

# BUNDESPATENTGERICHT

## Leitsatz

---

<b>Aktenzeichen:</b>	26 W (pat) 23/06
<b>Entscheidungsdatum:</b>	23. April 2008
<b>Rechtsbeschwerde zugelassen:</b>	nein
<b>Normen:</b>	§ 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG

---

### Flaschenformen

1. 3D-Marken, die aus der Form einer Flasche bestehen, sind grundsätzlich kennzeichnungsschwach.
2. Deshalb genügen zum Ausschluss der Verwechslungsgefahr Abweichungen in der Regel bereits geringfügige.



# BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 23/06

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
23. April 2008

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Marke 302 31 899**

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 23. April 2008 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Fuchs-Wisseemann, des Richters Reker und der Richterin Kopacek

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

**G r ü n d e**

I

Gegen die Eintragung der Marke 302 31 899



für die Waren

„32: Biere und Biermischgetränke, Mineralwässer, kohlen-  
säurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke;  
Fruchtgetränke und Fruchtsäfte; Sirupe und andere  
Präparate für die Zubereitung von Getränken;

33: alkoholische Getränke (ausgenommen Biere)“

ist Widerspruch erhoben worden aus der u. a. für die Waren

„32: Biere; Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer;  
Fruchtgetränke  
und Fruchtsäfte; Sirupe und andere Präparate für die  
Zubereitung von Getränken; Ale, Porter;

33: Alkoholhaltige Getränke (ausgenommen Bier), Likoere,  
Spirituosen,  
Weine“

eingetragenen prioritätsälteren Gemeinschaftsmarke 000690016



Die Markenstelle hat den Widerspruch mit zwei Beschlüssen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, zurückgewiesen, weil zwischen den Marken keine Verwechslungsgefahr i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG bestehe. Zur Begründung hat sie ausgeführt, trotz gewisser Übereinstimmungen in einzelnen verwendeten Gestaltungselementen wiesen die beiden Marken im Gesamteindruck Unterschiede auf, die wegen der ausgeprägten Kennzeichnungsschwäche der Widerspruchsmarke ausreichen, um eine Verwechslungsgefahr unter markenrechtlichen Gesichtspunkten auszuschließen. Die Kennzeichnungsschwäche der Widerspruchsmarke resultiere - wie bereits der Bundesgerichtshof (BGH Mitt. 2000, 506 ff. - Likörflasche) festgestellt habe - daraus, dass der Verkehr in einer Getränkeflasche erfahrungsgemäß in erster Linie ein bloßes Behältnis, aber keinen betrieblichen Herkunftshinweis sehe. Dreidimensionalen Marken, die aus der Verpackung der Ware bestünden, komme daher nur ein sehr geringer Schutzzumfang zu, der sich letztlich auf identische oder nahezu identische Nachahmungen beschränke. Von einer nahezu identischen Nachahmung der Widerspruchsmarke

könne im Fall der angegriffenen Marke aber wegen des bei den Marken unterschiedlichen Verhältnisses zwischen dem schlankeren Flaschenhals und dem voluminöseren Korpus sowie der unterschiedlichen Ausformung der Flaschenhalse nicht ausgegangen werden. Die vorhandenen Übereinstimmungen der Marken bestünden auch nicht bei prägnanten Merkmalen mit herkunftshinweisender Funktion, sondern erschöpften sich in funktionalen Elementen, wie einer geschwungenen, griffsicheren Form des Flaschenhalses, einem handelsüblichen Flaschenkorpus sowie der ebenfalls handelsüblichen grünen Farbe des Glases, die einen effektiven Lichtschutz gewährleiste.

