
Das Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsmarke und Gemeinschaftsgeschmacksmuster

Steffen Schäffner*

Inhalt

A. Einleitung	515
I. Begriffsbestimmung und systematische Einordnung	516
II. Grundzüge der historischen Entwicklung	518
III. Rechtsgrundlagen und Zuständigkeiten	520
B. Das Verhältnis zwischen Gemeinschaftsmarke und Gemeinschaftsgeschmacksmuster	523
I. Gemeinsamkeiten	524
1. Abgrenzung von technischen Schutzrechten	524
2. Sperrwirkung	525
3. Vermutung der Rechtsgültigkeit	526
4. Schutzmumfang	526
II. Unterschiede	527
1. Allgemein	527
a) Schutzdauer	527
b) Gebühren	527
c) Neuheit	528
d) Prüfungsumfang	528
e) Benutzungzwang	529
2. Schutzwirkungen	530
a) Voraussetzungen des Verbietungsanspruchs	530
b) Einfluss von Benutzungshandlungen auf den Schutzmumfang	531
III. Spezialitäten	532
Heft 4 - 2005 - ZEuS	513

* Steffen Schäffner LL.M. ist Rechtsanwalt bei Wagner Rechtsanwälte, Saarlouis.

1.	Spezialitäten des Gemeinschaftsmarkenschutzes	532
2.	Spezialitäten des Gemeinschaftsgeschmacksmusterschutzes	533
IV.	Überschneidungen	533
1.	Schutzgegenstand / Begriffsbestimmungen	533
2.	Schutz eines Designs als Marke	534
a)	Problemstellung	534
b)	Schutzgründe	535
c)	Schutzausschlussgründe des Gemeinschaftsmarkenrechts	537
(1)	Formbezogene Schutzausschlussgründe	537
aa)	Art der Ware	537
bb)	Technische Wirkung	538
cc)	Wesentlicher Wert	539
dd)	Zusammenfassung	540
(2)	Sonstige Schutzausschlussgründe	541
aa)	Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft	542
bb)	Schutzhindernis der beschreibenden Angaben	543
d)	Ergebnis	543
3.	Musterschutz an Zeichen	544
a)	Problemstellung	544
b)	Musterfähigkeit	545
c)	Schutzworaussetzungen	546
d)	Marken gegen Muster	548
e)	Ergebnis	550
4.	Kollisionen zwischen Geschmacksmustern und Marken	550
a)	Geschmacksmusterverletzung durch Marken	551
(1)	Verletzung des Geschmacksmusters	551
(2)	Nichtigerklärung der Marke	551
b)	Markenverletzung durch Geschmacksmuster	552
(1)	Verletzung der Marke	552
(2)	Nichtigerklärung des Geschmacksmusters	552
C.	Fazit	553

A. Einleitung

„Die Abgrenzung des Geschmacksmusters einerseits von Marken andererseits ist im Ansatz einfach. Ersteres bezieht sich auf die ästhetische Leistung, letztere auf die Kennzeichnung.“¹

Auf den ersten Blick erscheint somit das Verhältnis zwischen Marken als Kennzeichnungsmittel für Waren und Dienstleistungen auf der einen und Geschmacksmustern als Erscheinungsformen eines Erzeugnisses auf der anderen Seite wenig problematisch. Vertritt man darüber hinaus die Ansicht, dass als Geschmacksmuster nicht geschützt werden kann, was dem Markenschutz zugänglich ist,² besteht mangels vorhandener Überschneidungsbereiche die Möglichkeit einer klaren Grenzziehung zwischen beiden Schutzrechten.

Marken und Muster zeichnen sich zwar durch erhebliche Unterschiede und Spezialitäten aus,³ in diesem Zusammenhang mag man noch von einer „im Ansatz“ wenig problematischen Abgrenzung zwischen beiden Schutzrechten sprechen können. Da sich geschmackliche Wirkung und Herkunftsfunktion jedoch nicht gegenseitig ausschließen,⁴ kann Marken- und Geschmacksmusterschutz sehr wohl auch kumulativ vorliegen.⁵

So sind einerseits – bei Vorliegen der jeweiligen Schutzworaussetzungen – alle Arten von zwei- oder dreidimensionalen, graphischen Gestaltungen sowohl dem Muster- als auch dem Markenschutz zugänglich,⁶ wobei besonders der Markenschutz für Produktgestaltungen von erheblicher praktischer und wirtschaftlicher Bedeutung ist.⁷ Durch die Möglichkeit der Eintragung von Warenformen als Marken steht

¹ Eisenmann, Grundriss Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 4. Aufl. 2001, Rdnr. 15.

² So für das deutsche Recht: von Gamm, Geschmacksmustergesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1989, § 1, Rdnr. 25; Furler, Geschmacksmustergesetz, Kommentar zum Gesetz vom 11.1.1876 betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen, neu bearbeitet von Bauer und Loschelder, 4. Aufl. 1985, S. 38.

³ Vgl. Eichmann, Gemeinschaftsgeschmacksmuster und Gemeinschaftsmarken: Eine Abgrenzung, MarkenR 2003, S. 10 ff. und unten B.II. und III.

⁴ Vgl. Eichmann, in: Fs. Nirk (1992), S. 165 (166 ff.).

⁵ Vgl. Stolz, Geschmacksmuster- und markenrechtlicher Designschutz, 2002, S. 56.

⁶ Lorenzen, Designschutz im europäischen und internationalen Recht: Zur Anwendung und Auslegung internationalen und europäischen Designschutzrechts, insbesondere der materiellen Geschmacksmustervorschriften der Richtlinie 98/71/EG und der Verordnung (EG) Nr. 6/2002 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, 2002, S. 36; Eichmann, (Fn. 3), S. 10.

⁷ Vgl. Würtenberger, Waren als Marken; Die Eintragungspraxis des DPMA und die Rechtsprechung des BPatG im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, GRUR 2003, S. 912.

Entwerfern neben dem Geschmacksmusterrecht als eigentliche Heimat des Designschutzes ein weiteres Registerrecht zur Verfügung.⁸

Andererseits können aufgrund der Musterfähigkeit von graphischen Symbolen alle Arten graphischer Gestaltungen, die als Bildmarken eintragbar sind, auch Gegenstand eines Geschmacksmusters sein.⁹ Da ein graphisches Symbol in der Erscheinungsform eines Bildzeichens einer Marke auftreten kann, ist es daher möglich, Geschmacksmusterschutz auch für Markenzeichen zu erwerben.¹⁰

Der Unterschied zwischen Mustern und – graphisch gestalteten – Marken besteht lediglich darin, dass letztere zusätzlich eine betriebliche Herkunftsfunktion aufweisen müssen.¹¹ Eine graphische Gestaltung kann gleichzeitig das ästhetische Empfinden des Betrachters ansprechen und ein Angebot einem bestimmten Hersteller zuordnen.

Da mithin Marken und Geschmacksmuster nicht durch ein Ausschließlichkeitsverhältnis gekennzeichnet sind, können sich zwischen beiden Schutzrechten problematische Überschneidungsbereiche ergeben. Diese sollen – nach einer kurzen Darstellung des Systems, der historischen Entwicklung und der Rechtsgrundlagen der Gemeinschaftsmarke und des Gemeinschaftsgeschmacksmusters – näher beleuchtet werden, wobei neben den Gemeinsamkeiten, Unterschieden und Spezialitäten insbesondere auf die hinsichtlich eines markenrechtlichen Designschutzes auf der einen und eines Musterschutzes an Zeichen auf der anderen Seite nicht unerheblichen Abgrenzungsfragen eingegangen werden soll, die ein Konfliktpotenzial darstellen, das vermehrt in Kollisionen zwischen Geschmacksmustern und Marken zum Ausdruck kommt.

I. Begriffsbestimmung und systematische Einordnung

Unter einer Marke ist ein Kennzeichnungsmittel für Waren und Dienstleistungen zu verstehen, mit der diese im Wettbewerbsleben auftreten. Die Marke soll ermöglichen, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.¹² Eng verbunden mit dieser Grundfunktion der Marke ist die Herkunftsfunktion, wonach es den Abnehmern durch die Kennzeichnung einer Ware oder Dienstleistung mit einer Marke ermöglicht wer-

⁸ Vgl. *Stolz*, (Fn. 5), S. 23.

⁹ *Eichmann*, (Fn. 3), S. 12 f.

¹⁰ *Maier/Schlötelburg*, Leitfaden Gemeinschaftsgeschmacksmuster, 2003, B.2.

¹¹ Vgl. *Eichmann*, (Fn. 4), S. 169.

¹² *Hubmann/Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz (Patent-, Gebrauchsmuster-, Geschmacksmuster-, Marken- und Wettbewerbsrecht), 7. Aufl. 2002, § 37, Rdnr. 1.

den soll, diese ihrer betrieblichen Herkunft nach zu unterscheiden.¹³ Eine Marke kann national, auf europäischer Ebene oder international registriert werden.

Die Gemeinschaftsmarke ist eine Marke, die für Waren oder Dienstleistungen entsprechend den Voraussetzungen der Gemeinschaftsmarkenverordnung (GMVO)¹⁴ eingetragen wurde.¹⁵ Die drei Grundprinzipien der Gemeinschaftsmarke sind die der Autonomie, der Koexistenz zwischen nationalen Marken und Gemeinschaftsmarken und der territorialen Einheitlichkeit.¹⁶ Gemeinschaftsmarken können in einem einzigen Verfahren erworben werden, genießen einheitlichen Schutz und sind in der gesamten Europäischen Gemeinschaft wirksam.¹⁷

Unter einem Geschmacksmuster ist die Erscheinungsform eines Erzeugnisses oder eines Teils davon zu verstehen. Die Erscheinungsform kann sich insbesondere aus den Merkmalen der Linien, Konturen, Farben, der Gestalt, Oberflächenstruktur oder der Werkstoffe des Erzeugnisses selbst oder seiner Verzierung ergeben.¹⁸ Geschützt wird das Ergebnis einer ästhetisch-gewerblichen Leistung, nämlich einer geschmacklich wirkende Flächen- oder Raumform.¹⁹ Auch ein Muster kann national, auf europäischer Ebene oder international registriert werden.

Unter einem Gemeinschaftsgeschmacksmuster ist ein den Voraussetzungen der Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung (GGVO)²⁰ entsprechendes Geschmacksmuster zu verstehen,²¹ wobei zwei Schutzformen, ein kurzfristiges nicht eingetragenes und ein längerfristiges eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster, existieren.

¹³ *Hubmann/Götting*, (Fn. 12), § 37, Rdnr. 1.

¹⁴ Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates über die Gemeinschaftsmarke v. 20.12.1993; ABl. Nr. L 11 v. 14.1.1994, S. 1; im Folgenden: GMVO.

¹⁵ von Kapff, in: Ekey/Klippel (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zum Markenrecht, MarkenG, GMV und Markenrecht ausgewählter ausländischer Staaten, 2003, Art. 1 GMV, Rdnr. 32. Sie ist ausschließlich ein Registerrecht; vgl. Ingerl, Die Gemeinschaftsmarke, 1996, S. 31.

¹⁶ von Kapff, (Fn. 15), Art. 1 GMV, Rdnr. 34.

¹⁷ Vgl. den Zweiten Erwägungsgrund der GMVO.

¹⁸ Vgl. Beyerlein, Das neue Geschmacksmustergesetz, Zur Neuregelung des deutschen Geschmacksmusterrechtes unter besonderer Berücksichtigung europäischer Harmonisierungsbestrebungen, WRP 2004, S. 676.

¹⁹ *Hubmann/Götting*, (Fn. 12), § 4, Rdnr. 9.

²⁰ Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster v. 12.12.2001; ABl. Nr. L 3 v. 5.1.2002, S. 1; im Folgenden: GGVO.

²¹ Vgl. Art. 1 Abs. 1 GGVO.

Das Gemeinschaftsgeschmacksmuster hat einheitliche Wirkung in der gesamten Europäischen Gemeinschaft²² und führt nicht zu einer Beseitigung der nationalen Musterrechte.²³

II. Grundzüge der historischen Entwicklung

Schon bald nach Inkrafttreten des EWG-Vertrages erkannte man, dass es zur Verwirklichung des Ziels des Gemeinsamen Marktes notwendig war, die Gesetze des gewerblichen Rechtsschutzes in den Mitgliedstaaten einander anzugeleichen und zur Überwindung des Territorialitätsgrundsatzes eine länderübergreifende Marke zu schaffen.²⁴

Auf Initiative der Kommission begannen im Jahr 1959 die Arbeiten zur Angleichung und Vereinheitlichung. Bereits der 1964 fertiggestellte „Vorentwurf eines Übereinkommens über ein europäisches Markenrecht“²⁵ sah wesentliche Charakteristika der heutigen GMVO vor.²⁶ Nach Veröffentlichung einer für die weiteren Arbeiten wegweisenden „Denkschrift über die Schaffung einer EWG-Marke“²⁷ im Jahre 1976 konnte schließlich Ende 1988 zunächst die Harmonisierungsrichtlinie (MarkenRL)²⁸ verabschiedet und am 20. Dezember 1993 die GMVO erlassen werden. Ende 1995 folgten eine Durchführungs²⁹ und eine Gebührenverordnung.³⁰ Das Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (HABM)³¹ hat am 1. September

²² *Hubmann/Götting*, (Fn. 12), § 62, Rdnr. 5.

²³ *Hubmann/Götting*, (Fn. 12), § 62, Rdnr. 6.

²⁴ *Beier*, in: Schricker/Beier (Hrsg.), Die Neuordnung des Markenrechts in Europa, 10. Ringberg-Symposium des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, 16. bis 21. September 1996, Schloß Ringberg, Tegernsee, 1997, S. 59 f.

²⁵ Vorentwurf eines Übereinkommens über ein europäisches Markenrecht, Kommission der Europäischen Gemeinschaft 1973; Dok. 5934/IV/1964.

²⁶ *von Kapff*, (Fn. 15), Art. 1 GMV, Rdnr. 3.

