



# BUNDESPATEENTGERICHT

30 W (pat) 806/18

---

(Aktenzeichen)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend das Design 40 2013 001 363-0014**

**(hier: Nichtigkeitsverfahren N 24/17)**

hat der 30. Senat (Marken- und Design-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 18. Februar 2021 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Hacker sowie der Richter Merzbach und Dr. Meiser

beschlossen:

- I. Die Beschwerde der Antragstellerin wird zurückgewiesen.
- II. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Antragstellerin auferlegt.

### **Gründe**

#### **I.**

Der Antragsgegner war Inhaber des am 19. März 2013 angemeldeten und am 25. April 2013 eingetragenen Designs 40 2013 001 363-0014 mit der Erzeugnisangabe „Radkappen“ und der Darstellung:



Mit am 3. April 2017 beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) eingegangenem Schriftsatz hat die Antragstellerin beantragt, die Nichtigkeit dieses Designs wegen fehlender Neuheit und Eigenart festzustellen.

Zur Begründung hat sie ausgeführt, das Design sei schon am 26. September 2012 – und damit zeitlich vor dem Anmeldetag - in identischer Form- und Farbgebung in mehreren Verkaufsangeboten (Anlagen AS 2-5) auf dem Internet-Handelsplatz „www.amazon.de“ offenbart worden. Darüber hinaus sei das angegriffene Design in identischer Formgebung in der Farbvariante Schwarz/Silber bereits am 5. September 2012 sowie am 10. Oktober 2012 und am 25. Februar 2013 auf dem deutschen und europäischen Markt offenbart worden, wie sich aus der Internetseite der polnischen Firma N... und entsprechenden Angeboten auf Amazon und Ebay mit jeweils folgender Darstellung ergebe:



Der Nichtigkeitsantrag ist dem Antragsgegner und damaligen Designinhaber mit Amtsschreiben vom 4. Mai 2017 zugestellt worden. Mit Faxeingabe vom 30. Mai 2017 hat er dem Nichtigkeitsantrag widersprochen.

Am 6. Dezember 2017 wurde das angegriffene Design auf Herrn B..., B1..., umgeschrieben. Am 16. Januar 2018 erfolgte die

Umschreibung auf M... und N1..., G...

, Polen. Letztere sind Inhaber der Firma N... in Polen.

Die Designabteilung hat mit Schreiben vom 14. August 2017 und vom 29. September 2017 Hinweise erteilt, unter anderem zum Nachweis der Offenbarung durch Internetquellen.

Mit Beschluss vom 29. Mai 2018 hat die Designabteilung 3.5 des Deutschen Patent- und Markenamts den Nichtigkeitsantrag zurückgewiesen. Der Antragstellerin wurden die Kosten des Verfahrens auferlegt und der Gegenstandswert auf 50.000 € festgesetzt.

Zur Begründung ist ausgeführt, der zulässige Nichtigkeitsantrag sei unbegründet. Das angegriffene Design habe zum Zeitpunkt seiner Anmeldung über die erforderliche Eigenart im Sinne von § 33 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 2 Abs. 3 DesignG verfügt. Es weise folgende Merkmale auf:

„M1: symmetrische windmühlenartige Anordnung von neun leicht nach außen laufenden geschwungenen schmalen Speichen, die von einem in der Mitte der Radkappe befindlichen Ring gleicher Stärke ausgehen und in einen äußeren Ring gleicher Stärke einmünden

M2: Fortsetzung der leicht nach außen geschwungenen Form im Inneren der Radkappe und in den Aussparungen

M3: schwarze Farbgebung der inneren Ausformung der Radkappe

M4: leuchtend pinke Farbgebung der Oberfläche der Radkappe, nämlich des inneren Ringes, der neun leicht nach außen laufenden geschwungenen Speichen und des rahmenden äußeren Ringes.“

Die entgegengehaltene schwarz/pinke Radkappe (Entgegenhaltung 1) könne die Neuheit und Eigenart des angegriffenen Designs nicht in Frage stellen. Denn die vorgelegten Nachweise in ihrer Gesamtheit ließen nicht darauf schließen, dass das angegriffene Design bereits vor dem Anmeldetag identisch offenbart worden sei. Dabei obliege es zunächst der Antragstellerin, die Offenbarung vor dem Anmeldetag im Sinne von § 5 Satz 1 DesignG nachzuweisen.

Die von der Antragstellerin vorgelegten Internetfundstellen (Ergebnisse einer Google-Bildersuche und Ausdrücke von Amazon-Angeboten, Anlagen AS 2-5 sowie Anlage AS 2 im parallelen Nichtigkeitsverfahren N 25/17) seien im Wege der freien Beweiswürdigung zu bewerten. Ob die Ausdrücke von Amazon-Angeboten mit Radkappen nach dem angegriffenen Design und der Angabe „Im Angebot von Amazon.de seit: 26. September 2012“ für sich genommen als Nachweis für die Offenbarung genügen könnten oder ob ein Nachweis nur in Zusammenschau mit weiteren ergänzenden Unterlagen angenommen werden könne, wie beispielsweise Rechnungen, E-Mail-Verkehr etc. (unter Hinweis auf EuG, Urteil v. 27.02.2018 – T-166/15), müsse vorliegend nicht entschieden werden. Denn der Antragsgegner habe die Offenbarung des angegriffenen Designs vor dem Anmeldetag, nämlich am 26. September 2012, nicht lediglich mit einem allgemeinen Hinweis auf die Unzuverlässigkeit und die nachträgliche Veränderbarkeit von Inhalten im Internet bestritten. Vielmehr habe er eine schriftliche Bestätigung des in allen drei Amazon-Angeboten angegebenen einzigen Verkäufers des Produkts vorgelegt. Hierin habe der Verkäufer erklärt, die nach dem angegriffenen Design produzierten Radkappen „Quad rot, pink, blau, grün usw.“ erst im Jahr 2014 bei Amazon angeboten zu haben, weil ihm diese auch erst im Jahr 2014 angeboten worden seien. Die schriftliche Bestätigung sei von dem Inhaber der Firma C... unterschrieben. Eine amtsseitige Recherche habe ergeben, dass das Verkäuferprofil der Firma C... mit übereinstimmenden Angaben bei amazon.de hinterlegt sei. Zweifel an der Echtheit der Bestätigung oder an ihrer Glaubhaftigkeit bestünden daher nicht.

Die Bestätigung der Firma C... sei daher geeignet, den Beweiswert der Internetausdrucke AS2 – AS5 in Frage zu stellen. Denn die Fähigkeiten von Archivierungsdiensten seien hinsichtlich der Speicherung von Bildern und des Inhalts dynamischer Seiten begrenzt (unter Hinweis auf Alicante News Juni 2017). Dies gelte ebenso für Indexierungsdaten von Google-Cache (unter Hinweis auf „<https://support.google.com/webmasters/answer/70897?hl=de>“). Ob die Abbildung einer pink/schwarzen Radkappe bereits in dem Amazon-Angebot, das am 26.09.2012 eingestellt wurde, enthalten gewesen sei, sei damit in der Zusammenschau der Unterlagen nicht gesichert. Sonstige Anhaltspunkte, wie beispielsweise Kundenrezensionen, die vor dem Anmeldetag erstellt worden seien und die auf schwarz/pinke Radkappen Bezug nähmen, fänden sich in den Unterlagen ebenfalls nicht. Da die Antragstellerin keine weiteren Unterlagen vorgelegt habe, die den Umstand der Veröffentlichung der pink/schwarzen Radkappe vor dem Anmeldetag stützen könnten, könne nicht davon ausgegangen werden, dass diese vor dem Anmeldetag im Sinne von § 5 Satz 1 DesignG offenbart worden sei.

