

# BUNDESPATENTGERICHT

## Leitsatz

---

**Aktenzeichen:** 30 W (pat) 703/13

**Entscheidungsdatum:** 22. Januar 2015

**Rechtsbeschwerde zugelassen:** ja

**Normen:** PVÜ Art. 6ter; DesignG § 3 Abs. 1 Nr. 4

---

### DE-Flagge

1. Der in Art. 6ter Abs. 1 PVÜ verwendete Begriff der „Nachahmung im heraldischen Sinn“ ist im Hinblick auf die relative Unbestimmtheit der dort genannten Zeichen nicht zu eng auszulegen.
2. Eine missbräuchliche Benutzung eines Hoheitszeichens oder dessen Nachahmung kann ausgeschlossen sein, wenn das Design selbst das Hoheitszeichen oder dessen Nachahmung zusammen mit weiteren Merkmalen zeigt, die jeden amtlichen Anschein zerstreuen (im Anschluss an BGH GRUR 2003, 705 – Euro-Billy; GRUR 2003, 707 – DM-Taschen; GRUR 2003, 708 – Schlüsselanhänger). Erschöpft sich dagegen ein Design in der Wiedergabe eines Hoheitszeichens oder einer Nachahmung hiervon, ist auch von einer missbräuchlichen Benutzung auszugehen; unbedenkliche Gebrauchszwecke des Designs können nur berücksichtigt werden, wenn sie im Design selbst Niederschlag gefunden haben.



# BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 703/13

**(Aktenzeichen)**

## BESCHLUSS

**In der Beschwerdesache**

...

**betreffend die Designanmeldung 40 2010 004 664.1**

hat der 30. Senat (Marken- und Design-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 22. Januar 2015 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Hacker und die Richterinnen Winter und Uhlmann

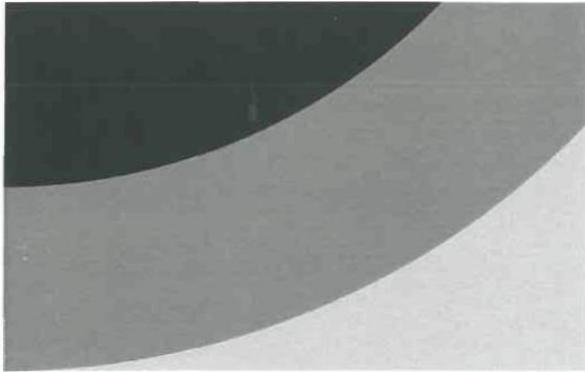
beschlossen:

- I. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.
- II. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

## **Gründe**

### **I.**

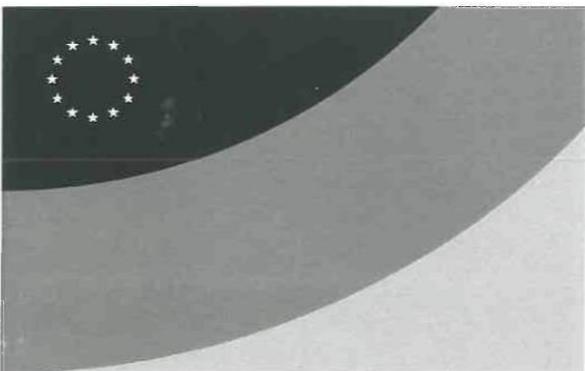
Der Anmelder hat am 2. September 2010 beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) einen Antrag auf Eintragung von acht Mustern als Sammelanmeldung mit der fortlaufenden Nummerierung von 1 bis 8 eingereicht mit der Angabe der Erzeugnisse „Fahnen, Festdekorationsartikel, Flaggen, Banner, Aufkleber, Drucksachen“. In Feld 2 des Antragsformulars sowie im Anlageblatt zum Antrag ist das Zeichen des Anmelders mit „DE-Flagge“ benannt. Auf dem anstelle von Wiedergabeformblättern eingereichten Datenträger sind die acht Muster wie folgt wiedergegeben:



