



# BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 174/03

---

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt  
zugestellt am

Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die Marke 301 14 507**

**hier: Lösungsverfahren**

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 20. Oktober 2004 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Stoppel, des Richters Paetzold und der Richterin Schwarz-Angele

beschlossen:

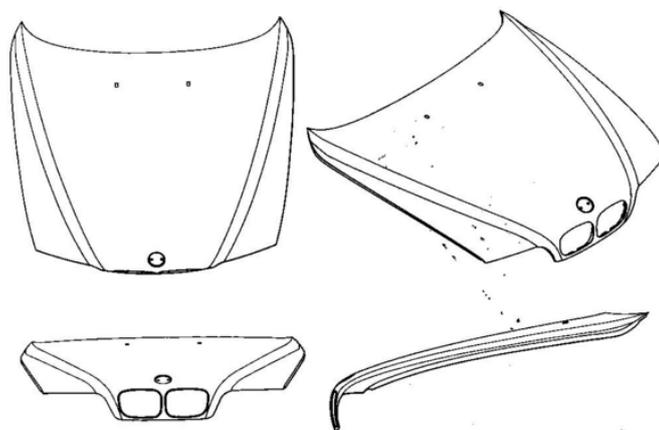
Die Beschwerde der Markeninhaberin wird zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

**Gründe**

**I.**

Die Antragsgegnerin ist Inhaberin der nachfolgend wiedergegebenen, seit dem 20. Juni 2001 für die Ware "Kraftfahrzeugteile" eingetragenen 3-dimensionalen Marke 301 14 507



Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 5. November 2001 die Löschung der Marke beantragt und sich dabei auf die Lösungsgründe nach § 50 Abs 1 iVm § 3 Abs 1, 2 MarkenG und § 50 Abs 1 Nr 3 iVm § 8 Abs 2 Nr 1 und 2 MarkenG gestützt. Hintergrund des Lösungsantrags ist eine von der Markeninhaberin gegen sie erhobene Klage auf Unterlassung und Schadensersatz wegen Verletzung diverser Geschmacksmusterrechte; diese ist nach Erlöschen dieser Rechte wegen Zeitablauf u.a. auf die zwischenzeitlich eingetragene streitbefangene Marke gestützt worden. Die Antragstellerin macht geltend, dass es der angegriffenen Marke bereits an der grundsätzlichen Markenfähigkeit fehle, da die Formgestaltung warenbedingt sei; bei dem Handel mit Kraftfahrzeugteilen handele es sich um einen Markt für Identprodukte, dazu gehöre auch die vorliegend beanspruchte Fronthaube, die als wesentliches Teil eines bestimmten Autotyps und -modells nur in dieser Form verkäuflich sei. Würde ein solches Teil markenmäßig geschützt, erhalte die Markeninhaberin zeitlich unbegrenzten Monopolschutz an einem Produkt, was jeglichen freien Wettbewerb auf dem Gebiet etwa der Kraftfahrzeugersatzteile verhindern würde. Darüber hinaus fehle der angegriffenen Marke aber auch die notwendige Unterscheidungskraft, da der Verkehr hierin nur die Ware erblicke, die sich in keiner Weise vom bekannten Formenschatz abhebe und deshalb nicht betriebskennzeichnend wirken könne. Letztlich seien aber auch zumindest die sichtbaren Teile eines Fahrzeugs in ihrer äußeren Gestaltung im Allgemeininteresse an der Erhaltung der nicht beliebig variier- und erweiterbaren Formenvielfalt, die auf diesem Warengbiet überragende Bedeutung habe, freizuhalten. Eine Eintragung als Marke hätte deshalb nicht erfolgen dürfen.

