



BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 95/00

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung 397 39 495.0

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 13. Oktober 2004 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Stoppel, der Richterin Schwarz-Angele und des Richters Paetzold

beschlossen:

Auf den Hilfsantrag der Anmelderin werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 12 vom 18. Februar 1999 und 17. November 1999 hinsichtlich der Ware „Fahrzeuge“ mit Zeitrang zum 1. Januar 2000 aufgehoben.

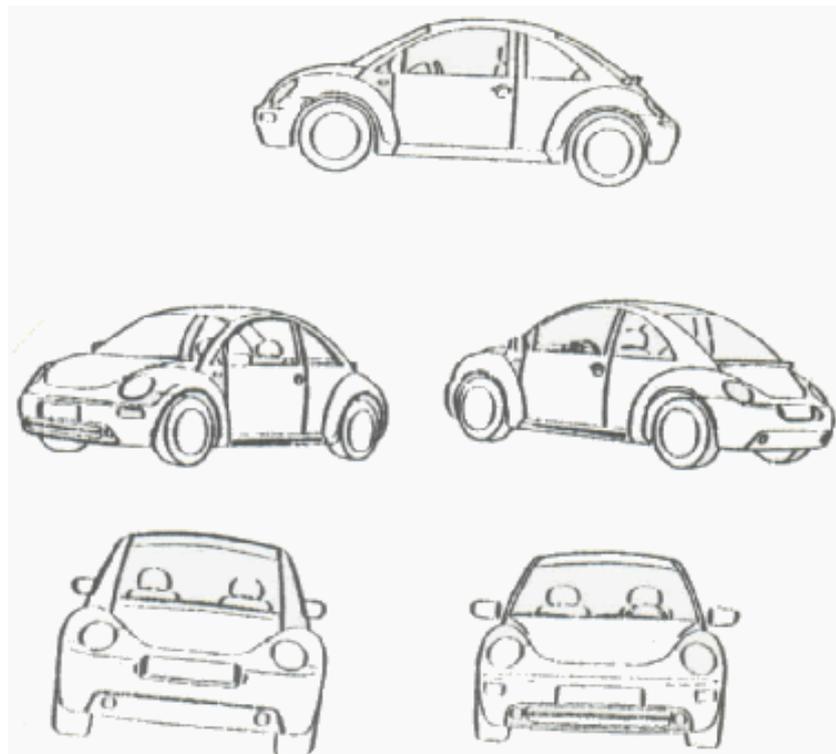
Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

I.

Mit der am 19. August 1997 eingereichten Anmeldung begehrt die Anmelderin die Eintragung der nachfolgend wiedergegebenen dreidimensionalen Marke



als Kennzeichnung für die Waren

„Kraftfahrzeuge und deren Teile;
Schreibwaren; Büroartikel (ausgenommen Möbel); Werbear-
tikel und -mittel (jeweils soweit in Klasse 16 enthalten);
Druckereierzeugnisse; Papierwaren (soweit in Klasse 16 ent-
halten); Spielkarten; Spiele, Spielwaren; Fahrzeugmodelle
und deren Teile“.

Die Markenstelle für Klasse 12 hat die Anmeldung teilweise, nämlich für die Waren

„Kraftfahrzeuge und deren Teile; Spielwaren;
Fahrzeugmodelle und deren Teile“

wegen fehlender Unterscheidungskraft und eines aktuellen Freihaltebedürfnisses zurückgewiesen und dies damit begründet, dass die angemeldete Marke sich in der bloßen formgetreuen Wiedergabe der versagten Waren („Autos“) erschöpfe, die nicht ihre eigene Kennzeichnung darstellen könnten. Für eine Warenform-
marke fehle es ersichtlich an Elementen, die über die reine technische Gestaltung hinausgingen und vom Verkehr einzeln oder in ihrer Gesamtheit als betrieblicher Herkunftshinweis angesehen werden könnten, zumal der Verkehr auf dem betroffenen Warengbiet an eine nahezu unübersehbare Formen- und Gestaltungsviel-
falt gewöhnt sei, so dass die Darstellung eines Kraftfahrzeuges deutlich den ver-
kehrüblichen Rahmen verlassen müsse, um ausnahmsweise kennzeichnend ver-
standen zu werden, was hier jedoch nicht der Fall sei. Die Zuordnung der Fahr-
zeugform als ganzes wie in der Detailausführung zu einem bestimmten Hersteller
sei markenregisterrechtlich daher nur im Wege der Verkehrsdurchsetzung denk-
bar, die bisher nicht geltend gemacht sei. Im übrigen bestehe auch ein erhebliches
Freihaltungsinteresse an der äußeren Gestaltungsform eines Kraftfahrzeuges, die
nicht nur auf den ästhetischen Eindruck, sondern auch auf technische Erforder-
nisse abziele wie etwa Luftwiderstandsreduzierung oder Unfallschutz. Die techni-

sche Fortentwicklung und die zukünftigen gesetzlichen Rahmenbedingungen verlangten einen möglichst weiten Freiraum bei der Gestaltung von Formelementen im PKW-Bereich.