01



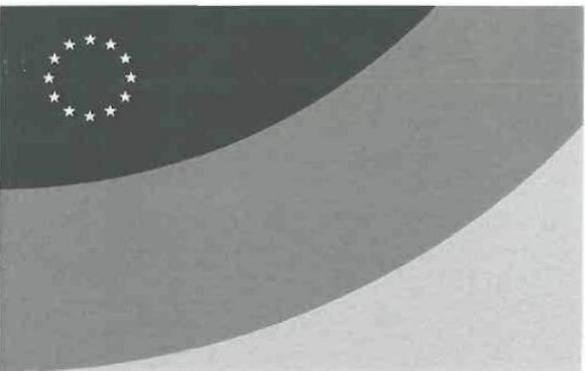
02



03



04



05



06



07



08

Das Deutsche Patent- und Markenamt hat nach vorherigem Zwischenbescheid mit Beschluss vom 23. März 2011 die Sammelanmeldung hinsichtlich der Muster Nr. 2 bis Nr. 8 zurückgewiesen, weil diese vom Geschmacksmusterschutz ausgeschlossen seien (§§ 18, 3 Abs. 1 Nr. 4 GeschmMG, Art. 6<sup>ter</sup> PVÜ). Zur Begründung ist im Wesentlichen ausgeführt: Diese Muster zeigten heraldische Merkmale in Kraft befindlicher staatlicher Hoheitszeichen, deren Registrierung die Rechte der Hoheitsträger auf Kontrolle ihrer Souveränitätssymbole verletzen würde. Die Wiedergaben von drei Querstreifen auf einer rechteckigen, zweidimensionalen Fläche würden erkennbar die Staatsflagge der Bundesrepublik Deutschland nachahmen. Selbst wenn die typische Balken- oder Bannerform durch die kurvenartige Anordnung aufgebrochen werde, entsprächen die Wiedergaben der Anordnung über die deutschen Flaggen, nämlich drei Querstreifen, oben schwarz, in der Mitte rot und unten goldfarben. Nach der den Gesamteindruck bestimmenden Gestaltung seien die heraldischen Merkmale der bundesdeutschen Staatsflagge, wie sie in Artikel 22 des Grundgesetzes zum Ausdruck kämen („Die Bundesflagge ist schwarz-rot-gold.“), erkennbar herausgestellt. Die Benutzung sei auch missbräuchlich, wobei sich dies schon in einer Geschmacksmusteranmeldung verwirkliche, wenn geschützte Zeichen identisch oder jedenfalls in Form einer Nachahmung im heraldischen Sinn übernommen seien. Danach müsse die konkrete Gestaltung einen genügenden, nicht nur marginalen Abstand zu staatlichen Hoheitszeichen erkennen lassen. Das sei bei den Mustern Nr. 2 bis 8 nicht der Fall.

Entsprechendes gelte für die heraldischen Merkmale des Kennzeichens des Europarates, welches gemäß Art. 6<sup>ter</sup> PVÜ geschützt sei (vgl. Bekanntmachung des Bundesministers der Justiz vom 29. Oktober 1979, BIPMZ 1980, 1). Das Kennzeichen des Europarates sei am 25. Oktober 1955 von der Parlamentarischen Versammlung als Emblem des Europarates angenommen worden. Das Ministerkomitee des Europarates habe sich am 8. Dezember 1955 für dieses Emblem als Europa-Flagge entschieden. Das Europäische Parlament habe im April 1983 beschlossen, dass die Flagge des Europarates auch die der Europäischen Gemeinschaft sein solle und der Europarat habe dem zugestimmt. Die Europäische Gemein-

schaft benutze die Flagge seit 1986. Heraldisch werde das Emblem vom Europarat als „ein Kranz von zwölf goldenen fünfzackigen Sternen, deren Spitzen sich nicht berühren, auf azurblauem Hintergrund“ beschrieben (vgl. [http://europa.eu/abc/symbols/emblem/graphics1 de.htm#symbol](http://europa.eu/abc/symbols/emblem/graphics1_de.htm#symbol)). An einer Abwandlung von genügendem Abstand fehle es. Eine Nachahmung im heraldischen Sinne werde nicht bereits dadurch ausgeschlossen, dass ein Hoheitszeichen in bestimmter Weise stilisiert oder nur ein Teil von ihm verwendet werde. Insbesondere könne auch die Kombination von bundesdeutscher Staatsflagge und Europaflagge eine Nachahmung im heraldischen Sinne darstellen. Vorliegend blieben die heraldischen Merkmale bei den farbigen Mustern und den Graustufenkombinationsmustern - mit Ausnahme von Muster Nr. 1 - erhalten.

Der Anmelder hat Beschwerde eingelegt. In den Mustern fänden sich zwar die Deutschlandfarben wieder; jedoch sei die Deutschlandflagge dadurch charakterisiert, dass die Farbanteile gedrittelt seien. Hieran fehle es bei der angemeldeten Gestaltung. Eher werde durch den erheblichen Schwung in der Gestaltung der Eindruck eines Balles bzw. eines Kreises vermittelt, als eine Assoziation an eine Flagge. Es handele sich zwar um ein Merkmal, das Assoziationen zur Bundesrepublik Deutschland hervorrufe, jedoch nicht um eine Nutzung im heraldischen Sinn. Es gehe bei der Benutzung des Musters für Dekoration für Produkte nur um ein geographisch herkunftshinweisendes und dekoratives Mittel. Ein hoheitlicher Bezug bzw. der Eindruck eines solchen werde nicht erweckt. Im Patentamtverfahren hat er ferner darauf hingewiesen, dass der europäische Sternenkranz von seinem blauen Hintergrund gelöst sei, die Kombination würde von keinem Staat in einem Hoheitszeichen benutzt. Ferner hat er auf eingetragene Geschmacksmuster mit BRD-Flaggengestaltungen und Sternenkranz hingewiesen.