Die Markeninhaberin hat dem Lösungsantrag in allen Punkten rechtzeitig widersprochen. Sie geht davon aus, dass die angegriffene Marke Teil einer von ihr kreierten Formensprache ist, die vom Verkehr als betriebskennzeichnender Hinweis ohne weiteres verstanden und erkannt würde. Die Marke enthalte keine funktionell notwendigen Bestandteile der Ware und sei auch durch die Art der Ware nicht vorgegeben. Eventuelle Schutzausschlussgründe seien durch besondere Gestaltungsmerkmale überwunden, für die es bei der Schaffung der Form sehr

wohl Formalalternativen, und zwar auch innerhalb der unbestritten notwendigen Passform und Anschlussflächen, gegeben habe und gebe. Prägende und herkunftshinweisende Elemente der angegriffenen Marke seien insbesondere die Integration der für Fahrzeuge der Markeninhaberin typischen Kühleröffnung, die als sog. "Niere" selbst markengeschützt sei, sowie die Pfeilung des Mittelteils mit der Linienführung von der hinteren Abschlusskante zur breiten Frontnase. Die Marke hebe sich damit von der gewöhnlichen und naheliegenden Form eines Kühlerrahmens hinreichend ab, um betriebskennzeichnend zu wirken. An dieser Formgebung bestehe auch kein Freihaltebedürfnis, weil es unzählige Formalalternativen für solche Fronthauben gebe, wie etwa die Praxis der Tuning- und Aerodynamikteile zeige, die technisch für ein Fahrzeug passend seien, aber ein völlig anderes Aussehen als die Originalteile hätten.

Die Markenabteilung des Deutschen Patent- und Markenamts hat dem Löschungsantrag wegen fehlender Unterscheidungskraft nach § 8 Abs 2 Nr 1 MarkenG stattgegeben. Zur Begründung ist ausgeführt, der aufmerksame und verständige Endverbraucher werde in Kenntnis des Marktes für Autoteile und –zubehör in der Marke lediglich ein gebräuchliches Karosserieteil für ein Kraftfahrzeug sehen, das zu einem bestimmten Fahrzeugtyp passe, nicht aber ein herkunftshinweisendes Element, zumal sich die konkrete Gestaltung nicht vom bekannten Formenschatz abhebe, was auch für die Zweiteilung der Kühleröffnung gelte, die bei vielen anderen Herstellern in vergleichbarer Weise zu finden sei.

Die Markeninhaberin hat gegen diesen Beschluss Beschwerde eingelegt und rügt, dass die Markenabteilung ihre Entscheidung unter Missachtung der allgemein anerkannten Schutzmaßstäbe für dreidimensionale Marken lediglich mit Vermutungen und Unterstellungen begründet, aber beispielsweise außer Acht gelassen habe, dass die angegriffene Marke u.a. die markante, für die Markeninhaberin typische Kühlergestaltung umfasse, die schon 1984 vom Bundesgerichtshof als herkunftshinweisendes Element anerkannt worden sei (BGH GRUR 1985, 383 BMW-Niere); auch das europäische Gericht erster Instanz halte die Gestaltung

eines Kühlergrills für ein wesentliches Element des Aussehens eines Fahrzeugs und der Unterscheidung von Modellen anderer Hersteller (EuG MarkenR 2003, 162 Kühlergrill). Im übrigen begründe die angegriffene Formmarke auch kein unzulässiges Monopol für eine technische Lösung oder bestimmte Gebrauchseigenschaften, weil sie keine Grundform als solche zum Gegenstand habe, sondern eine Gestaltung mit einer Vielzahl von Einzelmerkmalen schütze, die nur in dieser ganz konkreten Kombination den Schutz begründe und ausmache.

Dementsprechend beantragt die Markeninhaberin,

den angefochtenen Beschluss aufzuheben und den Löschungsantrag zurückzuweisen.

Hilfsweise regt sie die Zulassung der Rechtsbeschwerde an.

