungskraft besäßen Flaschen nur dann, wenn sich ihre Form so auffallend von gängigen Flaschenformen abhebe, dass der Verkehr sie neben der Etikettierung als betrieblichen Herkunftshinweis wahrnehme. Bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft sei deshalb auf die gebräuchlichen Flaschengestaltungen des einschlägigen Getränkesektors abzustellen und ein Vergleich mit diesen vorzunehmen. Hiervon ausgehend weise die angemeldete Marke nicht den erforderlichen Grad an Originalität auf. Es handele sich bei ihr um eine bauchige Flasche mit einer ovalen Form, die ihren größten Umfang in der oberen Hälfte habe und deren kurzer Hals mit einem tellerförmigen Gießrand abschließe. Diese von der Anmelderin als außer-gewöhnlich hervorgehobenen Gestaltungsmerkmale wiesen auch zahlreiche andere Weinflaschen in ähnlicher Form auf. Insbesondere seien bauchige Flaschen, die den größten Umfang in ihrem oberen Teil aufweisen, auf dem einschlägigen Warengbiet keine Besonderheit. Das Gleiche gelte für die tellerförmige Weitung des Flaschenhalses. Auch die beliebig wirkende Kombination dieser Gestaltungsmerkmale verleihe der angemeldeten Marke keine hinreichende herkunftskennzeichnende Eigenart.

Hiergegen wendet sich die Anmelderin mit der Beschwerde. Sie ist der Ansicht, die Schutzhindernisse des §8 MarkenG stünden der Eintragung der angemeldeten Marke nicht entgegen. Insbesondere weise die angemeldete Marke das erforderliche Mindestmaß an Unterscheidungskraft auf. Sie hebe sich von allen von der Markenstelle und dem Senat ermittelten, für Weine und Schaumweine im Verkehr benutzten Flaschenformen auffällig ab. Keine der auf dem Markt befindlichen Flaschen auf dem einschlägigen Warengbiet weise einzelne oder gar überwiegend Merkmale der angemeldeten Marke auf. Es bestehe auch kein Bedürfnis an der Freihaltung der angemeldeten Flaschenform gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. Ein solches Freihaltungsbedürfnis bestehe nur dann, wenn sich die beanspruchte Form innerhalb der auf dem Warengbiet üblichen Formenvielfalt bewege und die Möglichkeiten, die Produktgestaltung zu variieren, beschränkt seien. Die ange-

meldete Marke liege jedoch weit außerhalb der branchenüblichen Gestaltungsformen. Wie die bei anderen alkoholischen Getränken als Weinen vorzufindende Gestaltungsvielfalt zeige, seien mannigfaltige Möglichkeiten der Gestaltung von Weinflaschen vorstellbar, von der die Weinerzeuger jedoch bisher keinen Gebrauch machten.

Die Anmelderin beantragt,

die angegriffenen Beschlüsse der Markenstelle aufzuheben.

Hilfsweise regt sie die Zulassung der Rechtsbeschwerde an. Sie hat sich in der auf ihren Antrag hin durchgeführten mündlichen Verhandlung mit einem Übergang ins schriftliche Verfahren einverstanden erklärt.

II

Die zulässige Beschwerde erweist sich als begründet. Der Eintragung der angemeldeten Marke stehen die in den §§ 3 und 8 MarkenG aufgeführten Schutzhindernisse nicht entgegen.

Die angemeldete Marke besteht nicht ausschließlich aus einer Form, die durch die Ware selbst bedingt ist (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) oder die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG).

Nach den vorstehend aufgeführten Bestimmungen sind vom Markenschutz nicht nur Warenformen ausgeschlossen, die ausschließlich aus technisch notwendigen Merkmalen bestehen, sondern alle Warenformen, 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 (EuGH GRUR 2002, 804, 809, Nr. 81 ff. – Philips). Damit schließt das Gesetz im

öffentlichen Interesse aus, dass der Inhaber des Markenrechts technische Lösungen oder Eigenschaften einer Ware für sich monopolisieren und dadurch Mitbewerber auf Grund seiner Markeneintragung daran hindern kann, bei der Gestaltung ihrer Produkte eine bekannte technische Lösung einzusetzen oder ihren Produkten bestimmte vorteilhafte Eigenschaften zu verleihen. Die vorliegend angemeldete Marke weist jedoch Merkmale auf, die keine technische Funktion erfüllen. Die als Marke beanspruchte Flaschenform ist weder durch die Ware „Weine“ bedingt noch weist sie, soweit ersichtlich, eine technische Funktion auf. Gleiches gilt für die an den technisch vorteilhaften Gießrand der Flasche angepasste Form des Flaschenverschlusses, der weder aus technischen Gründen zwingend erforderlich ist noch sonst einen technischen Vorteil erkennen lässt, sondern ein gestalterisches Element darstellt.

Die angemeldete Marke besteht auch nicht ausschließlich aus einer Angabe oder einem Zeichen, das im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Bestimmung, der geografischen Herkunft oder sonstiger Merkmale von Weinen dienen kann und deshalb freizuhalten ist (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG).

