



BUNDESPATENTGERICHT

24 W (pat) 99/02

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 399 09 154.8

hat der 24. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 17. August 2004 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Ströbele sowie des Richters Guth und der Richterin Kirschneck

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die nachfolgend dargestellte Bildmarke

siehe Abb. 1 am Ende

ist zur farbigen Eintragung mit den Farben „gelb - weiß - gelb“ für die Waren

„Klasse 3:

Seifen; Parfümerien, ätherische Öle, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Haarwässer, Zahnputzmittel;

Klasse 5:

Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Babykost; Pflaster, Verbandsmaterial;

Klasse 29:

Nahrungsergänzungsmittel und diätetische Lebensmittel für nicht-medizinische Zwecke (soweit in Klasse 29 enthalten)“

angemeldet. Der Anmeldung ist eine Beschreibung mit folgendem Wortlaut beigefügt: „Die Farbkombination ist 100% gelb, 8% magenta, der Verlauf der Farben ist 100% zu 0% zu 100%.“

Mit zwei Beschlüssen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, hat die Markenstelle für Klasse 3 des Deutschen Patent- und Markenamts die Anmeldung wegen fehlender Unterscheidungskraft gemäß §§ 8 Abs 2 Nr 1, 37 Abs 1 MarkenG zurückgewiesen. Zur Begründung ist im wesentlichen ausgeführt, daß das angemeldete hochkant stehende Rechteck in den Farben gelb - weiß - gelb eine übliche Ausstattungsvariante für die beanspruchten Waren darstelle, welcher der Verkehr von Haus aus keine Unterscheidungskraft beimessen werde. Farbige Flächen als einfache Rechtecke dienen grundsätzlich nur zur werbemäßigen Hervorhebung bzw stellten die Ansicht einer Verpackungsseite oder ein Etikett dar, machten die Waren eines Unternehmens aber nicht von denen anderer Unternehmen unterscheidbar. Zwar könne uU eine in ihrer Art eigenwillige und gegenüber Aufmachungen anderer Konkurrenzprodukte ungewöhnliche Bild- und Farbgebung die Unterscheidungskraft einer Bildmarke begründen. Die von der Anmel-

derin beanspruchte Bildgestaltung sei jedoch keine derartige außerordentliche oder ungewöhnliche Kombination, sondern gehöre in den Bereich der häufig genutzten, Aufmerksamkeit erregenden Farbzusammenstellungen. Auf dem hier betroffenen Warenssektor der Körperpflege- und Schönheitsmittel, Pharmazeutika und Nahrungsergänzungsmittel sei der Verkehr nicht daran gewöhnt, Waren oder deren Verpackungen allein aufgrund der Farbgebung ohne jedes zusätzliche graphische oder schriftbildliche Element nach ihrer Herkunft zu unterscheiden. Auf diesen Warengelieten werde das Publikum in vielfältiger Weise mit farbig gestalteten Rechtecken konfrontiert, die aber gerade nicht auf Waren eines Unternehmens hinweisen, sondern als dekorative Gestaltung angesehen würden. Auch die gewählte Gestaltung in Form eines Farbverlaufs wirke auf diesen Produktsektoren keineswegs ungewöhnlich, sondern werde vielmehr in der Werbung inflationär gebraucht, wie die dem Beschlulß beigefügte Recherche belege.

Gegen diese Beurteilung richtet sich die Beschwerde der Anmelderin. Sie trägt vor, daß mit der Anmeldung nicht eine Aufmachungsmarke begehrt werde, sondern eine farbige Bildmarke. Dieser fehle nicht das erforderliche Mindestmaß an Unterscheidungskraft. So weise die festumrissene bildliche Darstellung in bezug auf die beanspruchten Waren keinen beschreibenden Charakter auf, da weder die konkret verwendeten Farben noch der gewählte Farbverlauf in irgendeinem Bezug zu den Waren stünden. Auch werde die Darstellung bislang nicht als Emblem oder selbständiges Ausstattungselement im Bereich der beanspruchten Waren verwendet. Unerheblich sei insoweit, daß auf dem betreffenden Warenssektor Einfärbungen, insbesondere vereinzelt auch in Form des angemeldeten Farbverlaufs oder in den Farben weiß und gelb, als Hintergrund zur Aufmachung von Verpackungen anzutreffen seien. Wenn die angemeldete bildliche Darstellung dem Betrachter beispielsweise auf einer Warenverpackung in Alleinstellung gegenüberetrete, weise sie eine die erforderliche Unterscheidungskraft begründende Unüblichkeit und Eigenart auf. Die Anmelderin verweist im übrigen auf den Beschlulß des Bundespatentgerichts vom 7. Juli 2000, 33 W (pat) 248/98, in dem