Mit der hiergegen gerichteten Beschwerde verfolgt die Anmelderin ihr Begehren auf Eintragung weiter. Hinsichtlich der beanspruchten konkreten Gestaltungsform liege weder der Ausschlussgrund der technisch bedingter Form nach § 3 Abs 2 Nr 2 MarkenG vor, noch könne der Marke wegen ihrer eher ungewöhnlichen Form die Unterscheidungskraft abgesprochen werden. Die Fahrzeugkarosserie falle durch den Ausschluss jeglicher eckig anmutender Vorsprünge oder Absätze und die Betonung von bogenförmigen Konturen auf. Dies zeige sich insbesondere im Seitenprofil ausgehend von der Frontscheibe über den Dachbereich bis zu den Rückscheinwerfern in der Heckpartie. Hinzukomme die kreisbogenförmigen Konturen der Motorhaube, der Kotflügel und die nahezu kreisrunden Front- und Heckscheinwerfer. Was die beanspruchten Autoteile oder die Spielwaren betreffe, würden diese durch die Markendarstellung überhaupt nicht wiedergegeben.

Hilfsweise beruft sich die Anmelderin nunmehr unter Einreichung entsprechender Unterlagen (Angaben zu Dauer der Benutzung, Umsätzen, Werbeaufwendungen, Verkehrsbefragung, Medienecho usw.) darauf, dass die angemeldete Form für „Fahrzeuge“ im Verkehr als Herkunftshinweis auf die Anmelderin durchgesetzt sei, wobei sie sich auch mit einer Zeitrangverschiebung einverstanden erklärt.

Die Anmelderin beantragt,

die angefochtenen Beschlüsse der Markenstelle aufzuheben,
hilfsweise die Marke auf Grund von Verkehrsdurchsetzung
mit einem Zeitrang im Jahr 2000 einzutragen.

Der Senat hat verschiedene Verbände des Kraftfahrzeugbereiches um Auskunft gebeten,

- a) inwieweit sich die technisch bedingte Form der Karosserie vom bloßen Design trennen lasse,
- b) ob die Fahrzeugindustrie darauf angewiesen sei, bei der Entwicklung und Gestaltung der äußeren Fahrzeugform ungehindert von Zeichenrechten Dritter handeln zu können,
- c) ob die beteiligten Verkehrskreise (Endabnehmer, Händler, Hersteller) in der Karosserieform eines Fahrzeuges überhaupt einen Hinweis auf die Marke eines bestimmten Unternehmens sehen oder die Form eher als Ausdruck der Beschaffenheit bzw. als designmäßig abgewandelter Prototyp „Auto“ verstanden werde.

Hinsichtlich des Ergebnisses dieser Verbandsanfrage und der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde ist im Hauptantrag nicht begründet. Auch der Senat hält die beanspruchte Warenformmarke von Hause aus für die versagten Waren für nicht schutzfähig, denn der begehrten Eintragung in das Markenregister steht zumindest ein Freihaltebedürfnis nach § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG entgegen, das allerdings für die Ware „Fahrzeuge“ durch Verkehrsdurchsetzung überwunden ist, so dass die Beschwerde im Hilfsantrag teilweise Erfolg hat.

1. Gegenstand der Anmeldung ist die naturgetreue zeichnerische Wiedergabe der äußeren Form eines Kraftfahrzeuges unter mehreren Perspektiven, die sich als Verkörperung der beanspruchten Ware „Kraftfahrzeuge“ in Gestalt eines von der Anmelderin hergestellten Fahrzeug- und Modelltyps (hier: VW-Beetle) darstellt. Da nach § 3 Abs 1 MarkenG als Zeichen ausdrücklich auch die Form der Ware geschützt werden kann, besteht kein Anlass, der beanspruchten Darstellung die abstrakte Markenfähigkeit abzusprechen, auch wenn ein Zeichen kein funktio-

nell notwendiger Bestandteil der Ware sein darf, sondern über die technisch bedingte Grundform hinausreichende Elemente aufweisen muss, die zwar nicht physisch, aber doch gedanklich von der Ware abstrahierbar sind und die Identifizierungsfunktion der Marke erfüllen können (vgl. BGH GRUR 2004, 502 Gabelstapler II).

Für den Senat ist allerdings zweifelhaft, ob die beanspruchte Darstellung aufgrund waren- und/oder technisch bedingter Form nach § 3 Abs 2 Nr 1 und 2 MarkenG nicht von vornherein vom Markenschutz ausgeschlossen ist; dieses gesetzlich normierte spezielle Freihaltebedürfnis soll verhindern, dass der Schutz des Markenrechts seinem Inhaber ein Monopol für technische Lösungen oder Gebrauchseigenschaften einer Ware einräumt, die der Abnehmer auch bei den Waren der Mitbewerber suchen kann (EuGH GRUR 2002, 804 Philips; GRUR 2003, 514 Linde, Winward und Rado). Der Anwendungsbereich der Bestimmung ist restriktiv zu handhaben und auf diese Umstände beschränkt, während das Interesse der Allgemeinheit an einer Freihaltung der Formenvielfalt ausschließlich im Rahmen des § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG zu prüfen ist, der im Gegensatz zu § 3 Abs 2 MarkenG aber im Wege der Verkehrsdurchsetzung überwunden werden kann.