²⁷ Denkschrift über die Schaffung einer EWG-Marke, GRUR Int. 1976, S. 481 ff., Nr. 3, im Folgenden: Denkschrift.

²⁸ Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates v. 21.12.1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken; ABl. Nr. L 40 v. 11.2.1989, S. 1; im Folgenden: MarkenRL.

²⁹ Verordnung (EG) Nr. 2868/95 der Kommission v. 13.12.1995 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates über die Gemeinschaftsmarke, ABl. Nr. L 303 v. 15.12.1995, S. 1; im Folgenden: DVO GMVO.

³⁰ Verordnung (EG) Nr. 2869/95 der Kommission v. 13.12.1995 über die an das Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) zu entrichtenden Gebühren, ABl. Nr. L 303 v. 15.12.1995, S. 33; im Folgenden: GebVO GMVO.

³¹ Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) in Alicante (HABM), Spanien.

1994 seine Arbeit aufgenommen. Seit 1. Januar 1996 können dort Markenanmeldungen eingereicht werden.³²

Der Geschmacksmusterschutz spielte im Rahmen der Angleichung gewerblicher Schutzrechte zunächst nur eine untergeordnete Rolle.³³

Erst aufgrund des im Jahre 1990 durch das Münchener Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht vorgelegten Verordnungsentwurfs für ein europäisches Musterrecht³⁴ konkretisierte die Europäische Kommission ihre Harmonisierungsbestrebungen. 1991 legte sie ein Grünbuch über den rechtlichen Schutz gewerblicher Muster und Modelle³⁵ vor, das neben dem Vorentwurf einer Verordnung für ein europäisches Musterrecht erstmals auch den Vorentwurf einer Rechtsangleichungsrichtlinie enthielt.³⁶ Mit hin wurde ein Konzept gewählt, wie es ähnlich bereits auf dem Gebiet des Markenrechts Mitte der 90er Jahre verwirklicht werden konnte. Nach Veröffentlichung eines Richtlinienentwurfs³⁷ im Dezember 1993 und eines Verordnungsentwurfs³⁸ betreffend den Schutz von Geschmacksmustern im Januar 1994 konnte schließlich im Oktober 1998 die Geschmacksmusterrichtlinie verabschiedet werden.³⁹ Die GGVO wurde am 12. Dezember 2001 angenommen. 2002 folgten eine Durch-

³² Von Mühlendahl, in: Schricker/Beier (Hrsg.), Die Neuordnung des Markenrechts in Europa, 10. Ringberg-Symposion des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, 16. bis 21. September 1996, Schloß Ringberg, Tegernsee, 1997, S. 81 (101 f.). Hierzu wurde in erheblichem Umfang Gebrauch gemacht. So konnte das Harmonisierungsamt bis September 2004 fast 400.000 Markenanmeldungen verzeichnen; vgl. die Übersicht bei: von Mühlendahl, Die Bedeutung der EU-Erweiterung und der Ausweitung des Madrider Markensystems für die Gemeinschaftsmarke und die Arbeit des HABM, GRUR 2005, S. 113 (116).

³³ Die von der EG-Kommission eingesetzte Arbeitsgruppe für gewerbliche Muster und Modelle kam im Jahr 1962 zu dem Ergebnis, die Unterschiede in den einzelstaatlichen Vorschriften seien derart weitreichend, dass es nahezu hoffnungslos wäre, eine Harmonisierung in Angriff zu nehmen, Dok. (EWG) 2143/IV/62 v. 17.12.1962; vgl. auch Gerstenberg/Buddeberg, Geschmacksmustergesetz, Kommentar und Handbuch, 3. Aufl. 1996, S. 65, die von besonders krassen Unterschieden sprechen.

³⁴ GRUR Int. 1990, S. 565; im Folgenden: MPI-Entwurf.

³⁵ Kommissions-Dokument III/F/5131/91.

³⁶ Stolz, (Fn. 5), S. 37 f.

³⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Rechtsschutz von Mustern vom 3.12.1993, KOM(93) 344, ABl. Nr. C 345 v. 23.12.1993, S. 14.

³⁸ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster v. 3.12.1993, KOM(93) 342, ABl. Nr. C 29 v. 31.1.1994, S. 20.

³⁹ Richtlinie 98/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.10.1998 über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen, ABl. Nr. L 289 v. 28.10.1998, S. 28.

führungs⁴⁰ und eine Gebührenverordnung.⁴¹ Seit 1. April 2003 können bei dem HABM Gemeinschaftsgeschmacksmuster durch Eintragung erworben werden.⁴²

III. Rechtsgrundlagen und Zuständigkeiten

Die GMVO enthält die formellen und materiellen Bestimmungen zur Schaffung einer Marke, die in der gesamten Europäischen Gemeinschaft Gültigkeit hat. Mit dem Antrag auf Eintragung einer Gemeinschaftsmarke kann der Anmelder in sämtlichen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft den beantragten Markenschutz erhalten.⁴³ Zuständig für Gemeinschaftsmarkenanmeldungen ist das Harmonisierungamt für den Binnenmarkt.⁴⁴

Die Gemeinschaftsmarke kann als ein zur Kennzeichnung von Produkten bestimmtes, durch Registereintragung förmlich zu begründendes, vom Bestand nationalen Schutzes unabhängiges Ausschließlichkeitsrecht mit einheitlich gemeinschaftsweitem Schutzgebiet und beliebig verlängerbarer Schutzdauer charakterisiert werden.⁴⁵ Zweck des durch die Gemeinschaftsmarke gewährten Schutzes ist insbesondere die Gewährleistung der Herkunftsfunktion der Marke.⁴⁶ Daneben stellt die Unterscheidungsfunktion die Grundfunktion⁴⁷ der Gemeinschaftsmarke dar.⁴⁸

Gemeinschaftsmarken können alle Zeichen sein, die sich graphisch darstellen lassen, soweit sie geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Als mögliche Marken-

⁴⁰ Verordnung (EG) Nr. 2245/2002 der Kommission v. 21.10.2002 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster; ABl. Nr. L 341 v. 17.12.2002, S. 28; im Folgenden: DVO GGVO.

⁴¹ Verordnung (EG) Nr. 2246/2002 der Kommission v. 16.12.2002 über die an das Harmonisierungamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) zu entrichtenden Gebühren für die Eintragung von Gemeinschaftsgeschmacksmustern; ABl. Nr. L 341 v. 17.12.2002, S. 54; im Folgenden: GebVO GGVO.

⁴² Vgl. *Bartenbach/Fock*, Das neue nicht eingetragene Geschmacksmuster – Ende des ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutzes im Geschmacksmusterrecht oder dessen Verstärkung?, WRP 2002, S. 1119.

⁴³ *Berlit*, Das neue Markenrecht, 5. Aufl. 2003, Rdnr. 424.

⁴⁴ Vgl. zur Organisation und Tätigkeit des HABM: *Prandzioch*, Das Europäische Markenamt: Funktion und Bedeutung der Gemeinschaftsmarke, 1999, Teile C und D.

⁴⁵ *Ingerl*, (Fn. 15), S. 29.

⁴⁶ Vgl. den Siebten Erwägungsgrund der GMVO.

⁴⁷ Dies kommt insbesondere durch Art. 4 und Art. 9 GMVO zum Ausdruck; vgl. *Bumiller*, Durchsetzung der Gemeinschaftsmarke in der Europäischen Union, 1997, A. III. 1, Rdnr. 4.

⁴⁸ Vgl. zu den Funktionen der Gemeinschaftsmarke auch *Ingerl*, (Fn. 15), S. 35 f.

formen werden insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen und die Form oder Aufmachung einer Ware genannt.⁴⁹

Die Gemeinschaftsmarke gewährt ihrem Inhaber ein ausschließliches Recht, das einen Identitäts-, Verwechslungs- und Bekanntheitsschutz beinhaltet.⁵⁰ Der Markeninhaber kann die Benutzung eines kollidierenden Zeichens verbieten, das den Schutzbereich tangiert.⁵¹

Die Schutzdauer der Gemeinschaftsmarke beträgt zehn Jahre, gerechnet vom Tag der Anmeldung an, und kann auf Antrag um jeweils zehn Jahre verlängert werden.⁵²

Die Einreichung einer Markenanmeldung ist bei dem HABM selbst oder bei der Zentralbehörde für den gewerblichen Rechtsschutz eines Mitgliedstaats möglich.⁵³

Entscheidungen des Harmonisierungsamtes können mit der Beschwerde angefochten werden. Als Rechtsmittelinstanz fungieren bei dem HABM Beschwerdekammern.⁵⁴ Gegen deren Entscheidungen kann Klage zum Gericht erster Instanz erhoben und gegen dessen Entscheidung ein auf Rechtsfragen begrenztes weiteres Rechtsmittel zum Europäischen Gerichtshof eingelegt werden.⁵⁵ Zivilrechtliche Klagen betreffend markenrechtliche Verletzungsprozesse sind bei den Gemeinschaftsmarkengerichten einzureichen.⁵⁶

Die GGVO schafft ein einheitliches Schutzrecht für die Europäische Gemeinschaft und beseitigt das Erfordernis der separaten Eintragung eines Musters in jedem einzelnen Mitgliedstaat.⁵⁷ Ihr Ziel ist die Schaffung eines Systems für die Erlan-

⁴⁹ Vgl. Art. 4 GMVO.

⁵⁰ Art. 9 Abs. 1 GMVO; *Hasselblatt*, in: Hasselblatt (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz, 2001, § 34, Rdnr. 82.

⁵¹ Vgl. in diesem Zusammenhang die Beispiele in Art. 9 Abs. 2 GMVO.

⁵² Hierfür ist eine Verlängerungsgebühr fällig; vgl. Art. 46 und Art. 47 GMVO, Regeln 29 und 30 DVO GMVO.

⁵³ Vgl. Art. 25 GMVO und Regel 5 DVO GMVO.

⁵⁴ Vgl. Art. 57 und Art. 58 GMVO sowie Regeln 48 ff. DVO GMVO.

⁵⁵ Vgl. Art. 63 GMVO; *Bender*, Die Gemeinschaftsmarke in Rechtsprechung und Praxis, Die aktuelle Entwicklung unter besonderer Berücksichtigung der Reformdiskussion und der Urteile aus Luxemburg, *MarkenR* 2003, S. 209 (211).

⁵⁶ Vgl. Art. 91 Abs. 1 GMVO. Die Gemeinschaftsmarkengerichte sind jeweils speziell für Gemeinschaftsmarkenprozesse von den Mitgliedstaaten bestimmte, nationale Gerichte.

⁵⁷ Neben der Anmeldung von nationalen Geschmacksmustern bestand vor Inkrafttreten der GGVO lediglich die Möglichkeit der Hinterlegung einer internationalen Geschmacksmusteranmeldung in einigen wenigen Staaten der Europäischen Gemeinschaft; vgl. *Bulling/Langöhrig/Hellwig*, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, 2003, Rdnr. 19 ff.

gung eines Geschmacksmusters, mit dem einheitlicher Schutz mit einheitlicher Wirkung für die gesamte Gemeinschaft verliehen wird.⁵⁸ Die Orientierung an dem weiter fortgeschrittenen Gemeinschaftsmarkenrecht wird sowohl durch die Vorgehensweise, das europäische Schutzrecht mit Hilfe einer Verordnung durchzusetzen, als auch institutionell durch die Zuständigkeit des HABM für die Verwaltung der eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmuster deutlich.⁵⁹

Unter einem Geschmacksmuster wird die Erscheinungsform eines Erzeugnisses oder eines Teils davon verstanden, die sich insbesondere aus den Merkmalen der Linien, Konturen, Farben, Gestalt, Oberflächenstruktur oder Werkstoffe des Erzeugnisses selbst oder seiner Verzierung ergibt.⁶⁰ Schutzvoraussetzung eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters ist die Neuheit und Eigenart des Geschmacksmusters.⁶¹

Nach der GGVO kann ein Geschmacksmuster als eingetragenes⁶² oder als nicht eingetragenes⁶³ Gemeinschaftsgeschmacksmuster geschützt werden. Ein nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster kann ohne förmliche Eintragung für eine Maximaldauer von drei Jahren ab dem Tag erlangt werden, an dem es der Öffentlichkeit innerhalb der Gemeinschaft erstmals zugänglich gemacht wurde.⁶⁴ Das eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster bedarf dagegen der Anmeldung und Eintragung. Die Schutzhauer beträgt fünf Jahre beginnend mit dem Anmelde- tag bei dem HABM und kann bis zu einer Gesamtlaufzeit von 25 Jahren verlängert werden.⁶⁵

Das Gemeinschaftsgeschmacksmuster gewährt seinem Inhaber ein ausschließliches Benutzungsrecht.⁶⁶ Sein Schutzmfang erstreckt sich auf jedes Geschmacksmuster, das bei dem informierten Benutzer keinen anderen Gesamteindruck erweckt.⁶⁷

Die Anmeldung eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters kann bei dem HABM oder bei der Zentralbehörde eines Mitgliedstaates erfolgen.⁶⁸

⁵⁸ Vgl. Art. 1 Abs. 3 GGVO.

⁵⁹ Just, Die Gemeinschaftsmarke im System des internationalen Markenschutzes, 2001, S. 197 f.

⁶⁰ Vgl. Art. 3 lit. a) GGVO. Diese Aufzählung ist beispielhaft und nicht abschließend; vgl. *Bulling/Langohrig/Hellwig*, (Fn. 57), Rdnr. 13.

⁶¹ Vgl. Art. 4 Abs. 1 GGVO.

⁶² Vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. b) GGVO.

⁶³ Vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. a) GGVO.

⁶⁴ Vgl. Art. 11 GGVO.

⁶⁵ Vgl. Art. 12 GGVO.

⁶⁶ *Hubmann/Götting*, (Fn. 12), § 1, Rdnr. 6.

⁶⁷ Vgl. Art. 10 GGVO.

