



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

I ZB 37/04

Verkündet am:  
24. Mai 2007  
Walz  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in der Rechtsbeschwerdesache

betreffend die Marke Nr. 301 14 507

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ : nein  
BGHR : ja

Fronthaube

MarkenG § 3 Abs. 2 Nr. 3

- a) Unter dem durch die Form vermittelten Wert einer Ware i.S. von § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG ist der ästhetische Wert zu verstehen, den die Form der Ware verleiht.
- b) Der Ausschlussgrund des § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG steht dem Schutz eines Zeichens, das aus der Form der Ware besteht, als Marke nur dann entgegen, wenn der Verkehr allein in dem ästhetischen Gehalt der Form den wesentlichen Wert der Ware sieht und es deshalb von vornherein als ausgeschlossen angesehen werden kann, dass der Form neben ihrer ästhetischen Wirkung zumindest auch die Funktion eines Herkunftshinweises zukommen kann.

BGH, Beschl. v. 24. Mai 2007 - I ZB 37/04 - Bundespatentgericht

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Mai 2007 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert und Dr. Bergmann

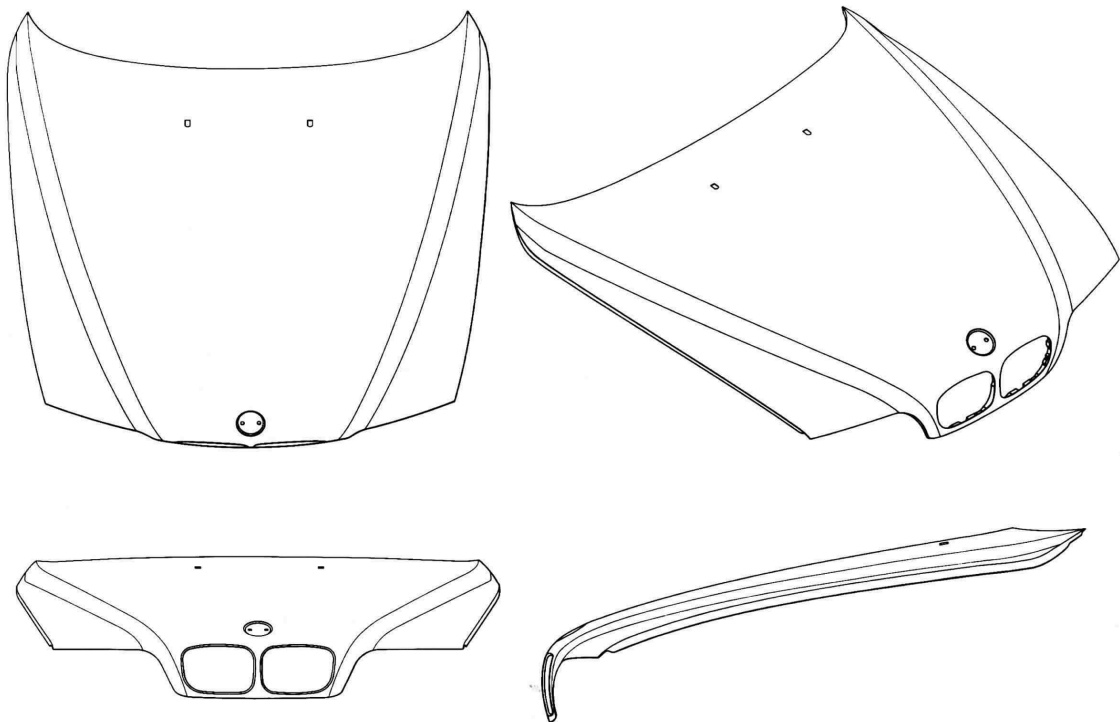
beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den an Verkündungs Statt am 30. November 2004 zugestellten Beschluss des 28. Senats (Marken-Beschwerdesenats) des Bundespatentgerichts wird auf Kosten der Markeninhaberin zurückgewiesen.