die Schutzfähigkeit einer mit der vorliegenden Anmeldung vergleichbaren farbigen Bildmarke bejaht worden sei. Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu verschiedenen Farbmarken enthalte keine relevanten neuen Gesichtspunkte, da auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt einer angemeldeten farbigen Bildmarke die Überlegungen zur Unterscheidungskraft von abstrakten Farbmarken nicht übertragbar seien.

Die Anmelderin beantragt,

die angefochtenen Beschlüsse der Markenstelle aufzuheben.

Hilfsweise regt sie an, die Rechtsbeschwerde zuzulassen. Im Hinblick auf die zitierte Entscheidung des 33. Senats des Bundespatentgerichts erfordere dies die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung.

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

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Auch nach Auffassung des Senats ist die angemeldete Marke wegen Fehlens jeglicher Unterscheidungskraft gemäß § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG von der Eintragung ausgeschlossen. Die Markenstelle hat die Anmeldung daher zu Recht zurückgewiesen (§ 37 Abs 1 MarkenG).

Gegenstand der Anmeldung ist, wie eindeutig aus dem Anmeldeantrag, insbesondere den dort angekreuzten beiden Kästchen „Bildmarke“ und „Farbige Eintragung mit folgenden Farben“, zu entnehmen ist, die in der Anlage beigefügte Wieder-

gabe des gelb-weiß-gelben hochkant stehenden Rechtecks als farbige Bildmarke und nicht eine abstrakte Farbmarke in den wiedergegebenen Farben. Die gemäß § 8 Abs 5 MarkenV beigefügte Beschreibung dient insoweit lediglich dazu, die konkrete Farbgebung des abgebildeten Rechtecks zu beschreiben. Hiervon ist offensichtlich auch die Markenstelle in den angefochtenen Beschlüssen ausgegangen, wenn sie etwa auf Blatt 2 des Erinnerungsbeschlusses ausführt: „Für die Markenstelle ist Gegenstand des vorliegenden Anmelde- und Erinnerungsverfahrens die von der Anmelderin angemeldete Bildmarke, zu der eine Beschreibung mit folgendem Wortlaut eingereicht wurde“.

Unterscheidungskraft im Sinn der oben genannten Bestimmung ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, die Waren, für welche die Eintragung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Waren von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl ua EuGH MarkenR 2002, 231, 235 (Nr 35) „Philips/Remington“; MarkenR 2003, 187, 190 (Nr 40) „Linde ua“; MarkenR 2004, 116, 120 (Nr 48) „Waschmittelflasche“). Die Unterscheidungskraft ist zum einen im Hinblick auf die angemeldeten Waren und zum anderen im Hinblick auf die beteiligten Verkehrskreise zu beurteilen, wobei auf die mutmaßliche Wahrnehmung eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der fraglichen Waren abzustellen ist (vgl EuGH aaO (Nr 41) „Linde ua “; aaO (Nr 50) „Waschmittelflasche“). Außerdem ist zu berücksichtigen, daß der Verkehr ein als Marke verwendetes Zeichen idR so aufnimmt, wie es ihm entgegentritt, ohne es einer näheren analysierenden Betrachtungsweise zu unterziehen (vgl ua BGH GRUR 1999, 1093, 1094 „FOR YOU“; MarkenR 2000, 420, 421 „RATIONAL SOFTWARE CORPORATION“; GRUR 2001, 1151, 1152 „marktfrisch“; EuGH aaO (Nr 53) „Waschmittelflasche“). Einem Bildzeichen wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im allgemeinen die konkrete Unterscheidungskraft fehlen, soweit es lediglich die typischen Merkmale der in Rede stehenden Waren darstellt oder sich in einfachen dekorativen Gestaltungsmitteln erschöpft, an die sich der Verkehr etwa durch häufige Verwendung gewöhnt hat (vgl zuletzt BGH GRUR

2004, 683, 684 „Farbige Arzneimittelkapsel“). Insbesondere ist anerkannt, daß einfache geometrische Formen oder sonstige einfache grafische Gestaltungselemente, die - wie dem Verkehr aus Erfahrung bekannt ist - in der Werbung aber auch auf Warenverpackungen oder Geschäftsbriefen üblicherweise in bloß ornamentaler, schmückender Form verwendet werden, keine Unterscheidungskraft aufweisen (vgl BGH GRUR 2000, 502, 503 „St. Pauli Girl“; GRUR 2001, 734, 735 „Jeanshosentasche“). Als ein derartiges einfaches, für die angemeldeten Waren bzw ihre Verpackung rein ausschmückendes dekoratives Gestaltungselement ist die angemeldete Abbildung des gelb-weiß-gelben Rechteckes zu beurteilen.