Einheitliches Rechtsmittel gegen Entscheidungen des HABM ist auch im Bereich des Gemeinschaftsgeschmacksmusterrechts die Beschwerde.⁶⁹ Gegen die Beschwerdeentscheidung kann Klage zum Gericht erster Instanz erhoben und gegen dessen Entscheidung weiteres Rechtsmittel zum Europäischen Gerichtshof eingelegt werden.⁷⁰

Über Streitigkeiten betreffend die Verletzung und Rechtsgültigkeit eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters entscheiden Gemeinschaftsgeschmacksmustergerichte.⁷¹

B. Das Verhältnis zwischen Gemeinschaftsmarke und Gemeinschaftsgeschmacksmuster

Das Verhältnis zwischen Geschmacksmustern als Erscheinungsformen eines Erzeugnisses einerseits und Marken als Kennzeichnungsmittel für Waren und Dienstleistungen andererseits erscheint auf den ersten Blick ebenso unproblematisch wie eine klare Abgrenzung zwischen beiden Schutzrechten.⁷²

Neben einigen Gemeinsamkeiten zeichnen sich Marken und Geschmacksmuster zwar durch erhebliche Unterschiede und Spezialitäten aus. Da sich geschmackliche Wirkung und Herkunftsfunktion aber nicht ausschließen,⁷³ kann Marken- und Musterschutz auch kumulativ vorliegen.⁷⁴ Mithin können sich Überschneidungen ergeben, die insbesondere hinsichtlich eines markenrechtlichen Designschutzes auf der einen und eines Musterschutzes an Zeichen auf der anderen Seite nicht unerhebliche Abgrenzungsfragen aufwerfen und ein Konfliktpotenzial darstellen, das vermehrt in Kollisionen zwischen Mustern und Marken zum Ausdruck kommt.

⁶⁸ Vgl. Art. 35 GGVO.

⁶⁹ Vgl. Art. 55 Abs. 1 und Art. 56 GGVO.

⁷⁰ Vgl. Art. 61 GGVO.

⁷¹ Vgl. Art. 81 GGVO. Diese werden von den Mitgliedstaaten nach Art. 80 GGVO für ihr Gebiet benannt.

⁷² Vgl. *Eisenmann*, (Fn. 1), Rn. 15.

⁷³ Vgl. *Eichmann*, (Fn. 3), S. 10; *ders.*, (Fn. 4), S. 166 ff.

⁷⁴ Vgl. *Stolz*, (Fn. 5), S. 56.

I. Gemeinsamkeiten

1. Abgrenzung von technischen Schutzrechten

Als Marke nicht eintragungsfähig sind nach Art. 7 Abs. 1 lit. e) ii) GMVO solche Zeichen, die ausschließlich aus einer Form bestehen, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist, technische Neuerungen und Verbesserungen nicht auf unbegrenzte Zeit über den Markenschutz zugunsten eines Wettbewerbers zu monopolisieren, sondern diese – gegebenenfalls nach Ablauf bestehender technischer Schutzrechte – der Allgemeinheit zugänglich zu machen.⁷⁵ Wann eine Form zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist, ergibt sich aus einer Gegenüberstellung mit der patentrechtlichen Kollisionsnorm, wonach ästhetische Formschöpfungen nicht als Erfindungen angesehen werden.⁷⁶ So wie diese Art von Gestaltungen Schutz nur auf der Grundlage des Geschmacksmuster- und des Urheberrechts erlangen sollen, sind technisch bedingte Erscheinungsmerkmale nur dem Schutz durch technische Schutzrechte zugänglich. Erscheinungsmerkmale von Waren sind daher zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich, wenn sie Gegenstand eines technischen Schutzrechts sein könnten.⁷⁷ Ob für diese Wirkung Formalalternativen zur Verfügung stehen, spielt dabei keine Rolle. Ein Zeichen ist daher nicht eintragungsfähig, wenn nachgewiesen wird, dass die wesentlichen funktionellen Merkmale einer Form nur der technischen Wirkung zuzuschreiben sind. Dieses Eintragungshindernis kann nicht durch den Nachweis ausgeräumt werden, dass es andere Formen gibt, mit denen sich die gleiche technische Wirkung erzielen lässt.⁷⁸

Dem Geschmacksmusterschutz nicht zugänglich sind nach Art. 8 Abs. 1 GGVO Erscheinungsmerkmale eines Erzeugnisses, die ausschließlich durch dessen technische Funktion bedingt sind. Diese auch unter dem Schlagwort „*form follows function*“ bekannte Vorschrift bezieht sich auf einzelne Erscheinungsmerkmale und nicht auf die Erscheinungsform als Ganzes. Umfasst ein Geschmacksmuster mehrere Merkmale, von denen einige technisch bedingt sind, wird nur den technisch bedingten Merkmalen der Musterschutz versagt.⁷⁹ So ist beispielsweise bei einem Rad das Merkmal der runden Form vom Schutz ausgeschlossen, da diese Form zwangsläufig aus der Funktionalität des Rades folgt. Die Anordnung der Radspeichen ist dagegen als nicht nur technisch bedingtes Merkmal schutzbefristet.

⁷⁵ *Hasselblatt*, (Fn. 50), § 34, Rdnr. 28.

⁷⁶ Vgl. Art. 52 Abs. 2 b) EPÜ.

⁷⁷ Vgl. *Eichmann*, (Fn. 3), S. 16, Fn. 101, m.w.N.

⁷⁸ Vgl. Urteil des EuGH, Rs. C-299/99, Slg. 2002, I-5475, Rdnrn. 79-83 (*Koninklijke Philips Electronics NV/Remington Consumer Products Ltd.*), im Folgenden: EuGH, *Philips*.

⁷⁹ Vgl. *Maier/Schlötelburg*, (Fn. 10), C.4.

Technologische Innovationen sollen nicht durch einen Musterrechtsschutz für ausschließlich technische Merkmale behindert werden.⁸⁰ Darüber hinaus findet der Ausschluss seine Rechtfertigung in rechtssystematischen Erwägungen. Der Schutz technischer Erfindungen wird nämlich durch das Patent- und das Gebrauchsmusterrecht gewährleistet.^{81,82}

Für einen parallelen Schutz kommt daher das Musterrecht ebenso wenig wie das Markenrecht in Betracht.⁸³

2. Sperrwirkung

Nach Art. 10 Abs. 1 GGVO erstreckt sich der Schutzmumfang bei eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmustern auf jedes Muster, das keinen anderen Gesamteindruck erweckt. Die absolute Sperrwirkung⁸⁴ für eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster ergibt sich aus Art. 19 Abs. 1 GGVO, wonach dieses seinem Inhaber das ausschließliche Recht gewährt, es zu benutzen und Dritten zu verbieten, es ohne seine Zustimmung zu benutzen.

Da auch dem Inhaber einer Gemeinschaftsmarke nach Art. 9 Abs. 1 GMVO ein ausschließlich Recht zusteht, hat sie grundsätzlich dieselbe Sperrwirkung wie ein eingetragenes Geschmacksmuster. Für die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs spielt es keine Rolle, ob der Anspruchsgegner das Schutzrecht gekannt hat und eine Unkenntnis vorwerfbar oder entschuldbar ist.⁸⁵

⁸⁰ Vgl. den Zehnten Erwägungsgrund der GGVO.

⁸¹ Vgl. *Stolz*, (Fn. 5), S. 86.

⁸² Der Grundsatz, dass der Designschatz seine Grenze finden muss, wo er zur Monopolisierung der in einer Form realisierten technischen Idee führen würde, ist weithin anerkannt, vgl. *Eichmann*, Geschmacksmusterrecht und EWG-Vertrag, GRUR Int. 1990, S. 121 (123 ff.); *Kur*, TRIPS und der Designschatz, GRUR Int. 1995, S. 185 (189). Allerdings ist die Abgrenzung zwischen ästhetischen und technischen Merkmalen oftmals problematisch und umso schwerer, je enger Form und Funktion eine Verbindung eingehen. Meinungsverschiedenheiten bestehen hinsichtlich der Frage, ob eine technische Bedingtheit lediglich dann zum Schutzausschluss führt, wenn für die Mitbewerber zur Erreichung desselben Zwecks keinerlei Gestaltungsspielraum verbleibt oder ob eine Gestaltung nicht auch dann technisch bedingt ist, wenn Gestaltungsalternativen bestehen, gleichwohl aber die konkrete Gestaltung zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist, vgl. hierzu: *Stolz*, (Fn. 5), S. 86 ff.; *Eichmann*, (Fn. 3), S. 17 f., jeweils m.w.N.

⁸³ Vgl. *Eichmann*, (Fn. 3), S. 17.

⁸⁴ Vgl. *Maier/Schlötelburg*, (Fn. 10), H. 1.

⁸⁵ *Eichmann*, (Fn. 3), S. 18.

3. Vermutung der Rechtsgültigkeit

Die Vermutung der Rechtsgültigkeit stimmt bei Gemeinschaftsgeschmacksmustern und Gemeinschaftsmarken weitgehend⁸⁶ überein. Obwohl das eingetragene Geschmacksmuster ein „ungeprüftes“ Schutzrecht ist, müssen die Gerichte im Verletzungsstreit wie bei einer Gemeinschaftsmarke⁸⁷ von dessen Rechtsgültigkeit ausgehen.⁸⁸ Die Vermutung, dass alle materiellrechtlichen Schutzvoraussetzungen erfüllt sind, kann bei beiden Schutzrechten nur durch eine – erfolgreiche – Widerklage widerlegt werden.⁸⁹ Wird die Vermutung der Rechtsgültigkeit nicht widerlegt, muss das Gericht nur entscheiden, ob zwischen Marke und Zeichen Verwechslungsgefahr besteht⁹⁰ beziehungsweise ob die beanstandete Gestaltung in den Schutzmumfang des Geschmacksmusters fällt.⁹¹

4. Schutzmumfang

Bei der Bestimmung des Schutzmumfangs besteht zwischen Marken und Geschmacksmustern im Ausgangspunkt kein Unterschied. Weist eine Marke stark ausgeprägte Unterscheidungskraft auf, hat dies einen großen Schutzmumfang zur Folge.⁹² Dem entspricht bei Geschmacksmustern, dass starke Eigenart einen großen Schutzmumfang begründet.^{93,94}

⁸⁶ Zu der Übereinstimmung in den Vermutungsregelungen gibt es bei Geschmacksmustern nur zwei Ausnahmen: Art. 85 Abs. 1, Satz 3 und Art. 90 Abs. 2, Satz 2 GGVO; vgl. hierzu: *Eichmann*, (Fn. 3), S. 12.

⁸⁷ Vgl. Art. 95 Abs. 1 GMVO.

⁸⁸ Vgl. Art. 85 Abs. 1, Satz 1 GGVO.

⁸⁹ Vgl. Art. 95 Abs. 1 GMVO und Art. 85 Abs. 1, Satz 2 sowie Art. 85 Abs. 2, Satz 2 GGVO.

⁹⁰ Vgl. Art. 9 Abs. 1 a) und Abs. 1 b) GMVO.

⁹¹ Vgl. Art. 10 GGVO.

⁹² Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes genießen Marken, die, von Haus aus oder wegen ihrer Bekanntheit auf dem Markt, eine hohe Kennzeichnungskraft besitzen, einen umfassenderen Schutz als Marken, deren Kennzeichnungskraft geringer ist. Vgl. Urteil des EuGH, Rs. C-39/97, Slg. 1998, I-5507, Rdnr. 18 (*Canon Kabushiki Kaisha/Metro-Goldwyn-Mayer Inc.*), im Folgenden: EuGH, *Canon*; Urteil des EuGH, Rs. C 342/97, Slg. 1999, I-3819, Rdnr. 20 (*Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH/Klijnen Handel BV*), im Folgenden: EuGH, *Lloyd*.

⁹³ *Eichmann*, (Fn. 3), S. 21. Je größer die dem Geschmacksmuster zugrundeliegende Leistung ist, desto größer ist sein Schutzmumfang. Weist ein Geschmacksmuster nur geringe Eigenart auf, kann dagegen nur von einem engen Schutzmumfang ausgegangen werden. Vgl. für das deutsche Recht: *Eichmann/von Falckenstein*, Geschmacksmustergesetz, Gesetz betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen, 2. Aufl. 1997, § 5, Rdnr. 11 m.w.N.

⁹⁴ Zu den Unterschieden bezüglich des Einflusses von Benutzungshandlungen auf den Schutzmumfang vgl. unten.

II. Unterschiede

1. Allgemein

a) Schutzdauer

Ein besonderer Vorzug von Marken gegenüber anderen Schutzrechten ist deren unbegrenzt verlängerbare Schutzdauer. Die Eintragung einer Gemeinschaftsmarke kann um jeweils zehn Jahre – beliebig oft – verlängert werden.⁹⁵ Die Schutzdauer des eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmusters beträgt fünf Jahre.⁹⁶ Sie kann um jeweils fünf Jahre, aber maximal bis zu einer Gesamtlaufzeit von 25 Jahren, verlängert werden.^{97,98}

b) Gebühren

Die Gebühren für Gemeinschaftsgeschmacksmuster sind gegenüber denjenigen für Gemeinschaftsmarken wesentlich geringer. Darüber hinaus können mehrere Geschmacksmuster in einer Sammelanmeldung⁹⁹ zusammengefasst werden, die ausschließlich der Gebührenreduktion dient,¹⁰⁰ da ein erheblicher Mengenrabatt gewährt wird.¹⁰¹ Weiterhin kann durch die Aufschiebung der Bildbekanntmachung¹⁰² eine Gebührenreduzierung erreicht werden.¹⁰³

⁹⁵ Vgl. Art. 46 Satz 2 GMVO.

⁹⁶ Vgl. Art. 12 Satz 1 GGVO.

⁹⁷ Vgl. Art. 12 Satz 2 GGVO.

