

BUNDESPATENTGERICHT

Leitsatz

Aktenzeichen: 26 W (pat) 56/08

Entscheidungsdatum: 12. Oktober 2009

Normen: MarkenG § 8 Abs. 2 Nr. 1, § 50 Abs. 1, Abs. 4

Ringflaschenöffner

Eine für "Flaschenöffner" eingetragene dreidimensionale Marke unterliegt mangels hinreichender Unterscheidungskraft der Löschung, wenn der angesprochene Verkehr in der Gestaltung der Marke in Form eines Rings keinen Herkunftshinweis, sondern ein technisches Merkmal zur vorgesehenen Flaschenöffnung sieht.



BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 56/08

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
12. Oktober 2009

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke 302 19 119

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 5. August 2009 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Fuchs-Wisseemann sowie der Richter Reker und Lehner

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 23. April 2008 aufgehoben.
2. Die Löschung der Marke 302 19 119 wird angeordnet, soweit sie für „Flaschenöffner“ eingetragen ist.

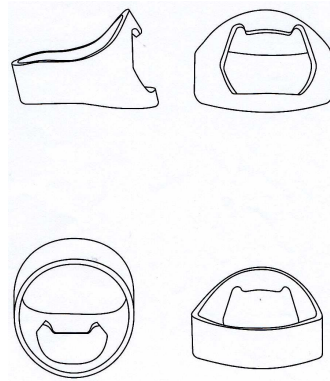
Gründe

I

Die Antragstellerin hat die Teillöschung der am 27. Mai 2003 für die Waren

„Flaschenöffner; alkoholfreie Getränke, Bier“

eingetragenen dreidimensionalen Marke 302 19 119



in Richtung auf die Eintragung der Marke für die Waren „Flaschenöffner“ wegen fehlender Unterscheidungskraft, Freihaltebedürftigkeit und im Hinblick auf das Eintragungsverbot des § 8 Abs. 2 Nr. 9 MarkenG beantragt.

Die Antragsgegner haben der Löschung innerhalb der Frist des § 54 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG widersprochen.

Mit Beschluss vom 23. April 2008 hat die Markenabteilung 3.4 des Deutschen Patent- und Markenamts den Löschungsantrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, der Eintragung der verfahrensgegenständlichen Marke liege keines der in § 3 Abs. 2 MarkenG aufgeführten Schutzhindernisse zugrunde. Die Marke sei auch hinreichend unterscheidungskräftig im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, ein Freihaltebedürfnis an der Formgebung der angegriffenen Marke bestehe nicht. Insbesondere stelle sich die von der Markeninhaberin gewählte Form eines Rings auf dem Sektor der „Flaschenöffner“, die üblicherweise einen unterschiedlich gestalteten Handgriff aufwiesen, als ein charakteristisches und auffälliges Gestaltungsmittel dar, dem im Streitfall eine herkunftshinweisende Funktion nicht abgesprochen werden könne. Schließlich sei die Markeneintragung auch nicht in Widerspruch zu sonstigen, im öffentlichen Interesse liegenden Vorschriften erfolgt.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin. Ihrer Auffassung nach seien die Feststellungen des Deutschen Patent- und Markenamts im angegriffenen Beschluss zur abstrakten Unterscheidungseignung der Marke im Sinne von

§ 3 MarkenG im hiesigen Lösungsverfahren unbeachtlich. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sei eine dreidimensionale Marke nur dann hinreichend unterscheidungskräftig im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, wenn die ihr zugrunde liegende Ausgestaltung nicht nur eine weitere Variante des bereits bekannten Formenschatzes darstelle, sondern darüber hinaus individuelle, auf ihre Herkunft hinweisende Charakterzüge aufweise. Diese Voraussetzungen erfülle die Streitmarke nicht. Im Vergleich zur Streitmarke ähnlich gestaltete „Flaschenöffner in Ringform“ gebe es nämlich bereits seit den 20er-Jahren des letzten Jahrhunderts auf dem Markt. Da zudem ein erhebliches Interesse der Allgemeinheit bestehe, die streitige Form frei benutzen zu können, stehe der Eintragung der Prüfmarke auch das Schutzhindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegen.