Hiergegen wendet sich die Widersprechende mit der Beschwerde. Sie ist der Ansicht, vor dem Hintergrund identischer Waren sei ein erheblicher Abstand der Marken zu fordern, der nicht gewahrt sei. Die Widerspruchsmarke besitze von Haus aus in Ermangelung vergleichbarer Drittmarken eine uneingeschränkte, mittlere Kennzeichnungskraft, die durch einen erheblichen Werbe- und Marketingaufwand seit der Markteinführung im Jahre 1997 noch erheblich gesteigert worden sei. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Verkehr eine besonders gestaltete Getränkeflasche nicht als betrieblichen Herkunftshinweis verstehe. Bei der Beurteilung der Markenähnlichkeit sei zu berücksichtigen, dass dem Verkehr die Marken nicht nebeneinander begegneten und er nicht alle Einzelheiten in Erinnerung habe. Entscheidend sei der Gesamteindruck, der bei den beiderseitigen Marken hochgradig ähnlich sei und am Rande der Identität liege. Das prägende Element beider Marken sei der aufwändig gestaltete Flaschenhals, der weder technisch bedingt noch sonst kennzeichnungsschwach sei. Er sei bei beiden Flaschen etwa gleich lang und charakteristisch verdreht. Diese Gemeinsamkeit nehme auch der Verkehr wahr, dem die Flaschen im Regal in einer frontalen Projektion begegneten. Die Gefahr von Verwechslungen werde durch die gleiche Form des Flaschenkörpers und die gleiche grüne Einfärbung der Flaschen noch verstärkt. Hingegen sei es nicht entscheidend, ob die Verformung des Flaschenhalses zwei- oder dreidimensional sei, weil sich dieser Umstand dem Verbraucher nicht auf den ersten Blick, sondern

erst bei eingehender Betrachtung der Flaschen erschließe. Dass die beiderseitigen Flaschen aus der Sicht des Verbrauchers hochgradig ähnlich seien, habe auch die Widerspruchsabteilung des HABM in einem dort parallel geführten Widerspruchsverfahren so gesehen und die Verwechslungsgefahr folglich bejaht.

Die Widersprechende beantragt,

die angefochtenen Beschlüsse der Markenstelle aufzuheben und wegen des Widerspruchs die Löschung der Marke 302 31 899 anzuordnen.

Die Markeninhaberin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, die Markenstelle sei bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr zu Recht von einer ausgeprägten Kennzeichnungsschwäche der Widerspruchsmarke ausgegangen. Aus der Tatsache der Eintragung der Marke und dem Fehlen vergleichbarer Drittmarken ergebe sich nicht automatisch, dass diese eine normale Kennzeichnungskraft aufweise. Das einzige Merkmal, das der Widerspruchsmarke das für eine Eintragung als dreidimensionale Marke erforderliche Minimum an Unterscheidungskraft verliehen habe, sei der dreifach gewendelte Flaschenhals. Eine besondere Kennzeichnungskraft begründe dieser Markenbestandteil dagegen nicht, weil eine Getränkeflasche bereits erheblich von der Norm und der Branchenüblichkeit abweichen müsse, um überhaupt als Marke eingetragen werden zu können. Auch eine Steigerung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke durch intensive Benutzung sei nicht substantiiert dargelegt worden. Die Gemeinsamkeiten beider Marken erschöpften sich in Merkmalen, die keinerlei Unterscheidungskraft aufwiesen, wie der grünen Farbgebung der Flaschen und der technisch bedingten Ausformung als zylindrische Longneck-Flasche, die insbesondere bei Bieren eine der Standardformen darstelle. In der Aus-

gestaltung des Flaschenhalses wiesen die Marken dagegen nicht nur keine relevanten Gemeinsamkeiten, sondern erhebliche Unterschiede auf. Während der Flaschenhals in der Widerspruchsmarke dreifach schraubenförmig um eine gedachte Mittelachse gewandelt sei, sei der insgesamt deutlich dicker wirkende Flaschenhals in der angegriffenen Marke unregelmäßig seitlich hin und her gebogen. Auch das Verhältnis von Flaschenhals zu Flaschenkörper sei bei beiden Marken deutlich unterschiedlich. Nicht einmal dem flüchtigen Betrachter könnten diese Unterschiede verborgen bleiben. Zu berücksichtigen sei auch, dass die Möglichkeiten zur Gestaltung des Flaschenhalses technisch eng begrenzt seien, weil die maschinelle Befüllung eine zentrierte Flaschenmündung erfordere.

