



# BUNDESPATENTGERICHT

26 W (pat) 557/11

---

(AktENZEICHEN)

Verkündet am  
7. August 2013

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### **betreffend die Markenmeldung 30 2011 020 661.9**

hat der 26. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 7. August 2013 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Fuchs-Wisseemann sowie der Richter Reker und Hermann

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

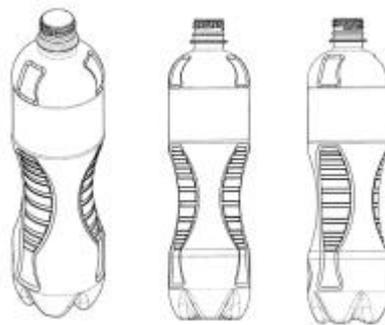
## Gründe

### I

Die Markenstelle für Klasse 32 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Anmeldung der für die Waren der Klasse 32

„Mineralwässer und kohlenensäurehaltige Wässer und andere alkoholfreie Getränke; Fruchtgetränke und Fruchtsäfte“

bestimmten dreidimensionalen Marke



wegen fehlender Unterscheidungskraft zurückgewiesen (§ 37 Abs. 1 i. V. m. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG). Zur Begründung hat die Markenstelle in ihrem Beschluss unter Bezugnahme auf Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofs ausgeführt, bei der angemeldeten Marke handele es sich um eine Kunststoffflasche mit Schraubverschluss, die kurze, breite Standwülste aufweise, deren mittlerer Teil aus nach innen gewölbten, geriffelten Segmenten bestehe und deren oberer Teil rechteckige Einwölbungen erkennen lasse. Standfüße der in der angemeldeten Marke enthaltenen Art seien bei einer Vielzahl von im Handel befindlichen Flaschen anzutreffen. Der Mittelteil sei bei Flaschen stets besonders ausgestaltet, um auf jeweils verschiedene Weise zu gewährleisten, dass

der Konsument die Flasche sicher greifen könne, weshalb der Durchschnittsverbraucher von Getränken bei Ausformungen in diesem Bereich regelmäßig davon ausgehe, dass die Formgebung technisch bzw. funktionell bedingt sei. Auch die rechteckigen Felder am Flaschenhals seien nicht so charakteristisch, dass sie als betrieblicher Herkunftshinweis verstanden würden. Die Gestaltungsmerkmale der angemeldeten Marke betreffen wenig einprägsame Nuancen des bei Mineralwasser- und Fruchtgetränkeflaschen feststellbaren Formenschatzes, denen ein hohes Maß an Beliebigkeit anhafte, weshalb der Verkehr sie sich regelmäßig nicht merke und ihnen auch keine betriebliche Herkunftsfunktion beimesse.

Dagegen wendet sich die Anmelderin mit der Beschwerde. Sie macht geltend, bei den Gestaltungselementen der angemeldeten Marke, die für den Verkehr ohne besondere Aufmerksamkeit und ohne analysierende Betrachtung zu erkennen seien, handele es sich um solche, die bei auf dem Markt befindlichen Getränkeflaschen nicht anzutreffen seien. Insbesondere die Rillen und Einkerbungen im mittleren Bereich und die rechteckigen Felder im oberen Bereich der Flasche hoben sich deutlich von den Gestaltungen herkömmlicher Flaschen ab. Bei den Rillen und Einkerbungen in der Flaschenmitte handele es sich um die Abbildung von drei Fischen in stilisierter Form, deren Kopf nach oben in Richtung auf den Flaschenhals zeige. Diese stilisierten Fische wiesen Stege unterschiedlicher Breite in unterschiedlichem Abstand auf. Es handele sich insoweit und auch bei den rechteckigen Aussparungen am Flaschenhals um reine Designelemente ohne funktionelle Bedeutung, die ungewöhnlich und eigentümlich seien. Nach dem EuGH-Urteil in Sachen „Lego“ (GRUR 2010, 1008) seien nur solche Warenformen von der Eintragung ausgeschlossen, durch die nur eine technische Lösung verkörpert werde. Hingegen könne die Eintragung eines Zeichens, das aus der Form der Ware bestehe, nicht abgelehnt werden, wenn die Form der Ware ein nichtfunktionales, dekoratives Element aufweise. Zu berücksichtigen sei ferner, dass beim Erwerb von Erfrischungsgetränken vom Verkehr eine erhöhte Aufmerksamkeit an den Tag gelegt werde. Der Verkehr orientiere sich bei der Auswahl von Getränken aus dem Getränkeregale zunehmend an der Flaschenform und fasse diese als