Die Antragstellerin beantragt,

den verfahrensgegenständlichen Beschluss der Markenabteilung aufzuheben und die Marke 302 19 119 teilweise zu löschen, soweit die Marke Schutz beansprucht für „Flaschenöffner“,

hilfsweise:

die Marke teilweise zu löschen, soweit die Marke Schutz beansprucht für „Flaschenöffner in Ringform“, durch Einschränkung des Warenverzeichnisses auf „Flaschenöffner, ausgenommen Flaschenöffner in Ringform“.

Die Antragsgegner beantragen,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Hilfsweise beantragen sie die Zulassung der Rechtsbeschwerde.

Sie verteidigen den angegriffenen Beschluss der Markenabteilung und führen ergänzend aus: Der Marke liege über die für einen Flaschenöffner untypische Ringform hinaus eine in mehrfacher Hinsicht anspruchsvolle und eigenwillige Formgebung zugrunde, die verschiedene Assoziationen erwecke. So bringe der Verkehr,

der daran gewöhnt sei, in der Formgebung von Flaschenöffnern einen Herkunftshinweis zu erkennen, da diese häufig als Werbemittel verwendet würden, mit den am oberen Ende der Marke enthaltenen Aussparungen die Form eines Katzenkopfes oder eines Wikingers in gedankliche Verbindung. Diese Gestaltung weiche von herkömmlichen branchenüblichen Flaschenöffnern weit ab und führe zur zumindest durchschnittlichen Unterscheidungskraft der Streitmarke. Da der Verkehr in der verfahrensgegenständlichen dreidimensionalen Marke eine für die Ware „Flaschenöffner“ beschreibende Angabe nicht erkenne, bestehe auch kein Freihaltebedürfnis. Im Übrigen stünden Mitbewerbern der Markeninhaberin zahlreiche Möglichkeiten zur Verfügung, Flaschenöffner in Ringform abweichend von der Streitmarke zu gestalten.

Zum weiteren Vorbringen wird auf die zwischen den Verfahrensbeteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II

Die zulässige Beschwerde der Antragstellerin ist begründet. Der Eintragung der Streitmarke für „Flaschenöffner“ steht das Schutzhindernis fehlender Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG entgegen. Dies führt zur Aufhebung des angegriffenen Beschlusses und zur Anordnung der Teillöschung der verfahrensgegenständlichen Marke in von der Antragstellerin beantragtem Umfang für die eingetragenen Waren „Flaschenöffner“.

Im Ausgangspunkt zutreffend hat die Markenabteilung 3.4 im angegriffenen Beschluss festgestellt, dass die angemeldete Marke die allgemeinen Anforderungen an die Markenfähigkeit erfüllt, also das Erfordernis der abstrakten Unterscheidungskraft vorliege (§ 3 Abs. 1 MarkenG) und es sich nicht um eine von vorneherein von der Eintragung ausgeschlossene Markenform handle (§ 3 Abs. 2 MarkenG). Hiergegen wendet sich die Antragstellerin der Sache nach in der Beschwerdeinstanz nicht, so dass es diesbezüglich keiner weiteren Ausführungen bedarf.