Die entgegengehaltene schwarz/silberne Radkappe (Entgegenhaltung 2) sei zwar bereits im Jahr 2012 hergestellt und auch auf dem deutschen und europäischen Markt auf den Verkaufsplattformen Amazon und Ebay angeboten und vertrieben worden. Sie sei damit unstrittig vorbekannt im Sinne von § 5 DesignG. Jedoch sei diese Entgegenhaltung nicht geeignet, die Eigenart des angegriffenen Designs in Frage zu stellen. Zwar seien die Merkmale M1 bis M3 des angegriffenen Designs identisch vorweggenommen. Das angegriffene Design unterscheide sich jedoch in der – seinen Gesamteindruck maßgeblich prägenden – Farbgebung der Oberfläche der windmühlenartig angeordneten neun Speichen und des inneren und äußeren Ringes, die nicht von silberner Farbe sei, sondern sich durch ein leuchtendes Pink auszeichne (M4).

Radkappen stellten zwar Teile eines Kraftfahrzeuges dar, verfügten aber über eine eigenständige und unabhängige Stilfunktion, die vom Design des Kraftfahrzeuges

unbeeinträchtigt bleibe. Neben der Formgebung komme damit insbesondere auch der farblichen Gestaltung einer Radkappe eine maßgebliche Bedeutung zu, da diese bei der Benutzung besondere Beachtung finde, wenn die Radkappe passend im Stil zum Kraftfahrzeug ausgewählt werde und nach der Anbringung auf das Rad bzw. die Felge auch noch aus gewisser Entfernung vom stehenden Kraftfahrzeug deutlich erkennbar sei. Der informierte Benutzer werde daher der pinken Farbgebung der Oberfläche der Speichen und des inneren und äußeren Ringes der Radkappe (M4) kein geringeres Gewicht für den Gesamteindruck des angegriffenen Designs beimessen als der (vorbekannt)en Form- bzw. Farbgebung, die in den Merkmalen M1 bis M3 zum Ausdruck komme.

Anhaltspunkte dafür, dass der informierte Benutzer die pinke Farbgebung (M4) im Vergleich mit der vorbekannten schwarz/silbernen Radkappe lediglich als bloße Farbvariation wahrnehme, bestünden nicht. Denn üblicherweise seien Radkappen im Anmeldezeitpunkt in Schwarz und/oder metallisch wirkenden Farben (Aluminium, Stahl) bzw. Silber gehalten gewesen. Die Antragstellerin habe keine anderweitigen Nachweise vorgelegt. Auch eine amtsseitig durchgeführte Recherche habe keinen Hinweis auf bunte Farbvarianten von Radkappenmodellen vor dem Anmeldetag ergeben. Zudem hebe sich die leuchtende Farbgebung in besonderem Maße von den vorbekannten Radkappenmodellen in Schwarz und/oder metallisch wirkenden Farben (Aluminium, Stahl) bzw. Silber ab, was gegen ihre Einordnung als bloße Farbvariante spreche. Die pinke Farbgebung (M4) erscheine damit als ungewöhnliches Merkmal und charakteristische Besonderheit gegenüber der schwarz/silbernen Farbgebung der Entgegnung, die der informierte Benutzer besonders stark beachten werde und die daher geeignet sei, den Gesamteindruck maßgeblich zu prägen.

Der Grad der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers im einschlägigen Produktbereich sei bezogen auf den Anmeldezeitpunkt insgesamt als hoch zu bewerten, wofür zahlreiche unterschiedlich gestaltete Radkappenmodelle im Sinne einer hohen Designvielfalt sprechen würden. Der Antragsgegner habe nicht zur Musterdichte in

diesem Bereich und zu einer Einengung der Gestaltungsfreiheit vorgetragen. Aber selbst wenn ein großer Gestaltungsspielraum zugrunde gelegt werde, komme vorliegend der besonderen charakteristischen Farbgebung des angegriffenen Designs (Merkmal M4) aus Sicht des informierten Benutzers entscheidendes Gewicht zu. Auch unter Berücksichtigung der identischen Formgebung und der Übernahme der schwarzen Grundfarbe weise das angegriffene Design daher Eigenart im Vergleich mit der vorbekannten schwarz/silbernen Radkappe gem. § 2 Abs. 3 DesignG auf.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin.

Sie macht geltend, die Designabteilung habe die erste – identische – Entgegenhaltung (schwarz/pinke Radkappe) zu Unrecht als nicht vor dem Anmeldezeitpunkt offenbart angesehen. Die Speicherung des Amazon-Suchergebnisses im Google-Cache belege eindeutig, dass am 26.09.2012 bereits identische Radkappen in dem vom Antragsgegner beanspruchten Design vorbekannt gewesen seien. Die Tauglichkeit von Archivierungsdiensten zur Beweisführung sei in Rechtsprechung und Literatur anerkannt. Vorliegend habe der Google-Internetarchivdienst von der Sachlage zum 26.09.2012 einen „Stempelabdruck“ gefertigt. Aufgrund der gespeicherten Einträge bei Suchmaschinen und Archivdiensten würden die vorgelegten Internetausdrucke den tatsächlichen Zustand der Webseiten im Internet im Jahr 2012 wiedergeben.

Der Beweiswert dieser Internetfundstellen werde auch nicht durch die von der Gegenseite vorgelegte „Bestätigung“ der Firma C... erschüttert, deren Echtheit bestritten werde. Es handele sich lediglich um eine einfache Erklärung, die nicht einmal der Form der Glaubhaftmachung im Sinne von § 294 ZPO genüge. Darüber hinaus gehe aus der Erklärung nicht hervor, auf welche „Radkappen“ sich die Bestätigung eigentlich beziehe, insbesondere sei nicht ersichtlich, um welche konkreten Amazon-Angebote es sich handele. Die Antragstellerin habe ganz konkret und im Einzelnen bezeichnet, aus welchen Amazon-Angeboten sie den



vorbekanntem Formenschatz herleite. Demgegenüber könne sich das pauschal gehaltene Bestätigungsschreiben auf völlig andere, nicht verfahrensgegenständliche Radkappen beziehen. Im Übrigen sei auffällig, dass das Schreiben der Firma C... weder auf offiziellem Briefkopf geführt werde, noch ein Impressum i. S. v. § 37 a HGB bzw. § 2 DL-InfoV bereithalte.

Auch die zweite Entgegenhaltung (Radkappe in Schwarz/Silber), deren Vorveröffentlichung unstreitig sei, stehe der Eigenart des angegriffenen Designs entgegen.

