

BUNDESPATENTGERICHT

10 W (pat) 714/01

(Aktenzeichen)

Verkündet am
16. Januar 2003

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Geschmacksmusteranmeldung 401 05 254.0

hat der 10. Senat (Juristischer Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. Januar 2003 durch den Vorsitzenden Richter Schülke sowie die Richterinnen Püschel und Schuster

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird der Beschluss des Musterregisters des Deutschen Patent- und Markenamts vom 26. September 2001 aufgehoben.
2. Kosten werden nicht auferlegt.
3. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe

I

Am 13. Juni 2001 beantragte die Anmelderin die Eintragung einer zwei Muster umfassenden Sammelanmeldung mit der Bezeichnung "Vibratoren". Die Muster sind gemäß der am 29. Juni 2001 nachgereichten Darstellungen wie folgt dargestellt:

Muster 1:



Muster 2:



Durch Beschluss vom 26. September 2001 hat das Musterregister des Deutschen Patent- und Markenamts - nach vorheriger Beanstandung - festgestellt, dass Musterrecht nicht erlangt worden sei und die Eintragung versagt. Zur Begründung ist ausgeführt, dass die Veröffentlichung und Verbreitung der Muster gemäß § 7 Abs 2 GeschmMG gegen die guten Sitten verstoße. Nach der Entscheidung "Penistrillerpfeife" des Bundespatentgerichts (GRUR 2000, 1026) umfasse die Öffentlichkeit einen beachtlichen Personenkreis, der die Sexualität in all ihren Erscheinungsformen nicht als Selbstzweck zur Erzielung rein körperlichen Lustgewinns, sondern als wesentlichen Teil von Herzen kommender Liebe begreife. Für diesen Personenkreis stelle diese Art der Liebe ein einzigartiges Gut dar, das seinen Wert gerade auch dadurch gewinne, dass die Sexualität in die Privatsphäre eingebettet und somit als unantastbar vor der Wahrnehmung Dritter gehütet werde. Dieses Sittlichkeitsgefühl werde durch die Muster verletzt, denn die gewerbsmäßig zu vertreibenden Vibratoren seien offensichtlich zur kommerziellen Ausnutzung des Geschlechtstriebes bestimmt. Das besondere Design der Stimulationsvibratoren solle zielgerichtet eine erhöhte Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit hervorrufen. Der Geschlechtstrieb werde dabei allein auf den Zweck körperlichen Lustgewinns durch Selbstbefriedigung reduziert. Auch wenn Teile des Verkehrs der Selbstbefriedigung dienende Stimulationsvibratoren unbefangen oder als bloße Geschmacklosigkeit betrachten würden, folge daraus gerade nicht, dass sich kein beachtlicher Teil des Verkehrs in seinem Anstandsgefühl verletzt fühle. Denn es könne keine Rede davon sein, dass Vibratoren zur sexuellen Selbstbefriedigung gemeinhin als gewöhnlicher Bedarfsgegenstand angesehen würden, so werde beispielsweise in den Katalogen großer Versandhäuser derartiges gerade nicht präsentiert. Sowohl die Veröffentlichung der Muster als auch deren Verbreitung würde in beachtlichem Umfang Anstoß erregen.

Hiergegen wendet sich die Anmelderin mit der Beschwerde. Sie trägt insbesondere vor, dass es sich hier um einen anderen Sachverhalt handle als in der Entscheidung "Penistrillerpfeife". Die bloße Ansicht der Muster lasse schon ihren Verwendungszweck nicht erkennen. Die ästhetisch und künstlerisch hochwertige Gestal-