Unterscheidungskraft im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG besitzt eine Marke nur dann, wenn sie geeignet ist, die Waren und Dienstleistungen, für die Schutz begehrt wird, als von einem bestimmten Unternehmen kommend zu kennzeichnen und diese Produkte und Dienstleistungen somit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. EuGH GRUR 2002, 804, 806 - *Philips*). Zwar darf die Prüfung bei dreidimensionalen Marken nicht strenger als bei den anderen Markenkategorien ausfallen (vgl. EuGH GRUR Int. 2004, 631, 633 - *Dreidimensionale Tablettenform I*; EuGH GRUR 2003, 514, 517 - *Linde, Winward u. Rado*; EuGH a. a. O. - *Philips*, S. 807). Da aber davon auszugehen ist, dass der Verkehr in der Regel aus der Form der Ware oder aus der Verpackung gewöhnlich nicht auf die Unterscheidungskraft einer dreidimensionalen Marke schließen wird, besitzt eine solche Marke nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nur dann Unterscheidungskraft, wenn sie erheblich von der Norm oder der Branchenüblichkeit abweicht (vgl. EuGH GRUR 2006, 233, 235 - *Standbeutel*; GRUR Int. 2006, 842, 844 - *Form eines Bonbons II*; GRUR Int. 2005, 135, 137 - *Maglite*; GRUR 2004, 428, 431 - *Henkel*) und deshalb vom durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher als Herkunftshinweis aufgenommen wird. Die Warenform muss es dem Verkehr ermöglichen, die betreffenden Waren auch ohne analysierende und vergleichende Betrachtungsweise sowie ohne besondere Aufmerksamkeit oder nähere Prüfung von den Waren anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. EuGH a. a. O. - *Henkel*, S. 431; EuGH a. a. O. - *Maglite*, S. 137). Weist das Warenumfeld bereits eine große Vielfalt an Formen auf, in die sich die angemeldete Marke ohne Weiteres einfügt, so ist die Unterscheidungskraft zu verneinen, sofern sich nicht ausnahmsweise feststellen lässt, dass der Verkehr die Produkte der verschiedenen Hersteller auf dem betreffenden Warengbiet anhand der Form voneinander unterscheidet (vgl. PAVIS PROMA BPatG 26 W (pat) 193/04 - *Waschmitteltabelle*). Dabei wird der Verkehr in einer bestimmten Formgestaltung nur dann einen Herkunftshinweis sehen, wenn er diese Form nicht einer konkreten anderen Funktion der Ware oder ganz allgemein dem Bemühen zuschreibt, ein ästhetisch ansprechendes Produkt zu schaffen (vgl. BGH GRUR 2004, 329, 330 - *Käse in Blütenform*; GRUR 2006, 679, 681 - *Porsche Boxster*).

In Ansehung dieser von der obergerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze beansprucht die angegriffene Marke für die eingetragenen Waren

„Flaschenöffner“ keine hinreichende Unterscheidungskraft. Es erscheint bereits naheliegend, dass der Verkehr in dem angemeldeten Zeichen für die in Rede stehenden Waren „Flaschenöffner“ lediglich die äußere Form der Ware selbst sieht und mit ihr den im Vordergrund beschreibenden Begriffsinhalt „Flaschenöffnerring“ verbindet. Dass der Verkehr in der äußeren Gestaltung von Flaschenöffnern einen Herkunftshinweis für das solchermaßen gekennzeichnete Produkt erkennen können, erschließt sich nicht ohne Weiteres; ihre diesbezüglich pauschal gehaltene, von der Antragstellerin bestrittene Behauptung haben die Antragsgegner nicht näher substantiiert.

Der Senat konnte sich auch nicht davon überzeugen, dass die hinreichende Unterscheidungskraft bereits durch die Ringform des eingetragenen Flaschenöffners begründet sei. Zwar weisen Flaschenöffner üblicherweise einen Handgriff auf und sind nicht in eine Ringform integriert. Aber abgesehen davon, dass die Form eines Ringflaschenöffners bei Anmeldung der Streitmarke als solche unstrittig vorbekannt war, würde selbst die erstmalige Verwendung einer derartigen Form für sich allein noch nicht genügen, eine ausreichende Unterscheidungskraft zu begründen (vgl. BGH GRUR 2005, 578, 580 - *LOKMAUS*). Zudem wird der Verkehr mit einem Ringflaschenöffner der verfahrensgegenständlichen Art in erster Linie praktische Gesichtspunkte verbinden wie etwa „das jederzeit zur Hand haben eines Flaschenöffners“ (etwa auf Reisen) mit der Folge, dass er in einer solchen Formgebung nicht ohne weiteres wiederkehrend charakteristische und im Sinne eines Herkunftshinweises auf ein bestimmtes Unternehmen identitätsstiftende Merkmale erkennt.