Die Antragstellerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie hält die Ausführungen der Markenabteilung für zutreffend und betont nochmals, dass es für die Ware Krafftfahrzeugteile, verkörpert in der Form der angegriffenen Marke als Front- oder Motorhaube keine Formalternative gebe, denn das Teil müsse technisch wie optisch passen, um marktfähig zu sein. Abgesehen davon hebe sich die beanspruchte Gestaltung in keiner Weise erheblich vom Verkehrsüblichen ab, wie die Markeninhaberin behauptete; das sei schon im Verletzungsprozess vor dem Landgericht München festgestellt worden, wo exakt die vorliegend streitbefangene Motorhaube als musterrechtlich nicht eigentümlich im Vergleich zum vorbekannten Formenschatz angesehen worden sei. Letztlich versuche die Markeninhaberin, auf dem Weg über die Warenformmarke ihren schon vor Jahren erloschenen Geschmacksmusterschutz zu verlängern, was die Anwen-

dung von § 8 Abs 2 Nr 9 MarkenG nahe lege, falls man nicht von vornherein der Marke jeglichen Schutz im Rahmen des § 3 MarkenG abspreche.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Die Beschwerde der Markeninhaberin ist zulässig (§ 66 Abs 1 MarkenG), hat in der Sache aber keinen Erfolg. Die Marke ist zu Recht gelöscht worden, denn sowohl zum Eintragungszeitpunkt als auch jetzt stehen einer Eintragung in die Markenrolle der Ausschlussgrund des § 3 Abs 2 MarkenG sowie die Schutzhindernisse des § 8 Abs 2 Nr 1 (fehlende Unterscheidungskraft) und Nr 2 Markengesetz (Freihaltebedürfnis) entgegen (§ 50 Abs 1 Nr 1, 3, Abs 2 MarkenG).

1. Gegenstand der angegriffenen Marke ist die naturgetreue zeichnerische Wiedergabe der äußeren Form einer Fronthaube (Motorhaube) für einen PKW unter mehreren Perspektiven, die sich als Verkörperung der beanspruchten Ware "Kraftfahrzeugteile" in Gestalt eines von der Anmelderin hergestellten Teils für einen bestimmten Fahrzeug- und Modelltyp darstellt. Da nach § 3 Abs 1 MarkenG als Zeichen ausdrücklich auch die Form der Ware, und zwar selbst in ihrer dreidimensionalen Ausgestaltung, als Unterscheidungsmittel eines Unternehmens gegenüber anderen Unternehmer geeignet sein kann, besteht kein Anlass, der angegriffenen Darstellung die abstrakte Markenfähigkeit abzuspochen, auch wenn ein Zeichen kein funktionell 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).

Nach Ansicht des Senats fehlt dieser als dreidimensionaler Marke beanspruchten Warenform vorliegend nicht nur, worauf die Markenstelle allein abgestellt hat, jegliche Unterscheidungskraft, sondern es kommen vorrangig die Ausschlussstatbestände des § 3 Abs 2 MarkenG zum Tragen, die rein produktbezogene Gestaltungsformen ausdrücklich vom Markenschutz ausnehmen. Hierbei handelt es sich um ein gesetzlich normiertes spezielles Freihaltebedürfnis, durch das verhindert werden soll, 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 sucht (EuGH GRUR 2002, 804 Philips; GRUR 2003, 514 Linde, Winward und Rado). Sinn dieser Regelung ist es mithin, im Spannungsfeld von zeitlich beschränktem Produktschutz und zeitlich unbegrenztem Markenschutz solche Formen und Zeichen den Mitbewerbern generell freizuhalten, bei denen die Selbstständigkeit der Marke von der Ware als Kriterium der Markenfähigkeit nicht mehr gewahrt ist, denn die Marke muss sich wie ausgeführt vom Wesen der Ware unterscheiden (vgl. BGH GRUR 2001, 239 - Zahnpastastrang), d.h. was zum Wesen einer Ware gehört, kann keine Marke sein. Hiervon erfasst sind alle Formen, die durch die Art der Ware selbst bedingt sind, zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich sind oder der Ware einen wesentlichen Wert verleihen.