Farben könnten zwar zu einem prägenden Gesamteindruck beitragen. Vorliegend lägen die prägenden Hauptmerkmale des Designs sowie der Entgegenhaltung in schwarz/silber jedoch in der besonderen aerodynamischen Ästhetik: Die Hauptmerkmale bestünden in einer windmühlenartigen, dreidimensionalen Ausformung der Radkappe, die durch eine symmetrische Anordnung von neun leicht nach außen laufenden, geschwungenen Speichen geprägt sei. Die äußere Form setze sich in leicht versetzter Form nach innen fort und sei hier kubistisch geformt. Hierdurch entstehe eine dreidimensionale Form der Radkappe, die fest, aber doch zugleich leicht wirke. Die neun Speichen wirkten wie kleine geschwungene „Luftschäufelchen“ und verliehen der Radkappe eine „windmühlenartige“ Gestalt. Die Speichen wirkten wie Fächer einer Windmühle und seien wie diese nach innen leicht schräg gestellt sowie in der Farbgebung jeweils schwarz. In der gesamt-ästhetischen Betrachtung erhalte die Radkappe so ein aerodynamisches Aussehen, das auch an die Innenanordnung von Luftschaufeln eines Turbinenantriebs erinnere.

Ausgehend hiervon reiche die bloße farbliche Änderung der Radkappe durch Aufbringung einer Farbe auf der Oberfläche, unter Beibehaltung der vorbekannten schwarzen Grundfarbe sowie sämtlicher Formmerkmale, nicht aus, um die erforderliche Eigenart des angegriffenen Designs zu begründen. Die prägende aerodynamische Ästhetik werde identisch übernommen. Im Übrigen sei selbst die

Idee einer zweifarbigen Gestaltung der Form in Gestalt der Grundfarbe schwarz und einer Frontfarbe vorbekannt und mit dem vorbekannten Formenschatz (in schwarz/silber und schwarz/pink, erste Entgegnung) offenbart worden. Dabei habe sich das angegriffene Design auch an den Grundfarbton schwarz gehalten; lediglich die „bicolore“ Frontfarbe der Radkappe sei verändert worden. Es habe also nicht einmal ein „Wechselspiel der Farbgebungen in der Dreidimensionalität“ stattgefunden. Die Frontfarbe selbst enthalte für sich gesehen keinen individuellen Charakterzug, so dass die schöpferische Gestaltung mit der Aufbringung eines Farbtons letztlich so gering bleibe, dass noch nicht von einer „Einzigartigkeit“ im Rechtssinne gesprochen werden können.

Die Antragstellerin beantragt sinngemäß,

1. den Beschluss der Designabteilung 3.5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 29. Mai 2018 aufzuheben und die Nichtigkeit des eingetragenen Designs 40 2013 001 363-0014 festzustellen;
2. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er trägt vor, das angegriffene Design (mit einer sog. „bicolaren“ Einfärbung von Felgen) sei von ihm entwickelt worden. Hersteller der Radkappen sei die Firma N... in Polen. Das Radkappenmodell, welches von der Firma N... mit dieser Form ausschließlich hergestellt werde, existiere seit 2011, jedoch nur in einfarbiger Variante. Das entsprechende Geschmacksmuster sei zu Gunsten der Fa. R... geschützt, deren Lizenznehmerin die Firma N... sei. Im Auftrag des Antragsgegners sei im Jahr 2012 erstmalig eine zweifarbige Radkappe im Design

Schwarz/Silber erstellt worden. Der Antragsgegner habe hierzu die Radkappen bei der Fa. N... nach seinen Vorgaben beschichten lassen.

Das verfahrensgegenständliche zweifarbige Radkappenmodell in Schwarz/Pink sei von der polnischen Firma N... erstmalig Mitte 2014 hergestellt worden. Es könne daher nicht sein, dass das von der Antragstellerin vorgelegte Amazon-Angebot vom 26.09.2012 das angegriffene Design aufweise, da dieses erst seit Mitte 2014 produziert worden sei. Das Datum „26.09.2012“ lasse sich dadurch erklären, dass nach der erstmaligen Einstellung eines Angebots auf Amazon automatisch ein Angebotsdatum erscheine, das erhalten bleibe, selbst wenn der Angebotsgegenstand ausgetauscht werde (es sei denn, der Anbieter tausche auch das Datum ausdrücklich aus). Das Datum müsse sich daher auf die Account-Eröffnung der Firma C... bei Amazon beziehen. Dem Angebotsausdruck komme daher kein Beweiswert für eine Offenbarung vor dem Anmeldezeitpunkt zu. Überdies habe die Firma C... mit Schreiben vom 11.05.2017 bestätigt, dass das Angebot einer schwarz/pinken Radkappe tatsächlich nicht vom 26.09.2012 stamme. Das Datum betreffe daher irgendein anderes Angebot der Amazon-Händlerin C....

Mit Schreiben vom 21. Dezember 2020 hat der Senat den Beteiligten Hinweise zur Sach- und Rechtslage erteilt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Denn der auf die absoluten Nichtigkeitsgründe der fehlenden Neuheit bzw. Eigenart (§ 33 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 2 Abs. 2, 3 DesignG) gestützte Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit des eingetragenen Designs ist zwar aus den von der Designabteilung genannten

Gründen zulässig, in der Sache jedoch unbegründet.

**A.** Auf den vorliegenden Rechtsstreit finden die Vorschriften des Designgesetzes (in der aktuell gültigen Fassung vom 24. Februar 2014) Anwendung. Das angegriffene Design ist am 19. März 2013 angemeldet und am 25. April 2013 eingetragen worden, somit jeweils nach dem 28. Oktober 2001 (als Stichtag gemäß § 72 Abs. 2 DesignG) und dem 1. Juni 2004 (als Datum des Inkrafttretens der Neufassung des GeschmMG 2004). Die Übergangsvorschriften des § 72 Abs. 1, 2 und 3 DesignG sind demnach nicht anwendbar. Für das weitere Verfahren findet daher das Designgesetz in der zum 1. Januar 2014 in Kraft getretenen Fassung (zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 26. November 2020, BGBl. I S. 2568) Anwendung, ergänzt durch die Bestimmungen der Verordnung zur Ausführung des Designgesetzes (Designverordnung – DesignV) vom 2. Januar 2014.

**B.** Über die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe der fehlenden Neuheit/Eigenart ist in der Sache zu befinden, nachdem die Antragsgegnerin dem zulässigen Nichtigkeitsantrag, welcher ihr gegenüber gemäß § 23 Abs. 3 Satz 3 DesignG i. V. m. § 127 Abs. 1 PatG i. V. m. § 4 Abs. 2 Satz 2 VwZG als am 7. Mai 2017 zugestellt galt, mit einem beim DPMA am 30. Mai 2017 und damit innerhalb der Monatsfrist des § 34a Abs. 2 DesignG eingegangenen Schriftsatz widersprochen hat.

**C.** Dem angegriffenen Design fehlte es zum Zeitpunkt der Anmeldung nicht an Neuheit i. S. von § 2 Abs. 2 DesignG. Danach gilt ein Design als neu, wenn vor dem Anmeldetag kein identisches Design offenbart worden ist. Designs gelten als identisch, wenn sich ihre Merkmale nur in unwesentlichen Einzelheiten unterscheiden.

Gemäß § 5 DesignG ist ein Design offenbart, wenn es bekannt gemacht, ausgestellt, im Verkehr verwendet oder auf sonstige Weise der Öffentlichkeit

zugänglich gemacht wurde, es sei denn, dass dies den in der Gemeinschaft tätigen Fachkreisen des betreffenden Sektors im normalen Geschäftsverlauf vor dem Anmeldetag des Designs nicht bekannt sein konnte.

