

BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 75/00

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 397 43 726

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 15. März 2001 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richter Knoll und Brandt

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Anmelderin wird der Beschluß der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 7. März 2000 insoweit aufgehoben, als die Eintragung der angemeldeten Marke in Bezug auf die Waren "Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke; Zucker; Tapioka, Sago; Zuckerwaren; Honig, Melassesirup; Backpulver; Speisesalz" versagt worden ist.
2. Im übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die folgende dreidimensionale Gestaltung

siehe Abb. 1 am Ende

ist am 12. September 1997 für verschiedene Waren aus unterschiedlichen Klassen, nämlich

Klasse 5:

pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse und Substanzen sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse, einschließlich diätetische Lebensmittel, für medizinische Zwecke; diätetische Erzeugnisse, einschließlich diätetische Lebensmittel, für nicht-medizinische Zwecke auf der Basis von Vitaminen, Mineralstoffen, Kalzium und/oder Spurenelementen; Babykost; Pflaster, Verbandmaterial; Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke; Desinfektionsmittel; Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren; Fungizide, Herbizide; Vitamine und Vitaminpräparate; Multivitamine und Multivitaminpräparate; Mineralstoffe und Mineralstoffpräparate; Multimineralstoffe und Multimineralstoffpräparate; Nahrungsergänzungsmittel für medizinische Zwecke; Nahrungsergänzungsmittel für nicht-medizinische Zwecke auf der Basis von Vitaminen, Mineralstoffen, Kalzium und/oder Spurenelementen.

Klasse 20:

Behälter aus Kunststoff;

Klasse 29:

diätetische Erzeugnisse, einschließlich diätetische Lebensmittel, für nicht-medizinische Zwecke auf der Basis von Eiweiß; Nahrungsergänzungsmittel für nicht-medizinische Zwecke auf der Basis von Eiweiß;

Klasse 30:

Kaffee, Tee, Kakao, Zucker; Reis, Tapioka, Sago, Kaffee-Ersatzmittel, Mehle und Getreidepräparate; Brot, feine Backwaren und Konditorwaren; Schokolade und Schokoladewaren; Zuckerwaren, Speiseeis; Honig, Melassesirup; Hefe, Backpulver; Speisesalz;

Senf; Essig, Saucen (Würzmittel); Gewürze; Kühleis; diätetische Erzeugnisse, einschließlich diätetische Lebensmittel, für nicht-medizinische Zwecke auf der Basis von Kohlenhydraten; Nahrungsergänzungsmittel für nicht-medizinische Zwecke auf der Basis von Kohlenhydraten

zur Eintragung in das Markenregister angemeldet worden.

Die Markenstelle für Klasse 42 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Markenmeldung zurückgewiesen in Bezug auf die Waren "pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse und Substanzen sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse, einschließlich diätetische Lebensmittel, für medizinische Zwecke; diätetische Erzeugnisse, einschließlich diätetische Lebensmittel, für nicht-medizinische Zwecke auf der Basis von Vitaminen, Mineralstoffen, Kalzium und/oder Spurenelementen; Babykost; Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke; Desinfektionsmittel; Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren; Fungizide, Herbizide; Vitamine und Vitaminpräparate; Multivitamine und Multivitaminpräparate; Mineralstoffe und Mineralstoffpräparate; Multimineralstoffe und Multimineralstoffpräparate; Nahrungsergänzungsmittel für medizinische Zwecke; Nahrungsergänzungsmittel für nicht-medizinische Zwecke auf der Basis von Vitaminen, Mineralstoffen, Kalzium und/oder Spurenelementen; Behälter aus Kunststoff; diätetische Erzeugnisse, einschließlich diätetische Lebensmittel, für nicht-medizinische Zwecke auf der Basis von Eiweiß; Nahrungsergänzungsmittel für nicht-medizinische Zwecke auf der Basis von Eiweiß; Kaffee, Tee, Kakao, Zucker; Tapioka, Sago, Kaffee-Ersatzmittel; Schokolade und Schokoladewaren; Zuckerwaren; Honig, Melassesirup; Backpulver; Speisesalz; Senf; Saucen (Würzmittel); Gewürze; diätetische Erzeugnisse, einschließlich diätetische Lebensmittel, für nicht-medizinische Zwecke auf der Basis von Kohlenhydraten; Nahrungsergänzungsmittel für nicht-medizinische Zwecke auf der Basis von Kohlenhydraten".

