



# BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 13/06

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### betreffend die Markenmeldung 304 42 942

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 24. Juli 2008 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie des Richters Merzbach und der Richterin Bayer

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## Gründe

### I.

Das dreidimensionale Zeichen



ist am 27. Juli 2004 für die Waren

„Klasse 3: Mundwasser; Zahnpflegungen; Mundwasserkonzentrat, sämtliche vorstehenden Waren jeweils für nichtmedizinische Zwecke

Klasse 5: Mundwasser; Zahnpflegungen; Mundwasserkonzentrat, sämtliche vorstehenden Waren jeweils für medizinische Zwecke“

zur Eintragung in das Markenregister angemeldet worden.

Mit Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 15. Dezember 2005 wurde die Anmeldung gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG durch eine Prüferin des höheren Dienstes zurückgewiesen. Ob auch das Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG der Eintragung entgegensteht, blieb dahingestellt.

Es handle sich um eine beschreibende Darstellung, die vom Verkehr, worunter bei den hier angemeldeten Waren breite Verkehrskreise zu rechnen seien, auch als solche verstanden werde und daher nicht einem bestimmten Unternehmen zugeordnet werde. Mundpflegemittel würden in der Regel in Flaschen wie der hier vorliegenden angeboten. Der Verbraucher sei heutzutage gewohnt, die verschiedensten Flaschenformen angeboten zu bekommen, ohne dass er diese mit einem bestimmten Unternehmen in Verbindung bringe. Dies sei nur der Fall bei sehr typischen und ausgefallenen Formen. Vorliegend handele es sich aber um eine handelsübliche Flasche ohne besonders auffällige Form oder Aufmachung. Dass die Flasche an der Seite eine Einkerbung habe, diene eher der besseren Handhabbarkeit als der Unterscheidbarkeit und sei auch nicht unternehmenstypisch. Die angemeldete Form werde vom Verkehr nicht als betrieblicher Herkunftshinweis aufgefasst, sondern diene allein der praktischen Haltemöglichkeit der Flasche und möglicherweise der etwas ansprechenderen ästhetischen Gestaltung, die aber keinesfalls aus dem Rahmen des inzwischen Üblichen falle. Gerade bei der täglichen Körperpflege entglitten den feuchten Händen leicht Utensilien, die etwas unförmig seien, so dass eine Konstruktion mit Einbuchtungen wie die vorliegende dazu diene, die Flasche besser festhalten zu können. Auch die Farbgebung sei üblich und werde keinem bestimmten Unternehmen zugeordnet. Bei nahezu allen der von der Anmelderin übersandten Beispielen handle es sich um Flaschen, die nicht symmetrisch seien und flach (um etwa auf der Badezimmerkonsole oder im Schrank nicht zu viel Platz wegzunehmen) und fast immer sei die Flasche weiß mit einem andersfarbigen Verschluss. Dass es genau die Einkerbung bereits gebe, sei nicht erforderlich, da bei der Vielzahl der Produkte der Verkehr sich nicht alle Einzelheiten merken werde. Er werde davon ausgehen, dass

die Einbuchtung technischen Zwecken, also der besseren Griffigkeit diene. Die meisten der als Beispiel angeführten Flaschen seien asymmetrisch konstruiert, damit der Inhalt auch besser ausgegossen werden könne. Im Übrigen habe das Bundespatentgericht bereits mehrfach entschieden, dass Flaschen nur dann schutzfähig seien, wenn sie aus dem Rahmen fallende Merkmale aufwiesen, was hier nicht der Fall sei.

Dagegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin, die keinen Sachantrag gestellt hat.

Bei der vorstehenden Markenmeldung seien bewusst Design- und Zweckelemente in die Flaschengestaltung eingebaut worden, die spezifisch für den Mundhygienebereich seien: Nachgestaltung eines Wassertropfens, asymmetrischer Gestaltungsaufbau zur Abgrenzung zu anderen Tropfenformen, Einbau und Gestaltung eines Dosierbereichs, Einbau von markanten Stilelementen unter gleichzeitiger Beachtung von verbesserten Handhabungsmöglichkeiten. Durch diese Merkmale erfolge eine markante Abgrenzung zu anderen Flaschen, speziell auch im Mundhygienebereich. Letzteres werde durch die Klageabweisung eines Gerichts in einem Rechtsstreit aus dem Jahr 2005 dokumentiert. Die Flasche sei als eigenständige Form bestätigt worden. Die Behauptung, dass Flaschenformen nicht mit einem bestimmten Unternehmen in Verbindung gebracht würden, sei nicht richtig. Die Ketchup-Flasche von Kraft, die Pantene Shampo-Flasche von Procter & Gamble und die Mundwasserflasche von Odol dürften der beste Gegenbeweis sein. Asymmetrien seien im Flaschenbereich keineswegs für eine bessere Ausgießfähigkeit geeignet. Im Gegenteil könnten sie einer vollständigen Entleerung entgegenstehen. Sie dienten vielmehr der unterschiedlichen Formgestaltung und damit der Zuordnung zu einem bestimmten Produktbereich und/oder Unternehmen. Dass mit der unterschiedlichen, unverwechselbaren Gestaltung auch technische Aspekte wie eine bessere Handhabbarkeit erreicht würden, spreche von einer guten Flaschenentwicklungsarbeit, die sowohl das abgrenzende Design und ein gutes Handling in sich vereine. Insgesamt weise die Markenmeldung

alle Merkmale einer markanten unverwechselbaren, stilvollen und einzigartigen Form auf, die auf einen speziellen Anwendungsbereich angelegt und einem Unternehmen zuordenbar sei. Die Markenmeldungen anderer Hersteller, gerade im Bereich Mundhygiene belegten diese Aussage und unterstrichen die Notwendigkeit einer Markenschutzfähigkeit der vorliegenden Anmeldung.