Ein Rechteck stellt eine der einfachsten geometrischen Figuren dar. Rechtecke und rechteckige Flächen begegnen dem Verbraucher auf nahezu allen Warengeländen in vielfältiger Weise als Designbestandteil von Produktaufmachungen, insbesondere in Form rechteckiger Etiketten und Untergrundflächen sowie auch als Seitenansicht rechteckiger Verpackungsschachteln. Dies ist jedem Konsumenten aus eigener Erfahrung bekannt und wird durch die dem Erinnerungsbeschluß angefügten Werbeanzeigen und -prospekte für einschlägige Produkte bestätigt. In der in der angemeldeten Marke dargestellten Rechtecksform wird der Verkehr daher kein Zeichen sehen, daß auf die Herkunft der Waren aus einem bestimmten Unternehmen hinweist.

Nicht zu beanstanden ist im weiteren die Beurteilung der Markenstelle, daß sich die Unterscheidungskraft der Anmeldemarke nicht aus der konkreten farblichen Gestaltung der rechteckigen Fläche ergibt, die im oberen und unteren Bereich gelb und im mittleren Bereich weiß eingefärbt ist, wobei die Farben fließend ineinander übergehen.

Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, daß nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu abstrakten Farbmarken (vgl EuGH GRUR 2003, 604, 608 (Nr 65-67) „Libertel“; Mitt 2004, 367, 369 (Nr 37-39) „Farbmarke Blau-Gelb“), Farben oder Farbzusammenstellungen (als solche) ihrer Natur nach kaum geeig-

net sind, eindeutige Informationen zu übermitteln. Sie sind dies um so weniger, als sie in der Werbung und bei der Vermarktung von Waren und Dienstleistungen wegen ihrer Anziehungskraft gewöhnlich in großem Umfang ohne eindeutigen Inhalt verwendet werden. Von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, kommt Farben oder Farbzusammenstellungen daher nicht von vornherein Unterscheidungskraft zu, vielmehr können sie diese in bezug auf die angemeldeten Waren oder Dienstleistungen allenfalls infolge Benutzung erwerben (vgl hierzu auch BGH GRUR 2004, 151, 154 „Farbmarkenverletzung I“; GRUR 2004, 154, 155 „Farbmarkenverletzung II“). Außergewöhnliche Umstände, welche der in der Anmeldung gewählten gelb-weiß-gelben Farbzusammenstellung als solcher von Haus aus Unterscheidungskraft verleihen würden, liegen nicht vor. Auf dem betroffenen Marktsektor herrscht eine ausgesprochene Vielfalt an farbigen Produkt- und Verpackungsaufmachungen, wobei die Markenstelle belegt hat, daß auch gelb-weiße Farbkombinationen sowie ineinander übergehende Farbverläufe, insbesondere vom dunkleren zum helleren bzw weißen und wieder hin zum dunkleren Farbton, eine häufig anzutreffende Farbgestaltung von Produkten, Verpackungen oder Etiketten ist. Nachdem die Anmelderin ferner nicht geltend gemacht hat, daß sich die in der Marke verwendete Farbkombination für sie infolge ihrer Benutzung im Verkehr als Marke durchgesetzt hat, stellt diese kein unterscheidungskräftiges, der angemeldeten Marke insgesamt Schutz verleihendes Element dar.