Herkunfts- und Unterscheidungsmerkmal auf. Da die angemeldete Flasche sich auf Grund ihrer eigentümlichen und ungewöhnlichen Gestaltung deutlich von den auf dem Markt vorzufindenden Formen unterscheidet, werde der Verkehr in ihr ein betriebliches Herkunftskennzeichen sehen. Daher weise sie von Haus aus die erforderliche Unterscheidungskraft i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG auf.

Die Anmelderin beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 32 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 25. August 2011 aufzuheben.

## II

Die gemäß §§ 64 Abs. 6 S. 1, 66 Abs. 1 und 2 MarkenG zulässige Beschwerde ist unbegründet. Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat die Markenstelle für Klasse 32 des Deutschen Patent- und Markenamts in dem mit der Beschwerde angegriffenen Beschluss festgestellt, dass der angemeldeten dreidimensionalen Marke für die in der Anmeldung aufgeführten Waren der Klasse 32 jegliche Unterscheidungskraft fehlt (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG). Das dagegen gerichtete Vorbringen der Anmelderin in der Beschwerdebegründung rechtfertigt keine vom angegriffenen Beschluss abweichende Beurteilung der angemeldeten Marke.

Unterscheidungskraft im Sinne der vorgenannten Bestimmung besitzt eine Marke nur dann, wenn sie geeignet ist, die Waren und Dienstleistungen, für die die Eintragung begehrt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und sie somit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (EuGH GRUR 2002, 804 ff. – Philips; GRUR 2006, 233 - Standbeutel; GRUR 2010, 640 – hey!). Zwar dürfen bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken keine strengeren rechtlichen Maßstäbe angelegt werden als bei sonstigen Marken (EuGH GRUR Int. 2004, 631 - Dreidimensionale Tablet-

tenform I; a. a. O – Standbeutel; BGH GRUR 2010, 138 - ROCHER-Kugel). Unbeschadet der rechtlichen Gleichbehandlung aller Marken müssen bei dreidimensionalen Marken aber tatsächliche Unterschiede berücksichtigt werden. Eine Marke, die im Wesentlichen mit dem äußeren Erscheinungsbild der beanspruchten Ware bzw. ihrer Verpackung übereinstimmt, fasst der Verkehr nicht in gleicher Weise als betrieblichen Herkunftshinweis auf wie eine Wort- oder Bildmarke. Während ein weder beschreibendes noch rein werbemäßig wirkendes Wort oder Bild die erforderliche Herkunftsfunktion in der Regel ohne weiteres erfüllen kann, wird die Form der Ware oder ihrer Verpackung vom Verkehr zunächst nur als funktionale oder ästhetische Gestaltung, aber nicht als Hinweis auf den betrieblichen Ursprung der Ware verstanden (EuGH GRUR 2004, 428 – Henkel; a. a. O. – Dreidimensionale Tablettenform I; a. a. O. - Standbeutel; MarkenR 2009, 108 – Gondelverkleidung). Deshalb weist eine angemeldete Waren- oder Verpackungsform nicht schon dann Unterscheidungskraft i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG auf, wenn sie sich in irgendeiner Weise von branchenüblichen Produktformen unterscheidet, sondern vermag die erforderliche Herkunftsfunktion nur dann zu erfüllen, wenn sie von Norm und Branchenüblichkeit erheblich abweicht (EuGH a. a. O. - Henkel; a. a. O. – Standbeutel; GRUR 2008, 339 – Develey/HABM). Um eine solche herkunftshinweisende Wirkung zu erzielen, muss sie charakteristische Merkmale aufweisen, die deutlich aus dem Rahmen der gebräuchlichen Gestaltungsvielfalt auf dem jeweiligen Warengbiet fallen (Bergmann GRUR 2006, 793, 794). Dass eine angemeldete Marke lediglich eine Variante zu üblichen Waren- oder Verpackungsformen darstellt, reicht zur Bejahung der Unterscheidungskraft noch nicht aus (EuGH GRUR Int. 2006, 842 – Form eines Bonbons II; BGH a. a. O. - ROCHER-Kugel), zumal die Neuheit oder Originalität einer Marke keine maßgeblichen Kriterien für ihre Unterscheidungskraft darstellen (EuG GRUR 2011, 425 – Goldhase). Die Waren- bzw. Verpackungsform muss es dem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher auch ohne analysierende und vergleichende Betrachtungsweise ermöglichen, die betreffenden Waren von den Waren anderer Unternehmen zu unterscheiden (EUGH a. a. O. - Henkel; GRUR Int. 2005, 135 - Maglite). Weist das branchenmäßige