Bei den von der Marke beanspruchten Waren "Kraftfahrzeugteile" handelt es sich um ein Warengbiet, das insofern Besonderheiten aufweist, als hier in erheblichem Umfang sogenannten Identprodukte eine Rolle spielen, d.h. Fahrzeugteile, die nicht nur eine besondere Passform iS der must-fit-Regelung nach § 3 Abs 1 Nr 2 GeschmMG aufweisen, sondern darüber hinaus auch in der äußeren Gestaltung die zu ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung notwendigen Vorgaben einhalten müssen (must-match, vgl. § 4 GeschmMG). Das gilt vor allem für Teile, die auch nach ihrem Einbau in das Ganze sichtbar bleiben, sei es, dass diese Teile als Neuteile für einen Fahrzeughersteller nach dessen Vorgaben gefertigt werden oder als Ersatzteile zu Reparaturzwecken für ein bestimmtes Fahrzeugmodell hergestellt sind. Gerade bei Reparaturteilen, die zur Wiederherstellung des ursprüng-

lichen Zustands eines Fahrzeuges dienen, gibt es für die Hersteller solcher Teile keinerlei Gestaltungsspielraum, vielmehr entfaltet zumindest das sichtbare Ersatzteil die ihm eigene technische wie ästhetische Wirkung im Rahmen seines Bestimmungszwecks. Jede Abweichung von dieser Norm führt zwangsläufig zum Ausschluss vom freien Ersatzteilmarkt und macht das Teil zur bestimmungsgemäßen Verwendung ungeeignet und damit unverkäuflich.

2. a) In markenrechtlicher Hinsicht muss es sich dabei allerdings nicht zwingend um eine warenbedingte Form iS von § 3 Abs 2 Nr 1 MarkenG handeln, da die Form nicht zwangsläufig durch die Art der Ware iS einer gattungsspezifischen Formgebung vorgegeben ist, denn bei einer Verwendung als Tuning- oder Aerodynamikteil sind auch bei den sichtbaren Teilen durchaus Abweichungen von der typgemäßen Grundform denkbar und auch gewollt; das bedeutet übertragen auf den vorliegenden Fall, dass Fronthauben zwar die modelltypische Passform aufweisen, in ihrer Detailgestaltung aber vom Originalteil abweichen können, was zwar das Aussehen des Fahrzeuges ans Ganzes verändert, aber aufgrund der damit verbundenen zumeist technischen Vorteile hingenommen wird.

b) Die beanspruchte Darstellung ist jedoch schon aufgrund technisch bedingter Form nach § 3 Abs 2 Nr 2 MarkenG vom Markenschutz ausgeschlossen. Bei der Formgestaltung von Kraftfahrzeugen und damit vor allem der sichtbaren (Karosserie-)Teile wie vorliegend dem Kühlerrahmen kommen nach den Feststellungen des Senats zahlreiche technische Vorgaben in Betracht; das gilt in erster Linie für die Stabilität des Fahrzeugs in Aufbau und Materialauswahl zB hinsichtlich Torsions- und Biegesteifigkeit, die Aerodynamik ("cw-Wert"), die Funktionsfähigkeit sichtbarer Teile, die Fertigungs- und Reparaturfreundlichkeit, die optischen Bedingungen, aber gerade bei der Motorhaube auch für passive Elemente wie Unfall- oder Aufprallschutz von fremden Verkehrsteilnehmern usw. (vgl. etwa Balzer et al., Handbuch der Kfz-Technik, Bd. 2, S. 76 ff Karosserietechnik; Bosch, Kraftfahrtechnisches Taschenbuch, 24. Aufl. 2002, S. 792ff) Der Gestaltungsfreiheit eines Designers sind damit von vornherein Grenzen gesetzt, da die Technizität der Ge-