Der Gegenstandswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 50.000 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Für die Markeninhaberin ist seit dem 20. Juni 2001 die nachfolgend zeichnerisch dargestellte dreidimensionale Marke



für die Ware "Kraftfahrzeugteile" eingetragen.

- 2 Die Antragstellerin hat die Löschung der eingetragenen Marke beantragt. Mit Beschluss vom 15. Januar 2003 hat die Markenabteilung des Deutschen Patent- und Markenamts die Löschung der Marke angeordnet.
- 3 Die Beschwerde der Markeninhaberin ist ohne Erfolg geblieben (BPatG MarkenR 2005, 56).

4           Hiergegen richtet sich die vom Bundespatentgericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Markeninhaberin, mit der sie ihren Antrag auf Abweisung des Löschantrags weiterverfolgt. Die Antragstellerin beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

5           II. Das Bundespatentgericht hat angenommen, die Eintragung der Marke sei nach § 50 Abs. 1 und 2 MarkenG zu löschen, weil ihr der Ausschlussgrund des § 3 Abs. 2 MarkenG sowie die Schutzhindernisse der fehlenden Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) und des Freihaltebedürfnisses (§ 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG) entgegenstünden. Zur Begründung hat es ausgeführt:

6           Die beanspruchte Darstellung sei schon aufgrund technisch bedingter Form nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG vom Markenschutz ausgeschlossen. Bei der Formgestaltung der sichtbaren Krafffahrzeugteile beständen zahlreiche technische Vorgaben für die Stabilität des Fahrzeugs in Aufbau und Materialauswahl, die Aerodynamik, die Funktionsfähigkeit der sichtbaren Teile, die Fertigungs- und Reparaturfreundlichkeit, die optischen Bedingungen und den Unfall- oder Aufprallschutz von fremden Verkehrsteilnehmern. Der Gestaltungsfreiheit eines Designers seien damit von vornherein Grenzen gesetzt. Bei einer Fronthaube müsse bereits angesichts der zwingenden Vorgaben im Hinblick auf Stabilität, Verformbarkeit, Aufprallschutz, Hitzebeständigkeit und Luftdurchlässigkeit von einer technischen Dominanz der Form ausgegangen werden. Außerdem sei zu beachten, dass bei einem Krafffahrzeugteil die technische Wirkung stets im Vordergrund stehe, da sein bestimmungsgemäßer Zweck der passgenaue Einbau in die Sachgesamtheit sei. Dazu gebe es keinerlei Formalalternativen, was insbesondere bei der Verwendung als Ersatzteil deutlich werde. Zur Erreichung eines technischen Effekts nicht erforderliche Elemente bei der

Detailgestaltung, wie etwa Aussparungen für den Kühlergrill, seien lediglich unwesentliches dekoratives Beiwerk.

7 Das als Marke beanspruchte Zeichen bestehe zudem ausschließlich aus einer Form, die der Ware i.S. des § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG ihren wesentlichen Wert verleihe. Die angegriffene Darstellung erschöpfe sich in der Verkörperung eines sichtbaren Teils eines Kraftfahrzeugs, das - vor allem als Ersatzteil - nur in dieser besonderen optischen Ausgestaltung und ästhetischen Wirkung markt- und verkehrsfähig sei. Bei einem Autoersatzteil in Form einer Fronthaube, die nur für ein ganz bestimmtes Fahrzeugmodell Verwendung finden könne und das äußere Erscheinungsbild eines Kraftfahrzeugs ganz entscheidend mitpräge, würden die betreffenden ästhetischen Elemente nicht mehr als eine bloße Zutat zur Ware angesehen, sondern machten vielmehr deren Wesen aus.