⁹⁸ Dass bei Geschmacksmustern die Schutzdauer beschränkt und für Marken ein zeitlich unbeschränkter Schutz möglich ist, ergibt sich aus unterschiedlichen Bewertungen des Freihaltebedürfnisses. Weil Marken die Vermeidung von unzutreffenden Vorstellungen über die betriebliche Herkunft einer Ware oder Dienstleistung bezeichnen, dient die Möglichkeit der unbeschränkten Verlängerung dem Interesse der Allgemeinheit an einer zeitlich nicht beschränkten Verhinderung von unzutreffenden Herkunftsverstellungen. Die zeitliche Beschränkung des Schutzes von Geschmacksmustern trägt dagegen dem Interesse der Allgemeinheit daran Rechnung, dass Erscheinungsmerkmale von Erzeugnissen nach dem Ende des Schutzes auch von Dritten genutzt werden können, vgl. *Eichmann*, (Fn. 3), S. 18, Fußn. 134.

⁹⁹ Vgl. Art. 37 Abs. 1 GGVO.

¹⁰⁰ *Eichmann*, (Fn. 3), S. 11.

¹⁰¹ Bei einer Gemeinschaftsmarke beträgt die Amtsgebühr für die erste Schutzdauer von zehn Jahren 975 Euro für bis zu drei Waren- und Dienstleistungsklassen; für ein eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster müssen 440 Euro für eine Schutzdauer von zehn Jahren entrichtet werden; Klassengebühren werden nicht erhoben. Die Gebühren für jedes Geschmacksmuster einer Sammelanmeldung ermäßigen sich für eine Schutzdauer von zehn Jahren bei einer Sammelanmeldung mit zehn Geschmacksmustern auf 282,50 Euro und bei einer Sammelanmeldung mit zwanzig Geschmacksmustern auf 226,25 Euro.

¹⁰² Vgl. Art. 50 Abs. 1 GGVO. Das Geschmacksmuster wird dann ohne Darstellung in das Register eingetragen, Art. 50 Abs. 2 GGVO. Eine Anmeldung für ein eingetragenes Gemeinschaftsge-

c) Neuheit

Ein Geschmacksmuster muss neu sein, um als Gemeinschaftsgeschmacksmuster geschützt werden zu können.¹⁰⁴ Dieses Erfordernis wird zwar durch die Neuheitsschonfrist¹⁰⁵ von zwölf Monaten, durch die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Prioritäten¹⁰⁶ und durch den dreijährigen Schutz für nicht eingetragene Geschmacksmuster abgemildert. Spätestens zwölf Monate nach der ersten Vorverbreitung ist es aber nicht mehr möglich, durch die Anmeldung und Eintragung eines Geschmacksmusters einen wirksamen Schutz herbeizuführen.¹⁰⁷

Im Markenrecht besteht hingegen keine Notwendigkeit, nach Aufnahme der Benutzung eine Marke innerhalb einer bestimmten Frist anzumelden. Ist nach Ablauf der Schonfrist die Anmeldung eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters nicht mehr möglich, kann zwar für zwei Jahre der Schutz aus dem nicht eingetragenen Geschmacksmuster in Anspruch genommen werden. Für eine längere Schutzdauer kommt dagegen nur noch der Markenschutz in Betracht. Je länger aber mit der Anmeldung einer Marke gewartet wird, desto größer ist das Risiko, dass in der Zwischenzeit Drittrechte entstanden sind oder sich Benutzungshandlungen¹⁰⁸ des Anmelders oder Dritter auf die Beurteilung der Unterscheidungskraft auswirken.¹⁰⁹

d) Prüfungsumfang

Die Eintragung einer Gemeinschaftsmarke ist das Ergebnis eines zweistufigen Amtsverfahrens. Erst nach erfolgreicher Prüfung der materiellrechtlichen Schutzworaussetzungen und der Feststellung des Fehlens von Schutzausschlussgründen erfolgt die Veröffentlichung der Anmeldung, um Dritten die Einlegung eines Widerspruchs zu ermöglichen. Wird kein Widerspruch erhoben oder dieser rechtskräftig zurückgewiesen, erfolgt die Eintragung.¹¹⁰

schmacksmuster kann somit unter Geheimhaltung der Muster bis zur Markteinführung vorgenommen werden. Wettbewerbern wird die Kenntnisnahme der Muster verwehrt und die Wettbewerbsfähigkeit des Anmelders bleibt gewahrt.

¹⁰³ Es sind zunächst keine Bekanntmachungskosten fällig. Wenn die Aufschiebung der Bildbekanntmachung beantragt und dadurch ein Schutz für zunächst nur zweieinhalb Jahre herbeigeführt wird, fallen bei einer Sammelanmeldung mit zehn Geschmacksmustern beispielsweise 148,50 Euro pro Geschmacksmuster an.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 4 Abs. 1 GGVO.

¹⁰⁵ Vgl. Art. 7 Abs. 2 GGVO.

¹⁰⁶ Vgl. Art. 41 bis 44 GGVO.

¹⁰⁷ *Eichmann*, (Fn. 3), S. 14.

¹⁰⁸ Vgl. hierzu unten B.II.2.b).

¹⁰⁹ *Eichmann*, (Fn. 3), S. 14.

Bei Gemeinschaftsgeschmacksmustern findet dagegen nur ein Minimum an Amtsprüfung statt. Materiellrechtlich wird lediglich geprüft, ob der Gegenstand der Anmeldung überhaupt geschmacksmusterfähig ist. Die Formalprüfung bezieht sich im Wesentlichen auf die Erfordernisse des Antrags, der Erkennbarkeit des Anmelders und der Eignung der Wiedergabe zur Reproduktion. Widersprüche können nicht erhoben werden.¹¹¹

e) Benutzungzwang

Durch den Benutzungzwang wird bei Gemeinschaftsmarken die Möglichkeit eines zeitlich unbegrenzten Schutzes relativiert. Die Marke kann für verfallen erklärt werden, wenn sie nicht innerhalb eines ununterbrochenen Zeitraumes von fünf Jahren in der Gemeinschaft benutzt worden ist.¹¹² Dadurch sollen andere Markeninteressenten geschützt werden.¹¹³

Für Gemeinschaftsgeschmacksmuster gibt es keinen Benutzungzwang.¹¹⁴ Nach Art. 5 B. PVÜ¹¹⁵ darf der Schutz gewerblicher Muster und Modelle wegen unternommener Ausübung nicht beeinträchtigt werden.¹¹⁶ Im Übrigen kann auch versucht werden, durch die Eintragung von Defensivmustern den sachlichen Schutzmfang von Geschmacksmustern auszudehnen.¹¹⁷

¹¹⁰ *Eichmann*, (Fn. 3), S. 11.

¹¹¹ *Eichmann*, (Fn. 3), S. 11.

¹¹² Vgl. Art. 50 Abs. 1 a) GMVO.

¹¹³ Im Interesse der Allgemeinheit entzieht der Benutzungzwang einem Einzelnen dessen Recht. Im Gegensatz zu anderen Schutzrechten liegt einer Marke nicht – jedenfalls nicht wesensnotwendig – eine vorherige Leistung zugrunde. Die Leistung, die den Markenschutz rechtfertigt und an die er anknüpft, liegt darin, dass die Marke als Marke auf dem Markt erscheint, dass also der Unternehmer Produkte mit der Marke erkennbar macht und anbietet. Die bloße Schaffung und Eintragung einer Marke stellt „keine Kunst“ dar. Eine Leistung erfolgt erst mit der Verwendung der Marke. Hier liegt der sachliche Unterschied zu anderen gewerblichen Schutzrechten. Diese knüpfen an einen schöpferischen Akt an, den sie belohnen, das Markenrecht hingegen belohnt die Verwendung der Marke; vgl. *Schoene*, Der Benutzungzwang im Markengesetz: Grundsätze und Einzelfragen unter Berücksichtigung der Verordnung über die Gemeinschaftsmarke, 2003, S. 38 ff. und *Bender*, Die Gemeinschaftsmarke in Rechtsprechung und Praxis, Die aktuelle Entwicklung unter besonderer Berücksichtigung der Reformdiskussion und der Urteile aus Luxemburg, *MarkenR* 2003, S. 209 (213).

¹¹⁴ *Pagenkopf*, Ein Streifzug durch Geschichte, Gegenwart und Zukunft des Geschmacksmusterschutzes, *GRUR* 1999, S. 875 (876).

¹¹⁵ Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums v. 20.3.1883, mehrfach revidiert; *BGBI.* 1970 II, S. 391; geändert am 2.10.1979, *BGBI.* 1984 II, S. 799.

¹¹⁶ Vorratsmustern kann daher der Schutz nicht versagt werden, vgl. OLG Köln *GRUR* 1956, S. 138 (141).

¹¹⁷ Vgl. zu der Frage eines möglichen Rechtsmissbrauchs: OLG Düsseldorf *GRUR* 1956, S. 44 (46) und *Eichmann*, (Fn. 3), S. 11, Fußn. 28.

2. Schutzwirkungen

a) Voraussetzungen des Verbietungsanspruchs

Bei Gemeinschaftsmarken setzt der Verbietungsanspruch¹¹⁸ eine Prüfung auf Identität und Ähnlichkeit sowohl der Marke und des beanstandeten Zeichens als auch der eingetragenen und beanstandeten Ware oder Dienstleistung voraus.¹¹⁹ Anhand beider Kriterien¹²⁰ ist das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr¹²¹ zu beurteilen, wobei auf die Sicht des Durchschnittsverbrauchers abzustellen¹²² und der Gesamteindruck ausschlaggebend ist.

Für den Verbietungsanspruch aus dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster muss festgestellt werden, ob das beanstandete Erzeugnis¹²³ keinen anderen Gesamteindruck erweckt als das Gemeinschaftsgeschmacksmuster.¹²⁴ Wie bei der Beurteilung der Eigenart ist ein Vergleich des Gesamteindrucks aus der Sicht des informierten Benutzers vorzunehmen.¹²⁵

Im Gegensatz zum Markenrecht wird im Geschmacksmusterrecht in einer direkten Gegenüberstellung ermittelt, ob ein ausreichender Abstand besteht. Welche Merkmale für den Gesamteindruck prägend und deswegen für die Gegenüberstellung vorrangig sind, ergibt sich aus den Feststellungen zur Eigenart. Weil die Herkunftsfunktion für die Ermittlung der Eigenart keine Rolle spielt, wird das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr nicht geprüft.

Ein für Gemeinschaftsmarken obligatorisches¹²⁶ Verzeichnis von eingetragenen Waren oder Dienstleistungen gibt es für eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster nicht. Die Anmeldung muss lediglich die Angabe der Erzeugnisse enthalten, für die das Geschmacksmuster bestimmt ist.¹²⁷ Die Klassifikation dieser Er-

¹¹⁸ Vgl. Art. 9 Abs. 2 GMVO.

¹¹⁹ Vgl. Art. 9 Abs. 1 a) und Abs. 1 b) GMVO.

¹²⁰ Beide Beurteilungskriterien sind gleichwertig und zeichnen sich durch eine Wechselbeziehung aus, vgl. EuGH, *Canon*, (Fn. 92), Rdnr. 17; EuGH, *Lloyd*, (Fn. 92), Rdnr. 19.

¹²¹ Diese ist die „spezifische Voraussetzung“ für den Markenschutz, vgl. den Siebten Erwägungsgrund GMVO.

¹²² Vgl. Urteil des EuGH, Rs. C 251/95, Slg. 1997, I-6191, Rdnr. 23 (*Sabel BV/Puma AG, Rudolf Dassler Sport*).

¹²³ Vgl. Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GGVO.

¹²⁴ Vgl. Art. 10 Abs. 1 GGVO.

¹²⁵ Der Grad der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers ist ebenfalls zu berücksichtigen; Art. 10 Abs. 2 GGVO.

¹²⁶ Vgl. Art. 26 Abs. 1 c) GMVO.

¹²⁷ Vgl. Art. 36 Abs. 2 GGVO.

zeugnisse¹²⁸ dient ausschließlich Verwaltungszwecken¹²⁹ und hat für die Bestimmung des Schutzbereichs keine Bedeutung.¹³⁰

b) Einfluss von Benutzungshandlungen auf den Schutzmfang

Der Schutzmfang¹³¹ von Gemeinschaftsmarken und Gemeinschaftsgeschmacksmustern kann durch Benutzungshandlungen des Rechtsinhabers unterschiedlich beeinflusst werden. Während im Markenrecht eine intensive Benutzung einen großen Bekanntheitsgrad und damit einen erweiterten Schutzmfang zur Folge haben kann,¹³² sind bei Geschmacksmustern lediglich mittelbare Auswirkungen denkbar. So kann ein langjähriger Markterfolg als Indiz für ausgeprägte Eigenart wirken.¹³³

Größere Unterschiede ergeben sich aus der Bedeutung von Handlungen Dritter. Benutzte Drittzeichen können die Unterscheidungskraft einer Marke schwächen,¹³⁴ weil es im Verletzungsstreit auf die Unterscheidungskraft zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder im ersten Kollisionszeitpunkt ankommt.¹³⁵ Die Eigenart eines Geschmacksmusters muss dagegen im Wege des Einzelvergleichs mit der nächstliegenden Erzeugnisgestaltung aus dem vorbekannten Formenschatz ermittelt werden, der nach dem Anmelde- bzw. Prioritätstag des Geschmacksmusters zu bestimmen ist. Alle nach diesem Zeitpunkt zugänglich gemachten Erzeugnisse wirken sich auf die Eigenart nicht unmittelbar aus.¹³⁶

¹²⁸ Vgl. Art. 36 Abs. 3 lit. d) GGVO.

¹²⁹ Vgl. Regel 3 Abs. 2 DVO GGVO.

¹³⁰ *Maier/Schlötelburg*, (Fn. 10), L. 2.

¹³¹ Zu den Gemeinsamkeiten bezüglich des Schutzmangs vgl. oben B.I.4.

¹³² Vgl. EuGH, *Canon*, (Fn. 92), Rdnr. 18; EuGH, *Lloyd*, (Fn. 92), Rdnrn. 20, 23 und Fn. 92. Dabei können unter anderem der Marktanteil, die Intensität, geographische Verbreitung, Dauer der Benutzung der Marke und der Werbeaufwand des Unternehmens Bedeutung erlangen.

¹³³ Vgl. *Gerstenberg/Buddeberg*, Geschmacksmustergesetz, Kommentar und Handbuch, 3. Aufl. 1996, § 5, Rdnr. 4.