brauchstauglichkeit selbst bei großzügiger Abwandlung des Prototyps Auto und seiner wesensbestimmenden Teile stets dominant bleibt. In markenrechtlicher Hinsicht kann allein fraglich sein, ob die hier angegriffene Darstellung iS von § 3 Abs 2 Nr 2 MarkenG "ausschließlich" aus einer Form besteht, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist, was bei einer Warenformmarke dann der Fall ist, 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 dieser Bestimmung nicht in Betracht (vgl. EuGH aaO. - Philips; aaO. - Linde, Winward und Rado). Wie ausgeführt muss bei einer Fronthaube bereits angesichts der zwingenden Vorgaben im Hinblick auf Stabilität, Verformbarkeit, Aufprallschutz, Aerodynamik u.ä. von einer technischen Dominanz der Form ausgegangen werden; darüber hinaus ist zu beachten, dass bei einem Kraftfahrzeugteil die technische Wirkung stets im Vordergrund steht, da sein bestimmungsgemäßer Zweck der passgenaue Einbau in die Sachgesamtheit ist, wozu es keinerlei Formalternativen gibt, was insbesondere bei der Verwendung als Ersatzteil deutlich wird, dass – wie schon das Wort besagt – ein vorgegebenes Teil in seiner technischen Funktion und Wirkungsweise ersetzt. Die als Marke beanspruchte Form erschöpft sich damit aber in der bloßen Reproduktion der zur Erreichung eines technischen Effekts erforderlichen Anordnung der Elemente der Ware, so dass die ggfls. vorhandenen weiteren Elemente bei der Detailgestaltung, wie etwa den Aussparungen für den Kühlergrill, lediglich als unwesentliches dekoratives Beiwerk abgetan werden können, auch wenn im Bereich der Frontpartie von Kraftfahrzeugen gelegentlich nichttechnische und ggfls. (im Kontext der Gesamtheit des Fahrzeugs!) betriebskennzeichnende Design-Elemente zu finden sind (vgl. etwa BGH GRUR 1985, 383 BMW-Niere; EuG aaO. - Kühlergrill).

c) Dem Schutz als Marke sind des weiteren auch Zeichen nicht zugänglich, die ausschließlich aus einer Form bestehen, die der Ware ihren wesentlichen Wert verleiht. Das ist vorliegend ebenfalls der Fall, denn die angegriffene Darstellung erschöpft sich in der Verkörperung eines sichtbaren Teiles eines Kraftfahrzeuges, das wie ausgeführt nur in dieser besonderen optischen Ausgestaltung und ästhetischen Wirkung markt- und verkehrsfähig ist, was vor allem deutlich wird, wenn man die Ware Kraftfahrzeugteile unter dem Blickwinkel ihrer Verwendung als Ersatzteil wertet, bei dem es, wie schon das Wort sagt, darauf ankommt, ein ursprüngliches – idR defektes - Teil durch ein neues mit dem Ziel zu ersetzen, den ursprünglichen Zustand der Sachgesamtheit Auto nicht nur in technischer, sondern vor allem äußerer und damit ästhetischer Form wiederherzustellen. Die Vorschrift des § 3 Abs 2 Nr 3 MarkenG beruht aber gerade auf dem Gedanken, dass die ästhetische Funktion von Waren grundsätzlich vom zeichenrechtlichen Schutz ausgenommen werden muss. Denjenigen Produkten, bei denen die Kaufentscheidung wie vorliegend nicht nur im wesentlichen, sondern ausschließlich durch die Form beeinflusst wird, soll der Zugang zum Markenrecht verwehrt bleiben; dh der Schutz der Formgebung soll in diesen Fällen allein über das Urheber- oder Geschmacksmusterrecht als der hierfür adäquaten Regelung erfolgen (vgl. schon BPatG Bl. 2002, 228 – Schmuckring – mit weiteren Nachw.). Normzweck ist, wie bereits ausgeführt, die Abgrenzung des Markenrechts von anderen Sonderschutzrechten und damit im Sinne des Allgemeininteresses das Freihaltebedürfnis der Mitbewerber (vgl. Ingerl/Rohnke, Markenrecht, 2. Aufl. 2003, § 3 Rdnr. 58); diese würden andernfalls, dh bei Anerkennung zeichenrechtlichen Schutzes für die Ware selbst, in ihrer Handlungsfreiheit in nicht mehr hinnehmbarer Weise behindert, denn mit der Anerkennung von Markenrechten an der vorliegend beanspruchten Warenform würde zugunsten der Markeninhaberin ein Produktmonopol begründet, das nicht nur wegen seiner zeitlich unbegrenzten Laufzeit weit über den gebrauch- oder geschmacksmusterrechtlichen Schutz hinausginge. Ästhetische Gestaltungsform einer Ware ist danach sowohl körperlich wie begrifflich die Ware selbst, wenn ihr allein die äußere Form ihren (wirtschaftlichen, nicht materiellen!) Wert verleiht. Eine vom Markenschutz ausgeschlossenen Funktionalität