Der Anmelder beantragt sinngemäß,

den Beschluss der Geschmacksmusterstelle des Deutschen Patent- und Markenamts vom 23. März 2011 aufzuheben und die mit der Sammelanmeldung angemeldeten Muster Nr. 2 bis 8 einzutragen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Auf den am 2. September 2010 eingegangenen Antrag auf Eintragung eines Geschmacksmusters als Sammelanmeldung von 8 Mustern fand zunächst das Gesetz über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen (Geschmacksmustergesetz - GeschmMG) Anwendung. Mit dem am 1. Januar 2014 in Kraft getretenen Gesetz über den rechtlichen Schutz von Design (Designgesetz - DesignG) sind u. a. der Name des Geschmacksmustergesetzes sowie der Name des Schutzgutes geändert worden. Nach der Übergangsvorschrift in § 74 Abs. 1 DesignG werden Geschmacksmuster, die bis zum Inkrafttreten des Gesetzes vom 10. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3799) am 1. Januar 2014 angemeldet oder eingetragen worden sind, ab diesem Zeitpunkt als eingetragene Designs bezeichnet. Übergangsvorschriften für anzuwendendes Recht auf angemeldete Designs fehlen (vgl. § 72 DesignG), so dass für das weitere Verfahren das Designgesetz in der zum 1. Januar 2014 in Kraft getretenen Fassung Anwendung findet, ergänzt durch die Bestimmungen der Verordnung zur Ausführung des Designgesetzes (Designverordnung - DesignV) vom 2. Januar 2014 (zuvor Verordnung zur Ausführung des Geschmacksmustergesetzes).

2. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 DesignG (wie auch § 3 Abs. 1 Nr. 4 GeschmMG) sind vom Designschutz ausgeschlossene Designs, die eine missbräuchliche Benutzung eines der in Artikel 6<sup>ter</sup> der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (PVÜ) aufgeführten Zeichen oder von sonstigen Abzeichen, Emblemen und Wappen von öffentlichem Interesse darstellen. Die Vorschrift, die mit dem GeschMRefG vom 12. März 2004 neu eingeführt worden ist, setzt die fakultative Vorgabe des Art. 11 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie 98/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen vom 13. Oktober 1998 (GeschM-RL) in deutsches Recht um.

Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 4 DesignG i. V. m. Art. 6<sup>ter</sup> Abs. 1 Buchst. a PVÜ dürfen u. a. die Wappen, Flaggen und anderen staatlichen Hoheitszeichen der Verbandsländer einschließlich ihrer Nachahmungen im heraldischen Sinn nicht als Design geschützt werden, sofern die zuständigen Stellen den Gebrauch nicht erlaubt haben, und sofern die Benutzung missbräuchlich erfolgt. Nicht ganz klar ist dabei, ob durch die Verweisung auf Art. 6<sup>ter</sup> PVÜ nur der Kreis der ausgeschlossenen Zeichen umschrieben werden soll – wofür der Wortlaut der Vorschrift wohl spricht – oder ob die Vorschrift in toto für anwendbar erklärt werden soll (so ohne Erörterung Eichmann/von Falckenstein, GeschmMG, 4. Aufl. 2010, § 3 Rn. 22). In letzterem Falle würde der Ausschlussgrund auch dann eingreifen, wenn die in Art. 6<sup>ter</sup> PVÜ genannten Zeichen einschließlich Nachahmungen lediglich den Bestandteil eines Musters bzw. Designs bilden (vgl. § 8 Abs. 2 Nr. 6 bis 8 MarkenG, wonach jeweils schon das Enthaltensein betreffender Zeichen in der Marke einen Ausschlussgrund bildet). Die Begründung zum GeschMRefG (Bl. f. PMZ 2004, 222 ff.) verhält sich hierzu ebenso wenig wie die Erwägungsgründe zur GeschM-RL. Die Frage dürfte allerdings letztlich theoretischer Natur sein, weil § 3 Abs. 1 Nr. 4 DesignG ebenso wie Art. 11 Abs. 2 Buchst. c GeschM-RL - anders als im Markenrecht – einen Ausschluss von der weiteren Bedingung missbräuchlicher Benutzung abhängig macht. Enthält aber ein Design weitere Bestandteile, so wird von einer missbräuchlichen Benutzung im Regelfall

nur ausgegangen werden können, wenn sich das Design trotz der weiteren Bestandteile als Nachahmung der geschützten Zeichen darstellt (so wohl auch Eichmann/von Falckenstein, a. a. O., § 3 Rn. 27).

Nach Art. 6<sup>ter</sup> Abs. 1 Buchst b PVÜ sind die Bestimmungen unter Buchstabe a) auch auf die Wappen, Flaggen und anderen Kennzeichen, Siegel oder Bezeichnungen der internationalen zwischenstaatlichen Organisationen anzuwenden, denen ein oder mehrere Verbandsländer angehören, sofern sie nicht Gegenstand von in Kraft befindlichen internationalen Abkommen sind, die ihren Schutz gewährleisten.

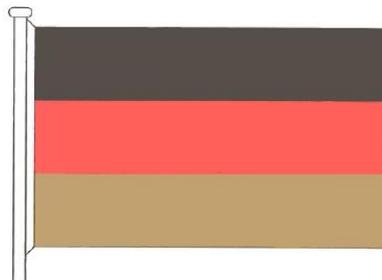
In Art. 6<sup>ter</sup> Abs. 3 Buchst b PVÜ ist weiter bestimmt, dass die Bestimmungen des Art. 6<sup>ter</sup> Abs. 1 Buchst. b PVÜ nur auf die Wappen, Flaggen und anderen Kennzeichen, Siegel und Bezeichnungen der internationalen zwischenstaatlichen Organisationen anwendbar sind, die diese durch Vermittlung des Internationalen Büros den Verbandsländern mitgeteilt haben.