Unterscheidungskraft erwächst der Anmeldemarke schließlich nicht aus der konkreten Kombination der Farbzusammenstellung mit der einfachen geometrischen Figur eines Rechtecks. Dies würde voraussetzen, daß durch die Verbindung der beiden für sich genommen nicht kennzeichnenden Bestandteile eine charakteristische, zur Erfüllung der Herkunftsfunktion geeignete Gestaltung erreicht wird, welche die Bedeutung als bloßes einfaches dekoratives Mittel der Produkt- bzw Verpackungsgestaltung oder Hervorhebung übersteigt (vgl Ströbele/Hacker, Markenrecht, 7. Aufl, § 8 Rdn 165 u 169, jeweils m Nachw a d Rspr; BGH aaO „Farbige Arzneimittelkapsel“). Dies ist hier nicht der Fall. Rechteckige Flächen als Element der Produkt- oder Packungsaufmachung, seien es Etiketten, sonstige Untergrund-

gestaltungen oder Seitenflächen von Verpackungsschachteln, sind gerade auf den hier betroffenen Warengebieten regelmäßig in den unterschiedlichsten Farben und Farbkombinationen ausgestaltet, wobei auch Farbkombinationen von der Markenstelle belegt worden sind, die der in der angemeldeten Marke verwendeten Farbgebung sehr nahe kommen. Es ist daher davon auszugehen, daß die angesprochenen Verkehrskreise, wenn ihnen die konkret angemeldete farbige Rechtecksfläche auf Waren der beanspruchten Art oder ihrer Verpackung begegnet und zwar auch in Alleinstellung und ohne weitere Beschriftungen oder grafische Elemente, darin lediglich ein dekoratives, farbiges Element der Produktaufmachung sehen werden, nicht hingegen ein auf die Herkunft der Waren aus einem bestimmten Unternehmen hinweisendes Zeichen.

Dem von der Anmelderin angeführten, die Unterscheidungskraft der dortigen Bildmarke bejahenden Beschluß des 33. Senats des Bundespatentgerichts vom 7. Juli 2000, 33 W (pat) 248/98, kommt für den vorliegenden Fall auch unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art 3 GG) keine Bindungswirkung zu, da es sich bei der Entscheidung über die Eintragbarkeit einer Marke nicht um eine Ermessens-, sondern um eine gebundene Entscheidung handelt, die jeweils einer eigenen Prüfung unterliegt (vgl BGH GRUR 1997, 527, 528 „Autofelge“; BIPMZ 1998, 248, 249 „Today“). Auch rein tatsächlich ergibt sich aus dieser Entscheidung kein Indiz für die Schutzfähigkeit der hier in Rede stehende Anmeldung, da die beiden Anmeldungen weder hinsichtlich der Waren noch hinsichtlich der Bildmarken übereinstimmen (vgl EuGH aaO (Nr 62, 65 aE) „Waschmittelflasche“).

Der Anregung der Anmelderin, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, war nicht zu folgen, da die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht gegeben sind (§ 83 Abs 2 MarkenG). Zum einen wirft der vorliegende Fall keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung auf. Vielmehr erschöpft sich die Entscheidung des Senats in der einzelfallbezogenen Anwendung mittlerweile höchstrichterlich geklärter Beurteilungsgrundsätze. Zum anderen erfordert das Ergebnis des Beschlusses

des 33. Senats nicht die Zulassung der Rechtsbeschwerde zur Sicherung einer einheitlichen Rechtssprechung. Insoweit ist nicht erkennbar und von der Anmelderin auch nicht dargetan, daß die jeweilige Beurteilung auf der Divergenz in einer Rechtsfrage beruht, dh die Entscheidung des 33. Senats einen - abstrakten - Rechtssatz aufstellt, der von einem die vorliegende Entscheidung tragenden Rechtssatz abweicht (vgl BGH NJW 2002, 2473, 2474; GRUR 2003, 259, 260; NJW 2004, 1167). Abgesehen davon, daß der dem Beschluß des 33. Senats zugrundeliegende Sachverhalt nicht in allen Punkten, insbesondere nicht hinsichtlich der angemeldeten Marken und der beanspruchten Waren, mit der vorliegenden Markenmeldung übereinstimmt, ist insbesondere nicht zu verkennen, dass zwischenzeitlich durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (aaO „Libertel“ und „Farbmarke Blau-Gelb“) sowie des Bundesgerichtshofs (aaO „Farbmarkenverletzung I“ und „Farbmarkenverletzung II“) wesentliche neue Grundsätze zur markenrechtlichen Beurteilung von Farben und farbigen Gestaltungen entwickelt worden sind, die bei Erlaß der Entscheidung des 33. Senats noch nicht berücksichtigt werden konnten.

Ströbele

Guth

Kirschneck

Bb

Abb. 1