8 Das Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft sei gleichfalls gegeben. Einer dreidimensionalen Marke, die aus der Form der beanspruchten Waren bestehe, komme Unterscheidungskraft nur zu, wenn sie von der Norm oder Branchenüblichkeit erheblich abweiche und deshalb ihre wesentliche Herkunftsfunktion erfülle. Es müsse ferner berücksichtigt werden, ob und inwieweit sich der Verkehr bereits an die Herkunftskennzeichnung von Produktgestaltungen gewöhnt habe und die Form nicht nur einer konkreten Funktion der Ware oder ganz allgemein dem Bemühen zuschreibe, ein ästhetisch ansprechendes Produkt zu schaffen. Davon sei hier auszugehen, da für den Verkehr eventuelle Gestaltungsmerkmale der Ware als betriebskennzeichnende Hinweise keine Rolle spielten. Der Verkehr verstehe die angegriffene Marke lediglich als ein Karosserieteil, das zu einem bestimmten Kraftfahrzeugtyp passe, ohne etwa auf eine besondere Linienführung oder weitere Gestaltungsdetails zu achten. Falls dem Verkehr gestalterische Merkmale bei Kraftfahrzeugteilen der vorliegenden Art überhaupt auffielen, werde er diese eher als Teil der Ware betrachten.

9            Letztlich sei die vorliegende Warendarstellung vor dem Hintergrund des auf dem Warengbiet der Kraftfahrzeuge überragenden Interesses der Allgemeinheit an der Freihaltung der Formenvielfalt auch nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG Freihaltungsbedürftig. Die Möglichkeiten der Produktformen bei Kraftfahrzeugen und damit zwangsläufig der diese Produktform prägenden sichtbaren Teile, vor allem der Karosserie, seien durch technische Vorgaben relativ eingeschränkt. Andererseits spiele die Optik eines Fahrzeugs für große Teile des Verkehrs eine dominante Rolle; die Kaufentscheidung werde immer häufiger vom Design beeinflusst. Daher komme der Erhaltung der Formenvielfalt ein besonderer Stellenwert zu. Seien aber die Möglichkeiten beschränkt, die Produktgestaltung im Interesse einer Individualisierung zu variieren, müssten die Wettbewerber ungehindert von Markenrechten Dritter auf einen möglichst großen Formenschatz zurückgreifen können, um ein individuelles Produkt anbieten zu können. Das gelte zwangsläufig auch für die sichtbaren, das Äußere prägenden Teile eines Fahrzeugs, zumal wenn sie sich - wie im Streitfall - in einer geläufigen Abwandlung bereits bekannter Prototypen erschöpfen.

10            III. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Die Beurteilung des Bundespatentgerichts, dass der Marke jedenfalls die Eintragungshindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG entgegenstehen, hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde im Ergebnis stand.

11            1. Das Bundespatentgericht hat mit Recht angenommen, dass der angegriffenen Marke, die aus der Form der Ware besteht, nicht die Markenfähigkeit i.S. von § 3 Abs. 1 MarkenG abgesprochen werden kann. Nach § 3 Abs. 1 MarkenG können Marken alle Zeichen sein, die geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Dazu gehört auch die Form einer Ware. Die Markenfähigkeit eines

Zeichens ist nach § 3 Abs. 1 MarkenG abstrakt, das heißt ohne Bezug zu den angemeldeten Waren oder Dienstleistungen, allein danach zu prüfen, ob das Zeichen als solches geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen eines anderen Unternehmens zu unterscheiden (vgl. EuGH, Urt. v. 18.6.2002 - C-299/99, Slg. 2002, I-5475 = GRUR 2002, 804 Tz. 37 - Philips/Remington; BGH, Beschl. v. 20.11.2003 - I ZB 15/98, GRUR 2004, 502, 503 = WRP 2004, 752 - Gabelstapler II, m.w.N.). Bei der als Marke beanspruchten Form handelt es sich nicht um den Prototypen einer Fronthaube (Motorhaube) eines Kraftfahrzeugs schlechthin, bei dem bereits die abstrakte Markenfähigkeit zu verneinen wäre (vgl. hierzu BGH GRUR 2004, 502, 503 - Gabelstapler II, m.w.N.), sondern um eine Formgebung mit besonderen Gestaltungselementen, die deren abstrakte Markenfähigkeit begründen.