## II

Die zulässige Beschwerde der Widersprechenden erweist sich als unbegründet. Zwischen den beiderseitigen Marken besteht keine Verwechslungsgefahr i. S. d. §§ 9 Abs. 1 Nr. 2, 42 MarkenG.

Nach den genannten Vorschriften ist eine Marke zu löschen, wenn wegen ihrer Ähnlichkeit mit einer angemeldeten oder eingetragenen Marke mit älterem Zeitrang und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die beiden Marken erfassten Waren oder Dienstleistungen die Gefahr von Verwechslungen besteht, einschließlich der Gefahr, dass die Marken gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden. Für die Frage der Verwechslungsgefahr ist von dem allgemeinen kennzeichenrechtlichen Grundsatz einer Wechselwirkung zwischen allen in Betracht kommenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der zu beurteilenden Marken, der Identität oder Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen und der Kennzeichnungskraft der älteren Marke, in der Weise auszugehen, dass ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Marken durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen oder der Kennzeichnungskraft der älteren Marke

ausgeglichen werden kann und umgekehrt (st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 2006, 859, 861 – Malteserkreuz; GRUR 2007, 235 ff. - Goldhase).

Ausgehend von diesem Wechselwirkungsgrundsatz ist eine Verwechslungsgefahr zwischen der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke trotz der Identität bzw. der großen Ähnlichkeit der beiderseitigen Waren zu verneinen, weil die Widerspruchsmarke – wie bereits die Markenstelle zutreffend festgestellt hat – nur eine äußerst geringe Kennzeichnungskraft und damit nur einen sehr engen Schutzzumfang aufweist, in den die angegriffene Marke nicht eingreift.

Die konkrete Feststellung des Grades der Kennzeichnungskraft der älteren Marke ist im Widerspruchsverfahren unabdingbare Voraussetzung und Grundlage für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr, weil der Schutzzumfang einer Marke maßgeblich von ihrer Kennzeichnungskraft abhängt (BGH GRUR 1999, 587, 589 – Cefallone).

Die bloße Tatsache der Eintragung einer Marke bedeutet nicht, dass diese von Haus aus über eine normale Kennzeichnungskraft verfügt, sondern nur, dass sie die Hürde der in § 8 MarkenG normierten Schutzhindernisse übersprungen hat, wofür bereits ein geringer Grad an Unterscheidungskraft genügt (v. Schultz/Schweyer, Markenrecht, § 14 Rdn. 128; Ströbele/Hacker, MarkenG, 8. Auflage, § 9 Rdn. 185). Um einer aus der Form der Ware oder ihrer – wie z. B. bei Getränken – notwendigen Verpackung bestehenden dreidimensionalen Marke zu dem erforderlichen Minimum an Unterscheidungskraft und damit zur Eintragung zu verhelfen, bedarf es einer erheblichen Abweichung von der Norm und dem auf dem jeweiligen Warengbiet üblichen Formenschatz (EuGH GRUR 2004, 431, Nr. 49 – Henkel; MarkenR 2006, 19, 21, Nr. 31 – Standbeutel), weil der Verbraucher eine Flasche oder eine andere Verpackung einer Ware erfahrungsgemäß zunächst nur als solche oder als eine funktionelle und ästhetische Gestaltung und nicht als betriebliches Herkunfts- und Unterscheidungskennzeichen ansieht (BGH Mitt. 2000, 506 ff. - Likörflasche; Erdmann GRUR 2001, 609, 612). Auch eine besondere Gestaltung der Ware selbst oder ihrer notwendigen Verpackung wird

deshalb eher dem Bemühen um eine funktionelle und ästhetische Gestaltung zugeschrieben als der Absicht, auf die Herkunft der Ware hinzuweisen (BGH GRUR 2004, 329, 330 – Käse in Blütenform; GRUR 2007, 780 ff., Rdn. 26 – Pralinenform).