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

## II.

Die Beschwerde der Anmelderin ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

Der Eintragung des angemeldeten Zeichens steht bereits ein Schutzhindernis im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen.

Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist nach ständiger Rechtsprechung im Hinblick auf die Hauptfunktion der Marke, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten, die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungs- mittel für die von der Marke erfassten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden (vgl. zur st. Rspr. BGH GRUR 2003, 1050 – Cityservice; EuGH GRUR 2004, 674 – Postkantoor). Es muss also eine Kennzeichnungskraft mit der Eignung zur Aus- übung der Herkunftsfunktion verbunden sein, auch wenn eine Marke zusätzlich noch weitere Funktionen haben kann (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl. § 8 Rdn. 39).

Die Unterscheidungskraft ist zum einen im Hinblick auf die angemeldeten Streit- gegenständlichen Waren und zum anderen im Hinblick auf die beteiligten Ver- kehrskreise zu beurteilen, wobei auf die mutmaßliche Wahrnehmung eines

durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der fraglichen Waren abzustellen ist.

Nach ständiger Rechtsprechung sind die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken, die aus dem Erscheinungsbild der Ware selbst bestehen, keine anderen als für die übrigen Markenkategorien. Jedoch ist im Rahmen der Anwendung dieser Kriterien zu berücksichtigen, dass eine dreidimensionale Form, die aus dem Erscheinungsbild der Ware selbst besteht, von den maßgeblichen Verkehrskreisen nicht notwendig in der gleichen Weise wahrgenommen wird wie eine Wort- oder Bildmarke, die aus einem Zeichen besteht, das vom Erscheinungsbild der mit der Marke gekennzeichneten Waren unabhängig ist. Denn wenn grafische oder Wortelemente fehlen, schließen die Durchschnittsverbraucher aus der Form der Waren oder der ihrer Verpackung gewöhnlich nicht auf die Herkunft dieser Waren; daher kann es schwieriger sein, die Unterscheidungskraft einer solchen dreidimensionalen Form festzustellen als diejenige einer Wort- oder Bildmarke. Unter diesen Umständen besitzt nur eine Marke, die erheblich von der Norm oder der Branchenüblichkeit abweicht und deshalb ihre wesentliche herkunftskennzeichnende Funktion erfüllen kann, Unterscheidungskraft (EuGH GRUR Int. 2008,135,141 linke Spalte -Develey ./ HABM Form einer Kunststoffflasche).

Bei Mundwässern gehört die Form einer abgeflachten Flasche mit Verschlusskappe zum üblichen Formenschatz. Auch sind asymmetrische Flaschenformen und solche in einer Art Tropfenform nicht unüblich. Die Asymmetrie dient bei Mundwässern wie auch bei anderen Mitteln zur Körper- und Schönheitspflege wie z. B. bei Shampoo oder Duschmittel häufig dazu, dass die Flasche besser in der Hand liegt und leichter zu handhaben ist. Dazu dient auch die etwa daumengroße Abflachung jeweils an der rechten und linken Seite der Flasche. Die angemeldete Form der Warenverpackung weicht insoweit von anderen Formen ab, als die einseitige Einbuchtung deutlicher auffällt als bei anderen Mundwässern, da ihre Tiefe

ungefähr bis zum seitlichen Rand der Verschlusskappe reicht, wenn man deren Seite nach unten verlängert. Dies stellt jedoch noch kein erhebliches Abweichen vom üblichen Formenschatz dar, da der Verkehr auch darin lediglich eine Form sieht, die gut zu handhaben ist und sicher in der Hand liegt, weil sie auch gut umgriffen werden kann.

Soweit die Anmelderin auf andere eingetragene Flaschenformen verweist (so wurde insbesondere die Marke 301 46 882 im Jahr 2001 für „Mundwasser“ eingetragen, bei der die seitliche Einbuchtung weit flacher verläuft als bei der vorliegenden Anmeldung) ist zu berücksichtigen, dass zum einen die Gründe, die zur Eintragung führten, nicht erkennbar sind und zudem nunmehr durch den EuGH die Kriterien für eine Eintragbarkeit von dreidimensionalen Marken dahingehend geklärt sind, dass es hierfür einer erheblichen Abweichung von der Norm bzw. Branchenüblichkeit bedarf (EuGH GRUR Int. 2008,135 Develey ./ HABM Form einer Kunststoffflasche), wenn es sich bei der angemeldeten Marke um die Form der Ware bzw. ihrer Verpackung handelt. Eine solche erhebliche Abweichung liegt hier nicht vor. Es reicht für eine Schutzfähigkeit noch nicht aus, dass die Form lediglich von anderen Flaschen verschieden ist. Auch soweit die Anmelderin geltend macht, dass in einem Rechtsstreit eine Verwechslungsgefahr mit einer anderen Flaschenform verneint wurde, ist dies kein Indiz dafür, dass es sich um eine schutzfähige Flaschenform handelt.

Die farbliche Gestaltung der Flasche kann die Unterscheidungskraft ebenfalls nicht begründen. Weiß und Grün sind im vorliegenden Warenbereich gängige Farben, so dass der Verkehr in der Kombination von weißer Flasche mit grünem Verschluss lediglich eine übliche Gestaltung und keinen Hinweis auf einen bestimmten Anbieter sieht.

Die Beschwerde war deshalb zurückzuweisen.

Kliems

Merzbach

Bayer

Na