tung bewirke vielmehr eine "Entsexualisierung" der Muster, so dass gerade nicht die Vorstellung vermittelt werde, das männliche Sexualorgan werde auf den Zweck körperlichen Lustgewinns reduziert. Die Muster in Form einer lächelnden Schlange und eines lächelnden Wurms wichen stark von üblichen und branchentypischen Vibrator-Gestaltungen ab, die sich in der Regel auf die Reproduktion eines erigierten männlichen Gliedes beschränkten. Selbst wenn der Verwendungszweck erkannt werde, könne aber nicht angenommen werden, dass alles, was einen sexuellen Bezug habe, als anstößig anzusehen sei, wobei auch der Wertewandel, der insbesondere in den letzten zehn Jahren stattgefunden habe, zu berücksichtigen sei. Dass die Sexualität nicht mehr etwas sei, was lediglich zum Kernbereich der Intimsphäre gehöre, zeigten zB das Prostitutionsgesetz oder die Kampagnen zur Bekämpfung von Aids mit ihrer öffentlichen Darstellung von Kondomen aller Art. Vibratoren seien mittlerweile normaler Bedarfsgegenstand und hätten den "Schmuddel-Ruch" verloren, denn jährlich würden ca 1,5 Mio Stück verkauft und sie würden von namhaften Versandhäusern (Quelle, Neckermann usw) angeboten. Eine Vielzahl von Vibratoren habe im Patent- und Markenbereich Schutz erhalten; auch die vorliegenden Musterformen seien bereits als Marken eingetragen worden (unter der Nummer 301 36 467 und 301 37 387). Mit Vibratoren sei auch keine bestimmte Sexualpraxis verbunden, wobei auch zu berücksichtigen sei, dass diese geeignet sein könnten, Menschen mit physischen oder psychischen Störungen, insbesondere auch Behinderten, zu einer erfüllten Sexualität zu verhelfen.

Die Anmelderin beantragt,

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts vom 26. September 2001 aufzuheben und festzustellen, dass § 7 Abs 2 GeschmMG dem Antrag auf Eintragung der Muster nicht entgegensteht,
sowie dem Deutschen Patent- und Markenamt die Verfahrenskosten aufzuerlegen.

Der Präsident des Deutschen Patent- und Markenamts, der dem Verfahren beigetreten ist, beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er ist der Ansicht, dass das Musterregister zu Recht einen Sittenverstoß angenommen habe. Denn die Ausgestaltung der angemeldeten Stimulationsvibratoren weise auf sexuelle Selbstbefriedigung als ausschließlichen Verwendungszweck hin, während medizinische Zwecke für den unbefangenen Betrachter in Anbetracht der Ausgestaltung eher fernliegend sein dürften. Die Schlangen nachempfundenen Gestaltungen, die beim Muster Nummer 1 durch eine aus dem Mund herauszüngelnde Zunge ergänzt würden, riefen eine allein auf den Geschlechtstrieb abzielende Gestaltungswirkung hervor, da die Schlange mythologisch von Alters her als ein Symbol der Verführung gelte. Dass das Deutsche Patentamt in der Vergangenheit bereits Patente und Gebrauchsmuster auf Vibratoren erteilt habe, stehe zu der Annahme eines Sittenverstoßes im vorliegenden Fall nicht in Widerspruch. Denn im Gegensatz zu den technischen Schutzrechten, bei denen in erster Linie auf technische Komponenten abzustellen sei, gehe es beim Geschmacksmusterschutz allein um die Wirkung der Formgestaltung eines Gegenstandes. Diese Wirkung sei hier aber anstößig.

II

Die Beschwerde der Anmelderin ist zulässig und begründet. Das Musterregister hat die Eintragung der Muster zu Unrecht gemäß § 10 Absatz 2 Satz 3 GeschmMG versagt; § 7 Abs 2 GeschmMG steht dem Schutz der angemeldeten Muster nicht entgegen.

1. Gemäß § 7 Abs 2 GeschmMG wird durch die Anmeldung eines Geschmacksmusters Schutz gegen die Nachbildung nicht erlangt, wenn die Veröffentlichung des Musters oder die Verbreitung einer Nachbildung gegen die öffentliche Ordnung oder gegen die guten Sitten verstößt. Diese materiellrechtliche Prüfung stellt eine - dem urheberrechtlich geprägten Geschmacksmusterschutz an sich fremde - Ausnahme von dem Grundsatz dar, dass der Musterschutz mit der Anmeldung entsteht (§ 7 Abs 1 GeschmMG). Sie soll - vor dem Hintergrund der damals gleichzeitig eingeführten Bildbekanntmachung und der damit verbundenen größeren Publizität - Muster anderen Gesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes entsprechend vom Geschmacksmusterschutz ausschließen, wenn sie gesetz- oder sitten-widrig sind (vgl Begründung zu Art 1 Nr 2 des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Geschmacksmustergesetzes BIPMZ 1987, 55). Denn dem Patentamt soll nicht zugemutet werden, im Zuge seines Verfahrens Anstößiges publizieren und dadurch mit dem Anschein amtlicher Billigung ausstatten zu müssen (vgl v. Gamm, GeschmMG, 2. Aufl, § 7 vor Rdnr 14, S 169; zur Parallelbestimmung im Patentrecht § 2 Nr 1 PatG Bernhardt/Kraßer, Lehrbuch des Patentrechts, 4. Aufl, S 136).