Bei der Formgestaltung von Kraftfahrzeugen sind nach den Feststellungen des Senats zahlreiche technische Vorgaben von Bedeutung; das gilt in erster Linie für die Stabilität des Fahrzeugs in Aufbau und Materialauswahl zB hinsichtlich Torsions- und Biegesteifigkeit der idR selbsttragenden Karosserie, die Aerodynamik („cw-Wert“), die Funktionsfähigkeit sichtbarer Teile (z.B. versenkbare Seitenscheiben), die Fertigungs- und Reparaturfreundlichkeit, die optischen Bedingungen (z.B. Position der Leuchten, Neigungswinkel für verzerr- und blendfreie Frontscheibe), aber auch für passive Elemente wie Unfall- oder Aufprallschutz von fremden Verkehrsteilnehmern usw. (vgl. etwa Balzer et al., Handbuch Kfz-Technik, Bd. 2 S. 76 ff Karosserietechnik; Kraftfahrzeugtechnisches Taschenbuch, 24. Aufl. 2002 S. 792 ff). Der Gestaltungsfreiheit eines Designers sind damit von vornherein Grenzen gesetzt, da die Technizität selbst bei großzügiger Abwandlung des Pro-

totyps Auto stets dominant bleibt. Im markenrechtlichen Schrifttum ist daher wiederholt die Auffassung vertreten worden, dass Autokarosserien allenfalls in ihren Einzelteilen, nicht jedoch in ihrer Gesamtheit als Prototyp markenfähig seien, da dessen Form bereits warenbedingt sei (Fezer, MarkenR, 3. Aufl. 2001, § 3 Rdn. 228 a) bzw. Kraftfahrzeuge als Ganzes in ihrer Wiedererkennung durch den Verkehr nur die allgemeine Wertschätzung für den Hersteller repräsentierten, nicht aber kennzeichnend wirkten (Osterloh, Die Ware als Marke, in: Festschrift für Willi Erdmann, 2002, S. 445 ff, 452).

Für die Frage, ob wie hier die beanspruchte Darstellung „ausschließlich“ aus einer Form besteht, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist, hat der Europäische Gerichtshof in der bereits genannten Philips-Entscheidung bestimmte Auslegungsregeln aufgestellt hat: Ein Zeichen, das ausschließlich aus der Form einer Ware besteht, ist aufgrund dieser Vorschrift nicht eintragungsfähig, wenn nachgewiesen wird, dass die wesentlichen funktionellen Merkmale dieser Form nur der technischen Wirkung zuzuschreiben sind; das gilt auch für Alternativformen, mit denen die gleiche technische Wirkung erzielt werden kann. Weist der beanspruchte Gegenstand hingegen weitere, über die bloße technische Gestaltung hinausgehende Merkmale auf, die weder durch die Art der Ware noch technisch noch wertbedingt sind, kommt der Ausschlussgrund nach § 3 Abs 2 MarkenG nicht in Betracht.

Im Lichte dieser Rechtsprechung lässt sich bei aller Dominanz zwingender technischer Vorgaben vorliegend nicht mit letzter Sicherheit feststellen, dass sich die als Marke beanspruchte Form in der bloßen Reproduktion der zur Erreichung eines technischen Effekts erforderlichen Anordnung der Elemente der Ware erschöpft bzw. die ggfls. vorhandenen weiteren Elemente bei der Detailgestaltung von Front-, Seiten- und Heckpartie lediglich als unwesentliches Beiwerk abgetan werden können. Auch wenn Linienführung und Aufbau des Fahrzeugs sich im Rahmen der beliebten und geläufigen Buckel- oder Eiform bewegen und ersichtlich (zB strömungs-)technische Zwecke verfolgen, ist hierfür nicht unbedingt diese konkreten Ausgestaltung erforderlich. Zählt man zum Archetyp Auto lediglich die

auf ein Minimum reduzierte Grundform (Innen- und Motorraum, Räder, Türen, etc.), wird man das Vorliegen einer waren- oder technisch bedingten Formgestaltung solange verneinen müssen, wie sich die in vielen Details ausgestaltete Karosserie als Gestaltungseinheit präsentiert, auch wenn der Wiedererkennungseffekt und damit letztlich auch die abstrakte Markenfähigkeit der Ware Auto als solcher in der Regel auf einigen wenigen, ggfls. markanten Detaillösungen in ihrer jeweiligen Kombination beruhen dürfte.