Hiervon ausgehend ist in Bezug auf die Widerspruchsmarke festzustellen, dass es angesichts der Tatsache, dass auf dem maßgeblichen Warengbiet der alkoholischen und alkoholfreien Getränke (vor allem auch bei Bieren) seit langem eine Vielzahl grüner, sog. Longneck-Flaschen Verwendung finden, erst die konkrete, spiralförmig gewendelte Form des Flaschenhalses war bzw. ist, die die Widerspruchsmarke erheblich von dem auf dem betreffenden Warengbiet üblichen Formenschatz abhebt und ihr zu dem für die Eintragung erforderlichen Mindestmaß an Unterscheidungskraft verholfen hat, der einem von Haus aus geringen Grad an Kennzeichnungskraft entspricht. Um eine nachträgliche Steigerung der von Haus aus geringen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke auf ein normales Maß zu begründen, reichen die von der Widersprechenden behaupteten Herstellungszahlen von Flaschen, die ihrer Form nach der Widerspruchsmarke entsprechen, selbst dann nicht aus, wenn zu Gunsten der Widersprechenden unterstellt wird, dass im gleichen Umfang im Inland Bier in diesen Flaschen abgesetzt worden ist, weil die Feststellung einer gesteigerten Markenbekanntheit nicht ohne weiteres allein aus Umsatz- und Absatzzahlen hergeleitet werden kann. Insoweit hätte es einer eingehenden substantiierten Darlegung weiterer nachprüfbarer Tatsachen, wie z. B. des von der Marke gehaltenen Marktanteils und der Bekanntheit der Marke in den beteiligten Verkehrskreisen bedurft (st. Rspr.; vgl. z. B. BGH GRUR 2003, 1040, 1044 – Kinder).

Der dem Verbraucher regelmäßig nicht bekannte Umstand, dass es sich bei der Widerspruchsmarke um eine mehrfach prämierte Flaschengestaltung handelt, vermag zur Stärkung der Kennzeichnungskraft und zur Begründung einer Verwechslungsgefahr ebenso wenig beizutragen wie die Tatsache, dass sowohl die

Widerspruchsmarke als auch die angegriffene Marke eine grüne Einfärbung aufweisen, weil die grüne Einfärbung bei Getränkeflaschen und insbesondere auch bei Bierflaschen verkehrstüblich ist und deshalb nicht als ein Hinweis auf die betriebliche Herkunft von Getränken verstanden wird.

Angesichts der geringen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke reichen die vorhandenen Unterschiede der Marken auch bei deren Verwendung für identische Waren aus, um eine markenrechtliche Verwechslungsgefahr i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG auszuschließen. Während die Widerspruchsmarke nämlich einen kontinuierlich spiralförmig gedrehten Hals aufweist, ist der Hals der die angegriffene Marke bildenden Flasche, wie der Markenabbildung zu entnehmen ist, seitlich hin- und hergebogen. Somit stehen sich eine eher dreidimensional anmutende und eine auf den angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher sofort und ohne besonders eingehende Betrachtung eher zweidimensional wirkende Flaschenhalsgestaltung gegenüber, die auch unter Berücksichtigung der gegenüber der Widerspruchsmarke eher länger und gestreckter wirkenden Form des Flaschenhalses aus dem minimalen Ähnlichkeitsbereich der Widerspruchsmarke heraustritt (ebenso bereits in einem zwischen den Parteien anhängigen Verletzungsverfahren das LG München I - 17 HKO 17985/01 -, unveröffentlicht).

Bei dieser Sach- und Rechtslage muss der Beschwerde der Widersprechenden der Erfolg versagt bleiben.

Für eine vom Grundsatz der eigenen Kostentragung abweichende Auferlegung der Verfahrenskosten auf eine der Verfahrensbeteiligten gemäß § 71 Abs. 1 S. 1 MarkenG gibt der entschiedene Fall keine Veranlassung.

Dr. Fuchs-Wisseemann

Kopacek

Reker

Na