12            2. Das Bundespatentgericht hat die Versagung des Schutzes vorrangig auf § 3 Abs. 2 MarkenG gestützt. Die Voraussetzungen der in dieser Vorschrift geregelten Ausschlussstatbestände hat es jedoch, wie die Rechtsbeschwerde zu Recht beanstandet, nicht rechtsfehlerfrei festgestellt.

13            a) Unter das Schutzhindernis des § 3 Abs. 2 MarkenG fallen Zeichen, die ausschließlich aus einer Form bestehen, die durch die Art der Ware selbst bedingt ist, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist oder die der Ware einen wesentlichen Wert verleiht. Damit schließt es das Gesetz im öffentlichen Interesse aus, dass der Inhaber der Marke aufgrund seiner Markeneintragung technische Lösungen oder Eigenschaften einer Ware für sich monopolisieren und dadurch Mitbewerber daran hindern kann, bei der Gestaltung ihrer Produkte eine bekannte technische Lösung einzusetzen oder ihren Produkten bestimmte vorteilhafte Eigenschaften zu verleihen.

14           b) Den Feststellungen des Bundespatentgerichts kann nicht entnommen werden, dass von dem angegriffenen Zeichen eine solche blockierende Wirkung ausgeht.

15           aa) Das Bundespatentgericht stellt hinsichtlich des Ausschlussgrundes nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zwar einerseits fest, bei einer Fronthaube müsse angesichts der zwingenden Vorgaben im Hinblick auf Stabilität, Verformbarkeit, Aufprallschutz und Aerodynamik allgemein von einer technischen Dominanz der Form ausgegangen werden. Die technische Wirkung stehe auch deshalb im Vordergrund, weil bei einem Kraftfahrzeugteil der bestimmungsgemäße Zweck der passgenaue Einbau in die Sachgesamtheit sei. Dazu gebe es keinerlei Formalalternativen, was insbesondere bei der Verwendung als Ersatzteil deutlich werde.

16           Das Bundespatentgericht führt andererseits aber auch aus, die Form einer Fronthaube sei nicht zwangsläufig durch die Art der Ware im Sinne einer gattungsspezifischen Formgebung vorgegeben. Denn bei einer Verwendung als Tuning- oder als Aerodynamikteil gebe es in der Detailgestaltung auch Abweichungen von der typgemäßen Grundform. Demnach bestehen auch nach den Feststellungen des Bundespatentgerichts trotz der technischen Vorgaben Gestaltungsmöglichkeiten, die es jedem Hersteller erlauben, Fronthauben für Kraftfahrzeuge zu entwickeln, die sich jeweils durch eine eigenständige individualisierende Formgebung auszeichnen. In einem solchen Fall ist der Ausschlussgrund des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG wegen technischer Bedingtheit der Form nicht gegeben (vgl. BGHZ 166, 65 Tz. 14 - Porsche Boxster). Der Umstand, dass die Marke für Teile von Kraftfahrzeugen und damit auch für entsprechende Ersatzteile verwendet werden soll, führt entgegen der Auffassung des Bundespatentgerichts zu keiner anderen Beurteilung. Denn auch bei der äußeren Form eines Kraftfahrzeugs in seiner Gesamtheit bestehen vielfältige



Gestaltungsmöglichkeiten (vgl. BGHZ 166, 65 Tz. 14 - Porsche Boxster). Ist aber bei der Sachgesamtheit (Kraftfahrzeug) von einer Vielfalt an Gestaltungsmöglichkeiten auszugehen, so führt der bestimmungsgemäße Zweck der als Marke beanspruchten Form, als Teil (hier: Front- oder Motorhaube) einer solchen Sachgesamtheit verwendet zu werden, nicht zu einer weiteren Beschränkung der Formgebung des Teils, die über die bereits angeführten technischen Vorgaben hinausginge.

17           bb) Entgegen der Auffassung des Bundespatentgerichts verleiht die hier beanspruchte Form der Ware auch nicht einen wesentlichen Wert i.S. von § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG.

