

BUNDESPATENTGERICHT

24 W (pat) 90/99

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 398 17 888.7

hat der 24. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 11. April 2000 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Ströbele sowie des Richters Dr. Hacker und der Richterin Werner

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I

Folgende, in den Farben Weiß und Rot vor grauem Hintergrund gehaltene Bildmarke

siehe Abb. 1 am Ende

ist am 30. März 1998 zur Eintragung in das Register angemeldet worden und zwar für die Waren der Klassen 1 und 3:

"Wasserenthärtungsmittel, ansatzverhindernde Mittel für Rohre und Heizstäbe; Wasch- und Bleichmittel, Spülmittel für Wäsche und Geschirr, Fleckentfernungsmittel".

Die Markenstelle für Klasse 3 des Deutschen Patent- und Markenamts hat durch einen Beamten des höheren Dienstes diese Anmeldung mit Beschluß vom 10. März 1999 zurückgewiesen mit der Begründung, daß der angemeldeten Marke

die erforderliche Unterscheidungskraft iSv § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG fehle, weil sie sich auf eine genaue Darstellung der angebotenen Waren beschränke.

Die angemeldete Marke stelle einen "Tab" dar, das sei in Tablettenform gepreßtes Pulver, das sich in letzter Zeit - neben Flüssigkeiten und losen Pulvern - als Darreichungs- und Dosierungsform für Reinigungs- und Spülmittel für Wäsche und Geschirr, für Wasserenthärter und für Reinigungsmittel für Gebißspangen durchgesetzt habe. Für diese Feststellung hat die Markenstelle eine Reihe von Hinweisen auf aktuelle Anbieter solcher "Tabs" gegeben. "Tabs" würden in verschiedenen geometrischen Formen angeboten, häufig als flache Quader oder Kreiszyylinder, aber auch in anderen Formen. Mehrfarbigkeit werde als Hinweis auf unterschiedliche, bzw mehrphasige Wirkungsweisen des Pulvers verwandt; die Farbkombination Weiß-Rot stelle eine gefällige Gestaltungsvariante dar, die nicht als ein von der Ware gedanklich verschiedenes, eigenartiges Zeichen begriffen werde. So sei rote Körnung im Zusammenhang mit Waschpulver geläufig. Die Gestaltung der angemeldeten Marke bewege sich daher unter jedem Gesichtspunkt im Rahmen des Üblichen und entwickle keine Unterscheidungskraft iSv § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Anmelderin. Sie meint, die angemeldete Marke sei unterscheidungskräftig iSv § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG und begründet diese Rechtsauffassung wie folgt:

Die Gestaltung der Marke sei phantasievoll und originell, denn sie sei nicht aus technischen Gründen vorgegeben und entspreche auch nicht den sonst auf dem Markt befindlichen "Tabs". Insbesondere die Farbkombination Weiß-Rot sei ungewöhnlich, werde nach dem Wissen der Anmelderin nur von dieser verwandt und könne daher nicht als Hinweis auf bestimmte Wirkungsweisen der angebotenen Waren verstanden werden.

Die Markenämter in Frankreich und in Belgien hätten bereits vergleichbare dreidimensionale Marken für "Tabs" eingetragen. Weiter trägt die Anmelderin - allerdings ohne nähere Konkretisierung - vor, daß die mit "Tabs" bezeichnete Darreichungs- und Dosierungsform im wesentlichen von der Anmelderin und einer bestimmten Konkurrentin entwickelt und auf den Markt gebracht worden und im Zeitpunkt der ersten Markenmeldungen auf diesem Gebiet noch nicht üblich gewesen sei. Erst in der Zeit nach diesen ersten Anmeldungen habe sich diese neue Dosierungsform weit verbreitet.

Die Anmelderin beantragt (sinngemäß),

den angegriffenen Beschluß der Markenstelle für die Klasse 3 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 10. März 1999 aufzuheben.

Hilfsweise regt sie die Zulassung der Rechtsbeschwerde bzw eine Vorlage beim Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) an.

Außerdem beantragt die Anmelderin die vorläufige Aussetzung des Verfahrens mit der Begründung, sie habe dreidimensionale Marken in Form von zweifarbigen "Tabs" beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt angemeldet, deren Eintragung das Amt auch im Beschwerdeverfahren abgelehnt habe. Gegen diese Entscheidungen habe die Anmelderin beim EuGH - Gericht erster Instanz (EuG) - Klage erhoben. Mit Rücksicht auf diese Verfahren möge das hiesige ausgesetzt werden.