Hinsichtlich der weiteren Waren "Pflaster, Verbandmaterial; Reis, Mehle und Getreidepräparate; Brot, feine Backwaren und Konditorwaren; Speiseeis; Hefe, Backpulver; Essig; Kühleis" wurde die Schutzfähigkeit von der Markenstelle bejaht.

Die angemeldete Marke sei zwar markenfähig. Sie stelle aber für einen Teil der zurückgewiesenen Waren eine nicht schutzfähige Angabe dar, der jedenfalls - bei zumindest naheliegenderem Freihaltebedürfnis - jegliche Unterscheidungskraft fehle. Für diesen Teil der Waren sei die angemeldete Marke nicht hinreichend originell gestaltet. Auch wenn die Gestaltung neu sein sollte, wirke sie nicht für den Verkehr erkennbar unternehmenskennzeichnend. Eine möglicherweise neue Gestaltung allein könne nicht markenrechtlich geschützt werden. Der Markenschutz diene nur der Produktidentifizierung, nicht dem Produkt oder seiner Gestaltung. Dafür gebe es andere Schutzrechte. Hinsichtlich der Ware "Behälter aus Kunststoff" stelle die angemeldete Marke nichts anderes als die Ware selbst dar. Sie weise keine auffällige, von gängigen Kunststoffbehältern abweichende Form auf, die dem Verkehr sofort als solche ins Auge springe. Dabei sei zu berücksichtigen, daß der Verkehr auf diesem Warengbiet an unterschiedliche Gestaltungen und ständig neue Formen gewöhnt sei. Er erkenne deshalb auch in einer (neuen) Form keinen unternehmenskennzeichnenden Hinweis, wenn es sich - wie bei der vorliegenden Marke - um in Grundzügen übliche Formgebungen mit einer beliebig wirkenden Kombination allgemein bekannter Gestaltungselemente handle. Soweit die Schutzfähigkeit in Bezug auf weitere Waren verneint worden sei, stelle die angemeldete Marke die Verpackung dar, die sich von gängigen Formen nicht auffallend abhebe. Bezüglich der Waren "Pflaster, Verbandmaterial, Mehle und Getreidepräparate; Brot, feine Backwaren und Konditorwaren; Speiseeis; Hefe, Essig; Kühleis" erscheine die angemeldete Marke als Verpackung sehr ungewöhnlich und wirke unternehmenskennzeichnend. Aus vergleichbaren Voreintragungen könne im übrigen kein Recht auf Eintragung abgeleitet werden.

Gegen den die Anmeldung zurückweisenden Teil der Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Anmelderin mit dem Antrag,

den Beschluß der Markenstelle insoweit aufzuheben.

Die Anmelderin hat im Beschwerdeverfahren in der Sache nichts vorgetragen. Vor der Markenstelle hatte sie ausgeführt, daß mit der angemeldeten Marke zahlreiche Waren beansprucht würden, die üblicherweise nicht in Flaschen oder flaschenähnlichen Behältern vertrieben würden, so daß es für diese Produkte auch keine üblichen Flaschenformen gebe. Aber auch bei den Waren, bei denen ein Vertrieb in einer Flasche oder in einem flaschenförmigen Behälter möglich sei, sei die angemeldete Form als Marke schutzfähig. Flaschen und sonstige Behälter seien markenfähig. Für nicht genormte Flaschenformen bestehe in der Regel kein Freihaltebedürfnis. Unterscheidungskraft sei dann gegeben, wenn sich die Form von den für die beanspruchten Waren gängigen Flaschenformen abhebe, so daß der Verkehr sie als Besonderheit wahrnehme. Dies sei hier der Fall. Bei der angemeldeten Form handele es sich um einen weißen Behälter mit weißem Deckelverschluß, der eine Art Zwischending zwischen einer Dose und einer Flasche zu sein scheine. Von der Form her sei der Behälter auf keine bestimmte Produktkonsistenz festgelegt. Im Pharmabereich beispielsweise sei die beanspruchte Form eher unüblich. Dies gelte auch für den Lebensmittelbereich. Im übrigen seien die Anforderungen an die Unterscheidungskraft bei fehlendem Freihaltebedürfnis nur gering anzusetzen. Außerdem wurden vergleichbar schlichte Behälterformen als Marken registriert.

