



# BUNDESPATENTGERICHT

24 W (pat) 93/00

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Markenmeldung 300 04 136.5**

hat der 24. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 27. Juli 2004 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Ströbele sowie des Richters Prof. Dr. Hacker und der Richterin Kirschneck

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## **Gründe**

### **I.**

Die nachfolgend abgebildete Darstellung

siehe Abb. 1 am Ende

ist als dreidimensionale Marke für die Waren

"chemische Erzeugnisse für gewerbliche Zwecke; Seifen, Wasch- und Bleichmittel; Mittel zum Spülen von Geschirr und Wäsche, Putz- und Poliermittel, chemische Mittel zum Reinigen von Holz, Metall, Glas, Kunststoff, Stein, Porzellan und Textilien"

zur farbigen Eintragung (Farben: rot, grün, weiß) in das Register angemeldet.

Die mit einer Beamtin des höheren Dienstes besetzte Markenstelle für Klasse 3 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung wegen fehlender Unterscheidungskraft und im Hinblick auf ein bestehendes Freihaltebedürfnis zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, daß einem dreidimensionalen Zei-

chen, das die Form der Ware selbst darstelle, die erforderliche Unterscheidungskraft nur dann zugesprochen werden könne, wenn der Gegenstand selbst von herkunftskennzeichnender Gestalt sei und die Marke diese Originalität erkennen lasse. Diesen Anforderungen genüge die angemeldete Marke nicht. Wasch- und Reinigungsmittel würden zunehmend in Form von Tabletten angeboten. Diese wiesen meist zwei Schichten auf. Die Schichten zeigten dem Verkehr an, daß die Tablette zwei Wirkstoffe enthalte, die in zwei Phasen freigesetzt würden. Die vorliegende dreilagige Ausgestaltung weise insoweit lediglich darauf hin, daß die Tablette drei Wirkstoffe enthalte und in drei Phasen wirke. Form- und Farbgestaltung der angemeldeten Marke hielten sich im Rahmen der auf dem vorliegenden Warengebiet vorhandenen Gestaltungsvielfalt und könnten daher auch in ihrer Gesamtheit keinen Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Ware geben.

Gegen diese Beurteilung richtet sich die Beschwerde der Anmelderin. Sie macht geltend, daß weder die Form noch die Farbgebung der angemeldeten Marke eine technische Funktion erfülle. An die darüber hinaus erforderliche Unterscheidungskraft könnten nur geringe Anforderungen gestellt werden, denen die angemeldete Marke genüge. Auf dem Markt der Wasch- und Reinigungsmittel existiere eine Vielzahl von Produkten in Tablettenform. Die Produkte seien aber jeweils unterschiedlich ausgestaltet und würden vom Verkehr insoweit als Hinweis auf das hinter dem Produkt stehende Unternehmen aufgefaßt. Im vorliegenden Fall komme hinzu, daß die beanspruchte Tablette *drei* farblich verschiedene Schichten aufweise. Der Verkehr erkenne darin ein neues alternatives Wasch- oder Reinigungsmittelprodukt, das im Gegensatz zu den üblichen zweilagigen Tabletten ein drittes Element enthalte, dem in Kombination mit den anderen Schichten kennzeichnende Wirkung zukomme. Im übrigen seien vergleichbare Marken sowohl in anderen Ländern der Europäischen Union als auch in Deutschland zur Eintragung gelangt.

Die Anmelderin beantragt,

den angefochtenen Beschluß der Markenstelle aufzuheben.

Hilfsweise regt sie die Zulassung der Rechtsbeschwerde an.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Die Beschwerde ist zulässig, in der Sache aber nicht begründet.

1. Wie die Markenstelle zutreffend ausgeführt hat, werden die von der Anmeldung erfaßten Waren seit einigen Jahren außer in flüssiger und pulveriger Konsistenz auch in Form von Tabletten angeboten. Das angemeldete dreidimensionale Zeichen stellt insoweit die Form der beanspruchten Waren selbst dar.

2. Ein Zeichen, das die Form der beanspruchten Ware darstellt, ist nach § 3 Abs. 1 MarkenG dem Markenschutz grundsätzlich zugänglich, sofern nicht einer der Ausschlußtatbestände des § 3 Abs. 2 MarkenG eingreift. Dies ist hier nicht der Fall. Insbesondere steht der vorliegenden Anmeldung nicht das Schutzhindernis des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegen.