¹³⁴ Vgl. zum deutschen Markenrecht: *Fezer*, Markengesetz, Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen, Dokumentation des nationalen, europäischen und internationalen Kennzeichenrechts, 3. Aufl. 2001, § 14, Rdnr. 313 ff.; *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, 1998, § 14, Rdnr. 226 ff.

¹³⁵ Vgl. BGH, GRUR 2002, S. 544, 546 f. (*BANK 24*).

¹³⁶ Vgl. *Eichmann/von Falckenstein*, (Fn. 93), § 5, Rdnr. 11; *Eichmann*, (Fn. 3), S. 21.

III. Spezialitäten

Da Geschmacksmusterschutz nur für Erzeugnisse in Betracht kommt, ist in vielen Bereichen ein Wettbewerb gegenüber Marken um das vorteilhere Schutzrecht ausgeschlossen.¹³⁷ Andererseits steht der Musterschutz nicht nur klassischen Zeichen offen, sondern bietet sich auch als Alternative für unübliche Markenformen wie beispielsweise Tastmarken an.¹³⁸

1. Spezialitäten des Gemeinschaftsmarkenschutzes

Wortmarken¹³⁹ werden zwar in typographischen Schriftzeichen ausgeführt; jedoch sind Worte, Buchstaben und Zahlen keine Erzeugnisse im Sinne des Geschmacksmusterrechts. Besondere Schreibweisen und Ausgestaltungen von Wortmarken können zwar als Bildzeichen¹⁴⁰ und als Geschmacksmuster eingetragen werden. Der gedankliche Inhalt von Zahlen, Buchstaben und Worten kann jedoch nur Gegenstand des Markenschutzes sein.¹⁴¹

Farben sind zwar in Art. 3 lit. a) GGVO als Beispiele für Erscheinungsformen von Erzeugnissen aufgeführt, aber weder konturlose Farben noch konturlose Farbkombinationen¹⁴² sind Erzeugnisse im Sinne der GGVO. Für die farbliche Ausgestaltung eines Erzeugnisses kann jedoch ein Geschmacksmusterschutz in Betracht kommen. Sogar die einfarbige Ausführung eines Erzeugnisses kann nicht nur Marken-, sondern auch Geschmacksmusterschutz genießen.¹⁴³

Entsprechungen zu Hör-,¹⁴⁴ Geruchs-¹⁴⁵ und Geschmacksmarken¹⁴⁶ gibt es bei Gemeinschaftsgeschmacksmustern nicht, da Gegenstand dieser Zeichen keine Erzeugnisse sind.¹⁴⁷

¹³⁷ *Eichmann*, (Fn. 3), S. 12.

¹³⁸ *Schlötelburg*, Musterschutz an Zeichen, GRUR 2005, S. 123 (125).

¹³⁹ Vgl. Regel 3 Abs. 1 DVO GMVO.

¹⁴⁰ Vgl. Regel 3 Abs. 2 DVO GMVO.

¹⁴¹ *Eichmann*, (Fn. 3), S. 12.

¹⁴² Vgl. zu deren Markenfähigkeit: *Fezer*, (Fn. 134), § 3, Rdnr. 265 ff. und Urteil des EuGH, Rs. C-49/02 (*Heidelberger Bauchemie GmbH*), GRUR 2004, S. 858.

¹⁴³ *Eichmann*, (Fn. 3), S. 12 f. m.w.N.

¹⁴⁴ Vgl. die Nachweise bei *Bender*, Das Baby wird trocken!, Die Gemeinschaftsmarke zwischen Reform und Rechtsprechung, Teil 2 - Die absoluten Schutzversagungsgründe, MarkenR 2004, S. 169 (170).

¹⁴⁵ Vgl. *Fezer*, (Fn. 134), § 3, Rdnr. 282b.

¹⁴⁶ *Fezer*, (Fn. 134), § 3, Rdnr. 283 ff.

¹⁴⁷ *Eichmann*, (Fn. 3), S. 13.

2. Spezialitäten des Gemeinschaftsgeschmacksmusterschutzes

Der Geschmacksmusterschutz bietet sich hingegen als Alternative für unübliche Markenformen an. So sind haptische Zeichen musterfähig, da die „Oberflächenstruktur“ in Art. 3 lit. a) GGVO ausdrücklich genannt ist und Geschmacksmuster nicht notwendig visuell wahrnehmbar sein müssen.¹⁴⁸ Auf die graphische Darstellbarkeit, die bei Geruchs- und Hörmärken problematisch sein kann, kommt es jedenfalls bei nicht eingetragenen Geschmacksmustern nicht an.¹⁴⁹ Nicht nur musterfähig, sondern auch eintragbar sind animierte Zeichen wie beispielsweise eine sich zeitlich verändernde Leuchtanzeige.¹⁵⁰

IV. Überschneidungen

1. Schutzgegenstand / Begriffsbestimmungen

Im Gemeinschaftsrecht haben die Begriffsbestimmungen des Marken- und Geschmacksmusterrechts nicht nur Erweiterungen gegenüber den Schutzmöglichkeiten aus den Entstehungszeiten dieser Rechtsgebiete, sondern auch gegenseitige Annäherungen zur Folge.¹⁵¹

Gegenstand einer Gemeinschaftsmarke kann jedes Zeichen sein, das graphisch darstellbar und geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.¹⁵² Die Markenfähigkeit richtet sich daher nicht nach dem Gegenstand der Darstellung, sondern nach seiner graphischen Darstellbarkeit und Eignung zur Herkunftsunterscheidung.

Durch das Gemeinschaftsgeschmacksmuster wird die Erscheinungsform geschützt, die ein Erzeugnis hat.¹⁵³ Diesem Begriff liegt zugrunde, dass ein Gegenstand industriell oder handwerklich herstellbar ist.¹⁵⁴ Dem Geschmacksmusterschutz zugänglich sind daher vor allem handelbare Waren als Ergebnis der Gestaltungstätigkeit von Entwerfern.¹⁵⁵ Im Wortsinn sind graphische Symbole als Beispiel für

¹⁴⁸ Vgl. *Maier/Schlötelburg*, (Fn. 10), B.1.

¹⁴⁹ Vgl. *Maier/Schlötelburg*, (Fn. 10), B.1.; zum Kriterium der grafischen Darstellbarkeit als Zulassungsvoraussetzung zum Markenschutz siehe *Kur, Alles oder Nichts im Formmarkenschutz?*, GRUR Int. 2004, S. 755 (760) m.w.N.

¹⁵⁰ In dem Register ist diese Leuchtanzeige in verschiedenen Ansichten wiedergegeben, die jeweils einen momentanen Zustand der Anzeige darstellen, vgl. die Hinweise bei: *Schlötelburg*, (Fn. 138), S. 125.

¹⁵¹ *Eichmann*, (Fn. 3), S. 13.

¹⁵² Vgl. Art. 4 GMVO.

¹⁵³ Vgl. Art. 3 lit. a) GGVO.

¹⁵⁴ Vgl. Art. 3 lit. b) GGVO.

¹⁵⁵ Vgl. Art. 14 Abs. 1 GGVO.

einen industriellen oder handwerklichen Gegenstand bildliche Zeichen, durch die ein Bedeutungsinhalt mitgeteilt wird. Graphische Symbole können auch als Erkennungsmerkmale dienen¹⁵⁶ und als solche auf Anbieter von Waren oder Dienstleistungen hinweisen.¹⁵⁷

Die „Form der Ware“ im Sinne des Markenrechts entspricht der „Gestalt eines Erzeugnisses“ nach dem Geschmacksmusterrecht. Der Begriff „Ausstattung“ des Geschmacksmusterrechts stimmt mit dem der „Aufmachung“ des Markenrechts überein, die zugleich die im Geschmacksmusterrecht ausdrücklich aufgeführte „Verpackung“ einschließt. Die „Abbildungen“ des Markenrechts sind Grundlage für den Schutz von Bildmarken. Sowohl aus der Musterfähigkeit von „graphischen Symbolen“ als auch aus den Merkmalen der „Linien, Konturen, Farben“ des Geschmacksmusterrechts folgt, dass alle Arten von graphischen Gestaltungen, die als Bildmarken eintragbar sind, auch Gegenstand eines Geschmacksmusters sein können.¹⁵⁸

2. Schutz eines Designs als Marke

a) Problemstellung

Die Überschneidung der Begriffsbestimmungen machen deutlich, dass bei Vorliegen der jeweiligen Schutzworaussetzungen alle Arten von – zwei- oder dreidimensionalen – graphischen Gestaltungen parallel sowohl durch das Geschmacksmuster- als auch durch das Markenrecht geschützt werden können.¹⁵⁹ In diesem Zusammenhang ist insbesondere der Markenschutz für Produktgestaltungen von nicht unerheblicher Bedeutung.¹⁶⁰ Durch die Möglichkeit der Eintragung von Warenformen als Marken steht neben dem Geschmacksmusterrecht – als eigentliche Heimat des Designschutzes – ein weiteres Registerrecht zur Verfügung, das als einziges zeitlich potentiell unbegrenztes Immateriagüterrecht besondere Attraktivität ausübt.¹⁶¹

Im Unterschied zum Geschmacksmusterschutz wird bei einer Formmarke das Design nicht als solches geschützt. Vielmehr erfolgt ein Schutz in seiner Eigenschaft als Unterscheidungsmerkmal zur Kennzeichnung einer Ware oder Dienst-

¹⁵⁶ Zum Beispiel ein Sternenkranz für die Europäische Union, fünf Ringe für Olympia.

¹⁵⁷ Beispielsweise ein stilisierter Apfel für einen PC-Hersteller, ein stilisierter Kranich für eine Fluggesellschaft.

¹⁵⁸ *Eichmann*, (Fn. 3), S. 12 f.

¹⁵⁹ Vgl. *Lorenzen*, (Fn. 6), S. 36.

¹⁶⁰ Vgl. *Würtenberger*, (Fn. 7), S. 912.

¹⁶¹ Vgl. *Stolz*, (Fn. 5), S. 23.

leistung. Das Kennzeichenrecht dient der Identifizierung der Produkte, hat also nicht die Produktherstellung und Produktgestaltung zum Gegenstand.¹⁶²

Durch den Markenschutz soll die Nachbildung eines gekennzeichneten Produktes – bei Fehlen anderen Schutzes – nicht verhindert werden, sofern ein anderes Kennzeichen gewählt wird.¹⁶³ Das Zeichenrecht setzt also auf der Nachfrageebene an, greift aber durch die Möglichkeit der Eintragung von Formmarken in den Produktionswettbewerb ein. Vor diesem Hintergrund stellt die Identität von Marke und Produktform eine scheinbare Irregularität dar,¹⁶⁴ zumal der markenrechtliche Schutz für ein Design als Herkunftskennzeichen zeitlich unbegrenzt ist, während der Geschmacksmusterschutz höchstens 25 Jahre währt. Auch wenn der Schutzgegenstand des Markenrechts die Warenform als Zeichen und nicht das Produkt selbst ist, kann das Zeichenrecht im Ergebnis zu einem Schutz der Produktform führen.¹⁶⁵

Mithin besteht die Gefahr, dass über den markenrechtlichen Schutz in den originären Schutzbereich des Geschmacksmusterrechts eingegriffen wird. Darüber hinaus ist einer möglichen Behinderung des Wettbewerbs durch eine zu extensive Gewährung von Markenschutz vorzubeugen. Dennoch muss aber dem Willen des Gesetzgebers, einen Formmarkenschutz zu gewähren, Rechnung getragen werden.¹⁶⁶

b) Schutzgründe

Die gewerblichen Schutzrechte begründen Monopolrechte an immateriellen Gütern, die deren Inhabern zur ausschließlichen Nutzung zugeordnet werden und – mit Ausnahme des Zeichenrechts – nach einer gesetzlich bestimmten Maximalfrist erlöschen. In einer durch Wettbewerbsfreiheit gekennzeichneten Wirtschaftsordnung bedarf die Zuteilung von Ausschließlichkeitsrechten der Rechtfertigung durch Schutzgründe. Folgerichtig setzen die gewerblichen Schutzrechte eine geistig-gewerbliche Leistung voraus, die in einem Arbeitsergebnis zum Ausdruck kommt. Neben dem Gedanken des Leistungsschutzes findet die Monopolisierung von immateriellen Gütern ihre Rechtfertigung in wirtschaftspolitischen Erwägungen.¹⁶⁷

¹⁶² Vgl. Stolz, (Fn. 5), S. 53.

¹⁶³ Vgl. von Falckenstein, Markenrecht versus Geschmacksmusterrecht – Zur ausreichenden Offenbarung dreidimensionaler Marken, GRUR 1999, S. 881 (882).

¹⁶⁴ Kur, in: Fs. DPA – 100 Jahre Marken®-Amt (1994), S. 175 (178 f.).

¹⁶⁵ Vgl. Sambuc, Das Freihaltebedürfnis an beschreibenden Angaben und der Ware selbst nach dem Markengesetz, GRUR 1997, S. 403 ff., Stolz, (Fn. 5), S. 53 f.

¹⁶⁶ Vgl. Böhm, Der Schutz der dreidimensionalen Marke, 2001, S. 26; Eichmann, Schutzvoraussetzungen und Schutzwirkungen von Abbildungsmarken, GRUR Int. 2000, S. 483 (484).

¹⁶⁷ Vgl. zu den Schutzgründen des Patentschutzes, deren Gedanke auf alle gewerblichen Schutzrechte übertragbar ist: Hubmann/Götting, (Fn. 12), § 5, Rdnr. 8.