Soweit in den Stellungnahmen der vom Senat befragten Verbände vereinzelt die Auffassung vertreten wird, die Karosserieform müsse schon deshalb als ausschließlich technisch qualifiziert werden, weil der Ersatzteilmarkt ungehindert von Markenrechten auf die konkrete Passform angewiesen sei, vermag diese Argumentation markenregisterrechtlich nicht zu überzeugen. Zwar ist richtig, dass die Problematik des Produkt- wie Markenschutzes von Kraftfahrzeugersatzteilen erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen hat und dass vor dem Hintergrund des (europäischen) Moratoriums zum Geschmacksmusterrechts zahlreiche Hersteller versuchen, den ihnen nach dem Geschmacksmusterrecht idR verwehrt Produktschutz (vgl. Art. 8 iVm Art. 110 GemeinschaftsgeschmacksmusterVO, §§ 3, 67 GeschmMG) auf dem Umweg über Warenformmarken zu erhalten (ggfls. im Widerspruch zu § 3 Abs 2 Nr 3 bzw. § 8 Abs 2 Nr 9 MarkenG). Dem steht aber entgegen, dass die vorliegende Marke nur in ihrer Gesamtheit markenfähig ist und Schutz erlangen kann, nicht aber hinsichtlich einzelner Teile, selbst wenn insoweit ein separater Markenschutz für markante Gestaltungselemente denkbar erscheint, etwa bei der Frontpartie mit Lufteinlassschlitzen (vgl. EuG MarkenR 2003, 162 - „Kühlergrill“) oder Verzierungen an Front oder Heck (in Form von Stern, Figur, Wappen o.ä.). Mit der Anerkennung der Markenfähigkeit der Gesamtform wird aber das Allgemeininteresse an den Vertriebsmöglichkeiten der Einzelbestandteile nicht behindert.

2. Die vorliegend beanspruchte Darstellung ist mithin wie jede andere Markenform auf das Vorliegen von Eintragungshindernissen insbesondere nach § 8 Abs 2 Nr 1 und 2 zu prüfen.

Was die Frage der Unterscheidungskraft betrifft, hat der Senat erhebliche Bedenken, die bloße Wiedergabe der Karosserieform eines Kraftfahrzeuges von Hause aus als unterscheidungskräftig im markenrechtlichen Sinne einzustufen.

Unterscheidungskraft i.S. der genannten Bestimmung ist die einer Marke inwohnende konkrete Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfassten Waren eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden. Das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft ist demgegenüber nach dem Gesetzeswortlaut und vor allem aufgrund des Eintragsanspruchs nach § 33 Abs 2 MarkenG ein Ausnahmetatbestand, der regelmäßig nur erfüllt ist, wenn die beanspruchte Marke sich verbal oder bildlich vordergründig als eine für die Waren oder Dienstleistungen bloße Sachaussage darstellt. Das gilt gleichermaßen für Bild- wie dreidimensionale Marken, die aus der Form der Ware bestehen und damit typischerweise zunächst einmal die Ware selbst beschreiben. Dementsprechend geht der Bundesgerichtshofs zB bei Bildmarken, die sich in der bloßen Abbildung der Ware erschöpfen, für die der Schutz in Anspruch genommen wird, auch bei Anlegung eines großzügigen Prüfungsmaßstabes davon aus, dass ihnen im allgemeinen die nach § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG erforderliche konkrete Unterscheidungskraft fehlen wird, sofern die zeichnerischen Elemente der angemeldeten Marke lediglich die typischen Merkmale der beanspruchten Ware darstellen und keine über die technische Gestaltung der Ware hinausgehenden Elemente aufweisen (vgl. BGH aaO Gabelstapler II). Diese für Bildmarken entwickelten Grundsätze sind regelmäßig auf dreidimensionale Marken zu übertragen, die aus der Form der Ware bestehen, wobei zusätzlich die neuere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu beachten ist, wonach das bloße Abweichen von der Norm oder Branchenüblichkeit noch nicht zur Bejahung der Unterscheidungskraft genügt, sondern die Herkunftsfunk-

tion der Marke nur durch eine erhebliche Abweichung von der bestehenden Gestaltungsvielfalt erfüllt werden könne (EuGH GRUR Int. 2004, 413 (416), Rdnr. 49 – Waschmittelflasche; EuGH C 136/02 v. 7.10.04 Taschenlampe). Hinzukommt schließlich, dass bei der Feststellung der Unterscheidungseignung auch auf die besonderen Verhältnisse auf dem maßgeblichen Warengbiet sowie auf den Umstand abgestellt werden muss, ob und inwieweit sich der Verkehr bereits an die Herkunftskennzeichnung von Produktgestaltungen gewöhnt hat (BGH aaO).

Nach den Feststellungen des Senats ist zweifelhaft, ob der vorliegend beanspruchte Gegenstand diesen Anforderungen gerecht wird. Bekanntlich zeichnet sich der Automobilmarkt von je her durch eine große Formenvielfalt aus, wobei sich in gewissen Zeitabständen immer wieder neue Trends herausbilden (wie zB Kastenform, Fließheck, Schrägheck, Rundformen, Station, Limousine, Van, Sport, Cabrio etc.), die sich letztlich am Modegeschmack des Verkehrs ausrichten. An diese Gestaltungsbreite ist der Verkehr nicht nur gewöhnt, sondern diese ist auch Teil der Käufererwartung, wie das große Interesse der Öffentlichkeit wie der Medien an den jährlichen nationalen und internationalen Automessen zeigt, auch wenn die meisten Autohersteller bedingt durch die bereits erwähnten technischen Vorgaben sich im Design häufig nicht oder nur geringfügig vom marktgängigen Formenschatz innerhalb der jeweiligen Produktklasse abheben. So ist etwa im Sektor der Klein- wie Mittelklassewagen zu beobachten, dass nicht nur die technische Ausstattung und Qualität, sondern auch die Formgestaltung bei nahezu allen Herstellern immer stärker angenähert sind, so dass der Verkehr schon deshalb gezwungen ist, sich bei der betrieblichen Zuordnung weniger an Gestaltungsdetails, als an „klassischen“ Erkennungszeichen (Emblem, Schriftzug, Figuren usw.) zu orientieren, die ihm am Fahrzeug zur Verfügung stehen. Hinzukommt, dass häufig baugleiche Typen innerhalb wie außerhalb von Konzernverbindungen angeboten werden, die der Verkehr nach der äußeren Aufmachung überhaupt nicht oder nur schwer unterscheiden kann. Vor dem Hintergrund der durch technische Vorgaben bedingten Modellpolitik der Hersteller spricht letztlich vieles dafür,