In Anwendung der dargelegten Grundsätze hat die – insoweit darlegungs- und beweisbelastete – Antragstellerin die Voroffenbarung eines identischen Designs (hier: Entgegenhaltung 1, „Radkappen schwarz/pink“) nicht bewiesen, im Einzelnen:

1. Zwar hat die Antragstellerin Ausdrücke von Amazon-Angeboten eines Händlers vorgelegt, die mehrere zu dem angegriffenen Design in Form- und Farbgebung identische Radkappen „Quad Pink“ zeigen.

Die Anlage AS 2 stellt einen Ausdruck der Suchergebnisse einer Google-Bildersuche zu den Stichworten „radkappen 14 zoll schwarz“ dar, die unter der Angabe „Seiten mit übereinstimmenden Bildern“ ein Amazonangebot über „14 Zoll Radzierblenden / Radkappen Quad Pink“, die Darstellung dieser Radkappen sowie die Zeitangabe „26.09.2012“ enthält. Zwar wurde die Google-Suche gemäß Anlage AS2 auf den Zeitraum „Vor 2. Juli 2013“ (also nach dem Anmeldetag) eingegrenzt. Die Antragstellerin hat jedoch ergänzend auf das gleiche Suchergebnis im parallelen Nichtigkeitsverfahren 40 2013 001 363-0015 - N 25/17 (Az. des BPatG: 30 W (pat) 807/18) mit zeitlicher Eingrenzung vor dem Anmeldetag (Google-Bildersuche „VOR dem 2. Februar 2012“) Bezug genommen.

Die Anlage AS 3 ist ein Ausdruck dieses in der Google-Bildersuche aufgeführten Amazon-Angebots (Ausdruck der Internetseite „[www.amazon.de/Zoll.Radzierblenden-Radkappen-Quad-Pink/...](http://www.amazon.de/Zoll.Radzierblenden-Radkappen-Quad-Pink/...)“). Sie zeigt eine in Form und Farbgebung zum angegriffenen Design identische Radkappe „Quad Pink 14“, wobei unter „Produktinformation“ u. a. die Angebotsreferenznummer ASIN B00OOPA43K sowie die Angabe „Im Angebot von Amazon.de seit: 26. September 2012“ aufgeführt ist.

Die Anlagen AS 4 und AS 5 (ebenfalls Ausdrücke von Amazon-Angeboten) zeigen weitere, nach dem angegriffenen Design hergestellte Radkappen Quad Pink in (wohl) 15 Zoll bzw. 16 Zoll und weisen ebenfalls die Angabe „Im Angebot von Amazon.de seit: 26. September 2012“ auf.

Alle drei Angebote (AS 3-5) führen als Verkäufer der Radkappen die Firma „C...“ auf.

2. Vorliegend hat der Antragsgegner jedoch die Offenbarung der Vergleichsdesigns (Radkappen „Quad Pink“) auf der Internetseite „www.amazon.de“ schon vor dem Anmeldetag sowohl im Ausgangsverfahren als auch im Beschwerdeverfahren bestritten.

Zugunsten des Rechtsinhabers wird gemäß § 39 DesignG vermutet, dass die an die Rechtsgültigkeit eines eingetragenen Designs zu stellenden Anforderungen, also auch die Anforderung von Neuheit und Eigenart, erfüllt sind. Die Antragstellerin muss daher die fehlende Neuheit oder Eigenart darlegen und bei Bestreiten durch den Inhaber des Designs auch den Beweis für die Offenbarung der Entgegenhaltungen vor Anmeldung erbringen (vgl. Eichmann/Jestaedt/Fink/Meiser (im Folgenden zitiert als: EJFM), DesignG, 6. Aufl. 2019, § 5 Rn. 21).

Diesen ihr obliegenden Beweis hat die Antragstellerin durch Vorlage alleine der o. g. Internetfundstellen – und in Ermangelung weiterer Nachweise – nicht erbracht, im Einzelnen:

**a)** Zwar ist es in der Rechtsprechung anerkannt, dass Produkte bzw. Muster, die über eine *Internetseite* dem allgemeinen Publikum zum Kauf angeboten werden, zum vorbekannten Formenschatz gehören (BGH GRUR 2018, 832, Rn. 27 – Ballerina Schuh). Bei – wie hier – streitigem Sachverhalt unterliegt die Frage des Zeitrangs eines auf einer Website publizierten Musters aber grundsätzlich der freien Beweiswürdigung, wobei sich die Beweislage wegen der Manipulierbarkeit von

Internetinhalten anders darstellt als etwa bei einem gedruckten Katalog mit Angabe des Druckdatums (der u. U. im Wege des Freibeweises oder i. V. m. Zeugenaussagen als Beleg für den Zeitpunkt der Offenbarung dienen kann, BPatG BeckRS 2015, 10483; vgl. auch BPatGE 46, 76, 80 f.– Computernetzwerkinformation). Ob das Veröffentlichungsdatum im Internet z. B. durch mehrere Blog-Einträge mit Datumsangaben und ggf. die mehrfache Dokumentation des fraglichen Artikels im Internet-Archiv ([www.archive.org](http://www.archive.org)) belegt werden kann (so BPatG BeckRS 2010, 16272 – Netbook mit alphanumerischer Tastatur), ist eine nicht abschließend geklärte Rechtsfrage (vgl. BPatG BeckRS 2015, 10483 – VKH-Bewilligung).

**b)** Vorliegend hat der Antragsgegner die Offenbarung des angegriffenen Designs vor dem Anmeldetag (also vor dem 19. März 2013) nicht lediglich pauschal und unter Hinweis auf die Unzuverlässigkeit und Manipulierbarkeit von Internetinhalten bestritten. Vielmehr hat er konkret dazu vorgetragen, dass sich die Angabe „Im Angebot von Amazon.de seit: 26. September 2012“ nicht auf das angegriffene Design beziehen könne, da die Radkappen (das zweifarbige Modell in Schwarz/Pink) erst Mitte 2014 von der polnischen Firma N... hergestellt worden seien. Das Datum „26.09.2012“ auf dem Ausdruck der Amazon-Anzeigen lasse sich dadurch erklären, dass nach der erstmaligen Einstellung eines Angebots auf Amazon automatisch ein Angebotsdatum erscheine, das erhalten bleibe, selbst wenn der Angebotsgegenstand ausgetauscht werde.

Dieser letztgenannte Einwand ist der Sache nach geeignet, Zweifel an der Aussagekraft des Veröffentlichungsdatums „26.09.2012“ auf den Nachweisen der Antragstellerin (Anlagen AS 2-5), die im Übrigen erst im Februar/März 2017 aufgerufen und ausgedruckt wurden, zu begründen:

**aa)** Es ist zunächst generell zutreffend, dass die von Internetseiten (einschließlich Suchmaschinen und Website-Archivierungsdiensten) bereitgestellten Daten der Problematik einer potentiellen Austauschbarkeit unterliegen. So kann es

insbesondere sein, dass sich die Inhalte einer Website, die ein bestimmtes Produkt bzw. Design zeigen, möglicherweise nicht auf das gezeigte Datum, sondern auf die neueste Version dieser Website beziehen (vgl. so auch European Union Intellectual Property Network (EUIPN), Die Gemeinsame Praxis, Kriterien für die Bewertung der Offenbarung von Geschmacksmustern im Internet, April 2020, abrufbar unter „[https://www.dpma.de/docs/designs/gm\\_cp10\\_de.pdf](https://www.dpma.de/docs/designs/gm_cp10_de.pdf)“, S. 13, mit Praxisbeispielen).