Mit der Terminsladung hat der Senat an die Anmelderin Unterlagen einer Internet-Recherche übersandt. Wegen der Einzelheiten wird auf diese Recherche-Unterlagen (Bl 11/12 der Akten) verwiesen. Ihren ursprünglich gestellten Terminsantrag hat die Anmelderin zurückgenommen, worauf der bereits anberaumte Termin zur mündlichen Verhandlung abgesetzt worden ist.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Beschluß der Markenstelle sowie auf die Schriftsätze des Anmelders Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde des Anmelders ist zulässig; insbesondere statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt, § 66 Abs 1 Satz 1, Abs 2 MarkenG.

Die Beschwerde hat auch in der Sache teilweise Erfolg. Nach Auffassung des Senats stehen der Eintragung der angemeldeten Marke für die Waren "Zahnfüllmittel und Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke; Zucker; Tapioka, Sago; Zuckerwaren; Honig, Melassesirup; Backpulver; Speisesalz" weder das von der Markenstelle angenommene Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft nach § 8 Abs 2 Nr 1 noch ein Freihaltebedürfnis nach § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG entgegen.

Diese Waren werden durch die angemeldete dreidimensionale Gestaltung weder dargestellt noch werden sie üblicherweise in Behältnissen verpackt, die der angemeldeten Gestaltung nahe kommen. Ausgehend von dieser Feststellung, fehlt der beanspruchten Gestaltung die Eignung, Warenmerkmale im Sinne des § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG zu bezeichnen. Der Verkehr wird aus der Art der Verpackung nicht auf die Art oder auf bestimmte Merkmale dieser Waren schließen können. Demzufolge kann ein Freihaltebedürfnis nicht festgestellt werden. Außerdem ist die Art der Gestaltung hinreichend originell, um als betrieblicher Herkunftshinweis aufgefaßt zu werden. Eine noch ausreichende Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG bezieht die angemeldete Marke daraus, daß sich ein sachlicher Zusammenhang zwischen der dreidimensionalen Gestaltung und den oben bezeichneten Waren nicht herstellen läßt. Deshalb wird dem Verkehr eine Begegnung mit einer Flaschen- bzw Behältnisform auf diesen Warenbereichen ungewöhnlich erscheinen, was die Bejahung der Unterscheidungskraft nahe legt.

Auf die Beschwerde des Anmelders hin war demzufolge der Beschluß der Markenstelle des Deutschen Patent- und Markenamts teilweise aufzuheben.

Im übrigen war die Beschwerde zurückzuweisen, weil jedenfalls das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft nach § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG der Eintragung der angemeldeten dreidimensionalen Gestaltung entgegensteht (vgl allgemein zu den Anforderungen an die Unterscheidungskraft BGH MarkenR 2001, 121, 122 reSp letzter Absatz - SWATCH).