Ein Verstoß gegen die guten Sitten ist, wie auch in den Parallelbestimmungen der anderen gewerblichen Schutzrechte und im sonstigen Recht, anzunehmen, wenn das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verletzt ist. Dabei ist auf die jeweils geltenden durchschnittlichen sittlichen Anschauungen der in Betracht kommenden beteiligten Kreise abzustellen, die sich mit der Zeit auch wandeln können; eine übertrieben laxen oder besonders feinfühlig bzw strenge Anschauung ist nicht zu berücksichtigen (vgl BGHZ 10, 228, 232; BGH GRUR 2002, 360 - H.I.V. POSITIVE II; Eichmann/v. Falckenstein, GeschmMG, 2. Aufl, § 7 Rdnr 72; Nirk/Kurtze, GeschmMG, 2. Aufl, § 2 Rdnr 16; v. Gamm, aaO, § 7 Rdnr 16; Schulte, PatG, 6. Aufl, § 2 Rdnr 23; Benkard, PatG, 9. Aufl, § 2 Rdnr 6; Althammer/Ströbele, MarkenG, § 8 Rdnr 267). Für die Annahme eines Sittenverstoßes muss jedenfalls das sittliche Empfinden eines beachtlichen Teils des Verkehrs verletzt sein (vgl BGH aaO - H.I.V. POSITIVE II; Althammer/Ströbele, aaO).

Zudem ist aufgrund der fortschreitenden Liberalisierung der Anschauungen über Sitte und Moral, wenn es um Verstöße gegen das Schamgefühl bzw die Sexualmoral geht, von diesem Ausschlussstatbestand nur sehr zurückhaltend Gebrauch zu machen (vgl zum Markenrecht BPatG BIPMZ 1997, 224, 226 - COSA NOSTRA; Althammer/Ströbele, aaO, § 8 Rdnr 268; so auch zum EPÜ Moufang in Münchner Gemeinschaftskommentar zu Art 53 EPÜ, Rdnr 49).

2. Hiervon ausgehend stellt die Veröffentlichung und Verbreitung der vorliegenden Muster keinen Verstoß gegen die guten Sitten dar.

a. Die von der Anmelderin hierbei aufgeworfene Frage, ob die Muster, wenn man ihnen ohne Bezeichnung oder entsprechendem Zusammenhang begegnet, überhaupt als Vibratoren und damit in ihrem sexuellen Bezug erkannt werden, kann dahingestellt bleiben, denn jedenfalls ist entsprechend den heute herrschenden durchschnittlichen Anschauungen über Sitte und Moral davon auszugehen, dass allein ein sexueller Bezug eines Mustergegenstands nicht ausreicht, damit sich ein beachtlicher Teil des Verkehrs in seinem sittlichen Empfinden verletzt fühlt. Themen der Sexualität werden, wie gerichtsbekannt ist, in den Medien, seien es Printmedien oder Funk und Fernsehen, breit und detailliert erörtert und dargestellt und zwar auch in allgemeinen Zeitschriften sowie in Fernsehsendungen für das breite Publikum, die zur besten Sendezeit laufen, wie zB in (Gesundheits)Magazinen, Talkshows und Serien. Bei einem Mustergegenstand, der von seinem Aussehen bzw seiner Gestaltung und/oder seiner Bestimmung her einen sexuellen Bezug aufweist, worunter auch die üblicherweise in Sex-Shops erhältlichen pornographischen Artikel bzw Sexspielzeuge fallen, ist daher in jedem Einzelfall zu prüfen, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten anzunehmen ist. Bei dieser Prüfung ist auch zu berücksichtigen, dass die Veröffentlichung der Muster im Geschmacksmusterblatt in der Regel außerhalb der interessierten Fachwelt kaum zur Kenntnis genommen wird (vgl zur Veröffentlichung zum Patent angemeldeter Erfindungen Bernhardt/Kraßer, aaO, S 137 oben) und dass- im Hinblick auf die Verbreitung der Muster - solche Artikel mit sexuellem Bezug häufig einen speziellen Vertriebsweg