des Ästhetischen ist mithin immer dann gegeben, wenn die betreffenden ästhetischen Elemente nicht mehr als bloße Zutat zur Ware angesehen werden, sondern vielmehr deren Wesen ausmachen. Das ist bei einem Autoersatzteil in Form einer Fronthaube, die nur für ein ganz bestimmtes Fahrzeugmodell Verwendung finden kann und das äußere Erscheinungsbild eines Kraftfahrzeuges ganz entscheidend mitprägt, stets der Fall, weil der Verkehr zumindest in Deutschland nur diese Lösung, d.h. die Wiederherstellung des Status-quo-ante, akzeptiert und sich nicht mit einer vielleicht billigeren, aber eben optisch nicht identischen Variante begnügt (zB Anpassung ähnlicher Teile).

3. Fehlt es der beanspruchten Gestaltung damit bereits an der Markenfähigkeit iS von § 3 Abs 2 MarkenG, braucht die Frage der konkreten Unterscheidungskraft bzw des Freihaltebedürfnisses (das bei Warenformen regelmäßig schon deshalb anzunehmen ist, weil die Darstellung der Ware als solcher stets beschreibenden Charakter hat, indem die Art und äußere Beschaffenheit der Ware in unmittelbarer Weise wiedergegeben wird) nach § 8 Abs 2 MarkenG im Grunde nicht mehr geprüft zu werden. Allerdings ist auch der Senat der Auffassung, dass im angefochtenen Beschluss folgerichtig das Schutzhindernis fehlender Unterscheidungskraft bejaht worden ist.

Unterscheidungskraft idS ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, die Waren, für welche die Eintragung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Waren von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Die Unterscheidungskraft ist zum einen im Hinblick auf die angemeldeten Waren und zum anderen im Hinblick auf die beteiligten Verkehrskreise zu beurteilen, wobei darauf abzustellen ist, wie ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher die in Rede stehende Kategorie von Waren vermutlich wahrnimmt. Dabei unterscheiden sich die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken, die aus der Form der Ware bestehen, nicht von denjenigen, die auf die Kategorien anderer Marken Anwendung finden. Es ist insoweit jedoch

zu berücksichtigen, dass eine dreidimensionale Marke, die aus der Form der Ware selbst besteht, vom Durchschnittsverbraucher, der vorliegend neben Werkstätten, Händlern und Kundendiensten zu den maßgeblich beteiligten Verkehrskreisen zu zählen ist (vgl. auch EuGH GRUR 2004, 682 Bostongurka) nicht notwendig in gleicher Weise wahrgenommen wird, wie eine Wort- oder Bildmarke, die aus einem Zeichen besteht, das vom Erscheinungsbild der mit der Marke gekennzeichneten Waren unabhängig ist. Während nämlich diese Marken von den Verkehrskreisen gewöhnlich unmittelbar als herkunftskennzeichnende Zeichen aufgefasst werden, sind die Durchschnittsverbraucher nicht daran gewöhnt, aus der Form der Waren ohne graphische oder Wortelemente auf die Herkunft der Waren zu schließen. Daher kann es schwieriger sein, die Unterscheidungskraft einer solchen dreidimensionalen Marke als diejenige einer Wort- oder Bildmarke nachzuweisen (vgl. EuGH GRUR 2003, 604, 608 (Nr 65) - Libertel; GRUR 2004, 428 - Henkel; EuG Mitt 2004, 177 - Deutsche SiSi-Werke; BGH GRUR 2003, 712 - Goldbarren; GRUR 2004, 329 - Käse in Blütenform).