**bb)** Dies gilt gerade auch für Ausdrücke und Screenshots von E-Commerce-Plattformen (EUIPN, a. a. O., S. 24, 25). Diese geben neben der spezifischen Produktreferenz häufig auch das Datum an, an dem das jeweilige Produkt zum ersten Mal zum Verkauf angeboten wurde. Zu beachten ist dabei aber, dass einige E-Commerce-Plattformen für neue Versionen eines Produkts, die möglicherweise ein anderes Geschmacksmuster bzw. Design enthalten, dasselbe „erhältlich seit“-Datum und sogar dieselbe Referenznummer anzeigen (vgl. so ausdrücklich EUIPO, a. a. O., Seite 25). Der Vortrag des Antragsgegners stimmt insoweit mit dem vom EUIPN zusammengefassten Kenntnisstand (EUIPN, a. a. O., S. 25) überein (vgl. ferner, zum mangelnden Beweiswert speziell der Amazon-ASIN sowie des Amazon-Produktveröffentlichungsdatums für das tatsächliche Vorveröffentlichungsdatum eines Geschmacksmusters jüngst EUIPO, Entscheidung der 3. Beschwerdekammer vom 19. November 2020, R 1213/2019-3, unter zusätzlichem Hinweis darauf, dass das Produktveröffentlichungsdatum „im Angebot von Amazon seit ...“ frei wählbar ist und jederzeit geändert, auch rückdatiert, werden kann).

**cc)** Dazu, dass dies speziell für die vorgelegten Ausdrücke der Website von „amazon.de“ (Anlagen AS 3-5) anders sein sollte, hat die Antragstellerin nichts Konkretes dargelegt. Sie hat auch auf die Hinweise des Senats vom 21. Dezember 2020 keine weiteren Tatsachen vorgetragen, die die tatsächliche Veröffentlichung des angegriffenen Designs auf „www.amazon.de“ vor dem Anmeldezeitpunkt stützen könnten.



Ohne hinreichenden Beweiswert sind insoweit, auch in der Gesamtschau mit allen weiteren Unterlagen, die vorgelegten Suchergebnisse von jeweils am 2. März 2017 durchgeführten Google-Bildersuchen (Anlage AS2 sowie Anlage AS2 im parallelen Nichtigkeitsverfahren 40 2013 001 363-0015 – N 25/17, Az. des BPatG: 30 W (pat) 807/18). Zwar zeigen die Google-Bildersuchen unter „Seiten mit übereinstimmenden Bildern“ bzw. „optisch ähnlichen Bildern“ jeweils das Amazonangebot wie in Anlage AS 3 über „14 Zoll Radzierblenden / Radkappen Quad Pink 14“ mit der Darstellung dieser Radkappen und der Zeitangabe „26.09.2012“. Jedoch sind die Datumsangaben von Suchmaschinen – wie hier Google – im Rahmen einer zeitlich eingegrenzten Suche unter zwei Gesichtspunkten „mit Vorsicht zu betrachten“ (so ausdrücklich EUIPN, a. a. O., S. 13): Erstens kann es sein, dass der bei der Suche innerhalb eines bestimmten Zeitrahmens erhaltene Zeitpunkt nicht unbedingt derjenige Zeitpunkt ist, an dem der entsprechende Inhalt veröffentlicht wurde, sondern vielmehr der Zeitpunkt, an dem das Tool die jeweilige Website im Cache gespeichert hat; zweitens beziehen sich die Inhalte einer Website, die ein Geschmacksmuster oder Design zeigen, möglicherweise nicht auf das von der Suchmaschine gezeigte Datum, sondern auf die neueste Version dieser Website (so ausdrücklich EUIPN, a. a. O., S. 13 mit einem Praxisbeispiel). Das EUIPN empfiehlt daher ausdrücklich, zum Nachweis der Voroffenbarung von Geschmacksmustern Website-Archivierungsdienste (wie z. B. die „WayBack Machine“, „www.archive.org“) anstelle von Suchmaschinendiensten (wie hier: Google-Bildersuche) zu verwenden (EUIPN, a. a. O., S. 16). Der einfachen Datumsangabe „26.09.2012“ im Rahmen von zeitlich eingegrenzten Google-Bildersuchen (Anlagen AS2 im hiesigen und im parallelen Nichtigkeitsverfahren) kann daher vorliegend, auch in der Gesamtschau mit allen Unterlagen, kein maßgeblicher Beweiswert zugemessen werden.

In diesem Zusammenhang geht schließlich auch der Hinweis der Antragstellerin, der Google-Internetarchivdienst habe in den Anlagen AS 2 „von der Sachlage zum 26.09.2012“ einen „Stempelabdruck“ gefertigt, offensichtlich fehl. Die einfache Zeitangabe „26.09.2012“ in Bezug auf ein Suchergebnis, das im Rahmen einer

zeitlich eingegrenzten Google-Bildersuche ermittelt wurde, stellt keinen elektronischen Zeitstempel dar und ist hiermit nicht zu verwechseln. Digitale Zertifikate im Sinne eines „qualifizierten elektronischen Zeitstempels“ weisen einer Datei, einem Bild usw. eine genaue Zeit (Datum und Uhrzeit) zu und ermöglichen damit die zuverlässige Feststellung, dass ein bestimmter Inhalt der Datei im Zeitpunkt der Anbringung des Zeitstempels vorhanden war (vgl. EUIPN, a. a. O., S. 16 f.; siehe auch Jansen, Der Internetbeweis – Grundlagen der Internetforensik, in CR 2018, 334, 342). Sie dürfen grundsätzlich nur von einem „qualifizierten Zeitstempel-Anbieter“ ausgestellt werden (gemäß der von der EU-Kommission verfügbar gemachten vertrauenswürdigen Liste, „<https://webgate.ec.europa.eu/tl-browser/#>“; vgl. hierzu näher EUIPN, a. a. O., S. 16 f.). Wenn ein Zeitstempel für eine bestimmte Website angefordert wird, stellt dieser Dienst ein Zertifikat aus, das bestätigt, dass der zeitgestempelte Inhalt (wie die URL-Adresse und das Datum) zum Zeitpunkt des Zeitstempels mit dieser Website in Verbindung stand (vgl. EUIPN, a. a. O., S. 16 ff., 18 f. mit den Beispielen 5 und 6 für die Zeitstempelung einer statischen Website und einer Browsersitzung sowie der Abbildung eines entsprechenden Zertifikats). Vorliegend liegt, was der Senat vor dem dargelegten Hintergrund aus eigener Sachkunde beurteilen kann, ein derartiger „qualifizierter elektronischer Zeitstempel“ offensichtlich nicht vor, und in Ermangelung des Vorhandenseins eines entsprechenden Zertifikats kann der Beweis hierfür auch nicht durch Einholung eines Sachverständigengutachtens geführt werden, so dass diesem Beweisantrag (gemäß dem Schriftsatz vom 14. September 2017, AA) wegen offensichtlicher Ungeeignetheit (vgl. Zöller-Greger, ZPO, 33. Aufl. 2020, Vor 284 Rn. 10a) nicht weiter nachzugehen war.