Das Design von Gegenständen als Arbeitsergebnis bildet den Anknüpfungspunkt für die Zuteilung eines Muster- oder Zeichenrechts. Der Grund des Schutzes liegt hingegen in der im Arbeitsergebnis objektivierten Leistung.¹⁶⁸

Das Muster- und Markenrecht repräsentiert unterschiedliche Welten im System der gewerblichen Schutzrechte. Während das Geschmacksmusterrecht eine Designinnovation voraussetzt, bietet das Markenrecht die Möglichkeit, ein WarenSymbol als Herkunftshinweis nebst zugehörigem Vorstellungsgehalt aufzubauen und dient damit der Markttransparenz.¹⁶⁹

Diese Grenzziehung sollte beachtet werden, auch wenn das Marketinginstrument Design unterschiedliche Facetten beinhaltet, die einerseits innovationsbezogen, andererseits informationsbezogen sind. Wird zwischen diesen Kategorien nicht differenziert, kommt es zu Systembrüchen. Designinnovationen würden einerseits unter dem Kleide des Zeichenrechts systemwidrig zeitlich unbegrenzt monopolisiert, während das Musterrecht als Schutzrecht vor Produktverwechslungen, die wettbewerblich irrelevant sind und die Markttransparenz nicht beeinträchtigen, in volkswirtschaftlicher Hinsicht nicht gerechtfertigt werden könnte.¹⁷⁰

Die wirtschaftspolitische Berechtigung des Zeichenrechts folgt dem Gedanken der Markttransparenz, indem das Markenrecht durch den Schutz der Herkunftsfunktion die Steuerungsfunktion des Wettbewerbs ermöglicht und fördert. Kann ein Design zur zu treffenden Herkunftszuordnung nichts beitragen, muss es vom Zeichenschutz ferngehalten werden.

Zwar kann eine Innovation markenrechtlich dadurch abgesichert werden, dass durch das Anbringen eines Zeichens eine Zuordnung der Innovation zum Innovationsunternehmen ermöglicht und gefördert wird. Diese Absicherung darf aber nicht zu einer Monopolisierung der Innovation selbst führen, auch wenn Warenform und Zeichen äußerlich identisch sind.¹⁷¹

Der Gefahr der – zeitlich potentiell unbegrenzten – Monopolisierung einer Produktgestaltung im Wege des Markenschutzes hat der europäische Gesetzgeber durch speziell normierte Schutzausschließungsgründe für Formmarken Rechnung getragen.

¹⁶⁸ Vgl. Stolz, (Fn. 5), S. 57.

¹⁶⁹ Vgl. Stolz, (Fn. 5), S. 84.

¹⁷⁰ Vgl. Stolz, (Fn. 5), S. 84.

¹⁷¹ Vgl. Stolz, (Fn. 5), S. 85.

c) Schutzausschlussgründe des Gemeinschaftsmarkenrechts

(1) Formbezogene Schutzausschlussgründe

Bestimmten Formmarken bleibt nach Art. 7 Abs. 1 lit. e) GMVO der Markenschutz versagt. Diese Schutzausschließungsgründe zur Vermeidung von Kollisionen mit anderen Schutzrechten sollen als spezielle Regelungen des Freihaltebedürfnisses der Mitbewerber Dauermonopolrechte an der Ware selbst sowie den durch sie bedingten technischen oder ästhetischen Produktmerkmalen verhindern, die die gegenständliche Beschaffenheit der Warenart betreffen.¹⁷² Der Gesetzgeber sah aus wettbewerbspolitischen und rechtssystematischen Gründen die Notwendigkeit, absolute Schutzhindernisse zu normieren, um eine Monopolisierung bestimmter Formen zu vermeiden.¹⁷³

aa) Art der Ware

Nicht als Marke eintragungsfähig ist nach Art. 7 Abs. 1 lit. e) i) GMVO die durch die Art der Ware bedingte Form. Damit wird nicht sämtlichen Zeichen die Eintragungsfähigkeit abgesprochen, mittels derer die konkrete Form der jeweiligen Ware dargestellt wird. Maßgeblich ist vielmehr, ob die gewählte Form zwingend durch die Art der Ware vorgegeben ist.¹⁷⁴ Welche Formen durch die Art der Ware selbst bedingt sind, ergibt sich bereits aus einem Wortvergleich mit den in Art. 7 Abs. 1 lit. c) GMVO aufgeführten Ausschließungsgründen. Wenn ein Zeichen zur Bezeichnung der Art der Ware dienen kann, ist es als allgemeinste Form der beschreibenden Angaben von der Eintragung ausgeschlossen. Während die weiteren gesetzlich aufgeführten Beispiele einzelne Eigenschaften der Ware betreffen, ist mit „Art“ die „Gattung“ der Ware gemeint.¹⁷⁵ Gattungsbezeichnungen sind als „Bezeichnungen für eine Warenart“ in hohem Maße freihaltebedürftig, da ein Markenschutz für eine Gattungsbezeichnung ein Kennzeichnungsmonopol zur Folge hätte, das in seinen Auswirkungen einem Herstellungs- oder Vertriebsmonopol nahe käme. Wenn eine Formgebung für eine Ware gattungsspezifisch ist, wird dem aus der Art der Ware resultierenden Ausschließungsgrund Rechnung getragen.¹⁷⁶ Dabei hat das Freihaltebedürfnis größere Bedeutung als bei Gattungsbezeichnungen, da eine durch Benutzung erlangte Unterscheidungskraft nicht berücksichtigt wird.¹⁷⁷

¹⁷² *Württenberger*, (Fn. 7), S. 912.

¹⁷³ *Stolz*, (Fn. 5), S. 85 f.

¹⁷⁴ *Hasselblatt*, (Fn. 50), § 34, Rdnr. 27.

¹⁷⁵ *Eichmann*, (Fn. 3), S. 16.

¹⁷⁶ Vgl. *Eichmann*, Technizität von Erfindungen – Technische Bedingtheit von Marken und Mustern, GRUR 2000, S. 751 (759).

¹⁷⁷ Vgl. Art. 7 Abs. 3 GMVO.

Durch die Art der Ware bedingt sind solche Charakteristika, die ein generisches Produkt dieser Gattung aufweist, beispielsweise Griff und Klinge bei einem Messer. Ausschlaggebend ist somit, ob aus Sicht des Verkehrs bei funktionaler Betrachtung die Form der schutznachsuchenden Warengattung nur in der konkreten Ausgestaltung denkbar ist¹⁷⁸ oder ob es sinnvolle Alternativen gibt. Dabei steht der Eintragungsfähigkeit nicht entgegen, dass die konkrete Form auch funktionalen Charakter aufweist, wenn und soweit ihr Gesamteindruck durch über die funktionale Formgebung hinausreichende, ästhetische Gesichtspunkte (mit-)geprägt wird.¹⁷⁹ Praktisch wird dieser Versagungsgrund nur selten durchgreifen, da eine ganz konkrete Form nur in wenigen Fällen zwingend durch die Warengattung vorgegeben wird¹⁸⁰ und zumeist Gestaltungsalternativen vorhanden sind.¹⁸¹ Hinreichend sind geringe, nicht durch die Art der Ware vorgegebene, ästhetische oder sonst eigentümliche Veränderungen, um dieses Eintragungshindernis zu überwinden.¹⁸²

bb) Technische Wirkung

Artikel 7 Abs. 1 lit. e) ii) GMVO schließt solche Zeichen von der Eintragung aus, die ausschließlich aus einer Form bestehen, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich ist. Dies sind zum Beispiel Scherköpfe eines Rasierapparates in einer bestimmten Anordnung, wenn diese einen technischen Effekt hat. Technische Neuerungen und Verbesserungen sollen nicht auf unbegrenzte Zeit über den Markenschutz monopolisiert, sondern – gegebenenfalls nach Ablauf bestehender technischer Schutzrechte – der Allgemeinheit zugänglich gemacht werden.¹⁸³

¹⁷⁸ Also der Prototyp eines bestimmten Produkts, beispielsweise die Form einer Kartoffel für Kartoffeln, vgl. *Renck/Petersenn*, Das Ende dreidimensionaler Marken in der EU?, Eine Untersuchung der Entscheidungspraxis aus Luxemburg, insbesondere der Entscheidung des EuGH vom 8. April 2003 in Sachen Linde AG, Winward Industries Inc. und Rado Uhren AG, sowie des Schutzmangels dreidimensionaler Marken seit Linde, WRP 2004, S. 440 (444).

¹⁷⁹ Vgl. *Hasselblatt*, (Fn. 50), § 34, Rdnr. 27; *von Mühlendahl/Ohlgart/von Bomhard*, Die Gemeinschaftsmarke, 1998, § 4, Rdnr. 32 f.

¹⁸⁰ Beispielsweise die dreidimensionale Wiedergabe eines Würstchens für Wurstwaren, vgl. *Hasselblatt*, (Fn. 50), § 34, Rdnr. 27.

¹⁸¹ Beispielsweise bedingt bei einer Blumenvase die Art der Ware, dass sie Wasser und Blumen aufnehmen können muss. Dies lässt sich aber auf vielfältige Weise erreichen. Ist eine Blumenvase zum Beispiel asymmetrisch geformt, mag das zwar das Wesen der Ware ausmachen, aber diese Form ist nicht durch die Art der Ware bedingt, vgl. *Lorenzen*, (Fn. 6), S. 38.

¹⁸² Damit korrespondiert gegebenenfalls ein geringer Schutzmangels der Marke nach erfolgter Eintragung, vgl. *Hasselblatt*, (Fn. 50), § 34, Rdnr. 27.

¹⁸³ *Hasselblatt*, (Fn. 50), § 34, Rdnr. 28.

Ein Zeichen, das ausschließlich aus der Form der Ware besteht, ist aufgrund dieser Vorschrift nicht eintragungsfähig, wenn nachgewiesen wird, dass die „wesentlichen funktionalen Merkmale“ dieser Form nur der technischen Wirkung zuzuschreiben sind. Der Nachweis, dass es andere Formen gibt, mit denen sich die gleiche technische Wirkung erzielen lässt, kann das Eintragungshindernis nicht ausräumen.¹⁸⁴ So spielt es für die oben genannte Anordnung von Scherköpfen keine Rolle, ob derselbe technische Effekt über eine andere Anordnung erzielt werden kann.

Im Rahmen der Anwendbarkeit von Art. 7 Abs. 1 lit. e) ii) GMVO stellt sich daher die Frage, welches die wesentlichen Merkmale einer Form sind und, wenn diese Merkmale funktioneller Art sind, ob diese wesentlich für die Form sind. Der von dem europäischen Gesetzgeber gewählte Begriff der „Erforderlichkeit“ und die von dem Europäischen Gerichtshof verwendete Formulierung „wesentliche funktionale Merkmale“ sprechen für eine restriktive Auslegung, so dass selbst Formen, die teilweise technische Wirkung haben, bei denen aber ästhetische Abwandlungen eine wesentliche Rolle spielen, die Anwendbarkeit von Art. 7 Abs. 1 lit. e) ii) GMVO ausschließen.¹⁸⁵

Die Relevanz von Formalternativen ist allerdings nur dann ausgeschlossen, wenn zuvor festgestellt worden ist, dass die wesentlichen Merkmale einer Form technische Wirkung haben. Darüber hinaus bestimmt die Existenz von Formalternativen weiterhin, ob Markenschutz für eine bestimmte Form Auswirkungen auf den Wettbewerb hat.¹⁸⁶

cc) Wesentlicher Wert

Nach Art. 7 Abs. 1 lit. e) iii) GMVO sind solche Zeichen vom Markenschutz ausgenommen, die ausschließlich aus einer Form bestehen, die der Ware einen wesentlichen Wert verleiht. Dies kann zwar durch unterschiedliche Eigenschaften einer Ware erfolgen. Da aber auf die Form der Ware abzustellen ist und die Merkmale, die einer technischen Wirkung zugeordnet sind, eine eigenständige Regelung erfahren haben,¹⁸⁷ kommen nur die für die geschmackliche Wirkung einer Ware maßgeblichen Merkmale in Betracht.¹⁸⁸ Dies wird auch durch die Kollisionsregeln des Immaterialgüterrechts bestätigt, wonach „ästhetische“ Formschöpfungen nicht nur vom Patent-, sondern auch vom Markenschutz ausgeschlossen sein sollen.¹⁸⁹

¹⁸⁴ EuGH, *Philips*, (Fn. 78), Rdnr. 84.

¹⁸⁵ Vgl. *Renck/Petersenn*, (Fn. 178), S. 444.

¹⁸⁶ Vgl. *Renck/Petersenn*, (Fn. 178), S. 444.

¹⁸⁷ Vgl. Art. 7 Abs. 1 lit. e) ii) GMVO.

¹⁸⁸ Vgl. die Schlussanträge des GA *Colomer*, verb. Rs. C-53/01 bis C-55/01, Slg. 2003, I-3161, Rdnr. 29 (*Linde AG, Winward Industries Inc. und Rado Uhren AG*).

¹⁸⁹ *Eichmann*, (Fn. 3), S. 16.

Die Form, die der Ware erst einen wesentlichen Wert verleiht, ist beispielsweise der modische Stil für das Kleid, nicht hingegen die Blütenform für den Käse.

Es ist darauf abzustellen, ob die ästhetisch besonders ausgeprägte Form der Ware aus Verbrauchersicht deren eigentlichen Wert ausmacht, diese in anderer Form für ihn hingegen wertlos wäre. Unschädlich ist dagegen, wenn anhand der konkreten Formgebung ein bekanntes Produkt eines bestimmten Herstellers erkannt und deshalb bestimmte Gütevorstellungen geweckt werden. Das nur mittelbare Hervorrufen positiver Assoziationen durch eine bestimmte Formgestaltung einer Ware bedeutet nicht, dass ihr dadurch ein wesentlicher Wert verliehen wird.¹⁹⁰ Grundsätzlich irrelevant für die Bestimmung des wesentlichen Wertes ist, ob die als Marke angemeldete Formgebung Geschmacksmuster- oder Urheberrechtsschutz beansprucht (hat). Gründet sich allerdings ein solcher Schutz ausschließlich auf die Markenschutz nachsuchende Form, ist darin eine wesentliche Wertverleihung der Ware zu erkennen und der Markenschutz zu versagen. Andernfalls ließe sich über den Markenschutz die gesetzlich limitierte Schutzhauer der Geschmacksmuster- und Urheberrechte ewig perpetuieren.¹⁹¹

dd) Zusammenfassung

Die formbezogenen Schutzausschlussgründe des Gemeinschaftsmarkenrechts sollen Kollisionen mit anderen Kategorien von Schutzrechten und eine unerwünschte Monopolisierung bestimmter Formgestaltungen vermeiden.