Nach dieser Vorschrift sind dem Markenschutz nicht zugänglich Zeichen, die ausschließlich aus einer Form bestehen, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs setzt dieser Ausschlußtatbestand nicht voraus, daß die konkrete angemeldete Form zwingend erforderlich ist, um eine bestimmte technische Wirkung zu erreichen. Vielmehr reicht es aus, daß die wesentlichen Formmerkmale technisch bedingt sind. Unerheblich ist insoweit, ob dieselbe technische Wirkung auch mit

Hilfe einer anderen Formgestaltung verwirklicht werden könnte (EuGH GRUR 2002, 804, 809 Rn. 81 ff. "Philips").

Die angemeldete Marke weist die Form eines Quaders mit rechteckigem Grundriß und abgerundeten Ecken auf. Diese Form ist als solche allerdings wesentlich technisch-funktionaler Natur. So sind etwa die Spülmittelkammern von Geschirrspülmaschinen häufig in Form eines verschließbaren quaderförmigen Hohlraumes mit abgerundeten Ecken ausgebildet. Die angemeldete Warenform eignet sich daher in besonderer Weise, den vorgegebenen Raum für das Spülmittel in optimaler Weise auszunutzen.

Die angemeldete Marke erschöpft sich indessen nicht hierin. Sie weist über die beanspruchte Warenform hinaus eine bestimmte farbliche Gestaltung auf, die drei Schichten, nämlich eine rote, eine dünnere grüne und eine weiße Schicht erkennen läßt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat die Anmelderin bereits mit der entsprechenden Wiedergabe ihrer Marke in der Anmeldung und mit der Angabe, daß die Marke farbig mit den genannten Farben eingetragen werden solle (vgl. Feld 6 der Anmeldung), eine Beschränkung des Gegenstandes der Anmeldung auf die genannte Farbstellung vorgenommen (vgl. BGH, Beschluß v. 29. April 2004, I ZB 26/02, Umdr. S. 7 "Farbige Arzneimittelkapsel"). Diese konkrete farbliche Ausgestaltung folgt, soweit ersichtlich, keinen technischen Vorgaben. Die angemeldete Marke betrifft daher kein Zeichen, das ausschließlich (oder wesentlich) aus einer (technisch bedingten) Form besteht.

3. Die Anmeldung scheidet jedoch – wie die Markenstelle zu Recht angenommen hat – an dem Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG).

a) Unterscheidungskraft in diesem Sinne setzt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs voraus, daß die Marke geeignet ist, die Ware, für welche die Eintragung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen

stammend zu kennzeichnen und diese Ware somit von den Waren anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. EuGH GRUR 2003, 514, 517 Rn. 40 "Linde, Winward u. Rado"; GRUR 2004, 428, 431 Rn. 48 "Henkel"). Dabei dürfen von Rechts wegen an die Unterscheidungskraft von Marken, welche die Form der Ware selbst darstellen, keine höheren Anforderungen gestellt werden als bei herkömmlichen Markenformen, wie z.B. Wort- oder Bildmarken (EuGH GRUR 2003, 514, 517 Rn. 46 "Linde, Winward u. Rado"; vgl. auch EuG GRUR Int. 2003, 944, 946 Rn. 32 "Zigarrenform/Goldbarren"; GRUR Int. 2003, 462, 464 Rn. 38 "Kühlergrill"). Deswegen unbeschadet hat der Europäische Gerichtshof mehrfach darauf hingewiesen, daß die Form einer Ware vom Verkehr in der Regel nicht als Herkunftshinweis aufgefaßt wird (vgl. EuGH GRUR 2003, 514, 517 Rn. 48 i.V.m. Rn. 32-35 "Linde, Winward u. Rado"; GRUR 2004, 428, 431 Rn. 52 "Henkel"; MarkenR 2004, 224, 229 Rn. 38 "Waschmitteltabs"; MarkenR 2004, 231, 236 Rn. 36 "Quadratische Waschmitteltabs"). Auch der Bundesgerichtshof betont, daß der Verkehr in der Form einer Ware regelmäßig nur einen Hinweis auf die ästhetische oder funktionelle Gestaltung der Ware, nicht aber auf ihre betriebliche Herkunft sieht (BGH GRUR 2003, 332, 334 "Abschlußstück"; GRUR 2003, 712, 714 "Goldbarren"). Dasselbe gilt – ebenso wie für Farben an sich (vgl. EuGH GRUR 2003, 604, 608 Rn. 65 "Libertel"; Urteil v. 24. Juni 2004, C-49/02, Rn. 38 f. "Farben Blau und Gelb"; BGH GRUR 2004, 151, 154 "Farbmarkenverletzung I"; GRUR 2004, 154, 155 "Farbmarkenverletzung II") – auch für die farbliche Gestaltung, in der eine Warenform geschützt werden soll (EuGH MarkenR 2004, 224, 229 Rn. 38 "Waschmitteltabs"; MarkenR 2004, 231, 236 Rn. 36 "Quadratische Waschmitteltabs").