Zu den weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

Die Beschwerde der Anmelderin ist zulässig, aber nicht begründet. Denn unbeschadet der Markenfähigkeit der angemeldeten Marke iSv § 3 MarkenG ist diese von der Eintragung ausgeschlossen, weil ihr iSv § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG jegliche Unterscheidungskraft für die in Anspruch genommenen Waren fehlt.

Bei dem angemeldeten Bild handelt es sich um die naturgetreue und maßstabsgerechte Wiedergabe einer möglichen Darreichungsform der im Warenverzeichnis genannten Waren. Es stellt einen flachen und länglichen Gegenstand mit abgerundeten Ecken dar, der sich aus einer breiteren weißen und einer schmaleren roten Schicht zusammensetzt. Die rote Schicht liegt oben und hat abgeschrägte Kanten. Die Oberflächen des Gebildes sind porös ausgestaltet. Das äußere Erscheinungsbild entspricht somit den sogenannten "Tabs". Dabei handelt es sich um in Tablettenform gepreßtes Pulver als Darreichungs- und Dosierungsform für bestimmte Wirkstoffe. "Tabs" sind in den letzten Jahren im Bereich der in Anspruch genommenen Waren zu einer verbreiteten Alternative zu losen Pulvern und zu Flüssigkeiten geworden.

Als naturgetreue Wiedergabe einer möglichen und verbreiteten Darreichungsform für die im Warenverzeichnis genannten Waren ist die angemeldete Marke grundsätzlich nicht dazu geeignet, gegenüber den angesprochenen Verkehrskreisen als Hinweis auf die Herkunft der Waren aus einem bestimmten Unternehmen im Unterschied zu Waren aus anderen Unternehmen zu wirken (vgl. BGH GRUR 1999, 495, 496 "Etiketten"; GRUR 1997 527, 529 "Autofelge"). Denn die Ware als Objekt der Kennzeichnung kann nicht ihr eigenes Kennzeichnungsmittel sein (vgl. Ströbele, GRUR 1999, 1041, 1042). Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn die angemeldete Marke eine von den üblichen und gewöhnlichen Warenformen deutlich abweichende Gestaltung hätte, die eigentümlich und originell genug wäre, um die Herkunftsfunktion einer Marke zu erfüllen. Das ist nicht der Fall.

Maßgebend für die Beurteilung dessen, was aus der Sicht des angesprochenen Endverbrauchers üblich ist, ist auch der Zeitpunkt der beantragten Eintragung. Das ist im Beschwerdeverfahren der Zeitpunkt, zu dem der abschließende Beschluß ergeht. Sofern die Anmelderin die Rechtsauffassung zum Ausdruck bringen sollte, das Gericht müsse bei seiner Entscheidung auf den Zeitpunkt der Anmeldung und nicht auf den der Beschlußfassung abstellen, kann ihr nicht gefolgt werden. Denn für das Eintragungsverfahren gilt der anerkannte Grundsatz, daß es

für die Frage nach bestehenden Schutzhindernissen iSv § 8 Abs 2 Nr 1 - 3 MarkenG sowohl auf den Zeitpunkt der Eintragung als auch auf den Zeitpunkt der Anmeldung ankommt (vgl Althammer/Ströbele, Markengesetz, 5. Aufl 1997, § 8 Rdn 7 mwNachw). Das folgt auch aus § 37 Abs 2 MarkenG, der bestimmt, daß eine Marke, unter der Voraussetzung, daß der Anmelder einer entsprechenden Verschiebung des Zeitranges zustimmt, eingetragen werden kann, wenn die Schutzhindernisse des § 8 Abs 2 Nr 1, 2 und 3 MarkenG nach der Anmeldung, aber vor der Eintragung weggefallen sind. Vorliegend ist daher auch maßgeblich, welche Bedeutung die angesprochenen Verkehrskreise dem angemeldeten Bild zum jetzigen Zeitpunkt beilegen.