Auch wenn die Bestimmungen des Art. 7 Abs. 1 lit. e) GMVO als spezielle Regelungen des Freihaltebedürfnisses der Mitbewerber zu qualifizieren sind,¹⁹² dürfen diese nicht mit der Berücksichtigung von Freihalteinteressen überfrachtet werden.¹⁹³

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ist ein der Schutzhigkeit entgegenstehendes Allgemeininteresse nur gegeben, wenn die Eintragung der technisch bedingten Form den Wettbewerber daran hinderte, eine Form mit entsprechend technisch-funktionaler Bedeutung auf den Markt zu bringen.¹⁹⁴ Durch die Betonung des freien Wettbewerbs¹⁹⁵ wird deutlich, dass sich die Auslegung des

¹⁹⁰ Vgl. von Mühlendahl/Ohlgart/von Bomhard, (Fn. 179), § 4, Rdnr. 36; Ingerl/Robnke, (Fn. 134), § 3, Rdnr. 42.

¹⁹¹ Hasselblatt, (Fn. 50), § 34, Rdnr. 29.

¹⁹² Würtenberger, (Fn. 7), S. 912.

¹⁹³ Ullmann, Die Form einer Ware als Marke – Illusion oder Chance?, NJW-Sonderheft 100 Jahre Markenverband 2003, S. 83, der darauf hinweist, dass das Freihaltungsbedürfnis grundsätzlich erst in Art. 3 lit. c) MarkenRL [Art. 7 Abs. 1 lit. c) GMVO] eine Rolle spielt.

¹⁹⁴ Vgl. EuGH, Philips, (Fn. 78), Rdnr. 80.

¹⁹⁵ Vgl. EuGH, Philips, (Fn. 78), Rdnrs. 78, 80, 82.

Eintragungshindernisses „funktionale Formen“ daran zu orientieren hat, dass der Wettbewerb nicht unzulässig eingeschränkt wird. Kann die gleiche technische Funktion im Einzelfall erwiesenermaßen mit unterschiedlichen Formen erreicht werden, ist eine unzulässige Einschränkung des Wettbewerbs durch den Markenschutz einer der Formalternativen ausgeschlossen. Der Markenschutz dient hier vielmehr dem öffentlichen Interesse, den Verbraucher vor Verwechslungen zu schützen. Dieser Verwechslungsschutz liegt ebenso im öffentlichen Interesse wie der Schutz des freien Wettbewerbs.¹⁹⁶

Nach dem Wortlaut der Vorschrift und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ist eine restriktive Auslegung von Art. 7 Abs. 1 lit. e) ii) GMVO angezeigt, wobei dies auch für die beiden anderen Fälle des Art. 7 Abs. 1 lit. e) GMVO gilt. So kommen als durch die Art der Ware selbst bedingte Formen lediglich solche in Betracht, die bei funktionaler Betrachtung nach objektiver Verkehrsschauung nur in der konkreten Form denkbar sind.¹⁹⁷ Bei wertbedingten Formen ist eine enge Auslegung angezeigt, um nicht jede irgendwie ästhetisch oder sonst originell geprägte Gestaltung vom Markenschutz auszuschließen.¹⁹⁸

Das für produktabhängige Formmarken vorgreifliche Hindernis¹⁹⁹ des Art. 7 Abs. 1 lit. e) GMVO ist somit leicht zu überwinden.²⁰⁰ Das ist schon der Fall, wenn die Form für Waren beansprucht wird, die keinen Bezug zu dieser Form aufweisen – weder aus der Natur der Sache, noch technisch bedingt, noch als wertbildender Faktor.

(2) Sonstige Schutzausschlussgründe

Die Schutzversagungsgründe des Art. 7 Abs. 1 lit. b) bis d) GMVO haben auch für dreidimensionale, aus der Form der Ware bestehende Zeichen eigenständige

¹⁹⁶ Vgl. *Renck/Petersenn*, (Fn. 178), S. 444.

¹⁹⁷ Vgl. *Renck/Petersenn*, (Fn. 178), S. 444.

¹⁹⁸ Vgl. *Lorenzen*, (Fn. 6), S. 40.

¹⁹⁹ Vgl. EuGH, *Philips*, (Fn. 78), Rdnr. 74 ff.; Urteil des EuGH, verb. Rs. C-53/01 bis C-55/01, Slg. 2003, I-3161, Rdnr. 65 (*Linde AG, Winward Industries Inc. und Rado Uhren AG*; im Folgenden: EuGH, *Linde/Winward/Rado*).

²⁰⁰ *Ullmann*, (Fn. 193), S. 83. Hiergegen wendet sich *Würtenberger*, (Fn. 7), S. 913, 919, der auf die eigentliche Aufgabe des § 3 Abs. 2 des deutschen Markengesetzes [Art. 7 Abs. 1 lit. e) GMVO] verweist und fordert, diesem in der Eintragungspraxis größere Beachtung zu schenken. Nehme eine Warenform zu leicht die Hürde dieser Bestimmung, sei der Möglichkeit Tür und Tor geöffnet, nur auf Grund der Marktstellung einer Ware, und sei sie hinsichtlich ihres Aufbaus oder ihrer einzelnen Gestaltungsmerkmale noch so banal, Markenschutz zu verschaffen. Das zu verhindern sei gerade die Aufgabe des § 3 Abs. 2 des deutschen Markengesetzes [Art. 7 Abs. 1 lit. e) GMVO].

Bedeutung.²⁰¹ Mithin bedeutet allein die Überwindung der Schutzhindernisse des Art. 7 Abs. 1 lit. e) GMVO nicht automatisch, dass der Weg zur Registrierung frei ist.²⁰²

Allerdings können die Schutzversagungsgründe des Art. 7 Abs. 1 lit. b) bis d) GMVO im Gegensatz zu denen des Art. 7 Abs. 1 lit. e) GMVO²⁰³ durch Benutzung überwunden werden.

aa) Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft

Für alle Kategorien von Marken gilt, dass sie von der Eintragung ausgeschlossen sind, sofern sie keine Unterscheidungskraft besitzen.²⁰⁴ Dreidimensionalen Marken, die aus der Form der Ware bestehen, kommt insoweit keine Sonderbehandlung zu.²⁰⁵

Auch bei Formmarken steht erst das Fehlen jeglicher Unterscheidungskraft einer Eintragung entgegen; schon ein geringer Grad herkunftshinweisender Funktion der gewählten Form genügt.²⁰⁶ Ausschlaggebend ist, ob „der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher“ aus der Form der Ware schließt, die so geformte oder verpackte Ware stamme von einem bestimmten Unternehmen und werde zur Unterscheidung von Waren anderer Unternehmen so geformt.²⁰⁷

201 Vgl. EuGH, *Linde/Winward/Rado*, (Fn. 199), Rdnr. 66: Es ergibt sich weder aus dem Wortlaut von Art. 3 der MarkenRL [Art. 7 GMVO] noch aus ihrer Ratio, dass die anderen Bestimmungen nicht auch auf die Anmeldungen dreidimensionaler Marken, die aus der Form der Ware bestehen, anwendbar wären.

202 Vgl. EuGH, *Linde/Winward/Rado*, (Fn. 199), Rdnr. 67.

203 Vgl. Art. 7 Abs. 3 GMVO.

204 Vgl. Art. 7 Abs. 1 lit. b) GMVO.

205 Insbesondere ist kein strengerer Maßstab anzulegen als bei anderen Markenformen; vgl. EuGH, *Linde/Winward/Rado*, (Fn. 199), Rdnrn. 40, 47, 66: Weder aus dem Sinn und Zweck der Markenrichtlinie noch aus dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 lit. b) MarkenRL [Art. 7 Abs. 1 lit. b) GMVO] ergibt sich eine solche Differenzierung. Das Kriterium der Unterscheidungskraft erfordert vielmehr in Bezug auf jede Marke, dass diese geeignet ist, die Ware als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und sie somit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden; vgl. zu den Anforderungen an die Unterscheidungskraft dreidimensionaler Marken auch: *Bender*, (Fn. 113), S. 211; *Eichmann*, (Fn. 3), S. 14 m.w.N.

206 *Ullmann*, (Fn. 193), S. 83; *Sambuc*, (Fn. 165), S. 403.

207 Vgl. EuGH, *Philips*, (Fn. 78), Rdnrn. 35, 63; EuGH, *Linde/Winward/Rado*, (Fn. 199), Rdnrn. 41, 46. Der Gerichtshof führt allerdings aus, dass es in der Praxis schwieriger sein könne, die Unterscheidungskraft einer aus der Form einer Ware bestehenden Marke nachzuweisen als die einer Wort- oder Bildmarke.

bb) Schutzhindernis der beschreibenden Angaben

Bei dreidimensionalen, aus der Form der Ware bestehenden Zeichen hat auch der Schutzversagungsgrund des Art. 7 Abs. 1 lit. c) GMVO selbständige Bedeutung. Er ist insbesondere dann relevant, wenn solche Marken die typischen Merkmale und die über die technisch notwendige Gestaltung hinaus charakteristischen Elemente aufweisen, in denen der Verkehr einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft sieht. Sind solche Zeichen unterscheidungskräftig und nicht durch ein formbezogenes Schutzhindernis von der Eintragung ausgeschlossen, können sie insbesondere als die „Beschaffenheit der Ware“ beschreibend angesehen und somit in der Regel nur über die Benutzung nach Art. 7 Abs. 3 GMVO registriert werden.²⁰⁸

d) Ergebnis

Die Legitimität des markenrechtlichen Designschutzes ist im europäischen Markenrecht anerkannt. Der Formmarkenschutz unterliegt allein den Schranken der Ausschlussgründe der GMVO. Für die Markenfähigkeit eines dreidimensionalen Zeichens ist dessen Eignung zur Produktidentifikation im Sinne der Produktverantwortung und -kontrolle des Markeninhabers entscheidend, der allein für die Qualität des Produkts verantwortlich gemacht werden kann.²⁰⁹

Den durch die Möglichkeit des Formmarkenschutzes bestehenden Gefahren des Eingriffs in den Schutzbereich des Geschmacksmusterrechts, der dauerhaften Monopolisierung von Produktgestaltungen und der möglichen Behinderung des Wettbewerbs wird durch die formbezogenen Schutzausschlussgründe des Art. 7 Abs. 1 lit. e) GMVO Rechnung getragen, wobei eine restriktive Auslegung angezeigt ist. Hierdurch mag zwar die Gefahr begründet werden, dass Warenformen zu leicht die Hürde dieser Bestimmung überwinden.²¹⁰ Da aber die Schutzversagungsgründe des Art. 7 Abs. 1 lit. b) bis d) GMVO auch für dreidimensionale Marken eigenständige Bedeutung besitzen, ist durch die Überwindung der formbezogenen Schutzausschlussgründe nicht automatisch der Weg zur Registrierung frei.

Wie bei jeder anderen Markenform ist auch bei Formmarken zu prüfen, ob sie alle in Art. 7 Abs. 1 b) bis e) GMVO genannten Kriterien erfüllen. Diese Kriterien sind in jedem Einzelfall im Lichte des ihnen jeweils zu Grunde liegenden Allgemeininteresses auszulegen und anzuwenden.²¹¹ Auch wenn die Eintragung einer aus

²⁰⁸ Vgl. die zweite Vorlagefrage des BGH, in: EuGH, *Linde/Winward/Rado*, (Fn. 199), Rdnr. 25.

²⁰⁹ Vgl. Fezer, Entwicklungslinien und Prinzipien des Markenrechts in Europa; Auf dem Weg zur Marke als einem immaterialgüterrechtlichen Kommunikationszeichen, GRUR 2003, S. 457 (467).

²¹⁰ Vgl. Würtenberger, (Fn. 7), S. 913.

²¹¹ Vgl. EuGH, *Linde/Winward/Rado*, (Fn. 199), Rdnr. 76.

der Form der Ware bestehenden Marke nicht grundsätzlich aus Gründen des Allgemeininteresses ausgeschlossen und insoweit auf den Einzelfall abzustellen ist, wird das Interesse des Einzelnen an der Erlangung markenrechtlichen Schutzes an solchen Marken regelmäßig hinter dem Allgemeininteresse, diese Zeichen frei zugänglich zu halten, zurückstehen.²¹² Daher kann eine Registrierung in der Regel nur über den Benutzungsnachweis gemäß Art. 7 Abs. 3 GMVO erfolgen.²¹³

Dadurch ist der Erwerb des Markenschutzes zwar einerseits regelmäßig von dem Nachweis der Benutzung abhängig. Andererseits kann auf diese Weise den Realitäten des Marktes und der Verbraucherwahrnehmung angemessen Rechnung getragen werden.

3. Musterschutz an Zeichen

a) Problemstellung

Durch das Inkrafttreten der GGVO hat sich die Sach- und Rechtslage im Verhältnis von Marken zu Geschmacksmustern verändert. Insbesondere die jeweiligen Begriffsbestimmungen haben auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene gegenseitige Annäherungen erfahren.²¹⁴

Durch das Gemeinschaftsgeschmacksmuster wird die Erscheinungsform geschützt, die ein Erzeugnis hat.²¹⁵ Als Erzeugnis im Sinne der GGVO gilt jeder industrielle oder handwerkliche Gegenstand einschließlich graphischer Symbole.²¹⁶ Aufgrund deren Musterfähigkeit können nunmehr alle Arten graphischer Gestaltungen, die als Bildmarken eintragbar sind, auch Gegenstand eines Geschmacksmusters sein.²¹⁷ Da das Erzeugnis „graphisches Symbol“ in der Erscheinungsform eines Bildzeichens einer Marke auftreten kann, ist es daher möglich, Geschmacksmusterschutz nach der GGVO auch für Markenzeichen zu erwerben.²¹⁸

²¹² Diese Schlussfolgerung liegt nahe, da der EuGH in seiner Entscheidung *Linde/Winward/Rado* wiederholt auf das Allgemeininteresse abgestellt und dieses besonders betont hat, vgl. *Renck/Petersenn*, (Fn. 178), S. 446.