**dd)** In der Gesamtschau ist es daher ohne weiteres möglich, dass die jeweils erst im Februar bzw. März 2017 von der Antragstellerin aufgerufenen Amazon-Seiten (Anlagen AS 3-5) sowie die Google-Bildersuche (Anlage AS 2) zwar identische Designs mit dem Vermerk „Im Angebot von Amazon.de seit: 26. September 2012“ bzw. dem entsprechenden Datum zeigen, die konkreten Designs („Radkappen Quad Pink“) jedoch tatsächlich erst zu einem wesentlich späteren Zeitpunkt auf

„amazon.de“ eingestellt worden sind; das Datum „26. September 2012“ kann sich denkbarerweise auch auf ein anderes (früheres) Produkt beziehen. Dafür spricht im Übrigen auch der große zeitliche Abstand zwischen dem angegebenen Veröffentlichungsdatum (September 2012) und dem Aufrufzeitpunkt (Februar/März 2017), wonach sich ein Zeitrahmen von knapp viereinhalb Jahren für eine mögliche Aktualisierung des Internetangebots eröffnet.

**c)** Die vorgelegten Amazon-Angebote (Anlagen AS 3-5) sowie die Google-Bildersuche (AS 2) unterliegen somit bereits von Haus aus (aus sich heraus) Bedenken im Hinblick auf ihren Beweiswert; ohne weitere stützende Belege sind sie für sich nicht geeignet, die Datierung des Verkaufsangebots der „Radkappen Quad Pink“ vor dem Anmeldezeitpunkt hinreichend sicher zu belegen.

Hinzu tritt, dass der Antragsgegner eine schriftliche Bestätigung (Faxschreiben) des in allen drei Amazon-Angeboten angegebenen einzigen Verkäufers des Produkts, des Inhabers der Fa. C..., Herr F..., vom 11. Mai 2017, vorgelegt hat, in der es heißt:

„Hiermit bestätigen wir, die Firma C..., dass wir die Radkappen Quad rot, pink, blau grün usw. erst im Jahr 2014 bei Amazon angeboten haben. Es ist falsch, dass bei Amazon das Datum 26. September 2012 steht. Zu diesem Zeitpunkt haben wir diese Radkappen nicht mal gekannt und daher auch nicht angeboten. Diese wurden uns erst im Jahr 2014 angeboten.“

Bei Amazon kann man das Datum der Verfügbarkeit selbst eintragen und dies wird dann übernommen. Es kann sein, dass wir einfach ein Datum eingegeben haben wie z. B. 26. September 2012“.

Entgegen den Einwendungen der Antragstellerin ist diese Erklärung inhaltlich hinreichend bestimmt. Es geht eindeutig hervor, dass der Verkäufer die

Datumsangabe „26. September 2012“ in Bezug auf das Verkaufsangebot der verfahrensgegenständlichen „Radkappen Quad pink“ (die genauso auch in den vorgelegten Amazon-Angeboten bezeichnet sind) für falsch erachtet; ferner bestätigt er, diese Radkappen erst 2014 – und damit deutlich nach dem Anmeldezeitpunkt – angeboten zu haben. Dies bestätigt den Vortrag des Antragsgegners. Anhaltspunkte für eine Fälschung des Faxschreibens oder für eine mangelnde Glaubhaftigkeit dieser Angaben bestehen, wie auch die Designabteilung zutreffend ausgeführt hat, nicht.

**d)** Die weiteren Einwendungen der Antragstellerin dazu, dass das Faxschreiben der Firma C... vom 11. Mai 2017 „nicht den Anforderungen an eine Glaubhaftmachung im Sinne von § 294 ZPO“ genüge, verkennen die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast. Wie dargelegt, obliegt es nicht vorrangig dem Antragsgegner, Beweise für die (Nicht-)Vorveröffentlichung des Designs vorzulegen. Vielmehr trifft zunächst die Antragstellerin die (primäre) Darlegungs- und Beweislast für die Offenbarung der Entgegenhaltungen vor Anmeldung (EJFM, a. a. O., § 5 Rn. 36).

Da aber die vorgelegten Amazon-Angebote sowie die zugehörige Google-Bildersuche (Anlagen AS 2-5) bereits von Haus aus den dargelegten Bedenken unterliegen bzw. für sich genommen nicht ausreichen, um die Datierung des Verkaufsangebots der „Radkappen Quad pink“ vor dem Anmeldezeitpunkt hinreichend sicher zu belegen, obliegt es der Antragstellerin, weiteren Beweis für die Datumsangabe „26. September 2012“ bzw. für die Offenbarung des Designs vor dem Anmeldezeitpunkt zu erbringen. Hierzu bestünden vielfältige Möglichkeiten (so z. B. die Vorlage von vor dem Anmeldezeitpunkt datierenden Forenbeiträgen, Kundenrezensionen „bzgl. der Radkappen Quad Pink“, vgl. so auch ausdrücklich EUIPN, a. a. O., Seite 25; Vorlage von vor dem Anmeldezeitpunkt datierenden Verkaufsrechnungen für die Radkappen „Quad Pink“, vgl. hierzu etwa EuG, Urt. vom 27.02.2018, T-166/15; Benennung von Zeugen, hier insbesondere des Inhabers der Fa. C..., Herr F..., als Verkäufer). Die

Antragstellerin hat jedoch keine derartigen Unterlagen vorgelegt oder taugliche Beweismittel benannt, die den Umstand der Vorveröffentlichung der schwarz/pinken Radkappe vor dem Anmeldetag stützen könnten.

**e)** Nach alledem hat die Antragstellerin den ihr obliegenden Beweis für die Offenbarung der potentiell neuheitsschädlichen Entgegenhaltungen („Radkappen Quad Pink“, Anlagen AS 2-5) vor Anmeldung nicht erbracht.

Die weiteren Anlagen AS 6 ff. beziehen sich schon nicht auf identische Radkappen in Schwarz/Pink.

Daher kann nicht festgestellt werden, dass es dem angegriffenen Design zum Zeitpunkt der Anmeldung an Neuheit i. S. von § 2 Abs. 2 DesignG fehlte.

**D.** Das angegriffene Design wies ferner im Anmeldezeitpunkt einen die Eigenart i. S. von § 2 Abs. 3 DesignG begründenden hinreichenden Abstand zum vorbekannten Formenschatz (in Gestalt der entgegengehaltenen schwarz/silbernen Radkappe, Entgegenhaltung 2) auf.

**1.** Gemäß § 2 Abs. 3 DesignG hat ein Design Eigenart, wenn sich der Gesamteindruck, den es beim informierten Benutzer hervorruft, von dem Gesamteindruck unterscheidet, den ein anderes Design bei diesem Benutzer hervorruft, das vor dem Anmeldetag offenbart worden ist. Bei der Beurteilung der Eigenart wird der Grad der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei der Entwicklung des Designs berücksichtigt.