Soweit die Anmelderin die Waren "Behälter aus Kunststoff" beansprucht, stellt die angemeldete dreidimensionale Gestaltung die Ware selbst dar in einer ihrer möglichen äußeren Gestaltungen. Die Form einer Ware ist zwar nicht mehr grundsätzlich vom Markenschutz ausgeschlossen (§ 3 Abs 1 MarkenG), sondern nur noch in den in § 3 Abs 2 MarkenG aufgezählten Fällen. Gleichwohl ist unabhängig von der Frage der Markenfähigkeit im Rahmen der Prüfung des Schutzhindernis nach § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG auch bei Anlegung eines großzügigen Prüfungsmaßstabs im allgemeinen davon auszugehen, daß die naturgetreue Wiedergabe der beanspruchten Ware häufig nicht geeignet ist, die Ware ihrer Herkunft nach zu individualisieren (vgl dazu zu einer bildlichen Darstellung der Ware BGH GRUR 1997, 527, 529 liSp, 3.a) - Autofelge; vgl zu dreidimensionalen Gestaltungen BGH MarkenR 2001, 121, 123 liSp letzter Absatz - SWATCH). Dabei kann die dem EuGH inzwischen zur Entscheidung vorliegende Rechtsfrage, ob bei Warenformmarken ein strengerer Maßstab anzulegen ist, als bei anderen Markenformen (vgl dazu die drei Vorlagebeschlüsse des BGH WRP 2001, 261, 265, 269 "Gabelstapler", "Stabtaschenlampe" und "Rado-Uhr"), dahinstehen, da die angemeldete dreidimensionale Gestaltung auch geringen Anforderungen an die Unterscheidungskraft nicht gerecht wird. Soweit die gestalterischen Elemente einer angemeldeten Marke lediglich die typischen Merkmale der in Rede stehenden Waren darstellen und keine über die technische Gestaltung der Ware hinausgehenden Elemente aufweisen, ist das Zeichen im allgemeinen nicht geeignet, die gekennzeichneten Waren von

denjenigen anderer Herkunft zu unterscheiden (vgl BGH "SWATCH" aaO mit weitergehenden Rechtsprechungsnachweisen).

So liegt die Sache auch hier. Es handelt sich bei der angemeldeten dreidimensionalen Marke um ein rundes Behältnis, wie es in Kunststoffausführung zB als Verpackung für Arzneimittel - sogenannte Pharmadose - üblich ist (vgl dazu die der Anmelderin übersandten Unterlagen einer Internet-Recherche, BI 10/11 dA). Dabei verjüngt sich die angemeldete runde "Dosen"-Form etwa in halber Höhe und bildet einen kurzen Hals bzw eine "Taille" aus, um sich dann nach oben zu Richtung Deckel bzw Verschuß wieder etwas zu verbreitern. Solche Merkmale finden sich bei Pharmadosen in verschiedenen Variationen wieder. So gibt es neben quadratischen Pharmadosen sehr häufig Formen von runden Pharmadosen, die sich in unterschiedlichen Nuancen nach oben zu verjüngen und anschließend mit und ohne Wulst im Bereich des Deckels oder Verschlusses wieder etwas verbreitern. Auch insoweit kann auf die der Anmelderin übersandten Unterlagen einer Internet-Recherche (BI 10/11 dA) verwiesen werden. Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß solche Formen marktüblich sind. Sofern überhaupt Abweichungen der beanspruchten Form von den tatsächlich benutzten Behältnisformen bestehen, beschränken sie sich allenfalls auf Nuancen, wie eine etwas abweichende Ausformung der Verjüngung und der Form des Deckels. Solchen Formnuancen haftet ein hohes Maß von Beliebigkeit an, weshalb der Verkehr sie regelmäßig nicht als Kennzeichnungsmittel wahrnehmen und in Erinnerung behalten wird (ähnlich insoweit BGH GRUR 1997, 527 "Autofelge", wobei die dort beanspruchte Felgenform für PKW-Leichtmetallfelgen, die ebenfalls als nicht unterscheidungskräftig eingestuft worden ist, im Vergleich zur vorliegend beanspruchten Behältnisform deutlich origineller erscheint). Die angemeldete Behältnisform weist keine besonderen Merkmale auf, die kennzeichnend wirken könnten, sondern hält sich im Rahmen üblicher Behältnisformen. Der Verkehr wird deshalb darin keine Marke, sondern lediglich ein x-beliebiges Behältnis sehen.