Die wesentlichen Gestaltungsmerkmale des abgebildeten Gegenstandes sind seine flache Form und der zweifarbige Aufbau in zwei Lagen, von denen die breitere weiß und die schmalere rot ist. Jedes dieser Gestaltungselemente bewegt sich im Rahmen des Üblichen. "Tabs" werden in Deutschland in einfachen geometrischen Formen angeboten, häufig als flache Quader oder als flache Zylinderformen, aber auch in anderen Ausgestaltungen. Insoweit wird auf die konkreten Feststellungen des angegriffenen Beschlusses Bezug genommen und die dort zitierten Belege, die die Anmelderin nicht im einzelnen angegriffen hat. Maßgebend für die äußere Form sind die leichte Handhabbarkeit durch den Endverbraucher und das Ziel, möglichst viele "Tabs" in möglichst kleinen Verpackungen unterbringen zu können. Die abgeschrägten Kanten des angemeldeten Gebildes enthalten keine originelle gestalterische Eigenheit. Für das Gesamterscheinungsbild des abgebildeten "Tabs" sind sie unwesentlich. Sofern die angesprochenen Verkehrskreise sie gleichwohl wahrnehmen, werden sie darin in erster Linie eine technische Maßnahme sehen, deren Zweck es ist, ein Abbröckeln der schmalen Kanten zu verhindern, die ohne Abschrägung im äußersten Bereich notwendig dünn und zerbrechlich wären.

Der Aufbau des abgebildeten "Tabs" mit zwei Lagen in verschiedenen Farben entspricht ebenfalls der für "Tabs" üblich gewordenen Gestaltung. Viele "Tabs" werden mit eben diesem Aufbau als sogenannte "Zwei-Phasen-Tabs" vertrieben. Damit wird die Behauptung verbunden, die "Tabs" entwickelten zwei verschiedene Wirkungen (zB Bleichen und Reinigen). Üblich sind Kombinationen einer Lage in der Farbe des verarbeiteten Pulvers - meistens weiß - mit einer zweiten, gefärbten Schicht. Für diese eingefärbte Schicht üblich geworden sind die Grundfarben Gelb, Blau, Rot und Grün in verschiedenen Schattierungen.

Diese Beurteilung wird auch durch die Behauptung der Anmelderin nicht in Frage gestellt, daß sie die einzige oder jedenfalls die vorherrschende Anbieterin von "Tabs" in der Farbkombination Weiß-Rot auf dem deutschen Markt sei. Die Anmelderin hat selbst eingeräumt, daß die Farbkombinationen Weiß-Blau, Weiß-Grün und Weiß-Gelb auch von anderen Herstellern für deren "Tabs" verwandt werden. Bei dieser Sachlage bedeutet die Farbgebung Weiß-Rot keine ungewöhnliche Abweichung von dem, was die angesprochenen Verkehrskreise auf diesem Markt kennen und erwarten; zumal die Anmelderin keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen hat, daß die angesprochenen Verkehrskreise inzwischen die Farbkombination Weiß-Rot als spezielles Herkunftszeichen gerade der Anmelderin verstehen würden.

Es gibt auch keine sonstigen Anhaltspunkte dafür, daß die angesprochenen Verkehrskreise die Farbgestaltung von "Tabs" als Herkunftshinweis auf bestimmte Unternehmen begreifen würden. Vielmehr werden alle "Tabs", gerade auch diejenigen der Anmelderin, in solchen Verpackungen angeboten und verkauft, die an erster Stelle einen großen und hervorgehobenen Hinweis auf die konkrete Marke dieses Mittels tragen wie zB "ARIEL" oder - im Falle der Anmelderin - "SOMAT" und "PERSIL", und häufig auch die Dachmarke wie zB "Henkel". Daneben hat die - ebenfalls übliche - Abbildung eines "Tabs" auf diesen Packungen ausschließlich warenbeschreibenden Charakter. Die Tatsache, daß ein solches Mittel in Form von "Tabs" angeboten wird, bedeutet für den Verbraucher somit lediglich einen

warenbezogenen Hinweis, zB darauf, daß die Dosierung dieses Mittels ohne weiteren Abmeßvorgang durch die Anzahl der verwendeten Tabletten bestimmt wird.

Die Bewertung der angemeldeten Marke als nicht unterscheidungskräftig steht im Einklang mit der sonstigen Rechtsprechung des erkennenden Gerichts und mit den einschlägigen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes. Die Senate des Bundespatentgerichts haben wiederholt festgestellt, daß zweidimensionale Marken, die die beanspruchte Ware selbst darstellen, in der Regel nicht unterscheidungskräftig sein können (vgl BPatG GRUR 1998, 713 ff "Zahnpastastrang"; GRUR 1997, 530 f "Rohrreiniger"; GRUR 1993, 121 "Spreizdübelzeichnung"). Diese Rechtsprechung steht im Einklang mit den entsprechenden Grundsatzentscheidungen des Bundesgerichtshofs (vgl BGH GRUR 1995, 732, 734 "Füllkörper"; GRUR 1997, 527, 529 "Autofelge"; GRUR 1999, 495 "Etiketten").