dass der Verkehr unterschiedliche Design-Elemente damit eher als Teil der Ware betrachten wird, und Ware und Marke unter diesem Blickwinkel dann nicht mehr funktionell getrennt wären.

Auf der anderen Seite kann sich der Senat aber auch nicht der seit langem beim Verkehr zu beobachtenden Übung verschließen, dass trotz der Gewöhnung an die vielfältige Formgebung der Ware „Auto“ dennoch häufig von der äußeren Form eines Kraftfahrzeuges spontan und ohne weitere Überlegung auf den Hersteller geschlossen wird, d.h. große Teile des Verkehrs sind offensichtlich in der Lage, ein Auto allein seinem Äußeren nach einem bestimmten Hersteller zuzuordnen. Im Grunde ist der Automobilsektor sogar ein klassisches Beispiel für diese Zuordnung, erkennen doch selbst Kinder viele Automarken schon nach deren äußeren Erscheinungsbild, obwohl der stete und häufig rasche Modellwechsel einer solchen Übung eigentlich eher entgegenstehen sollte, zumal wenn sich ein Modell nicht grundlegend aus dem Erfahrungsschatz des Verkehrs abhebt. Offensichtlich orientiert sich der Verkehr hier an bestimmten herstellertypischen Grundmustern und Linienführungen, die auch in wiederholt abgewandelter Form immer wieder für einen Wiedererkennungseffekt sorgen; markenregisterrechtlich gesehen könnte es sich hierbei um die charakteristischen Merkmale handeln, die für die Art der Ware gerade nicht typisch oder zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich sind, sondern dem Verkehr einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft geben.

Ob man bei der vorliegend beanspruchten Marke von einer solchen charakteristischen und damit markenrechtlich kennzeichnenden Formgebung sprechen kann, erscheint dem Senat nicht frei von Zweifeln, enthält sie doch lediglich Gestaltungselemente, die sich nicht erheblich von der Branchenüblichkeit im Sinne der Rechtsprechung des EuGH abheben. Die verwendete Buckel- oder Eiform ist seit Jahrzehnten im Automobilbau bekannt und wird immer wieder von verschiedenen Herstellern variiert (vgl. die Zusammenstellung in Zeichner, Kleinwagen International, 1999; Enzyklopädie der Automobile, 1999; Bildersammlung in www.google.de). In früherer Zeit gilt das etwa für die Fahrzeuge von „DKW“ oder

die BMW „Isetta“, aber auch für die Fiat-Modelle „500, 750, 850“ der Sechziger Jahre oder den Volvo PV 444 („Schneewittchensarg“). Rund- oder Buckelformen findet man heute etwa beim „Chrysler Cruiser“ oder insbesondere beim Ford „Ka“, sowie bei diversen Modellen von Audi (TT) und Citroen (C 3). Vorliegend handelt es sich um eine unter dem Namen „Beetle“ modernisierte Form des VW „Käfers“, eines der meistgebauten Modelle weltweit, der auch heute noch auf den hiesigen Straßen präsent und nach wie vor als Formvariante bekannt ist. Hiervon unterscheidet sich die beanspruchte Warenformmarke sicher in vielen Details, aber nicht im grundsätzlichen Eindruck. Weist die Darstellung aber keine so erheblichen Abweichungen von den gängigen Standards des Fahrzeugbaus und der dort herrschenden Formenvielfalt auf und geht auch nicht über den Erfahrungsschatz des Verkehrs hinaus, erscheint es durchaus gerechtfertigt, ihr die Unterscheidungskraft im markenrechtlichen Sinne von Hause aus abzusprechen (vgl. in diesem Sinne auch EuGH aaO Taschenlampe, Rdr. 31,32,68).

3. Letztlich kann die Frage der Unterscheidungskraft aber dahingestellt bleiben, da der Senat die vorliegende Warendarstellung vor dem Hintergrund des auf dem Warengbiet der Kraftfahrzeuge überragenden Interesses der Allgemeinheit an der Freihaltung der Formenvielfalt für freihaltungsbedürftig nach § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG hält.