Soweit die Anmelderin die Waren "pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse und Substanzen sowie Präparate für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse, einschließlich diätetische Lebensmittel, für medizinische Zwecke; diätetische Erzeugnisse, einschließlich diätetische Lebensmittel, für nicht-medizinische Zwecke auf der Basis von Vitaminen, Mineralstoffen, Kalzium und/oder Spurenelementen; Vitamine und Vitaminpräparate; Multivitamine und Multivitaminpräparate; Mineralstoffe und Mineralstoffpräparate; Multimineralstoffe und Multimineralstoffpräparate; Nahrungsergänzungsmittel für medizinische Zwecke; Nahrungsergänzungsmittel für nicht-medizinische Zwecke auf der Basis von Vitaminen, Mineralstoffen, Kalzium und/oder Spurenelementen; diätetische Erzeugnisse, einschließlich diätetische Lebensmittel, für nicht-medizinische Zwecke auf der Basis von Eiweiß; Nahrungsergänzungsmittel für nicht-medizinische Zwecke auf der Basis von Eiweiß" beansprucht, handelt es sich um Waren, die typischerweise in solchen typischen Pharmadosen abgepackt werden und so in den Verkauf kommen können. Dies gilt auch für "diätetische Erzeugnisse, einschließlich diätetische Lebensmittel, für medizinische Zwecke; diätetische Erzeugnisse, einschließlich ...", "Nahrungsergänzungsmittel ..." und für "diätetische Erzeugnisse, einschließlich diätetische Lebensmittel, für nicht-medizinische Zwecke auf der Basis von Eiweiß; Nahrungsergänzungsmittel für nicht-medizinische Zwecke auf der Basis von Eiweiß", da auch diese Waren häufig wie Arzneimittel, insbesondere aus dem Bereich der Vitamine und Mineralstoffpräparate verpackt und entsprechend in Verkehr gebracht werden.

Besteht eine angemeldete Marke in einer dreidimensionalen Verpackung, ist nach der Lebenserfahrung grundsätzlich davon auszugehen, daß der Verkehr ihr - anders als bei Wort- und Bildzeichen - nicht in erster Linie einen Herkunftshinweis für die in ihr enthaltene Waren entnehmen wird. Sie stellt sich vielmehr regelmäßig als bloßes Behältnis dar, dem der Verkehr keine weiteren Funktionen beimißt (vgl dazu BGH MarkenR 2000, 414, 416 liSp letzter Absatz - Likörflasche). Dies gilt insbesondere auch für Behältnisse für pharmazeutische Erzeugnisse oder für sonstige Waren, die üblicherweise wie Arzneimittel aufgemacht werden können. Auf

diesen Warengewebten ist der Verkehr - anders als dies etwa im Warenbereich alkoholischer Getränke der Fall sein mag - insbesondere auch nicht daran gewöhnt, sich an der Verpackung herkunftshinweisend zu orientieren, zumal die Verpackungsformen hier aus verschiedenen Gründen - Funktionalität, Fortschritt in der Verpackungstechnologie, sonstige allgemeine Gestaltungstrends - auch bei den Produkten ein und desselben Unternehmens nicht selten wechseln. Da sich die angemeldete Behältnisform im übrigen im Rahmen üblicher Behältnisse hält und sich in keiner Weise davon herkunftshinweisend abhebt - hier kann auf die obigen Ausführungen zur Warenformmarke verwiesen werden - kann sich insoweit bei der Frage der Unterscheidungskraft auch keine andere Beurteilung ergeben.

In ähnlicher Weise gilt dies auch für die Waren "Desinfektionsmittel; Mittel zur Vertilgung von schädlichen Tieren; Fungizide, Herbizide; Kaffee, Tee, Kakao; Kaffee-Ersatzmittel; Schokolade und Schokoladewaren; Senf; Saucen (Würzmittel); Gewürze". Solche Waren werden zwar nicht typischerweise in Behältnissen vertrieben, die der angemeldeten Form entsprechen, wenngleich entsprechende Verpackungen für solche Waren durchaus existieren oder jedenfalls nicht ungewöhnlich erscheinen. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, daß die angemeldete Gestaltung nicht auf ein bestimmtes Material festgelegt ist. Außerdem wird der Verkehr, dem solche Behältnisformen aus nahestehenden Warenbereichen bekannt sind, allein aus der Warenbereichsänderung nicht auf einen betrieblichen Herkunftshinweis schließen, zumal die Verpackung von Waren einem ständigen Wandel unterliegt, abhängig von technischen Veränderungen und von modischen Erscheinungen.

Nach alledem konnte die Beschwerde der Anmelderin insoweit keinen Erfolg haben.

Kliems

Brandt

Knoll

Pü

Abb. 1