nehmen und sich an ein begrenztes Publikum wenden (vgl hierzu auch BGH GRUR 1995, 592, 594 re Sp - Busengrapscher). Die Grenze wird dabei dort zu ziehen sein, wo solche Mustergegenstände einen diskriminierenden, die Menschenwürde verletzenden Eindruck vermitteln, sei es in der Art ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung oder in der Art der Darstellung (zB, wenn sie Frauen als beliebig verfügbare Sexualobjekte darstellen, vgl BGH aaO - Busengrapscher) oder wenn ihre Gestaltung derart ist, dass Sexuelles in grob aufdringlicher, anreißerischer Weise in den Vordergrund gerückt ist oder überwiegend auf die Erregung sexueller Reize abgezielt wird (vgl zur Pornographie im Sinne von § 184 StGB zB BVerwG JZ 2002, 1057).

b. Zur Annahme eines Verstoßes gegen die guten Sitten reicht daher - entgegen der Auffassung des Musterregisters - nicht schon der bloße Umstand aus, dass es sich bei den Mustern um Vibratoren handelt, die ihrer Bestimmung nach bei der Ausübung der Sexualität verwendet werden. Es ist nicht erkennbar, dass sie mit einer entwürdigenden Form der Ausübung der Sexualität verbunden wären. Mit ihnen ist noch nicht einmal zwingend eine bestimmte Form der Sexualität wie die Selbstbefriedigung verbunden, da sie gleichermaßen auch von Paaren verwendet werden können. Im übrigen ist auch ihr therapeutischer und medizinischer Nutzen, nämlich Menschen mit physischen oder psychischen Störungen zu einer erfüllten Sexualität zu verhelfen, nicht von der Hand zu weisen, wie die Anmelderin zu Recht vorgetragen und belegt hat; auch der Senat hat im Internet Empfehlungen des Einsatzes von Vibratoren zB für Krebspatienten und Querschnittgelähmte finden können. Hinzu kommt, dass Vibratoren nicht nur in Sex-Shops oder von entsprechenden Spezialanbietern via Katalog oder Internet angeboten werden, sondern auch in den großen für das allgemeine Publikum bestimmten Katalogen wie Quelle oder Neckermann, mögen auch dort einzelne Teile der in den Katalogen abgebildeten Vibratoren abgedeckt sein. Im Hinblick darauf, dass der Ausschlussbestand des Sittenverstoßes in § 7 Abs 2 GeschmMG, wie oben ausgeführt, entsprechend den anderen Gesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes auszulegen ist, kann in diesem Zusammenhang auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass

Vibratoren bei den anderen gewerblichen Schutzrechten für schutzrechtswürdig befunden werden. Eine im Juli 2002 im DEPATISnet des Deutschen Patent- und Markenamts durchgeführte Recherche nach deutschen Patentdokumenten in der IPC-Klasse A 61 H 19/00 (Massage der Geschlechtsteile) hat 132 Treffer ergeben, darunter etliche Gebrauchsmuster sowie auch erteilte Patente für Vibratoren, wobei die entsprechenden Druckschriften zum Teil zeichnerische Darstellungen von Vibratoren enthalten. Dagegen kann nicht angeführt werden, dass es bei den technischen Schutzrechten nicht um die ästhetische, sondern um die technische Wirkung gehe, denn der Schutzzweck des Ausschusstatbestands, dass dem Patentamt nicht zugemutet werden soll, etwas Anstößiges publizieren zu müssen (vgl. Bernhardt/Kraßer, aaO, S 136) ist bei allen Schutzrechten derselbe. Überdies ist der Anmelderin, wie sie belegt hat, für die vorliegenden Muster auch der Markenschutz als dreidimensionale Marke nicht versagt worden, obwohl auch das Markenrecht ein Eintragungsverbot für sittenwidrige Marken vorsieht, § 8 Abs 2 Nr 5 MarkenG.