**3.** Nach diesen Vorschriften liegen die Voraussetzungen für den Ausschuss vom Designschutz bei den Designs Nr. 2 bis Nr. 8 vor. Diese Designs stellen bezüglich eines staatlichen Hoheitszeichens (Art. 6<sup>ter</sup> Abs. 1 Buchst. a PVÜ) bzw. bezüglich Flagge und Kennzeichen von internationalen zwischenstaatlichen Organisationen (Art. 6<sup>ter</sup> Abs. 1 Buchst. b PVÜ) missbräuchliche Benutzungen von Nachahmungen im heraldischen Sinn dar.

**a)** Die zur Eintragung angemeldeten Designs Nr. 2, 4 und 8 sind Nachahmungen im heraldischen Sinn eines staatlichen Hoheitszeichens (Art. 6<sup>ter</sup> Abs. 1 Buchst. a PVÜ), nämlich der Flagge der Bundesrepublik Deutschland, die Verbandsland der PVÜ ist.

Nach Art. 22 Abs. 2 GG ist die Bundesflagge „schwarz-rot-gold“. In der Anordnung über die deutschen Flaggen vom 7. Juni 1950 (BGBl. I 1950, S. 205) wurde geregelt, dass die Bundesflagge aus drei gleich großen Querstreifen besteht, oben schwarz, in der Mitte rot, unten goldfarben, und dass das Verhältnis der Höhe zur Länge des Flagentuches wie 3 zu 5 beträgt. In der Flaggenanordnung vom 13. November 1996 (BGBl. I, S. 1729) ist ferner festgelegt, dass die Bundesflagge auch in Form eines Banners geführt werden kann, das aus drei gleich breiten Längsstreifen besteht, links schwarz, in der Mitte rot, rechts goldfarben.

In der Flaggenanordnung vom 13. November 1996 (BGBl. I, S. 1729) ist die Bundesflagge wie folgt wiedergegeben:



Im „Protokoll Inland der Bundesregierung“ vom 1. März 2009 ([http://www.protokoll-inland.de/PI/DE/StaatlicheSymbole/Bundesflagge/bundesflagge\\_node.html](http://www.protokoll-inland.de/PI/DE/StaatlicheSymbole/Bundesflagge/bundesflagge_node.html)) erscheint die Reproduktion der Flagge der Bundesrepublik Deutschland wie folgt:



Die genauen Farbtöne der deutschen Flagge sind nicht festgelegt. Auf der Grundlage des Beschlusses des **Bundeskabinetts** vom 2. Juni 1999 wurde aber das „**Corporate Design**“ der Bundesregierung entwickelt. Für Flaggenstoffe soll für das Gold das sogenannte Melonengelb (RAL 1028) genommen werden. Im Übrigen können danach die Farbwerte der Farbsysteme RAL, **Pantone**, **CMYK** und **RGB** eingesetzt werden (vgl. [http://de.wikipedia.org/wiki/Flagge\\_Deutschlands](http://de.wikipedia.org/wiki/Flagge_Deutschlands)).

Im „Protokoll Inland der Bundesregierung“ vom 18. Juni 2008 ([http://www.protokoll-inland.de/PI/DE/Beflaggung/Flaggen/Bundesfarben/bundesfarben\\_node.html](http://www.protokoll-inland.de/PI/DE/Beflaggung/Flaggen/Bundesfarben/bundesfarben_node.html)) heißt es u. a.: „Je nach Art und Verwendung (z. B. Polyester / Baumwolle / Metall / Papier / Kunststoff; Tageslicht / Kunstlicht; Inneneinsatz / Außeneinsatz) eines Produktes mit der Darstellung der Bundesflagge ist es möglich, dass unterschiedliche Farbkennzahlen gängiger Normen der Vorgabe des Grundgesetzes entsprechen. Gerade die Einflussfaktoren Sonnenstand, Bewölkung und Wetterlage lassen - zusätzlich zur subjektiven Wahrnehmung des Betrachters - dieselbe Flagge unterschiedlich aussehen“.

In einer anderen Reproduktion erscheint die Bundesflagge beispielsweise wie folgt (<http://www.flaggenkunde.de/deutscheflaggen/d-bund.htm>):



Die bei Reproduktionen der deutschen Bundesflagge übliche Darstellung ist bei den Designs Nr. 2, 4 und 8 allerdings nicht identisch übernommen. Wie oben ausgeführt, dürfen aber auch Nachahmungen im heraldischen Sinn nicht als Designs geschützt werden.