Die stattgebenden Beschlüsse des 26. Senats vom 17. November 1999 in dem Verfahren 26 W (pat) (131/99) und weiteren Parallelverfahren bilden keine Ausnahme von dieser Spruchpraxis. In diesen Verfahren ging es um die Eintragung von zweidimensionalen Darstellungen zweilagiger "Tabs" mit einem andersfarbigen runden Einschluß in der farbigen Schicht. Ausgehend von der bisherigen Rechtsprechung des Bundespatentgerichts und des Bundesgerichtshofs hat der 26. Senat festgestellt, daß das Gestaltungselement des runden andersfarbigen Einschlusses in der eingefärbten Schicht des abgebildeten "Tabs" im einschlägigen Warenbereich der Klassen 1 und 3 ungebräuchlich sei. Gestaltung und Lage des Kerns seien so originell und prägnant, daß dadurch die angemeldete Marke unterscheidungskräftig werde. Die stattgebenden Entscheidungen des 26. Senats beruhen daher nicht auf einer Abweichung von rechtlichen Grundsatzentscheidungen der bisherigen Rechtsprechung, sondern auf der Anwendung dieser Rechtsprechung auf einen konkreten Sachverhalt, der sich von dem vorliegenden wesentlich unterscheidet.

Die Frage nach einer etwaigen Indiz- oder Bindungswirkung von Entscheidungen des Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt ist schon deshalb nicht erheblich, weil nach den Erkenntnissen des Senats dieses Amt trotz einer Reihe entsprechender Anmeldungen letztlich keine zwei- oder dreidimensionalen Abbildungen von "Tabs" als Marken eingetragen hat. Vielmehr haben sowohl die Prüfer als auch die Beschwerdekammern dieses Amtes solche Anmeldungen wiederholt zurückgewiesen und zwar ebenfalls mit der Begründung, daß der jeweils angemeldeten Marke die erforderliche Unterscheidungskraft fehle (vgl HABM Mitt 1999, 471, 473 "Tabs (viereckig, rot/weiß)").

Hervorzuheben ist auch ein Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 14. Oktober 1999, mit dem der von derselben Anmelderin getätigten Anmeldung einer dreidimensionalen Marke in Form eines weiß-grünen "Tabs" die Unterscheidungskraft abgesprochen wurde (vgl SchwBG MarkenR 2000, 55,56 "Tablette weiß/grün").

Sofern - nach dem Vortrag der Anmelderin - dreidimensionale Abbildungen von "Tabs" in Belgien und Frankreich registriert worden sein sollen, können diese Umstände keine Indizwirkung für die Schutzzfähigkeit der angemeldeten Marke im deutschen Markenrechtssystem begründen. Eine tatsächliche Indizwirkung ausländischer Voreintragungen ist bislang allenfalls für einen bestimmten Bereich des Freihaltungsbedürfnisses anerkannt worden und zwar insoweit, als die Eintragung einer fremdsprachigen Angabe in einem Land des betreffenden Sprachkreises indiziell dagegen spricht, daß die fragliche Angabe nach dem originären Sprachverständnis eine zur freien Verwendbarkeit benötigte beschreibende Bezeichnung darstellt (Althammer/Ströbele, aaO, § 8, Rdn 59 mwNachw).

Die Beurteilung der Unterscheidungskraft bemißt sich dagegen ausschließlich nach der Auffassung der inländischen Verkehrskreise (vgl Althammer/Ströbele, aaO, § 8 Rdn 14), die sich von den Auffassungen ausländischer Verkehrskreise im Einzelfall stark unterscheiden kann. Abgesehen von der Tatsache, daß die

Entscheidung über die Schutzfähigkeit einer Marke keine Ermessens-, sondern eine reine Rechtsfrage darstellt, ist im übrigen zu bedenken, daß regelmäßig nur die Verneinung der Schutzfähigkeit einer Anmeldung, nicht jedoch die positive Eintragungsentscheidung schriftlich begründet wird. Die Gründe der handelnden Behörde für die Eintragung sind insoweit häufig nicht ohne weiteres nachvollziehbar. Die bloße Tatsache der Eintragung gibt auch keinen Aufschluß darüber, ob es sich möglicherweise um ein Versehen oder eine Ausnahmeentscheidung handelt und in welchem Umfang gleichgelagerte Anmeldungen womöglich unangefochten zurückgewiesen wurden (vgl auch BPatGE PAVIS PROMA, 25 W (pat) 174/98 "Tablettenform", demnächst veröffentlicht in BPatGE 41, 211).