c. Ebenso wenig ist die konkrete Ausgestaltung der Muster in Form von Vibratoren derart, dass sie die Annahme eines Verstoßes gegen die guten Sitten rechtfertigt. Die Ausgestaltung weicht, wie der Anmelderin zuzugeben ist, deutlich von üblichen Vibrator-Gestaltungen ab, die in der Regel das männliche Glied mehr oder weniger naturalistisch abbilden. Vielmehr ist eine wenig naturalistische, relativ neutrale Stabform gewählt, die - in den beiden Mustern unterschiedlich - Querrillen bzw Querringe enthält und die an ihrem oberen Ende jeweils einen Kopf nach Art einer Schlange (Muster 1) bzw eines Wurms (Muster 2) enthält, wobei beim Muster 1 auch eine Zunge zu erkennen ist. Diese Ausgestaltung lässt in erster Linie an originelle, comicitige Figuren denken und ist (anders als zB das Muster "Penistritlerpfeife", GRUR 2000, 1026) jedenfalls keine solche, bei der in grob pornographischer Weise das männliche Glied naturalistisch dargestellt ist und die allein auf die Erzielung eines sexuellen Reizes abstellt. Weitergehende Überlegungen wie die, dass die Schlange als ein Symbol der Verführung gelte, erfordern eine gewissenmaßen analysierende Betrachtungsweise, die dem Betrachter von Mustern

ebenso wenig unterstellt kann wie dem Markenbetrachter (vgl zum Markenrecht Althammer/Ströbele, aaO, § 8 Rdnr 19 mwN). Im übrigen wirkt dieser Bezug, falls er überhaupt vom Verkehr wahrgenommen wird, auch mehr wie eine witzige Anspielung. Insgesamt kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass ein beachtlicher Teil des Verkehrs die vorliegenden Muster in Form von Vibratoren in der konkret angemeldeten Ausgestaltung nicht etwa nur als geschmacklos empfindet, sondern sich durch sie in seinem sittlichen Empfinden erheblich verletzt fühlt.

3. Bei der Eintragung wird im übrigen zu beachten sein, dass die Anmeldung nur mit einem verschobenen Anmeldetag eingetragen werden kann, da eine Musterdarstellung erst nach Beanstandung am 29. Juni 2001 eingereicht worden ist, vgl § 7 Abs 3 Nr 2 iVm § 10 Abs 3 GeschmMG. Hierüber wird das Musterregister zu gegebener Zeit noch eine Entscheidung treffen müssen.

III

Der von der Anmelderin gestellte Antrag, dem Präsidenten des Deutschen Patent- und Markenamts die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, ist unbegründet. Zwar können dem Präsidenten gemäß § 10a Abs 1 GeschmMG iVm § 80 Abs 2 PatG die Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt werden, wenn er nach seinem Beitritt Anträge gestellt hat, was hier vorliegt, doch insoweit ist außerdem erforderlich, dass die Kostenauflegung auch der Billigkeit entspricht (vgl Schulte, aaO, § 80 Rdnr 23). Billigkeitsgründe, die ein Abweichen von dem Grundsatz der eigenen Kostentragung rechtfertigen würden, sind aber weder geltend gemacht noch ersichtlich, insbesondere ist in dem Verhalten des Präsidenten kein Verstoß gegen die allgemeine prozessuale Sorgfaltspflicht zu erkennen.

IV

Der Senat hat gemäß § 10a Abs 2 GeschmMG iVm § 100 Abs 2 Nr 1 PatG die Rechtsbeschwerde zugelassen, da die Frage, ob Muster mit sexuellem Bezug wie die vorliegenden Vibratoren gegen die guten Sitten verstoßen, von grundsätzlicher Bedeutung ist, zumal auch in Zukunft eine Vielzahl gleichgelagerter Fälle zu erwarten ist.

Schülke

Püschel

Schuster

Be