Bei Waren, die keine ihnen innewohnende Form besitzen, weil sie z. B. eine flüssige Konsistenz aufweisen, und deren Vermarktung eine Verpackung erfordert, verleiht diese Verpackung dem Produkt seine Form. In diesen Fällen ist für die Prüfung der Anmeldung die Verpackung der Form der Ware dergestalt gleichzusetzen, dass die Verpackung als Form der Ware gelten und die Verpackung zur Bezeichnung der Merkmale der verpackten Ware, einschließlich ihrer äußeren Beschaffenheit, i. S. von Art. 3 Abs. 1 lit. C der Markenrechtsrichtlinie dienen kann (EuGH GRUR 2004, 428, 430, Nr. 44) der seinem Wortlaut und seinem Regelungsgehalt nach mit § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG übereinstimmt.

Daran, dass äußere Gestaltungen von Waren – bzw. deren notwendigen Verpackungen – frei verwendet werden können und nicht einem einzelnen Unternehmen vorbehalten bleiben, besteht grundsätzlich ein besonderes Interesse der All-

gemeinheit (EuGH GRUR 2003, 514, Nr. 73 – Linde, Winward und Rado; BGH GRUR 2006, 679, 682, Nr. 21 – Porsche Boxster). Dabei ist im Rahmen der Prüfung des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG nicht nur das gegenwärtige Verkehrsverständnis maßgeblich, sondern die objektive Eignung der angemeldeten Form, zur Beschreibung von Merkmalen einschlägiger Waren dienen zu können, wobei nicht nur auf die aktuellen Gegebenheiten abzustellen, sondern auch zu prüfen ist, ob eine entsprechende beschreibende Verwendung der fraglichen Form vernünftigerweise in der Zukunft erwartet werden kann (EuGH GRUR 1999, 723, 726, Nr. 30 – Chiemsee). Zur Vermeidung unnötiger Schutzverweigerungen wird aber von einer Eignung zur Warenbeschreibung nur dann auszugehen sein, wenn im Hinblick auf den branchenüblichen Formenschatz sowie in Berücksichtigung der warenspezifischen Entwicklungen bei der Formgebung vernünftigerweise mit einem beschreibenden Einsatz der angemeldeten Waren- oder Verpackungsform zu rechnen ist (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Auflage, § 8 Rdn. 282). Hierfür sind tatsächliche Anhaltspunkte unerlässlich. Die bloß theoretische Möglichkeit einer entsprechenden Entwicklung reicht insoweit nicht aus (EuGH a. a. O. - Chiemsee; Ströbele/Hacker a. a. O.).

Hiervon ausgehend ist die Eignung der angemeldeten Marke, die Beschaffenheit der beanspruchten Ware zu beschreiben, zu verneinen. Zwar besteht diese, wie bereits dargelegt, ausschließlich aus der äußeren Form der - wegen ihrer flüssigen Konsistenz notwendigen - Verpackung der beanspruchten Ware „Weine“. Die angemeldete Formmarke hebt sich jedoch von dem durch die Markenstelle und den Senat ermittelten branchenüblichen Formenschatz deutlich ab und es sind auch keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die beanspruchte Form sich in Zukunft zu einer von den Mitbewerbern als solcher benötigten Verpackungsform entwickeln wird.

Bei der Beurteilung der Branchenüblichkeit der angemeldeten Flaschenform war, ausgehend von deren anmeldungsgemäßer Bestimmung für „Weine“, auf die Normen und Gewohnheiten dieses Warenbereichs und darüber hinaus auf die

Normen und Gewohnheiten abzustellen, die im Bereich der Verpackung von Waren gleicher Art gelten, die für dieselben Verbraucher bestimmt sind wie die Waren, für die die Eintragung beantragt wird (EuGH MarkenR 2006, 19, 21, Nr. 33 - Standbeutel). In die Schutzfähigkeitsbeurteilung waren deshalb nicht nur die für Weine üblichen Flaschenformen einzubeziehen, sondern auch solche, die auf benachbarten Warengebieten der Norm oder Üblichkeit entsprechen. Demgemäß war auch der Formenschutz auf dem Gebiet der Schaumweine und Sekte, die häufig von denselben Verbrauchern nachgefragt werden wie Weine, weil sie auch aus Trauben erzeugt werden und einen ähnlichen Geschmack und Alkoholgehalt aufweisen, in die Prüfung gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG einzubeziehen. Dabei hat sich der Senat davon überzeugen können, dass auf den vorstehend aufgeführten Warengebieten, von wenigen Ausnahmen abgesehen, ein – zum Teil aus abfülltechnischen Gründen bedingt – weitgehend genormter Formenschutz (z. B. die sog. Bordeaux-, Burgunder- oder Rieslingflasche) und im übrigen ein traditionell weitgehend einheitlicher Formenschutz (wie z. B. der Bocksbeutel) anzutreffen ist, der sich im wesentlichen – abgesehen von dem zuvor angeführten Bocksbeutel – auf lange und gerade Flaschenformen beschränkt. Von diesem branchenüblichen Formenschutz hebt sich die angemeldete Marke sowohl durch ihre bauchige, ovale Form als auch durch die Art der Gestaltung ihres kurzen Flaschenhalses mit Ausgießrand und die Gestaltung des andersfarbigen Flaschenverschlusses erheblich ab. Auch soweit einzelne im Verkehr festgestellte Flaschenformen mehr oder weniger geringfügige Abweichungen von dem genormten oder traditionell üblichen Formenschutz aufweisen, sind diese mit den Merkmalen der angemeldeten Flaschenform nicht vergleichbar. Auch von diesen wenigen, die ansonsten bestehende „Uniformität“ der verkehrsüblichen Wein- und Sektkflaschen verlassenden Flaschenformen unterscheidet sich die angemeldete Marke in ihrer Gesamtgestaltung erheblich.