Wie ausgeführt sind die Möglichkeiten der Produktform bei Kraftfahrzeugen durch technische Vorgaben wie Aerodynamik, Sicherheitserfordernisse udgl. relativ eingeschränkt. Umgekehrt spielt die Optik eines Fahrzeuges für große Teile des Verkehrs eine dominante Rolle, weil sich die Modelle der einzelnen Hersteller im technischen Niveau und in der Qualität der Ausstattung immer mehr angleichen und so die Kaufentscheidung immer häufiger vom Design beeinflusst wird (Die Zeit v. 26.9.2002 S. 84; Süddt. Zeitung v. 16.8.2003 S. V1/1). Zwar sind für den Käufer Sicherheit, Qualität und Zuverlässigkeit nicht weniger wichtig geworden, immer mehr Kaufinteressenten wollen sich aber auch und gerade in der Optik des Fahrzeuges selbst verwirklichen, eine Entwicklung, die von Marketing-Strategen der Automobilindustrie bewusst dahingehend gefördert wird, dass das Outfit eines

Fahrzeuges bestimmte Gefühle wecken und Botschaften verkörpern soll, mit denen sich der Käufer identifizieren kann. So ist etwa die Rede vom „ästhetischen Auftritt“ eines bestimmten Modells (auto motor sport Nr. 18/2001 S. 438), von „Verjüngungskur und Facelift“ von Autos (auto motor sport Nr. 19/2001 S. 51) oder von einem „sportlichen Charisma und jugendlichem Charme“ einer Fahrzeugkarosserie (auto motor sport Nr. 12/2001 S. 95). Beim Auto handelt es sich mithin um einen imagebildenden Gebrauchsgegenstand, der für den Verkehr tagtäglich präsent ist und seinen Besitzer sogar im psychischen Befinden beeinflussen kann. Angesichts einer solchen Bedeutung der äußeren Form eines Kraftfahrzeugs, die fast schon als wertbildend eingestuft werden muss, wird verständlich, weshalb hier der Erhaltung der Formenvielfalt ein besonderer Stellenwert zukommt, der weit über das Freihaltungsinteresse an Warenverpackungsformen von Wegwerfartikeln wie Flaschen, Joghurtbechern, Arzneimittelkapseln, Waschmitteltabs usw. hinausgeht, die ebenfalls schon sämtlich Gegenstand von markenregisterrechtlichen Entscheidungen waren. Hinzukommt, dass die Formenvielfalt auch im Kontext technischer Neuerungen der Zukunft eine überragende Rolle spielt, hat doch die Entwicklung des Fahrzeugbaus immer wieder gezeigt, dass zunächst als utopisch angesehene Designstudien und Concept Cars sich in kürzester Zeit technisch verwirklichen ließen. Folgerichtig wird der Markt ständig mit neuen Modellen vieler Anbieter beliefert, wobei sich die Modelllaufzeiten im letzten Jahrzehnt erheblich verkürzt haben, nachdem der Verkehr Formneuheiten geradezu erwartet. Sind aber letztlich die Möglichkeiten beschränkt, die Produktgestaltung im Interesse einer Individualisierung zu variieren (vgl. EuGH aaO, GRUR 2003, 514 Tz. 73 ff - Linde, BGH aaO, S. 505 - Linde), müssen die Wettbewerber ungehindert von (Marken-)Rechten Dritter auf einen möglichst großen Formenschatz zurückgreifen können, um ein individuelles Produkt anzubieten. Will der Anbieter den Nachbau seiner Form verhindern, braucht er keinen Markenschutz, sondern seinen berechtigten Interessen kann mit einem entsprechenden Produktschutzrecht wie dem Geschmacksmusterschutz entsprochen werden.

Selbst wenn vorliegend die beanspruchte Marke über unterscheidungskräftige Gestaltungselemente verfügen sollte, erschöpft sie sich letztlich in einer geläufigen Abwandlung bereits bekannter Prototypen. Das gilt gleichermaßen für die Buckelform, die beim alten „Käfer“, dem Volvo „Schneewittchensarg“ oder dem Citroen „2 CV“ („Ente“), aber auch bei Ford „Ka“, Citroen „C2“, Citroen „Pluriel“ oder Chrysler „Cruiser“ verwendet werden, wie für die gerundete Fronthaube und die ausgestellten Kotflügel/Radkästen oder die runden Heck- oder Frontleuchten; runde Frontscheinwerfer sind auch heute noch weit verbreitet und runde Heckleuchten sind früher, z.B. beim „Wannen“-Ford „17m“ oder Opel Manta, wie heute, z.B. beim Honda HSC, zu finden.

Dass diese Merkmale derzeit für den Senat nicht in der für die Anmelderin typischen Kombination nachweisbar sind, ist markenregisterrechtlich für die Frage des Freihaltungsbedürfnisses unerheblich, da es hierbei allein um die Eignung der Verwendung als Beschaffenheitsangabe geht, wie sie in der Verkörperung der Ware besonders deutlich zum Ausdruck kommt. Jede andere Betrachtungsweise liefe quasi auf den Nachweis einer identischen und damit neuheitsschädlichen Vorwegnahme hinaus, der dem Markenrecht fremd ist. So hat auch der Bundesgerichtshof etwa für den Bereich der Armbanduhr festgelegt (BGH GRUR 2001, 418, 420 - Montre), dass der beliebigen Kombination von bekannten Gestaltungselementen in einem Bereich, in dem der Verkehr mit einer nahezu unübersehbaren Vielfalt von Gestaltungen konfrontiert ist, regelmäßig keinerlei kennzeichnende Wirkung zukommt.