18           (1) Unter dem durch die Form vermittelten Wert einer Ware i.S. von § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG ist der ästhetische Wert zu verstehen, den die Form der Ware verleiht (vgl. Fezer, Markengesetz, 3. Aufl., § 3 Rdn. 232; Hacker in Ströbele/Hacker, Markengesetz, 8. Aufl., § 3 Rdn. 100, m.w.N.). Nach § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG ist ein Zeichen dem Schutz als Marke jedoch nur dann nicht zugänglich, wenn es ausschließlich aus einer Form besteht, die der Ware einen wesentlichen Wert verleiht. Der Ausschlussgrund des § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG steht demnach dem Markenschutz einer ästhetisch wertvollen Formgebung nur dann entgegen, wenn der Verkehr allein in dem ästhetischen Gehalt der Form den wesentlichen Wert der Ware sieht und es deshalb von vornherein als ausgeschlossen angesehen werden kann, dass der Form neben ihrer ästhetischen Wirkung zumindest auch die Funktion eines Herkunftshinweises zukommen kann (vgl. BPatG MarkenR 2004, 153, 156 - Kelly-bag; Hacker in Ströbele/Hacker aaO § 3 Rdn. 102; Lange, Marken- und Kennzeichenrecht, Rdn. 275; Koschtial, GRUR Int. 2004, 106, 111 f.). Davon kann in der Regel nur ausgegangen werden, wenn der Verkehr in der ästhetischen Formgebung selbst die eigentliche handelbare Ware sieht. So ist beispielsweise bei Kunst-

werken, die der Verkehr ausschließlich nach ihrem ästhetischen und künstlerischen Gehalt wertet, die eigentümliche Formgebung dem Markenschutz nicht zugänglich, wenn nach der Verkehrsauffassung das Kunstwerk erst durch diese Formgebung entsteht und die handelbare Ware selbst darstellt (vgl. BGHZ 5, 1, 6 - Hummelfiguren; 29, 62, 64 - Rosenthal-Vase, jeweils zum Ausstattungsschutz nach § 25 WZG; vgl. ferner Hildebrandt, Marken und andere Kennzeichen, § 4 Rdn. 139). Stellt dagegen in den Augen des Verkehrs nicht allein die ästhetische Formgebung die eigentliche Ware dar, sondern erscheint sie nur als eine Zutat zu der Ware, deren Nutz- oder Verwendungszweck auf anderen Eigenschaften beruht, steht sie der Eintragung der Form als Marke auch dann nicht entgegen, wenn es sich um eine ästhetisch besonders gelungene Gestaltung handelt (vgl. Eisenführ in Eisenführ/Schennen, Gemeinschaftsmarkenverordnung, Art. 7 Rdn. 160). Bei der Gestaltung der Fronthaube eines Kraftfahrzeugs handelt es sich nicht um eine Formgebung, in der der Verkehr die eigentliche handelbare Ware sieht. Der Nutzwert der Fronthaube als technisch bedingtes Bauteil eines Kraftfahrzeugs tritt selbst dann, wenn die ästhetische Gestaltung im Einzelfall besonders gelungen sein sollte, nicht völlig hinter den ästhetischen Wert der Formgebung zurück.

19           (2) Das Bundespatentgericht hat den Ausschlussgrund des § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG dagegen deshalb als gegeben angesehen, weil sich die angegriffene Darstellung in der Verkörperung eines sichtbaren Teils eines Kraftfahrzeugs erschöpfe, die nur in dieser besonderen optischen Ausgestaltung und ästhetischen Wirkung markt- und verkehrsfähig sei. Dies werde vor allem deutlich, wenn man die Ware "Kraftfahrzeugteile" unter dem Blickwinkel ihrer Verwendung als Ersatzteil werte. Bei einem Autoersatzteil in Form einer Fronthaube, die nur für ein ganz bestimmtes Fahrzeugmodell Verwendung finden könne und das äußere Erscheinungsbild eines Kraftfahrzeugs ganz entscheidend mitprägen, mache die Form das Wesen der Ware aus. Denn der Verkehr akzeptiere

nur diese Lösung, das heißt die Wiederherstellung des Originalzustands, und begnüge sich nicht mit einer vielleicht billigeren, aber eben optisch nicht identischen Variante.