Nachahmungen im heraldischen Sinn sind solche, die die charakteristischen heraldischen Merkmale aufweisen, die das Hoheitszeichen von anderen Zeichen unterscheidet (vgl. EuGH GRUR Int. 2010, 45 [Nr. 50-55] - Ahornblatt; EuG GRUR 2004, 773 [Nr. 41] - Bildmarke ECA). Dabei kommt einer etwaigen offiziellen heraldischen Beschreibung des Hoheitszeichens besondere Bedeutung zu; nicht relevant ist dagegen die geometrische Beschreibung (vgl. EuG GRUR 2004, 773 [Nr. 44] - Bildmarke ECA). Solche heraldischen Beschreibungen enthalten in der Regel aber nur die Angabe bestimmter Elemente und keine näheren Details zu deren künstlerischer Interpretation. Insoweit können anhand einer heraldischen Beschreibung mehrere künstlerische Sichtweisen desselben Zeichens möglich sein. Anders als etwa bei einer Farbmarke ist daher der Schutzgegenstand des Art. 6<sup>ter</sup> Abs. 1 Buchst. a PVÜ nicht in letzter Exaktheit festgelegt. Das wirkt sich zwangsläufig auf die Auslegung des Begriffes der „Nachahmung im heraldischen Sinne“ aus. Zwar ist anerkannt, dass es insoweit nicht auf eine Verwechslungsgefahr oder Ähnlichkeit im markenrechtlichen Sinn ankommt, sondern ein wesentlich engerer Bereich betroffen ist (vgl. BPatG GRUR 2010, 77 – BSA; Ströbele/Hacker, MarkenG, 11. Aufl. 2015, § 8 Rn. 793). Andererseits ist der Begriff der „Nachahmung“ aber auch nicht zu eng, etwa im Sinne einer quasi-identischen Nachbildung, auszulegen, weil dies mit der relativen Unbestimmtheit des geschützten Zeichens selbst unvereinbar wäre. Maßgeblich wird demnach sein müssen, ob im Verkehr gerade vor dem Hintergrund, dass das Hoheitszeichen auch amtlicherseits in gewissen Varianten benutzt wird, die irrige Vorstellung ausgelöst werden kann, es handle sich um das amtliche Zeichen (Ingerl/Rohnke, MarkenG, 3. Aufl. 2010, § 8 Rn. 355; vgl. auch BPatG GRUR 2010, 77, 78 – BSA). Das kann z. B. auch dann der Fall sein, wenn das Hoheitszeichen in bestimmter Weise stilisiert oder nur in Teilen verwendet wird (vgl. EuGH GRUR Int. 2010, 45 [Nr. 48, 50-55] - Ahornblatt; EuG GRUR 2004, 773 [Nr. 40, 44] - Bildmarke ECA; vgl. auch Ströbele/Hacker, a. a. O., § 8 Rn. 795 m. w. N.). Keine Nachahmungen sind dagegen als solches ohne Weiteres erkennbare spielerische Verfremdungen.

Die durch Art. 22 Abs. 2 GG bestimmten Farben „schwarz-rot-gold“ der Bundesflagge sind in den Designs Nr. 2, 4 und 8, wie in der Anordnung über die deutschen Flaggen vom 7. Juni 1950 (BGBl. I 1950, S. 205) ergänzend geregelt, oben schwarz, in der Mitte rot, unten goldfarben und querverlaufend wiedergegeben. Die Wiedergaben als flaggengleiche rechteckige Designs entspricht der üblichen Darstellung von Flaggen als querformatige Hissflagge (vgl. z. B. [http://de.wikipedia.org/wiki/Liste\\_der\\_Nationalflaggen](http://de.wikipedia.org/wiki/Liste_der_Nationalflaggen)) und greift die rechteckige Form des Tuchs auf. Dass bei diesen Designs die Streifen nicht gerade und gleich breit, sondern in unterschiedlichen Breiten gebogen wiedergegeben sind, führt nicht von einer Nachahmung der Bundesflagge im heraldischen Sinn weg. Dadurch wird der unmittelbare Bezug zur Bundesflagge nicht so stark verfremdet, dass dieser aufgehoben wird; vielmehr bleibt der Eindruck der deutschen Bundesflagge, die den Staat und seine durch Gesetze legitimierte öffentliche Gewalt repräsentiert, in ihren charakteristischen Merkmalen mit der Farbfolge schwarz-rot-gold erhalten. So verwenden auch Bundesministerien bei der Wiedergabe die Bundesflagge verschiedene Variationen. Die vom Bundesministerium des Innern angebotene Postkarte der Bundesflagge ist z. B. wie folgt gestaltet ([http://www.bmi.bund.de/DE/Themen/Gesellschaft-Verfassung/Staatssymbole/Bundesflagge/bundesflagge\\_node.html](http://www.bmi.bund.de/DE/Themen/Gesellschaft-Verfassung/Staatssymbole/Bundesflagge/bundesflagge_node.html)):



Das Bundesministerium der Verteidigung verwendet folgende Stilisierung der Bundesflagge

([The image shows a stylized logo consisting of three horizontal bars of different colors: black, red, and gold. The bars are composed of several rectangular segments of varying lengths, creating a stepped, geometric appearance. To the right of the logo, the text 'Informationen zur Neuausrichtung' is written in a bold, black, sans-serif font.](http://www.bmvg.de/portal/a/bmvg!/ut/p/c4/DcrLDYAgDADQWVygVXtzC_VWslEGLITyWV_zrg9v_CINcdSIKGU88fKyuwXunQFMfOQWWbrVkqVLAjf0YVscGygPGtb-04cGrOnYPha7rVM!/):</a></p></div><div data-bbox=)

Die Designs Nr. 2, 4 und 8 sind nach alledem so eng an die Flagge der Bundesrepublik Deutschland angelehnt, dass sie im Verkehr einen amtlichen Eindruck erwecken können. Damit handelt es sich um Nachahmungen im heraldischen Sinn.

Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Einfügung eines goldenen Sternenkränzes in den Designs Nr. 4 und Nr. 8, der als Nachahmung des Emblems des Europarats und seiner Flagge ebenfalls vom Designschutz ausgeschlossen ist (dazu unten unter b) und zudem auf eine Verbindung von Europarat und BRD schließen lässt. Verwendungen nebeneinander liegen nahe, etwa bei gemeinsamen Veranstaltungen und Projekten.

**b)** Die zur Eintragung angemeldeten Designs Nr. 3 bis Nr. 8 sind Nachahmungen im heraldischen Sinn von Flagge und Kennzeichen einer internationalen zwischenstaatlichen Organisation (Art. 6<sup>ter</sup> Abs. 1 Buchst. b PVÜ), nämlich der Embleme des Europarats und seiner Flagge, die auch Flagge der Europäischen Union ist.

**aa)** Der Europarat ist eine europäische internationale Organisation; alle Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft sind Mitglieder des Europarats und auch Verbandsländer der PVÜ; die in Art. 6<sup>ter</sup> Abs. 1 Buchst. b PVÜ genannte Ausnahme anderweitigen Schutzes durch internationale Abkommen besteht nicht.

**bb)** Das Ministerkomitee des Europarats beschloss das Emblem und die Flagge des Europarats und die heraldische Beschreibung am 9. Dezember 1955 mit der Resolution (55)32 (vgl. [http://www.coe.int/t/dgal/dit/ilcd/archives/selection/flags/Res\(55\)32\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dgal/dit/ilcd/archives/selection/flags/Res(55)32_en.pdf)) wie folgt: „Auf blauem Grund ein Kreis von zwölf fünfzackigen Sternen, deren Spitzen sich nicht berühren“. Die Embleme des Europarats mit den Kennnummern QO 188 und QO 189 sind den Verbandsländern durch Vermittlung des Internationalen Büros durch „communication“ C. No. 3556 – 551 vom 4. Oktober 1979 mitgeteilt worden (Art. 6<sup>ter</sup> Abs. 3 Buchst. b PVÜ). Die Embleme des Europarats erscheinen in den Datenbanken des Internationalen Büros der Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) wie folgt:

Kennnummer QO 188 ([The image shows the flag of the Council of Europe, which consists of a blue rectangular field with twelve five-pointed yellow stars arranged in a circle in the center.](http://www.wipo.int/cgi-6te/guest/ifetch5?ENG+SIXTER+15-00+41420495-KEY+256+0+1375+F-ENG+24+24+1+25+SEP-0/HITNUM,B+OR%2feurope+; vgl. auch EuG, T - 413/11 – EUROPEAN DRIVESHAFT SERVICES; T – 3/12 – euro experts; T - 430/13 - European Network Rapid Manufacturing):</a></p></div><div data-bbox=)

Kennnummer QO 189 (<http://www.wipo.int/cgi-6te/guest/ifetch5?ENG+SIXTER+15-00+41420495-KEY+256+0+1376+F-ENG+23+24+1+25+SEP-0/HITNUM,B+OR%2feurope+>):

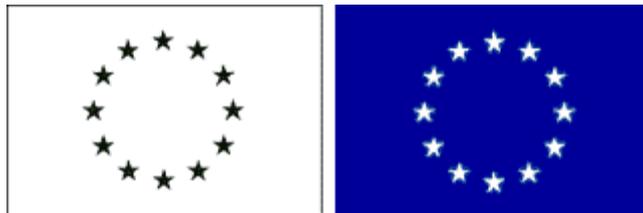


Das flaggenförmige Emblem QO 188 in der Ausführung mit zwölf goldenen, fünfzackigen, sich nicht berührenden **Sternen** auf blauem Grund ist Mittelpunkt der rechteckigen Flagge des Europarats (Europaflagge), die vom Europarat 1955 eingeführt wurde und seit 1986 auch von der Europäischen Gemeinschaft bzw. der Europäischen Union benutzt wird. Soweit das Emblem als Flagge der Europäischen Union als supranationales staatliches Hoheitszeichen im Sinn von Art. 6<sup>ter</sup> Abs. 1 Buchst. a PVÜ und damit als Staatsflagge zu werten ist, ist eine Notifikation nicht erforderlich (Art. 6<sup>ter</sup> Abs. 3 Buchst. a Unterabs. 2 PVÜ).