Im Ergebnis ist damit der angefochtene Beschluss der Markenstelle nicht zu beanstanden, was auch für die beanspruchten Fahrzeugteile gilt, da die Marke insoweit nur als Hinweis auf deren bestimmungsmäßige Verwendung verstanden werden kann. Für Spielwaren (Autos!) und Fahrzeugmodelle der Klasse 28 gelten dieselben Erwägungen wie für das Fahrzeug selbst.

4. Nach dem hilfsweisen Vorbringen der Anmelderin kann jedoch davon ausgegangen werden, dass das festgestellte Eintragungshindernis für die Waren „Fahrzeuge“ durch den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung nach § 8 Abs 3 MarkenG überwunden ist. Die Anmelderin hat insoweit umfangreiches Material vorgelegt, das die Durchsetzung der beanspruchten Warenform als Marke im Verkehr belegt.

Bei der Prüfung, ob sich eine als Marke beanspruchte Darstellung im Verkehr durchgesetzt hat, ist von einer Gesamtschau aller Gesichtspunkte auszugehen, Dazu gehören einmal alle Maßnahmen des Anmelders, seine Marke auf dem Markt zur Geltung zu bringen, also der von der Marke gehaltene Marktanteil und die mit ihr erzielten Umsätze, die Intensität, die geografische Verbreitung und die Dauer der Benutzung, der Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke usw. Sodann bedarf es auf der anderen Seite eines Nachweises, dass die Bemühungen des Anmelders ein Feedback ausgelöst und Erfolg gehabt haben. Die Maßnahmen müssen zumindest bei einem maßgeblichen Teil der beteiligten Verkehrskreise und Mitbewerber die Annahme einer Betriebskennzeichnung hervorgerufen haben, was sich beispielsweise durch Erklärungen von Industrie- und Handelskammern wie auch im Wege demoskopischer Befragungen belegen lässt (vgl. EuGH GRUR 1999, 723, TZ 51 - CHIEMSEE). Für die Bejahung der Durchsetzung in den beteiligten Verkehrskreisen bedarf es indes keiner zahlenmäßigen Festlegung auf bestimmte Prozentsätze (z.B. über die 50+1%-Grenze hinaus, vgl. schon BGH GRUR 1991, 609, 610 - SL; BGH BIPMZ 2001, 322 - REICH UND SCHOEN; Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl. 2003, § 8 Rdn. 501 f.) und insbesondere auch keiner Abhängigkeit zur Bedeutung eines bestehenden Freihaltungsbedürfnisses (EuGH aaO - Chiemsee).

Macht ein Anmelder die Verkehrsdurchsetzung erstmals im Beschwerdeverfahren geltend, hat er deren Voraussetzungen nach Maßgabe der vorstehenden Kriterien in einer Weise schlüssig dazustellen und zu belegen, die dem Senat eine Beurteilung erlaubt, diesem Vorbringen entweder im Wege weiterer Ermittlungen nachzugehen (in der Regel durch Zurückverweisung der Sache an die Markenstelle) oder

ob der Vortrag ggfls. bereits für eine Entscheidung zugunsten des Anmelders ausreicht. Letzteres ist vorliegend der Fall. Die Anmelderin hat durch Angabe von nicht unerheblichen Umsatzzahlen und Werbeaufwendungen für die unter der beanspruchten Marke vertriebenen Waren überzeugend dargelegt, dass sie seit 1998 bemüht ist, unter Anknüpfung an den überragenden Erfolg des VW-Käfers dem Verkehr die Karosserieform des Fahrzeugs als kennzeichnender Hinweis nahe zu bringen. Diese Bemühungen sind nach ihrem Vorbringen auch deutlich über das bloße In-den-Handel-bringen der Ware hinausgegangen, das bekanntlich für sich genommen noch keine markenmäßige Benutzung einer in der Ware verkörperten Formmarke darstellt. So belegen die zu den Akten überreichten Prospekte und Werbematerialien dass die Waren immer wieder unter Hinweis auf die spezifische, vom Käfer abgeleitete Formgestaltung des Fahrzeugs angeboten und vertrieben worden sind und so die Verkehrsauffassung nachhaltig beeinflusst werden konnte, wie zB im Medienecho zum Ausdruck kommt, hat doch der New Beetle (eben als legitimer Nachfolger des weltweit bekannten VW Käfer) sehr schnell Eingang in die allgemeine Presse und Fachliteratur gefunden und ist dort seit seiner Markteinführung durch Benennung und Abbildung präsent, so dass schon vor diesem Hintergrund die Aussage erlaubt ist, dass es sich bei der angemeldeten Karosserieform zwischenzeitlich um eines der bekanntesten Fahrzeugdesigns in Deutschland handelt. Das wird auch durch das von der Anmelderin zu den Akten gereichte demoskopische Gutachten mit den Ergebnissen einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage vom Februar 2002 belegt, wonach 54,8% der befragten Personen die ihnen als Bild präsentierte Karosserieform kannten, von denen wieder 81% diese einem bestimmten Unternehmen zuordneten; auf die Gesamtzahl der 2575 Befragten bezogen, haben 41,9% die beanspruchte Form - z.T. sogar mit dem Modellnamen „Beetle“ - der Anmelderin zugerechnet. Dieser Wert liegt zwar deutlich unter 50% aller Befragten, muss aber vor dem Hintergrund gewürdigt werden, dass die Befragung nicht auf Autofahrer oder potenzielle Autokäufer beschränkt war, sondern breiteste Bevölkerungskreise umfasst hat. Bei Bewertung aller Umstände, die auch die marktgängige Übung im Kfz-Sektor und den bekanntermaßen erheblichen Marktanteil der Waren der Anmelderin, die geo-