Aus den vorstehend dargelegten Gründen war die Beschwerde der Anmelderin zurückzuweisen, weil der angemeldeten Marke die gem § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG erforderliche Unterscheidungskraft fehlt.

Für die von der Anmelderin angeregte Zulassung der Rechtsbeschwerde ist kein Raum, weil die gesetzlichen Voraussetzungen des § 83 Abs 2 MarkenG nicht erfüllt sind. So ist nach Ansicht des Senats nicht über eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden. Zur Bejahung dieses Tatbestandsmerkmals des § 83 Abs 2 Nr 1 MarkenG reicht nicht aus, daß die Sache von besonderer Wichtigkeit für die Beteiligten ist (vgl Althammer/Ströbele, aaO, § 83 Rdn 12). Im vorliegenden Fall ist für den Senat auch kein Grund ersichtlich, weshalb der Bundesgerichtshof von seinen wiederholt bestätigten Grundsätzen zur Bewertung naturgetreuer Warenabbildungen abweichen sollte. Insoweit beschränkt sich der Beschluß des erkennenden Senats auf die Beurteilung der konkret angemeldeten Marke auf der Grundlage allgemein anerkannter Rechtsgrundsätze, wobei die Problematik vor allem in der tatsächlichen Bewertung der angemeldeten Form besteht. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist auch nicht zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Wie ausgeführt vertreten sowohl die Senate des Bundespatentgerichts wie auch ausländische und europäische Rechtsmittelinstanzen zur Frage der Eintragungsfähigkeit von Warenformen im

wesentlichen übereinstimmende Auffassungen. Hiervon grundsätzlich abweichende Entscheidungen von Zivilgerichten in Rechtsmittelverfahren sind dem Senat nicht bekannt. Die von der Anmelderin angeführte unterschiedliche Amtspraxis der einzelnen Eintragungsbehörden rechtfertigt schon deshalb keine Zulassung der Rechtsbeschwerde, weil § 83 Abs 2 Nr 2 MarkenG lediglich die Einheitlichkeit der Rechtsprechung betrifft, während die Sicherung einer einheitlichen Amtspraxis von Verwaltungsbehörden im In- und Ausland nicht Aufgabe des Bundesgerichtshofs ist.

Ebenso ist kein Grund ersichtlich, den Fall dem EuGH gemäß Art 234 EG zur Vorabentscheidung vorzulegen. Im vorliegenden Fall ist nicht die allgemeine Auslegung einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift unmittelbar entscheidungserheblich; vielmehr handelt es sich ausschließlich um die einzelfallbezogene Subsumtion eines konkreten Sachverhalts unter eine nationale Rechtsvorschrift.

Die Tatsache, daß die Anmelderin zur Zeit Klagen beim EuG betreibt, die sich gegen die Zurückweisung verschiedener Anmeldungen von dreidimensionalen Marken durch das Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt richtet, ist schließlich kein Grund für eine Aussetzung des Beschwerdeverfahrens gem § 82 Abs 1 Satz 1 iVm § 148 ZPO. Eine solche Aussetzung setzt gem § 148 ZPO voraus, daß die Entscheidung in dem hiesigen Rechtsstreit ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines jetzt beim EuG anhängigen Verfahrens der Anmelderin bildet. Diese Voraussetzung liegt hier nicht vor. Gegenstand des europäischen Verfahrens sind die Vorschriften der Gemeinschaftsmarkenverordnung (GMV). Anders als die Vorschriften der Richtlinie 89/104/EWG des Europäischen Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken hat die Gemeinschaftsmarkenverordnung keine unmittelbare Bedeutung für die Auslegung des deutschen Markenrechts. Zwar ist eine europarechtskonforme Auslegung der nationalen Vorschriften, mit denen die Markenrechtsrichtlinie umgesetzt wurde, geboten, um eine Harmonisierung der Rechtsanwendung im europäischen Binnenmarkt zu er-

reichen. Die konkrete Ausgestaltung des nationalen Markenrechts, die stets im Rahmen der Prüfung zu berücksichtigenden nationalen Verkehrsgepflogenheiten und die nationale Verkehrsauffassung können jedoch zu unterschiedlichen Ergebnissen führen (vgl. HABM GRUR Int 1998, 889, 890 f. "LASTING PERFORMANCE"; GRUR 1999, 737, 738 f. "ToxAlert"; Mitt 2000, 116, 117 "TEEKAMPAGNE").

Ströbele

Hacker

Werner

Ko

Abb. 1