Maßgeblich für die Beurteilung der Eigenart sind die Vorstellungen des informierten Benutzers. Als „informiert“ wird ein Benutzer bezeichnet, der verschiedene Designs kennt, die es in dem betreffenden Wirtschaftsbereich gibt, gewisse Kenntnisse über die Elemente besitzt, die die Geschmacksmuster bzw. Designs regelmäßig

aufweisen, und die Produkte aufgrund seines Interesses an ihnen mit vergleichsweise großer Aufmerksamkeit verwendet. Seine Kenntnisse und der Grad der Aufmerksamkeit sind zwischen denen eines durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen Verbrauchers und denen eines Fachmanns anzusiedeln (zum Gemeinschaftsgeschmacksmuster vgl. EuGH GRUR 2012, 506 Rn. 53 und 59 – PepsiCo/Grupo Promer; EuG GRUR-RR 2010, 425 Rn. 47 – Shenzhen Taiden und Bosch Security Systems; BGH GRUR 2013, 285 Rn. 55 – Kinderwagen II). Ausgehend davon ist informierter Benutzer vorliegend eine Person, die mit Radkappen für Kraftfahrzeuge vertraut ist und der bekannt ist, dass Radkappen unterschiedlichster Formen und Gestaltungen auf dem Markt sind.

2. Wie dargelegt wird die gesetzliche Definition der Eigenart nach § 2 Abs. 3 Satz 2 DesignG durch die Anweisung ergänzt, dass bei der Beurteilung der Eigenart der Grad der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei der Entwicklung des Designs berücksichtigt werden muss. Insoweit besteht eine Wechselwirkung zwischen Gestaltungsspielraum und Gesamteindruck. Der Gestaltungsspielraum eines Designers kann vor allem durch technische oder funktionale Zwänge und dadurch bedingte Gestaltungsnotwendigkeiten (vgl. EuG GRUR-RR 2010, 189 Nr. 67, 72 – Grupo Promer; Eichmann/Kur, a. a. O. Rdnr. 135) oder durch einen größeren vorbekannten Formenschatz eingeschränkt werden (vgl. Günther/Beyerlein, Designgesetz, § 2 Rdnr. 26), durch letzteren jedoch nur, wenn er nicht lediglich Ausdruck des Vorhandenseins von Gestaltungsalternativen i. S. einer „quantitativen“ Designvielfalt ist, sondern zu einer die Gestaltungsmöglichkeiten eines Entwerfers einschränkenden „qualitativen“ Designdichte, bei der die vorbekannten Designs untereinander nur noch einen geringen Abstand einhalten, geführt hat. Ein sich daraus ergebender enger Gestaltungsspielraum des Entwerfers hat zur Folge, dass bereits geringe Gestaltungsunterschiede beim informierten Benutzer einen anderen Gesamteindruck hervorrufen können; ein größerer Gestaltungsspielraum kann hingegen dazu führen, dass selbst größere Gestaltungsunterschiede beim informierten Benutzer keinen anderen Gesamteindruck erwecken (vgl. BGH GRUR 2011, 1112 Nr. 32 – Schreibgeräte).

3. Vorliegend ist der Grad der Gestaltungsfreiheit im Anschluss an die von den Beteiligten nicht angegriffenen Feststellungen der Designabteilung als eher groß anzusehen. Zutreffend ist die Designabteilung davon ausgegangen, dass bei Radkappen hinsichtlich der Ausgestaltung im Einzelnen eine überaus große Vielfalt an Varianten zu beobachten ist. Für eine die Gestaltungsmöglichkeiten eines Entwerfers einschränkende „qualitative“ Designdichte, bei der die vorbekannten Designs untereinander nur noch einen geringen Abstand einhalten (= viele ähnliche bzw. „dicht beieinander stehende“ Muster), so dass aufgrund des sich daraus ergebenden engen Gestaltungsspielraums des Entwerfers bereits geringe Gestaltungsunterschiede beim informierten Benutzer einen anderen Gesamteindruck hervorrufen können, hat der Antragsgegner nichts vorgetragen, und hierfür ist auch sonst nichts ersichtlich.

Allerdings ist zu beachten, dass die Gestaltung von Kraftfahrzeugen im Allgemeinen besonderes Interesse insbesondere auch beim breiten Publikum erfährt, was einen erhöhten Aufmerksamkeitsgrad des informierten Benutzers nach sich zieht. Der informierte Betrachter beachtet daher Radkappen, die auch der Zierde bzw. Verschönerung der Räder dienen, ebenso wie andere Bauteile eines Kraftfahrzeugs, bei denen gestalterische Aspekte eine besondere Bedeutung haben bzw. von besonderem Interesse sind, generell mit besonderer Aufmerksamkeit. Dies hat zur Folge, dass vergleichbar dem Fall einer hohen Musterdichte (im Sinne des Vorhandenseins vieler „dicht beieinander stehender“ Designs) der informierte Benutzer auch in Bezug auf solche Fahrzeugteile stärker für die Unterschiede der vorhandenen Muster „sensibilisiert“ ist, was den Aufmerksamkeitsgrad dementsprechend erhöht (vgl. m. w. N. BPatG, Beschluss vom 11. Juli 2019, 30 W (pat) 812/16 – Kühlergrill für Fahrzeuge, abrufbar unter juris).

4. Maßgebliches Kriterium im Rahmen der Bestimmung der Eigenart ist die Unterschiedlichkeit des jeweiligen Gesamteindrucks (BGH GRUR 2010, 718, Nr. 32 – Verlängerte Limousinen).

Ob sich der Gesamteindruck des eingetragenen Designs von dem durch ein vorbekanntes Design erzeugten Gesamteindruck unterscheidet, ist im Wege eines Einzelvergleichs zu ermitteln, wobei die Designs sowohl hinsichtlich ihrer Merkmale im Einzelnen als auch nach der Bedeutung der Merkmale für den Gesamteindruck zu vergleichen sind (vgl. EJFM, aaO, § 2 Rdnr. 20). Wenn sich der Gegenstand eines eingetragenen Designs danach auch nur einigermaßen von jedem einzelnen vorbekannten Design unterscheidet, kann ihm die Eigenart nicht abgesprochen werden (vgl. Eichmann/Kur, Designrecht, Rdnr. 68). Für die Feststellung der Unterschiedlichkeit reicht es dabei aus, wenn der Gesamteindruck des eingetragenen Designs mit dem Gesamteindruck desjenigen vorbekannten Designs verglichen wird, welches dem eingetragenen Design am nächsten kommt. Weiter entfernte Designs finden aber Eingang in die Prüfung, wie es sich mit dem Grad der Gestaltungsfreiheit i. S. von § 2 Abs. 3 Satz 2 DesignG verhält.

Ausgehend davon hat der Entwerfer des angegriffenen Designs eine Radkappe geschaffen, welche einen hinreichenden Abstand zum vorbekannten Formenschatz einhält, um die Eigenart zu begründen.

**a.** Um festzustellen, ob sich der Gesamteindruck des eingetragenen Designs von dem durch ein vorbekanntes Design erzeugten Gesamteindruck (hier: Entgegenhaltung 2, schwarz/silberne Radkappe) unterscheidet, bedarf es zunächst der Ermittlung der den Gesamteindruck des angegriffenen Designs bestimmenden Gestaltungsmerkmale.