20 Für seine Auffassung hat das Bundespatentgericht maßgeblich den Zweck der Vorschrift des § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG angeführt, den es darin gesehen hat, dass die ästhetische Funktion von Waren grundsätzlich in Abgrenzung zum Urheber- und Geschmacksmusterrecht vom zeichenrechtlichen Schutz ausgenommen werden müsse (vgl. dazu Hacker in Ströbele/Hacker aaO § 3 Rdn. 100, m.w.N.). Auf die Abgrenzung des Markenschutzes für Warenformen von dem Schutz der ästhetischen Formgebung durch das Urheber- und Geschmacksmusterrecht lassen sich seine Erwägungen, mit denen es das Vorliegen des Ausschlussgrunds nach § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG begründet hat, jedoch nicht stützen. Denn bei der vom Bundespatentgericht angeführten Bedeutung der hier beanspruchten Ware "Kraftfahrzeugteile" für den Ersatzteilmarkt geht es nicht um den Schutz ihrer ästhetischen Formgebung. Die Erwartung des Verkehrs, dass das Ersatzteil eines Kraftfahrzeugteils dasselbe Erscheinungsbild aufweist wie das Originalteil, besteht unabhängig von der Formgebung im Einzelfall. Nicht die Form in ihrer ästhetischen Wirkung verleiht daher der hier in Rede stehenden Ware unter dem Gesichtspunkt des Ersatzteilgeschäfts einen wesentlichen Wert, sondern allein deren Eigenschaft als Teil eines Kraftfahrzeugs. Darin liegt aber allenfalls ein wirtschaftlicher Wert der Ware, nicht jedoch ein aus der (ästhetischen Wirkung der) Form folgender Wert i.S. von § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG. Der Gefahr einer Beschränkung oder Monopolisierung des Ersatzteilmarkts durch Markeneintragungen kann zudem hinreichend durch Anwendung des § 23 Nr. 3 MarkenG begegnet werden (vgl. dazu Hacker in Ströbele/Hacker aaO § 3 Rdn. 104).

21           3. Der Eintragung der Marke stehen jedoch - wie das Bundespatentgericht zu Recht in einer Hilfserwägung angenommen hat - die Eintragungshindernisse nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG entgegen.

22           a) Das Bundespatentgericht hat zum einen das Schutzhindernis des Fehlens jeglicher Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) bejaht. Dagegen ist aus Rechtsgründen nichts zu erinnern.

23           aa) Unterscheidungskraft i.S. des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ist die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfassten Produkte eines Unternehmens gegenüber den Produkten anderer Unternehmen aufgefasst zu werden. Denn Hauptfunktion der Marke ist es, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten. Bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft ist grundsätzlich von einem großzügigen Maßstab auszugehen, das heißt jede auch noch so geringe Unterscheidungskraft reicht aus, um das Schutzhindernis zu überwinden (vgl. BGHZ 167, 278 Tz. 18 - FUSSBALL WM 2006, m.w.N.). Diese Grundsätze finden auch bei der Beurteilung der Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken Anwendung, die aus der Form der Ware bestehen. Bei ihnen sind die Kriterien für die Unterscheidungskraft keine anderen als für die übrigen Markenkategorien (vgl. EuGH, Urt. v. 22.6.2006 - C-24/05 P, Slg. 2006, I-5677 = GRUR Int. 2006, 842 Tz. 24 - Storck/HABM, m.w.N.). Wie bei jeder anderen Markenform ist auch bei der dreidimensionalen, die Ware selbst darstellenden Markenform allein zu prüfen, ob der Verkehr in dem angemeldeten Zeichen für die in Rede stehenden Waren oder Dienstleistungen einen Herkunftshinweis sieht (vgl. EuGH, Urt. v. 8.4.2003 - C-53/01, C-54/01, C-55/01, Slg. 2003, I-3161 = GRUR 2003, 514 Tz. 41 f., 46 - Linde, Winward und Rado; BGH, Beschl. v. 23.11.2000 - I ZB 18/98, GRUR Int. 2001, 462, 463 f. = WRP 2001, 265 - Stabtaschenlampen I). Eine dreidimensionale