Um ihre Hauptfunktion zu erfüllen, die Ursprungsidentität der durch die Marke gekennzeichneten Waren zu garantieren, muss demnach eine dreidimensionale Marke, die aus der Form der beanspruchten Waren besteht, es dem Durchschnittsverbraucher dieser Waren ermöglichen, die betreffenden Waren auch ohne analysierende und vergleichende Betrachtungsweise sowie ohne besondere Aufmerksamkeit von den Waren anderer Unternehmer zu unterscheiden. Dabei genügt grundsätzlich ein bloßes Abweichen von der Norm oder der Branchenüblichkeit noch nicht, um das Eintragungshindernis fehlender Unterscheidungskraft entfallen zu lassen. Vielmehr kommt Unterscheidungskraft nur einer Marke zu, die von der Norm oder Branchenüblichkeit erheblich abweicht und deshalb ihre wesentliche Herkunftsfunktion erfüllt (EuGH GRUR Int. 2004, 413 (416), Rdnr. 49 – Waschmittelflasche; EuGH C 136/02 v. 7.10.2004 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 und die Form nicht nur einer konkreten Funktion der Ware oder ganz allgemein dem Bemühen zuschreibt, ein ästhetisch ansprechendes Produkt zu schaffen (BGH GRUR 2001, 418, 419 f - Montre; GRUR 2003, 332, 334 - Abschlussstück; GRUR 2004, 502 - Gabelstapler II).

Davon kann vorliegend indes, wie schon die Markenabteilung zutreffend ausgeführt hat, keine Rede sein, da für den Verkehr in seinem Kaufverhalten allein das Bestreben im Vordergrund steht, das richtige Teil für sein Auto zu finden und zu bekommen, so dass eventuelle Gestaltungsmerkmale der Ware für ihn als betriebskennzeichnende Hinweise zunächst überhaupt keine Rolle spielen. Der Verkehr sieht und versteht die angegriffene Marke mithin lediglich als ein Karosserieteil, das zu einem bestimmten Kraftfahrzeugtyp passt, ohne auf eine ggfls. besondere Linienführung oder weitere Gestaltungsdetails zu achten, zumal er auf dem Automobilmarkt ohnehin an eine große Formenvielfalt und Gestaltungsbreite gewöhnt ist, die sich im Detail häufig nicht oder nur geringfügig vom marktgängigen Formenschatz innerhalb der jeweiligen Produktklasse abheben. Falls dem Verkehr mithin gestalterische Merkmale bei Kraftfahrzeugteilen der vorliegenden Art überhaupt auffallen, wird er diese eher als Teil der Ware betrachten, zumal Ware und Marke unter diesem Blickwinkel dann nicht mehr funktionell getrennt wären. Wenn die Markeninhaberin in diesem Zusammenhang auf die Aussparungen in der Frontverkleidung verweist, die vom Verkehr ohne weiteres als die für die Markeninhaberin typische BMW-Niere identifiziert würden, verkennt sie, dass es sich vorliegend gerade nicht um diese Kühlergestaltung selbst handelt, sondern lediglich um ein Karosserieteil, das u.a. zwar auch zur Aufnahme eines Kühler-elementes dienen kann, als isolierte Einzelware in nicht eingebautem Zustand aber keinerlei Hinweise in diese Richtung erlaubt, da es sich insoweit in keiner Weise vom bekannten Formenschatz abhebt, wobei sich insbesondere die Integration der Lufteinlassöffnung für den Kühler in die Fronthaube in einstückiger Bauweise in vergleichbarer Weise auch bei anderen Herstellern findet (zB mit einer Öffnung beim Audi 100 u. A6, Honda Accord, Mercedes W 210, W 146 und

ML 230, Opel Atsra, Volvo V 40 und mit 2 Öffnungen beim Nissan Primera, Fiat Bravo, Renault Megane, Ford Escort).