Die Wiedergabe „normal“ ist von der EU wie folgt dargestellt (vgl. [http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/flag/index\\_de.htm](http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/flag/index_de.htm)):



Für die Reproduktion schwarz-weiß bzw. weiß-blau sind folgende Wiedergaben vorgeschlagen:



In der vom Patentamt herangezogenen Bekanntmachung zu § 4 des Warenzeichengesetzes vom 29. Oktober 1979 (BGBl. I, S. 1800 f. = BIPMZ 1980, 1) ist bei dem Kennzeichen der Organisation der Sternenkranz in weißen Sternen auf schwarzem Grund dargestellt wie folgt:

Kennzeichen



Ausführungen zur Farbgebung sind nicht enthalten.

**cc)** Ein Kranz von zwölf goldenen fünfzackigen Sternen, deren Spitzen sich nicht berühren, auf blauem Hintergrund und angeordnet und ausgerichtet wie im Emblem mit der Kennnummer QO 188 und in der Flagge des Europarats, ist bei den Designs Nr. 6 und Nr. 7 als Bestandteil enthalten. Zwar weisen der Blauton und wohl auch der Goldton Nuancen gegenüber der den Verbandsländern mitgeteilten

Darstellung auf; auch verläuft der blaue Hintergrund an seinem unteren Rand kurvenförmig. Diese Gestaltungen der Designs erfüllen indessen die Voraussetzungen einer Nachahmung im heraldischen Sinn, wie sie oben zur Bundesflagge genannt sind. Denn die geschilderten charakteristischen heraldischen Merkmale des Emblems sind wiedergegeben, wobei Kern- und wesensbestimmendes Element der geschlossene Kranz von zwölf fünfzackigen, besonders angeordneten und ausgerichteten Sternen gleicher Größe ist, deren Spitzen sich nicht berühren. Wie oben zur Bundesflagge schon ausgeführt, sind bei der Reproduktion nicht immer gleichbleibende Farben gewährleistet; sie können nach Art der Materialbeschaffenheit auch bei Anwendung desselben Farbsystems variieren. Die genaue farbliche Gestaltung ist daher heraldisch ebenso zweitrangig wie die zentrale Anordnung des Kranzes. Die Hinzufügung eines roten und gelben Streifens in der insgesamt als Flaggendarstellung erscheinenden Wiedergabe der Designs ändert hieran nichts; diese Abweichungen sind zwar nicht gänzlich unerheblich, lassen aber gerade wegen ihrer insoweit gegebenen Anspielung auf die Bundesflagge Raum für Missverständnisse im Sinne einer Deutung als amtliches Zeichen und sind deshalb nicht geeignet, von einer Nachahmung im heraldischen Sinn wegzuführen.

Auch bei den Designs Nr. 3, 4, 5 und 8 handelt es sich um Nachahmungen im heraldischen Sinn des Emblems QO 188 des Europarats, das in seiner Flagge und auch der Flagge der Europäischen Union verwendet wird.

In den Designs Nr. 3 und 5 ist der Sternenkrantz in der Flaggendarstellung zwar je weiß auf schwarzem, gebogenem Streifen wiedergegeben und zwei gebogene Streifen in unterschiedlichen Grautönen sind jeweils hinzugefügt; in den Designs Nr. 4 und 8 ist der Sternenkrantz goldfarbig auf dem schwarzen Streifen der oben beschriebenen Nachahmung der deutschen Bundesflagge dargestellt.

Der Gesamteindruck der Gestaltungen dieser Designs ruft indessen den Eindruck einer Nachahmung des Emblems QO 188 im heraldischen Sinn hervor. Denn das kern- und wesensbestimmende Element des Emblems, nämlich der geschlossene Kranz von zwölf fünfzackigen, besonders angeordneten und ausgerichteten Sternen gleicher Größe, deren Spitzen sich nicht berühren, ist als das wesensbestimmende grafisch-heraldische Element des Kennzeichens des Europarats und der Europäischen Union auch hier erkennbar wiedergegeben. Die weiteren Bildelemente vermögen hieran nichts zu ändern; sie schließen eine Nachahmung im heraldischen Sinne nicht aus, weil sie einerseits – soweit es um die Graustufendarstellungen Nr. 3 und Nr. 5 geht – eher unauffällig sind, andererseits – bezüglich Nr. 4 und Nr. 8 – wegen ihrer gleichzeitigen Übernahme der Bundesflagge einen amtlichen Anschein nicht nur nicht vermindern, sondern im Gegenteil verstärken.

**c)** Die Designs Nr. 2 bis Nr. 8 stellen auch eine missbräuchliche Benutzung der in Art. 6<sup>ter</sup> Abs. 1 Buchst. a und Buchst. b PVÜ aufgeführten Zeichen im Sinn von § 3 Abs. 1 Nr. 4 DesignG dar. Eine missbräuchliche Benutzung ist anzunehmen, wenn der irreführende Anschein eines Bezugs der Designs zu staatlichen Stellen bzw. der betreffenden Organisation erweckt wird (in Anlehnung an Art. 6<sup>ter</sup> Abs. 1 Buchst. c PVÜ, wonach die Verbandsländer nicht gehalten sind, die Bestimmungen anzuwenden, falls die Benutzung oder Eintragung offenbar nicht geeignet ist, das Publikum über das Bestehen einer Verbindung zwischen dem Benutzer und der Organisation irrezuführen). Der Begriff der Benutzung besagt dabei nicht, dass die Verwendung eines solchen Designs im geschäftlichen Verkehr erforderlich ist; andernfalls liefe der Ausschlussgrund leer. Bei identischer Übernahme des geschützten Zeichens oder bei dessen Nachahmung im heraldischen Sinn kann dieses Tatbestandsmerkmal vielmehr schon durch die Designanmeldung selbst verwirklicht werden (vgl. Eichmann/von Falckenstein, GeschmMG, a. a. O., § 3 Rn. 26).