Marke, die allein aus der Form der Ware besteht, wird jedoch vom Verkehr nicht notwendig in gleicher Weise wahrgenommen wie eine herkömmliche Wort- und Bildmarke, die ein gesondertes Zeichen darstellt und vom Erscheinungsbild der gekennzeichneten Ware unabhängig ist. Gewöhnlich schließen Verbraucher daher aus der Form der Ware oder ihrer Verpackung nicht auf die betriebliche Herkunft (vgl. EuGH GRUR Int. 2006, 842 Tz. 25 - Storck/HABM, m.w.N.).

24           bb) Dementsprechend geht der Senat in seiner Rechtsprechung bei dreidimensionalen Marken, die die Form der Ware darstellen, trotz Anlegung des beschriebenen großzügigen Prüfungsmaßstabs davon aus, dass solchen Marken die erforderliche (konkrete) Unterscheidungskraft im Allgemeinen fehlt. Denn die dreidimensionale naturgetreue Wiedergabe eines der Gattung nach im Warenverzeichnis genannten Erzeugnisses ist häufig nicht geeignet, die Ware ihrer Herkunft nach zu individualisieren (vgl. BGHZ 166, 65 Tz. 17 - Porsche Boxster, m.w.N.). Bei dreidimensionalen Marken ist danach regelmäßig zu prüfen, ob die Form lediglich einen im Vordergrund stehenden beschreibenden Begriffsinhalt verkörpert (hier: Front- oder Motorhaube eines Kraftfahrzeugs). Geht die Form darüber hinaus, zeichnet sie sich insbesondere durch besondere Gestaltungsmerkmale aus, ist zu prüfen, ob der Verkehr in ihnen nur bloße Gestaltungsmerkmale sieht oder sie als Herkunftshinweis versteht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Verkehr in einer bestimmten Formgestaltung nur dann einen Herkunftshinweis sehen wird, wenn er diese Form nicht einer konkreten anderen Funktion der Ware oder ganz allgemein dem Bemühen zuschreibt, ein ästhetisch ansprechendes Produkt zu schaffen (BGHZ 166, 65 Tz. 17 - Porsche Boxster, m.w.N.).

25           cc) Das Bundespatentgericht hat ausgeführt, dass der Verkehr die angegriffene Marke, die aus der Form einer Motorhaube besteht, lediglich als Karosserieteil versteht. Falls ihm bei Kraftfahrzeugteilen der vorliegenden Art gestal-

terische Merkmale überhaupt auffielen, werde er diese eher als Teil der Ware betrachten. Vorliegend handele es sich um ein Karosserieteil, das zwar auch zur Aufnahme eines Kühlerelements dienen könne, sich als isolierte Einzelware in nicht eingebautem Zustand aber in keiner Weise vom bekannten Formenschatz abhebe. Insbesondere die Integrierung der Lufteinlassöffnung für den Kühler in die Fronthaube finde sich in vergleichbarer Weise auch bei anderen Herstellern.