Umfeld bereits eine große Vielfalt an Formen auf, in die sich die angemeldete Marke ohne weiteres einfügt, so wird der Verkehr in einer bestimmten, ggf. auch neuen Formgestaltung nur dann einen Herkunftshinweis sehen, wenn er diese Form nicht einer konkreten Funktion der Ware oder ganz allgemein dem Bemühen zuschreibt, ein ästhetisch ansprechendes Produkt zu schaffen (BGH GRUR 2004, 329 - Käse in Blütenform; GRUR 2006, 679 - Porsche Boxster). Deshalb spricht aber auch der Umstand, dass bisher noch keine mit der angemeldeten Marke identische oder vergleichbare Form im Verkehr feststellbar ist, noch nicht ohne weiteres für die Unterscheidungskraft der Marke (EuG GRUR Int. 2007 848 - Quadratische weiße Tablette mit farbigem Blütenmuster). Auch aus dem Umstand, dass sich die Marke durch eines ihrer Merkmale von den üblichen Formen abhebt, kann noch nicht ohne weiteres auf die erforderliche Unterscheidungskraft geschlossen werden (EuGH a. a. O – Develley/HABM).

Nach diesen maßgeblichen rechtlichen Grundsätzen weist die angemeldete Marke für die beanspruchten Waren keine Unterscheidungskraft auf, weil die zur Eintragung angemeldete Flasche in ihrer Gestaltung nicht erheblich von den im Verkehr für alkoholfreie Getränke üblichen Flaschenformen abweicht.

Wie bereits die Markenstelle zutreffend festgestellt hat, werden sowohl alkoholische als auch alkoholfreie Getränke nicht nur in standardisierten, weitgehend ähnlichen Flaschen, sondern in einer großen Vielfalt unterschiedlichster Flaschenformen im Verkehr angeboten. Von diesem umfangreichen Formenschatz, von dem die Anmelderin selbst in ihren Schriftsätzen einen Ausschnitt dargestellt hat und den auch der Verkehr kennt, hebt sich die angemeldete Marke weder in einzelnen Formelementen noch in ihrem Gesamteindruck so auffällig ab, dass der Verkehr sie von Haus aus als Herkunftskennzeichnung verstehen würde.

Die Grundform der angemeldeten Flasche entspricht weitgehend der Form, die im Verkehr bei in Kunststoffeinweg- und -mehrwegflaschen verschiedenster Größen

abgefüllten alkoholfreien Getränken allgemein gebräuchlich ist. Auch die im Verkehr üblichen Flaschen weisen zu einem wesentlichen Teil im Mittelbereich einen geraden, ebenen Flaschenkörper sowie – von oben nach unten – einen Flaschenausgießer mit äußerem Schraubgewinde, einen darunter liegenden Flaschenkragen, auf dem der Schraubverschluss aufsitzt und der das Tropfen beim Ausgießen verhindert, eine ebene Fläche für die Anbringung eines Flaschenetiketts im mittleren Flaschenbereich, eine Einbuchtung mit Rippen, die der Verstärkung der Flasche in diesem Bereich und zugleich dem einfachen und sicheren Halten der Flasche dienen, sowie Standfüße auf. Diese Merkmale als solche können somit weder allein noch in Verbindung miteinander die Unterscheidungskraft der angemeldeten Marke begründen.