Hinsichtlich der Merkmale des angegriffenen Designs gemäß der Darstellung





kann dabei auf die von der Designabteilung zugrunde gelegte Merkmalsanalyse zurückgegriffen werden. Somit verfügt das angegriffene Design über folgende Merkmale:

M1: symmetrische windmühlenartige Anordnung von neun leicht nach außen laufenden geschwungenen schmalen Speichen, die von einem in der Mitte der Radkappe befindlichen Ring gleicher Stärke ausgehen und in einen äußeren Ring gleicher Stärke einmünden

M2: Fortsetzung der leicht nach außen geschwungenen Form im Inneren der Radkappe und in den Aussparungen

M3: schwarze Farbgebung der inneren Ausformung der Radkappe

M4: leuchtend pinke Farbgebung der Oberfläche der Radkappe, nämlich des inneren Ringes, der neun leicht nach außen laufenden geschwungenen Speichen und des rahmenden äußeren Ringes.

**b.** Zur Ermittlung des Gesamteindrucks ist über die Beschreibung der Merkmale hinaus erforderlich, diese in Bezug auf ihre Maßgeblichkeit für den Gesamteindruck zu bewerten und zu gewichten (vgl. BGH GRUR 2001, 503, 504 – Sitz-Liegemöbel; GRUR 2000, 1023 – 3-Speichen-Felgenrad mwN).

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin führt diese Gewichtung vorliegend nicht dazu, dass ausschließlich die Formmerkmale M1-M3 mit einem „aerodynamischen“ Gesamteindruck für die Beurteilung der Eigenart maßgeblich sind. Das Merkmal M 4 (leuchtend pinke Farbgebung) kann vorliegend weder völlig ausgeblendet noch untergewichtet werden, sondern ist vielmehr geeignet, den Gesamteindruck (auch erheblich) mitzuprägen.

Die Farbe eines Erzeugnisses ist ein Erscheinungsmerkmal unter mehreren (vgl. Art. 3 Buchst. a GGV; § 1 Nr. 1 DesignG); sie ist also nicht etwa von vornherein zu ignorieren oder gegenüber der Formgestaltung grundsätzlich geringer zu gewichten (vgl. EJFM, a. a. O., § 2 Rn. 75 m. w. N.; Ruhl/Tolkmitt, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, 3. Aufl., Art. 6 Rn. 136 m. w. N.). Vielmehr kommt es auf den Einzelfall an. Ob sich aus einer (abweichenden) Farbgebung ein unterschiedlicher Gesamteindruck ergibt, hängt davon ab, ob die Farbigkeit den Gesamteindruck prägt oder nicht (EJFM, a. a. O., § 38 Rn. 52). Je mehr z. B. bei einem dreidimensionalen Erzeugnis die Formgebung die Aufmerksamkeit auf sich lenkt, desto mehr tritt die Farbe in den Hintergrund des Interesses (EJFM, a. a. O., § 38 Rn. 52, mit dem Beispiel eines Sportcabriolets). Dies rechtfertigt aber weder Abstrahierungen noch pauschale Beurteilungsgrundsätze dahingehend, dass Unterschiede in der Farbgebung tendenziell gering zu gewichten seien (EJFM, ebenda). Erforderlich ist vielmehr eine Gewichtung der Farbgebung, die der Individualität des jeweiligen eingetragenen Designs Rechnung trägt (vgl. EJFM, ebenda; Günther/Beyerlein, DesignG, 3. Aufl. 2015, § 38 Rn. 36). Dabei kann eine besondere Farbgestaltung je nach Fall allein schon genügen, um die Eigenart zu bejahen (Ruhl/Tolkmitt, a. a. O., Art. 6 Rn. 136 m. w. N; Günther/Beyerlein, ebenda; vgl. auch BGH GRUR 2011, 1112, 1116 – Schreibgeräte). Dafür kann beispielsweise sprechen, wenn die Farbgestaltung ungewöhnlich ist (Ruhl/Tolkmitt, ebenda).

So liegt der Fall, wie bereits die Designabteilung zutreffend festgestellt hat, hier. Denn der Entwerfer hat eine für Radkappen besonders ungewöhnliche und

auffällige Farbgestaltung in stark leuchtendem Pink



gewählt, die – auch unter Berücksichtigung und im Verhältnis zu den Formmerkmalen Merkmale M1–M 3 – die Aufmerksamkeit in besonderer Weise auf sich lenkt. Zudem macht eine derart auffällige Farbgebung nur abgestimmt auf die besonderen Erfordernisse des Benutzers (und sein konkretes Kraftfahrzeug) Sinn. Der informierte Benutzer wird der grell-leuchtenden Farbgebung der Oberfläche der Speichen und des inneren und äußeren Ringes der Radkappe (M4) daher keinesfalls ein geringeres Gewicht für den Gesamteindruck des angegriffenen Designs beimessen als der (vorbekannt) Form- bzw. Farbgebung (schwarz), die in den Merkmalen M1 bis M3 zum Ausdruck kommt. Vielmehr steht die stark leuchtende pinke Farbgebung sogar im Vordergrund, und sie bewirkt im Vergleich mit der – unstreitig vor dem Anmeldezeitpunkt offenbarten - „Entgegenhaltung 2“



einen stark abweichenden Gesamteindruck.

Anhaltspunkte dafür, dass der informierte Benutzer die Farbgebung in stark leuchtendem Pink (M4) im Vergleich mit der vorbekannten schwarz/silbernen Radkappe lediglich als bloße unbedeutende Farbvariante wahrnehmen würde, bestehen, wie schon die Designabteilung zutreffend festgestellt hat, nicht. Die Antragstellerin hat nichts dafür vorgetragen, dass es sich bei dem Merkmal M 4 um eine im Anmeldezeitpunkt im Bereich „Radkappen“ übliche Farbgebung gehandelt hätte, und auch der Senat hat hierfür keine Anhaltspunkte, zumal es nach den nicht angegriffenen Feststellungen der Designabteilung im Anmeldezeitpunkt schon keinen bunten Formenschatz – im Sinne bunter Farbvarianten von Radkappenmustern – gab.

**c.** Trotz der formal vorhandenen zahlreichen Übereinstimmungen (in den Merkmalen M 1-M 3) ruft das angegriffene Design daher in seiner Gesamtheit einen deutlich anderen Gesamteindruck hervor als die „Entgegenhaltung 2“ mit der Folge, dass dem angegriffenen Design die Eigenart nicht abgesprochen werden kann.

**d.** Weitere Entgegenhaltungen sind von der insoweit nach § 34a Abs. 1 Satz 2 DesignG i. V. m. § 21 Abs. 2 Nr. 4 DesignV darlegungspflichtigen Antragstellerin nicht in das Verfahren eingeführt worden und dem Senat auch nicht bekannt.

E. Die Beschwerde war daher zurückzuweisen.

F. Die Kostenentscheidung folgt aus § 23 Abs. 4 Satz 5 DesignG i. V. m. § 84 Abs. 2 Satz 2 PatG, § 97 Abs. 1 ZPO.

### III.

#### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Beschluss steht der Antragstellerin das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe, durch

einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich einzulegen.

Hacker

Merzbach

Meiser

Fi