26

dd) Diese Erwägungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Das Bundespatentgericht hat rechtsfehlerfrei darauf abgestellt, dass der Verkehr in der Gestaltung von Kraftfahrzeugteilen der vorliegenden Art weder im Allgemeinen noch im vorliegenden Fall aufgrund etwaiger besonderer Merkmale der Gestaltung der angegriffenen Marke einen Herkunftshinweis sieht. Es hat hinreichend dargetan, dass die Marke nicht erheblich von den üblichen Formgestaltungen auf diesem Gebiet abweicht, und hat daher ohne Rechtsfehler die Unterscheidungskraft der Marke verneint. Soweit die Rechtsbeschwerde geltend macht, die charakteristische Gestaltung des Kühlergrills bei Kraftfahrzeugen bestimmter Autohersteller belege das Gegenteil, und in diesem Zusammenhang auf die typische Form der "BMW-Niere" (vgl. BGH, Beschl. v. 20.9.1984 - I ZB 9/83, GRUR 1985, 383 - BMW-Niere) hinweist, lässt sie unberücksichtigt, dass im Streitfall, wie schon das Bundespatentgericht zu Recht ausgeführt hat, Schutz nicht für eine Kühlergestaltung entsprechend der "BMW-Niere" begehrt wird, sondern für die Gestaltung einer Front- oder Motorhaube. Die beanspruchte Gestaltung weist neben zwei nebeneinanderliegenden Öffnungen im vorderen Teil zum einen weitere Gestaltungselemente auf, die ihr die Form einer Front- oder Motorhaube geben. Zum anderen fehlt bei ihr das gitterförmige Emblem der "BMW-Niere", die Gegenstand der Senatsentscheidung vom 20. September 1984 war. Der Auffassung der Rechtsbeschwerde, die Gestaltung der angegriffenen Marke werde schon deshalb durch der "BMW-Niere" entsprechende cha-

rakteristische Elemente geprägt, weil sie gleichfalls nebeneinanderliegende Kühlergrillöffnungen aufweise, steht die Feststellung des Bundespatentgerichts entgegen, dass sich dieses Gestaltungselement in vergleichbarer Weise auch bei anderen Herstellern findet. Auf diesen Umstand hat bereits die Markenabteilung abgestellt. Da die Markeninhaberin mit ihrer Beschwerde insoweit keine Beanstandungen erhoben hat, durfte das Bundespatentgericht entgegen der von der Rechtsbeschwerde erhobenen Verfahrensrüge seine Entscheidung gleichfalls auf diese Erwägung stützen.

27                    b) Der Eintragung der angegriffenen Marke steht zum anderen - wie das Bundespatentgericht zu Recht angenommen hat - das Eintragungshindernis des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG entgegen.

28                    Da sich die angegriffene Marke darin erschöpft, die äußere Form der Ware - hier der Motorhaube eines Kraftfahrzeugs - wiederzugeben, handelt es sich um ein Zeichen, das Eigenschaften der beanspruchten Ware, nämlich die äußere Gestaltung, beschreibt. Daran, dass derartige Gestaltungen nicht einem Unternehmen vorbehalten bleiben, sondern frei verwendet werden können, besteht grundsätzlich ein besonderes Interesse der Allgemeinheit (vgl. EuGH GRUR 2003, 514 Tz. 73 - Linde, Winward und Rado), das ein Eintragungshindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG begründen kann. Denn die Freiheit der Gestaltung von Produkten darf nicht über Gebühr eingeschränkt werden. Nicht anders als bei der Gestaltung von Kraftfahrzeugen im Ganzen ist dabei zu berücksichtigen, dass dann, wenn Formgestaltungen wie die vorliegende ohne weiteres als Marke eingetragen würden, außer Automobilherstellern auch sonst jedermann mit verhältnismäßig geringem Aufwand eine Vielzahl ähnlicher Gestaltungen zum Gegenstand von Markenmeldungen machen könnte und diese Formgestaltungen damit zumindest innerhalb der Benutzungsschonfrist für die Wettbewerber verschlossen wären (BGHZ 166, 65 Tz. 21 - Porsche

Boxster). Dies würde zu einer erheblichen Einschränkung der Gestaltungsfreiheit führen, weil sich neue Gestaltungen nicht nur von den Produkten der Wettbewerber, sondern auch von - möglicherweise sehr zahlreichen - Formgebungen absetzen müssten, denen Markenschutz zugebilligt wäre.

29 IV. Die Rechtsbeschwerde ist danach auf Kosten der Markeninhaberin (§ 90 Abs. 2 Satz 1 MarkenG) zurückzuweisen.

Bornkamm

v. Ungern-Sternberg

Büscher

Schaffert

Bergmann

Vorinstanz:

Bundespatentgericht, Entscheidung vom 30.11.2004 - 28 W(pat) 174/03 -