Ohne Erfolg leiten die Antragsgegner eine vermeintlich herkunftshinweisende Funktion der Streitmarke aus der aus ihrer Sicht eigentümlichen Gestaltung der in der verfahrensgegenständlichen Form eines Ringflaschenöffners vorgesehenen Aussparung nach Art eines Katzenkopfes her. Dem ist entgegenzuhalten, dass bei technischen Geräten - wie einem Flaschenöffner - der Verkehr ein konkretes Gestaltungsmerkmal eher für funktionsbedingt halten und ihm keinen Herkunftshinweis entnehmen wird, weil er zunächst davon ausgeht, dass sich die Form bei solchen Waren in erster Linie an der technischen Funktion orientiert (BGH a. a. O. - *Käse in Blütenform*, S. 330; BGH GRUR 2001, 413, 415 - *SWATCH*). Insoweit ist festzustellen, dass die beiden Zacken an den seitlichen oberen Enden der Aus-

sparung in erster Linie die Funktion erfüllen, in den Verschluss einer Flasche einzugreifen, um ein Abgleiten des Flaschenöffners beim Öffnen der Flasche zu verhindern. Der Verkehr wird daher in einer solchen Aussparung keine kennzeichenmäßige herkunftshinweisende Funktion erkennen, sondern diese als technisches Merkmal eines Ringflaschenöffners ansehen. Der Senat vermag auch nicht zu erkennen, dass die von den Antragsgegnern gewählte Form der Aussparung angesichts des vorgelegten Formenschatzes (vgl. Anl. K 16 zum Löschungsantrag vom 15. Januar 2007, Anlagen zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 27. Juli 2009; insoweit haben die Antragsgegnerinnen nicht vorgetragen, dass es sich hierbei um Produkte handle, die im Zeitpunkt der Anmeldung der verfahrensgegenständlichen Marke noch nicht auf dem Markt angeboten worden seien) so erheblich von der Gestaltung marktüblicher Flaschenöffner abweiche, dass der Verkehr allein mit der Form der Streitmarke einen Herkunftshinweis verbinde. Gleiches gilt für die Ringform als solche. Deren Verjüngung an der Oberseite ist im Übrigen ergonomisch bedingt und durch deren technische Aufgabe, die Flaschenöffnerfunktion zu erfüllen, vorgegeben.

Bei dieser Sachlage kann dahinstehen, ob der Eintragung der verfahrensgegenständlichen Marke auch das Schutzhindernis eines entgegenstehenden Freihaltebedürfnisses (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG) entgegensteht oder ein Fall des § 8 Abs. 2 Nr. 9 MarkenG vorliegt.

Bei der gegebenen Sach- und Rechtslage bestand keine Veranlassung, einer der Beteiligten die Kosten des Beschwerdeverfahrens ganz oder teilweise aufzuerlegen (§ 71 Abs. 1 Satz 2 MarkenG).

Der Senat sah trotz Anregung der Antragsgegner keinen Anlass für die Zulassung der Rechtsbeschwerde. Weder war eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden (§ 83 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG), noch erfordert die Fortbildung des Rechts, noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (§ 83 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG). Insoweit sieht sich der Senat auch nicht durch das vorgelegte Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 12. November 2008 - 5 U 106/07 an einer Entscheidung gehindert, da in tatsächlicher Hinsicht die Beurteilung der Abweichung der Form der Streitmarke von marktüblichen Flaschenöffnern angesichts des im hiesigen Ver-

fahren vorgelegten Formenschatzes zu erfolgen hatte. Im Übrigen beruht die Entscheidung des Senats auf den Grundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken unter Würdigung der tatsächlichen Gegebenheiten des vorliegenden Falles.

Dr. Fuchs-Wisseemann

Reker

Lehner

Bb