grafische Verbreitung und die Dauer der Benutzung berücksichtigt, bestehen für den Senat keine Zweifel, dass die angemeldete Karosserieform sich heute als Herkunftshinweis auf die Anmelderin im Verkehr für die beanspruchte Ware „Kraftfahrzeuge“ durchgesetzt hat.

Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Beetle erst Ende 1998 im Markt eingeführt worden, mithin zu einem Zeitpunkt nach dem vorliegend in Anspruch genommenen Anmeldetag, was eine Durchsetzung zu diesem Zeitpunkt ausschließt. Hinzukommt, dass die Form einer Ware – so sie entsprechend beworben wird – erfahrungsgemäß eine gewisse Zeit braucht, bis sie sich von ihrer Erscheinungsform her beim Verkehr als Herkunftshinweis auf einen Anbieter durchgesetzt hat, wofür regelmäßig mehrere Jahre zu veranschlagen sind. Immerhin zeigt die vorgelegte Verkehrsbefragung, dass die beanspruchte Darstellung im Jahre 2002 bereits großen Teilen des Verkehrs für eine betriebliche Zuordnung genügte, was zusammen mit dem geschilderten Medienecho und dem Umstand, dass die beanspruchte Gestaltung eng an die Form-Bekanntheit des legendären Käfers anknüpft, eine Anerkennung der Durchsetzung unter Verschiebung des Anmeldetages nach § 37 Abs 2 MarkenG erlaubt. Der Senat teilt dabei die Auffassung der Anmelderin, dass die Ergebnisse der Verkehrsbefragung durchaus zurückgerechnet werden können und hält mit ihr für die genannten Waren einen Zeitpunkt der Durchsetzung zum 1. Januar 2000 für sachlich angemessen, der als Zeitrang ins Register einzutragen ist, zumal der Beetle bereits im Vorfeld der Markteinführung in der Werbung und in Publikationen erschienen ist.

Für die übrigen noch streitigen Waren „Fahrzeugteile; Spielwaren; Fahrzeugmodelle und deren Teile“ sind die eingereichten Unterlagen indes nicht geeignet, die Verkehrsdurchsetzung zu belegen, was im übrigen von der Anmelderin auch gar nicht ernsthaft behauptet wird. Zum einen beziehen sich die geltend gemachten Werbeaufwendungen erkennbar nur auf die „Kraftfahrzeuge“. Zum andern hält es der Senat für ausgeschlossen, dass die Befragten in der demoskopischen Umfrage diese weiteren Waren tatsächlich auch der Anmelderin zurechnen woll-

ten, zumal unklar ist, wie den Befragten die Benutzung der beanspruchten Form für diese Waren erläutert wurde. Lediglich für „Fahrzeugmodelle und deren Teile“ erscheint die Umfrage noch einschlägig, weil insoweit - bei den Ergebnissen zu den Fragen drei und vier - auch typische Hersteller für diese Waren aufgeführt sind (Wiking, Matchbox, Schuco). Doch auch insoweit hat der Senat erhebliche Zweifel, dass das Ergebnis dem wirklichen Durchsetzungsgrad entspricht. Der Käufer solcher Fahrzeugmodelle weiß, dass diese von spezialisierten Spielzeugherstellern angeboten werden, die nichts mit den Originalfahrzeugherstellern zu tun haben; diese geben üblicherweise ihr Einverständnis zum Modellnachbau und beziehen allenfalls zu Werbezwecken entsprechende Fahrzeugmodelle. Selbst wenn sie vom Hersteller des Großfahrzeugs als Merchandising-Produkt - Modelle anderer Wettbewerber sind nämlich bei ihm nicht erhältlich - angeboten und weiterverkauft werden, rechnet der Erwerber nicht mit einem Eigenprodukt des Verkäufers. Insoweit konnte die Beschwerde daher auch im Hilfsantrag keinen Erfolg haben.

Die Zulassung der Rechtsbeschwerde war veranlasst, da die Entscheidung hinsichtlich der Markenfähigkeit, Unterscheidungskraft und des Freihaltungsbedürfnisses von Autokarosserien Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung nach §§ 3 Abs 2, 8 Abs 2 Nr 1 und 2 MarkenG mit erheblichen wirtschaftspolitischen Auswirkungen aufwirft und eine höchstrichterliche Entscheidung zur Fortbildung des Rechts bzw. zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert.

Stoppel

Schwarz-Angele

Paetzold

Fa