Maßgebend für die Beurteilung, ob eine missbräuchliche Benutzung in dem genannten Sinne vorliegt, sind die konkrete Gestaltung des angemeldeten Designs und seine denkbare Wirkung auf das allgemeine Publikum. Insoweit ist es z. B. nicht ausgeschlossen, dass eine Darstellung, die ein Hoheitszeichen oder dessen Nachahmung im Zusammenhang mit einem alltäglichen Gebrauchsgegenstand wie einem Schlüsselanhänger oder einer Tasse zeigt, jeden amtlichen Anschein zerstreut und insgesamt unbedenklich erscheint (vgl. BGH GRUR 2003, 705 - Euro-Billy; GRUR 2003, 707 - DM-Tassen; GRUR 2003, 708 - Schlüsselanhänger, jeweils zu § 7 Abs. 2 GeschmMG a. F., dem im geltenden Recht § 3 Abs. 1 Nr. 3 DesignG entspricht). Im vorliegenden Fall ist dieser Weg jedoch nicht gangbar, weil sich sämtliche beschwerdegegenständlichen Designs in der Wiedergabe von Nachahmungen geschützter Hoheitszeichen erschöpfen. Anders als in den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen weisen sie keine weiteren Merkmale auf. Der Beschwerdeführer weist allerdings im Ausgangspunkt zutreffend darauf hin, dass insoweit neben missbräuchlichen auch unbedenkliche Verwendungen, etwa für die Dekoration von Produkten, in Betracht kommen. Das ergibt sich schon daraus, dass nach § 11 Abs. 6 DesignG die Angabe der Erzeugnisse (hier u. a. „Flaggen“) keinen Einfluss auf den Schutzzumfang des eingetragenen Designs hat. Vor diesem Hintergrund wäre es denkbar, den Ausschlussgrund des § 3 Abs. 1 Nr. 4 DesignG auf Fälle zu beschränken, in denen das Design selbst eine konkrete missbräuchliche Verwendung zum Gegenstand hat. Dem steht jedoch entgegen, dass bei dieser Lesart § 3 Abs. 1 Nr. 4 DesignG keinen eigenständigen Anwendungsbereich neben § 3 Abs. 1 Nr. 3 DesignG mehr hätte. Eine konkret missbräuchliche Gestaltung verstößt immer auch gegen die öffentliche Ordnung im Sinne dieser letzteren Bestimmung. Demgegenüber war es gerade Sinn der Einführung des weiteren Schutzhindernisses des § 3 Abs. 1 Nr. 4 DesignG, den Schutz von Hoheitszeichen und deren Nachahmungen vor einer Monopolisierung über die durch § 3 Abs. 1 Nr. 3 DesignG gegebene Handhabe hinaus zu verbessern (s. Begründung zum GeschmMRefG, BIPMZ 2004, S. 229). Demzufolge ist von einer missbräuchlichen Benutzung schon dann auszugehen, wenn sich das Design – wie vorliegend – in der Darstel-

lung der in Art. 6<sup>ter</sup> PVÜ genannten Zeichen erschöpft. Mögliche andersartige, unbedenkliche Gebrauchszwecke können nicht berücksichtigt werden, wenn und soweit diese im Design selbst keinen Niederschlag gefunden haben.

**d)** Eine Erlaubnis zur Führung der Zeichen (Art. 6<sup>ter</sup> Abs. 1 Buchst. a, letzter Halbsatz PVÜ) hat der Anmelder nicht vorgelegt.

**4.** Ein Eingehen auf die vom Anmelder genannten Voreintragungen war weder seitens des Patentamts noch des Senats veranlasst (vgl. BGH GRUR 2012, 276, 277 [Nr. 18] - Institut der Norddeutschen Wirtschaft e. V. m. w. N.). Für die Entscheidung, ob ein angemeldetes Design vom Schutz ausgeschlossen ist, kommt es allein darauf an, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen für den Ausschluss vom Designschutz hinsichtlich der gesetzlich geregelten Schutzhindernisse gegeben sind. Der Umstand, dass identische oder ähnliche Designs eingetragen worden sind, ist demgegenüber nicht maßgebend.

**5.** Die Rechtsbeschwerde wird gemäß § 23 Abs. 5 DesignG i. V. m. § 100 Abs. 2 PatG zugelassen, da zur Auslegung von § 3 Abs. 1 Nr. 4 DesignG noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung ergangen ist.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45 a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich einzulegen.

Hacker

Winter

Uhlmann

Pü