4. Letztlich hält der Senat die vorliegende Warendarstellung vor dem Hintergrund des auf dem Warengbiet der Kraftfahrzeuge überragenden Interesses der Allgemeinheit an der Freihaltung der Formenvielfalt auch für freihaltungsbedürftig nach § 8 Abs 2 Nr 2 MarkenG.

Wie ausgeführt sind die Möglichkeiten der Produktform bei Kraftfahrzeugen und damit zwangsläufig auch der diese Produktform prägenden sichtbaren Teile vor allem der Karosserie durch technische Vorgaben wie Aerodynamik, Sicherheitsanforderungen undgl. 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 zunehmend angleichen und so die Kaufentscheidung immer häufiger vom Design beeinflusst wird (Die Zeit v. 26.9.2002 S. 84; Südde. 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). 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 etwa an Warenverpackungsformen von Wegwerf- und Verbrauchsartikeln wie Flaschen, Joghurtbechern, Arzneimittelkapseln, Waschmit-

teltabs 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. Tz. 73 ff - Linde, BGH aaO., S. 505 – Gabelstapler II), müssen die Wettbewerber ungehindert von (Marken-)Rechten Dritter auf einen möglichst großen Formenschatz zurückgreifen können, um ein individuelles Produkt anzubieten. Das gilt zwangsläufig auch für die sichtbaren, das Äußere prägenden Teile eines Fahrzeuges, zumal wenn sie sich wie vorliegend in einer geläufigen Abwandlung bereits bekannter Prototypen erschöpft, wie ein Blick in gängige Teile-Kataloge von Anbietern wie die Antragstellerin oder der Fa. S...GmbH

(in M...) zeigen, wo vergleichbare Fronthauben bei einer Vielzahl von

Autotypen zu finden sind (s.o.). Für den Senat sind lediglich die von der Markeninhaberin betonten Gestaltungsmerkmale (sofern sie nicht ohnehin technischer Natur sind) in der für sie typischen Kombination nicht als ganzes nachweisbar, was markenregisterrechtlich für die Frage des Freihaltungsbedürfnisses aber unerheblich ist, 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 Armbanduhren festgestellt (BGH GRUR 2001, 418, 420 - Montre), dass der beliebigen Kombination von bekannten Gestaltungselementen in einem Bereich, in dem der Verkehr mit einer nahezu unübersehbare Vielfalt von Gestaltungen konfrontiert ist, regelmäßig keinerlei

kennzeichnende Wirkung zukommt. 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, was nach deutschem Recht (§§ 3, 4, 67 GeschmG) auch für sog. Reparaturteile gilt, so dass sich die von der Antragstellerin aufgeworfene Frage einer Anwendung von § 8 Abs 2 Nr 9 MarkenG trotz der anderslautenden Regelung in der GemeinschaftsgeschmacksmusterVO (vgl. Art 8 iVm 110 GGV) und der Vorschläge der EU-Kommission zum Schutz von sichtbaren Ersatzteilen (vgl. Süddt. Ztg. v. 6.9.2004 S. 19; FAZ v. 4.5.2004 S. 19; FAZ v. 27.8.2004 S. 12) derzeit nicht stellt.

5. Die Beschwerde war im Ergebnis als unbegründet zurückzuweisen. Für eine Auferlegung von Kosten unter Billigkeitsgesichtspunkten nach § 71 MarkenG bestand keine Veranlassung.

Der Senat hat nach § 83 Abs 2 Nr 2 MarkenG die Rechtsbeschwerde zu Fortbildung des Rechts zugelassen, da die Auslegung des § 3 Abs 2 MarkenG in der Literatur nicht unumstritten ist und eine höchstrichterliche Rechtsprechung zu dieser Vorschrift noch nicht vorliegt.

Stoppel

Paetzold

Schwarz-Angele

Fa