Demnach kann zwar nicht gefordert werden, daß die Marke eine besondere Originalität aufweist oder sonst eigenartig ist (vgl. BGH GRUR 2001, 56, 58 – "Likörflasche"). Andererseits kann die Schutzfähigkeit einer aus der Form der Ware, aus einer Farbe oder aus einer farblich ausgestalteten Warenform bestehenden Marke aber auch nicht losgelöst von dem wettbewerblichen Umfeld beurteilt werden, in dem sie nach Maßgabe des Warenverzeichnisses eingesetzt werden soll. Die

beanspruchte Marke muß sich vielmehr *erheblich* von diesem Umfeld absetzen, damit ihr die erforderliche Herkunftskennzeichnungsfunktion zugesprochen werden kann (EuGH GRUR 2004, 428, 431 Rn. 49 "Henkel"; MarkenR 2004, 224, 229 Rn. 39 "Waschmitteltabs"; MarkenR 2004, 231, 236 Rn. 37 "Quadratische Waschmitteltabs"). Weist dieses Umfeld bereits eine große Vielfalt an Formen und Farben auf, in die sich die angemeldete Marke ohne weiteres einfügt, so ist die Unterscheidungskraft zu verneinen (vgl. BGH GRUR 2001, 416, 417 "OMEGA"; GRUR 2001, 418, 420 "Montre"), sofern sich nicht (ausnahmsweise) feststellen läßt, daß der Verkehr die Produkte der verschiedenen Hersteller auf dem betreffenden Warengebiet anhand der Form und/oder Farbe voneinander unterscheidet (vgl. hierzu auch BGH GRUR 2004, 329, 330 "Käse in Blütenform"; Beschl. v. 29. April 2004, I ZB 26/02, Umdr. S. 9 f. "Farbige Arzneimittelkapsel").

b) Nach diesen Grundsätzen kann nicht angenommen werden, daß die angemeldete Marke die erforderliche Unterscheidungskraft aufweist. Ihrer Form nach stellt die angemeldete Marke einen Quader mit rechteckigem Grundriß und abgerundeten Ecken dar. Diese Form ist – wie bereits unter 2) ausgeführt – weitgehend technisch bedingt und liegt auch sonst im Rahmen der auf dem vorliegenden Warengebiet der Wasch- und Reinigungsmitteltabletten gängigen Grundformen. Die dargestellte Warenform kann daher als solche die erforderliche Unterscheidungskraft der Marke nicht begründen.

Die farbliche Gestaltung der Marke läßt drei Schichten erkennen. Wie die Markenstelle zutreffend ausgeführt und belegt hat, werden auf dem vorliegenden Warengebiet vielfach in mehreren, meist zwei Phasen wirkende Tabletten mit entsprechenden Farbschichten angeboten. Vor diesem Hintergrund wird der angesprochene Verkehr der im vorliegenden Fall vorhandenen dritten Schicht den Hinweis entnehmen, daß die Tablette einen dritten Wirkstoff enthält, der gegebenenfalls in einer dritten Wirkungsphase freigesetzt wird. Dies sieht auch die Anmelderin selbst so (vgl. Schriftsatz vom 6. Oktober 2000, Bl. 2, 2. Abs. aE = GA Bl. 9). In-

wieweit sich hiermit, wie die Anmelderin meint, eine besondere Herkunftsvorstellung verbinden soll, ist nicht ersichtlich.