Aber auch die von der Anmelderin in den Mittelpunkt ihrer Beschwerdeargumentation gestellte besondere Ausgestaltung der Flaschenmitte sowie die Einbuchtungen am Hals der Flasche können der angemeldeten Marke nicht zur Unterscheidungskraft i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG verhelfen. Wie die von der Markenstelle dem angegriffenen Beschluss beispielhaft beigefügten Abbildungen von im Verkehr verwendeten Flaschen – auf die hier Bezug genommen wird – zeigen, werden für alkoholfreie Getränke aller Art bereits Glas- und Kunststoffflaschen benutzt, die im Flaschenhalsbereich dreidimensional ausgebildete Muster im Glas oder im Kunststoff aufweisen und im Allgemeinen dem Bemühen zuzuschreiben sind, eine ästhetisch ansprechende Gestaltung des Flaschenhalsbereichs zu erreichen. Auch die Einkerbungen am Flaschenhals der angemeldeten Marke wird der Verkehr deshalb zunächst einem solchen Bemühen zuschreiben, darin jedoch keinen betrieblichen Herkunftshinweis sehen, auch weil diese Einkerbungen im Verhältnis zur Gesamtgröße der Flasche und zur Gesamtgestaltung zu klein und unauffällig sind, um ernsthaft als Herkunfts- und Unterscheidungskennzeichnung verstanden werden zu können.

Soweit die Anmelderin in Bezug auf die Gestaltung der Flaschenmitte argumentiert, bei den quergeriffelten Elementen handele es sich um nichtfunktionale, dekorative Elemente, die die Form von Fischen aufwiesen, deren Kopf zum Flaschenhals hin zeige, ist dazu zu bemerken, dass sich dieses Verständnis der Gestaltung der Flaschenmitte dem Verkehr allenfalls bei einer sehr genauen, analysierenden Betrachtungsweise erschließen wird, zu der der Verkehr erfahrungsgemäß im Allgemeinen nicht neigt, da die Form eines Fisches allenfalls andeutungsweise erkennbar ist, jedoch keinesfalls ins Auge springt. Es steht entgegen der Ansicht der Anmelderin vielmehr zu erwarten, dass auch der angemessen aufmerksame und verständige Durchschnittskäufer von alkoholfreien Getränken in der Gestaltung der Flaschenmitte nur einen weiteren Versuch sehen wird, eine sichere Griffmöglichkeit in ästhetisch ansprechender Form zu schaffen, die ein Umfassen der Flasche zum Trinken ermöglicht, ohne dass die Flasche beim Trinken aus der Hand rutscht oder in der Flaschenmitte eingedrückt wird, wie dies bei Flaschen ohne verstärkende Griffriellen häufig der Fall ist. Als Festhalte- und Stabilisierungshilfe dienende Einbuchtungen am Bauch der Flaschen weisen eine außerordentliche Gestaltungsvielfalt auf, wie die von der Markenstelle dem angegriffenen Beschluss beigefügten Beispiele zeigen. Unter diesen findet sich zwar keine mit der angemeldeten Marke identische Form. Dies ist jedoch auch nicht erforderlich (EuGH a. a. O. – Standbeutel; a. a. O. – Develey/HABM; EuG a. a. O. – Quadratische weiße Tablette mit farbigem Blütenmuster).

Die angemeldete Marke hebt sich angesichts der Nähe aller ihrer einzelnen Gestaltungsmerkmale zu den bereits verwendeten Formen auch insgesamt nicht - wie erforderlich – deutlich vom verkehrsüblichen und verkehrsbekanntem Formenschatz ab, sondern stellt nur eine weitere – möglicherweise durchaus ansprechende – Variante zu den bereits im Verkehr verwendeten üblichen Formen dar, die der Verkehr dem Bestreben nach einer (weiteren) ansprechenden Gestaltung zuschreiben, nicht jedoch von Haus aus als Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Unternehmen verstehen wird. Bei dieser Sachlage

fehlt der angemeldeten Marke jegliche Unterscheidungskraft i. S. d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Die Beschwerde konnte daher keinen Erfolg haben.

Dr. Fuchs-Wisseemann

Hermann

Reker

Bb