Es sind auf dem Warengbiet der Weine und Sekte auch keine tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Entwicklung der Flaschen- und Verschlussformen in Richtung auf eine Form ersichtlich, die der angemeldeten Flaschen- und Verschlussform

entspricht. Vielmehr ist der Wein- und Sektmarkt weitgehend geprägt durch ein Festhalten an Traditionen, die von den beteiligten Unternehmen auch durch die verwendeten Verpackungen und Etiketten herausgestellt werden. Selbst in Fällen, in denen die Gestaltung der Etiketten nicht mehr traditionellen Vorstellungen folgt, sondern modernere Ansätze erkennen lässt, ist feststellbar, dass auch in diesen Fällen die Abfüllung der Weine und Sekte in aller Regel weiterhin in die traditionellen Weinflaschen und unter Verwendung von üblichen Korken, Kunststoffpfropfen oder allenfalls von Kronkorken erfolgt. Bei dieser Sachlage ist eine Freihaltung der beanspruchten Flaschenform als Beschaffenheitsangabe für Weine aus derzeitiger Sicht des Senats nicht geboten, zumal da diese Form auch keinerlei Hinweis auf die Art, Beschaffenheit oder geografische Herkunft der darin abgefüllten Weine zu geben vermag. Soweit Mitbewerber der Anmelderin für den maßgeblichen Eintragungszeitpunkt über von den vorstehenden Feststellungen des Senats abweichende oder darüber hinausgehende Kenntnisse verfügen sollten, bleibt es ihnen – im Rahmen der bestehenden zeitlichen Grenzen – unbenommen, diese im Wege eines Löschungsantrages geltend zu machen.

Der angemeldeten Marke fehlt letztlich auch nicht jegliche Unterscheidungskraft i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

Eine dreidimensionale Marke, die aus der Form der Ware oder ihrer notwendigen Verpackung besteht, wird von den maßgeblichen Verkehrskreisen nicht notwendig in gleicher Weise wahrgenommen wie eine Wort- oder Bildmarke, die aus einem Zeichen besteht, das vom Erscheinungsbild der mit der Marke bezeichneten Waren unabhängig ist; denn auch wenn grafische oder Wortelemente fehlen, schließen die Durchschnittsverbraucher aus der Form der Ware oder der Form ihrer Verpackung gewöhnlich nicht auf die betriebliche Herkunft der Ware. Eine solche Marke besitzt deshalb nur dann Unterscheidungskraft, wenn sie erheblich von der Norm oder Branchenüblichkeit abweicht und deshalb ihre kennzeichnende Funktion erfüllt (EuGH a. a. O., Nr. 38 f. – Henkel; a. a. O. Nr. 28 f. und 31 - Standbeutel).

Die angemeldete Marke ist entgegen der im angegriffenen Beschluss der Markenstelle vertretenen Ansicht noch geeignet, eine kennzeichnende Funktion zu erfüllen. Wie bereits oben im Rahmen der Ausführungen zu § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ausführlich dargelegt worden ist, hebt sich die angemeldete Marke insgesamt, also in der Gesamtschau aller ihrer Merkmale (Flaschenform, Verschlussform und Zweifarbigkeit) von dem maßgeblichen, auf dem Warengbiet der Weine und Sekte üblichen Formenschatz doch noch so erheblich ab, dass die angemeldete Gestaltung über das erforderliche Minimum an Unterscheidungskraft noch verfügt. Dementsprechend ist allerdings der Schutzzumfang der Marke auch gering, so dass letztlich Schutz nur gegen eine - markenmäßige - Verwendung der konkreten bauchigen Gestaltung mit dem kurzen Flaschenhals sowie dem in einer anderen Farbe gehaltenen Verschluss besteht (vgl. BGH GRUR 2007, 780 - Pralinenform). Auf die diesbezüglichen Ausführungen wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen. Bei dieser Sachlage kann die auf § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG gestützte Zurückweisung der Anmeldung keinen Bestand haben.

Dr. Fuchs-Wisseemann

Richterin Prietzel-Funk ist
an den BGH abgeordnet
und deshalb an der Un-
terschrift gehindert.

Dr. Fuchs-Wisseemann

Reker

Bb