Eine andere Beurteilung ist auch nicht durch den von der Anmelderin angeführten Beschluß des 26. Senats des Bundespatentgerichts vom 17. November 1999 in der Sache 26 W (pat) 131/99 nahegelegt. Darin ist einer zweischichtigen Tablette mit ovaler Einlagerung die erforderliche Unterscheidungskraft zuerkannt worden. Die Entscheidung betraf damit eine andere als die hier zu beurteilende Fallgestaltung und ist im vorliegenden Zusammenhang schon deswegen unbeachtlich. Darüber hinaus dürfte die Entscheidung des 26. Senats durch die jüngste Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs überholt sein, wonach u.a. den nachfolgend abgebildeten Wasch- und Reinigungstabletten mit Einlagerungen

Abb. 2 am Ende

die erforderliche Unterscheidungskraft abgesprochen worden ist (EuGH, Urteil v. 29. April 2004, verbundene Rechtssachen C-473/01 P und C-474/01 P).

Auch die konkrete Farbstellung der Schichten (rot, grün, weiß) vermag die Schutzfähigkeit der Marke nicht zu begründen. Unbehelflich ist insoweit der – in der Sache, soweit ersichtlich, zutreffende – Hinweis der Anmelderin, daß die Farbgebung nicht technisch bedingt ist. Denn wäre dies der Fall, so müßte in entsprechender Anwendung von § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG bereits die Markenfähigkeit der angemeldeten Marke verneint werden. Es kann aber nicht umgekehrt von der gegebenen Markenfähigkeit auf das Vorliegen der erforderlichen Unterschei-



dungskraft geschlossen werden (EuGH MarkenR 2004, 224, 228 Rn. 32 "Waschmitteltabs"; MarkenR 2004, 231, 236 Rn. 30 "Quadratische Waschmitteltabs").

Nach der Behauptung der Anmelderin ordnet der Verkehr auf dem vorliegenden Warengbiet die Tablettenprodukte aufgrund ihrer Farbgestaltung einem bestimmten Hersteller zu. Ihr Vorbringen läßt jedoch nicht erkennen, worauf sich diese Annahme stützt (vgl. hierzu BGH GRUR 2004, 506, 509 "Transformatorgehäuse"). Der Senat kann dem auch nicht aus eigener Erkenntnis beitreten. So hat die Anmelderin selbst vorgetragen, daß auf dem vorliegenden Warengbiet der Wasch- und Reinigungsmittel eine große Zahl von Tablettenprodukten in unterschiedlichsten Ausgestaltungen angeboten wird. Beispiele hierfür sind auch dem angefochtenen Beschluß der Markenstelle beigelegt. Bei dieser Sachlage widerspricht es der Lebenserfahrung, daß der Verkehr die Farbstellung einem bestimmten Unternehmen zuordnet. Vielmehr ist anzunehmen, daß der Verkehr die farbliche Ausgestaltung der beanspruchten Produktform nur als solche zur Kenntnis nimmt, ohne damit einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Waren zu verbinden (vgl. BGH, Beschl. v. 29. April 2004, I ZB 26/02, Umdr. S. 10 "Farbige Arzneimittelkapsel"). Insoweit gilt hier nichts anderes als für Farben im allgemeinen (vgl. hierzu EuGH GRUR 2003, 604, 608 Rn. 65 "Libertel"; Urteil v. 24. Juni 2004, C-49/02, Rn. 38 f. "Farben Blau und Gelb").

b) Die angemeldete dreidimensionale Marke stellt sich nach alledem als eine weitgehend technisch bedingte Warengrundform in einer farblichen Ausgestaltung dar, die teils technisch-funktionale Eigenschaften der Ware andeutet und sich im übrigen in das gegebene wettbewerbliche Umfeld einfügt. Insoweit besteht kein Anhaltspunkt dafür, daß der Verkehr in der angemeldeten Marke einen individuellen betrieblichen Herkunftshinweis erkennen kann. Die Unterscheidungskraft ist daher zu verneinen.

4. Die von der Anmelderin angeführten anderweitigen Markeneintragungen betreffen andere Tablettengestaltungen. Sie sind für das vorliegende Verfahren un-

beachtlich (vgl. EuGH GRUR 2004, 428, 432 Rn. 64 "Henkel"; BGH Bl. f. PMZ 1998, 248, 249 "Today").

5. Für die hilfsweise angeregte Zulassung der Rechtsbeschwerde fehlt es an den gesetzlichen Voraussetzungen (§ 83 Abs. 2 MarkenG). Die für die Entscheidung des vorliegenden Falles relevanten Rechtsfragen sind durch die neueste Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs – insbesondere zur Unterscheidungskraft von Wasch- und Reinigungstabletten – letztinstanzlich geklärt.

Ströbele

Kirschneck

Hacker

Hu

Abb. 1



Abb. 2