²¹³ Es ist in jedem Einzelfall das der Bestimmung des Art. 3 Abs. 1 lit. c) MarkenRL [Art. 7 Abs. 1 lit. c) GMVO] innenwohnende Allgemeininteresse daran zu berücksichtigen, dass dreidimensionalen, aus der Form der Ware bestehende Marken von allen frei verwendet und vorbehaltlich des Art. 3 Abs. 3 MarkenRL [Art. 7 Abs. 3 GMVO] nicht eingetragen werden können, EuGH, *Linde/Winward/Rado*, (Fn. 199), Rdnr. 77.

²¹⁴ *Eichmann*, (Fn. 3), S. 13.

²¹⁵ Vgl. Art. 3 lit. a) GGVO.

²¹⁶ Vgl. Art. 3 lit. b) GGVO.

²¹⁷ *Eichmann*, (Fn. 3), S. 12 f.

²¹⁸ *Maier/Schlötelburg*, (Fn. 10), B.2.

Durch die Eintragung von graphischen Symbolen und Logos als Gemeinschaftsgeschmacksmuster²¹⁹ wird diesen ein Schutz gewährt, der bisher in der Regel über eine Markenregistrierung erfolgte. Zudem werden durch amtliche Veröffentlichungen von Markenanmeldungen für neue Zeichen Musterrechte in Form von nicht eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmustern²²⁰ geschaffen, ohne dass der Anmelder hierauf Einfluss nehmen kann.

b) Musterfähigkeit

Ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster schützt kein bestimmtes Erzeugnis, sondern eine bestimmte Erscheinungsform.²²¹ Beispielsweise ist das Recht aus einem Gemeinschaftsgeschmacksmuster an einem Stoffmuster nicht auf Textilien beschränkt, sondern erstreckt sich auf alle möglichen Benutzungshandlungen wie etwa die Verzierung von Porzellan. Da nur industrielle oder handwerkliche Gegenstände musterfähig sind, scheidet ein Musterschutz an Naturprodukten aus. Die Musterfähigkeit von Zeichen ergibt sich aus Art. 3 lit. b) GGVO, der „graphische Symbole“ ausdrücklich nennt.

Trotz zahlreicher Bedenken²²² entspricht die Zulassung von Schriftzeichen zum Musterschutz der geltenden Rechtslage. Im übrigen wird die Eintragung von „Wortzeichen“ im markenrechtlichen Sinn²²³ in das Geschmacksmusterregister dadurch verhindert, dass für die Eintragung eines Geschmacksmusters dessen grafische Wiedergabe erforderlich ist.²²⁴

Unabhängig von der Rechtslage ist die Zulassung von Schriftzeichen zum Musterschutz auch sachgerecht, da Buchstaben und Buchstabenfolgen neben einer Produktidentifizierungsfunktion²²⁵ als Marke auch Wirkung auf den Formen- und Farbensinn des Betrachters entfalten können.²²⁶ Im übrigen können Schrifttypen

²¹⁹ Nach *Schlötelburg*, (Fn. 138), S. 123, hat das HABM seit dem 1. April 2003 schon Hunderte von Gemeinschaftsgeschmacksmustern an „graphischen Symbolen“ und „Logos“ eingetragen.

²²⁰ Vgl. Art. 11 GGVO.

²²¹ Vgl. Art. 3 lit. a) GGVO.

²²² Vgl. beispielsweise den Bericht von *Schramm*, Tagung der Europäischen Rechtsakademie (ERA) zu dem Thema „Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsmarke und -Geschmacksmuster“ vom 6. bis 7. November 2003, GRUR Int. 2004, S. 31 und *Kur*, No Logo!, 35 IIC 2004, S. 184 (186).

²²³ Vgl. hierzu oben B.III.1.

²²⁴ Vgl. Art. 36 Abs. 1 lit. c) GGVO.

²²⁵ *Fezer*, (Fn. 209), S. 467.

²²⁶ Vgl. beispielsweise die schmückende Verwendung von Initialen im Modebereich.

als Zeichen vom Musterschutz nicht ausgeschlossen werden, da der Schutz typographischer Schriftzeichen in das Geschmacksmusterrecht integriert ist.²²⁷

Die Musterfähigkeit von Zeichen entspricht mithin der geltenden Rechtslage. Eine Verschärfung der Zugangsvoraussetzungen als Korrektiv zum befürchteten Ausufern von Musterrechten an Zeichen wäre mit dieser nicht in Einklang zu bringen.

c) Schutzvoraussetzungen

Als Korrektiv gegenüber dem zu befürchtenden Ausufern von Musterrechten an Zeichen kommt vielmehr die Prüfung der Schutzvoraussetzungen, insbesondere der Neuheit und Eigenart, in Betracht.²²⁸ Buchstaben- und Zahlenkombinationen in üblichen Schrifttypen werden in der Regel im Gegensatz zu Zeichen, die auf neuartige Weise graphisch gestaltet sind oder figurative Elemente enthalten, im Formenschatz nachgewiesen werden können.

Die Schutzvoraussetzungen werden vor der Eintragung nicht von Amts wegen geprüft. Eine Sachprüfung findet ausschließlich nach der Eintragung auf Antrag eines Dritten statt.²²⁹

Die Prüfung hinsichtlich des Vorliegens der Schutzvoraussetzungen von Neuheit und Eigenart bei Geschmacksmustern unterscheidet sich inhaltlich grundlegend von der Prüfung auf relative Eintragungshindernisse bei Marken.²³⁰ Während bei letzteren ein Vergleich sowohl zwischen den sich gegenüberstehenden Zeichen als auch den Waren- und Dienstleistungsverzeichnissen stattfindet,²³¹ wird im Rahmen der Sachprüfung eines eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmusters nur auf die graphische Wiedergabe des Musters abgestellt.²³² Zudem können Marken nur ältere Rechte entgegengehalten werden.²³³ Für einen Angriff auf Neuheit und Eigenart eines Geschmacksmusters bedarf es dagegen keiner älteren Rechte; die getätigten gemachten Geschmacksmuster müssen lediglich Teil des Formenschatzes²³⁴ sein.

²²⁷ Vgl. Art. 3 lit. b) GGVO.

²²⁸ *Schlötelburg*, (Fn. 138), S. 125; *Kur*, Protection of Graphical User Interfaces Under European Design Legislation, 34 IIC 2003, S. 50 ff.

²²⁹ Vgl. Art. 24 Abs. 1 GGVO.

²³⁰ Vgl. Art. 8 GMVO.

²³¹ Vgl. Art. 8 Abs. 1 GMVO.

²³² Vgl. Art. 45 Abs. 1 i.V.m. Art. 36 Abs. 1 lit. c) GGVO; *Maier/Schlötelburg*, (Fn. 10), K.2.

²³³ Vgl. Art. 8 Abs. 1 und die Definition des Begriffs „Ältere Marken“ in Abs. 2 GMVO.

²³⁴ Vgl. *Maier/Schlötelburg*, (Fn. 10), D.2.

Der Vorteil, mit einer Geschmacksmustereintragung einen kostengünstigen und schnellen Schutz an einem Zeichen erlangen zu können, wird somit durch den Nachteil ausgeglichen, dass grundsätzlich jede vorbekannte Erscheinungsform jeglichen Teils eines Erzeugnisses den Rechtsbestand der Eintragung gefährden kann.

Der Formenschatz, der einem jüngeren Geschmacksmuster entgegensteht, ist in seinem Umfang allerdings dadurch beschränkt, dass ihm nur ältere Muster zuzurechnen sind, die der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich gemacht wurden, dass dies den in der Gemeinschaft tätigen Fachkreisen des betreffenden Wirtschaftszweigs im normalen Geschäftsverlauf bekannt sein konnte.²³⁵ Wer zu diesen Fachkreisen gehört, richtet sich nach dem Erzeugnis, in das das Geschmacksmuster aufgenommen oder bei dem es verwendet werden soll.²³⁶

Im Rahmen der Prüfung auf Neuheit und Eigenart werden nur Geschmacksmuster mit Geschmacksmustern verglichen.²³⁷ Die Prüfung auf Neuheit erfolgt anhand eines Vergleichs zwischen den Merkmalen der sich gegenüberstehenden Muster. Nur wenn sämtliche, nicht unwesentliche Merkmale eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters schon in einem vorbekannten Geschmacksmuster vorhanden sind, ist die Neuheit zu verneinen.²³⁸ Bei der Prüfung der Eigenart kommt es dagegen nicht auf eine vollständige Übereinstimmung der Merkmale von Gemeinschaftsgeschmacksmuster und vorbekanntem Geschmacksmuster an. Es sind nur die jeweiligen, bei einem „informierten Benutzer“ hervorgerufenen²³⁹ Gesamteindrücke²⁴⁰ der sich gegenüberstehenden Geschmacksmuster auf Unterschiede zu prüfen.²⁴¹ Im Rahmen dieses Vergleichs werden die Muster nebeneinander gelegt

²³⁵ Vgl. Art. 7 Abs. 1 GGVO.

²³⁶ Vgl. *Maier/Schlötelburg*, (Fn. 10), F.3.

²³⁷ Dies schließt nicht aus, dass einem Gemeinschaftsgeschmacksmuster auch ein Zeichen entgegen gehalten werden kann, das Gegenstand einer Marke oder anderweitiger Rechte ist; vgl. *Schlötelburg*, (Fn. 138), S. 125.

²³⁸ *Maier/Schlötelburg*, (Fn. 10), D.1.

²³⁹ Vgl. Art. 6 GGVO. Diese Prüfung unterscheidet sich erheblich von einer solchen auf Verwechslungsgefahr von Marken. Der „informierte Benutzer“ i.S.v. Art. 6 GGVO ist nicht vergleichbar mit den von einer Marke „angesprochenen Verkehrskreisen“. Während sich diese Verkehrskreise immer aus – mehr oder weniger aufmerksamen – Abnehmern der zur Marke gehörigen Waren- und Dienstleistungen zusammensetzen, hat der informierte Benutzer nicht notwendig Verwendung für die Erzeugnisse, deren Erscheinungsform das streitgegenständliche Geschmacksmuster schützt. Die Abnahme der Erzeugnisse zur bestimmungsgemäßen Verwendung ist dem „Endbenutzer“ vorbehalten, der in Art. 4 Abs. 3 GGVO genannt ist und der damit schon begrifflich vom informierten Benutzer in Art. 6 GGV zu unterscheiden ist; vgl. *Maier/Schlötelburg*, (Fn. 10), C.3., E.2.

²⁴⁰ Der Gesamteindruck, den ein Muster bei dem informierten Benutzer hervorruft, ergibt sich ausschließlich aus seinen musterrechtlichen Merkmalen, das heißt aus den Linien, Farben, Konturen etc.; vgl. Art. 3 lit. a) GGVO.

²⁴¹ *Maier/Schlötelburg*, (Fn. 10), E.1.

und unmittelbar miteinander verglichen. Bei der Beurteilung der Eigenart ist der Grad der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers zu berücksichtigen, der bei Zeichen in der Regel keine Grenzen gesetzt sind.²⁴²

Daneben ist die Rechtsbeständigkeit eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters vom Vorliegen weiterer Schutzworaussetzungen abhängig, die sich bei Geschmacksmustern an Zeichen aber auf die Verträglichkeit mit der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten reduzieren.²⁴³

Es ist daher festzuhalten, dass ein Korrektiv zum befürchteten Ausufern von Musterrechten an Zeichen in der Prüfung der Schutzworaussetzungen, insbesondere der Neuheit und Eigenart, liegt²⁴⁴ und bei dieser Prüfung dem umfangreichen Formenschatz besondere Bedeutung zukommt.

d) Marken gegen Muster

Ein weiteres Korrektiv besteht in der Vielzahl der älteren Marken, die der Rechtsbeständigkeit eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters entgegengehalten werden können. Nach Art. 25 Abs. 1 lit. e) GGVO ist ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster für nichtig zu erklären, wenn in einem jüngeren Geschmacksmuster ein Zeichen mit Unterscheidungskraft verwendet wird und das Gemeinschaftsrecht den Rechtsinhaber zur Untersagung dieser Verwendung berechtigt.²⁴⁵

Die Gemeinschaftsmarke gewährt ihrem Inhaber gemäß Art. 9 Abs. 1 GMVO ein ausschließliches Recht, das einen Identitäts-, Verwechlungs- und Bekanntheitschutz beinhaltet.²⁴⁶ Der Inhaber einer Gemeinschaftsmarke kann die Benutzung eines kollidierenden Zeichens verbieten, das den Schutzbereich tangiert, wobei ein Vergleich zwischen den Zeichen und den Waren oder Dienstleistungen vorzunehmen ist.

Im Rahmen des Vergleichs zwischen einer älteren Marke und einem jüngeren Geschmacksmuster stellt sich allerdings die Frage, wie die von dem Muster benutzten beziehungsweise erfassten Waren und Dienstleistungen zu qualifizieren sind.

Hierfür kann jedenfalls nicht auf die Erzeugnisse des jüngeren Geschmacksmusters abgestellt werden, da diese keine Dienstleistungen erfassen und anderenfalls

²⁴² Vgl. Art. 6 Abs. 2 GGVO. Begibt sich der Entwerfer dennoch in die Nähe vorbekannter Zeichen, wirkt sich diese Vorschrift zu seinen Ungunsten aus; vgl. *Maier/Schlötelburg*, (Fn. 10), E.3.

²⁴³ Vgl. Art. 9 GGVO. Die übrigen Schutzworaussetzungen betreffen hingegen nur Geschmacksmuster an komplexen oder technischen Erzeugnissen, vgl. Art. 4 und Art. 8 GGVO.

²⁴⁴ *Schlötelburg*, (Fn. 138), S. 125; *Kur*, (Fn. 228), S. 50 ff.

²⁴⁵ Diesen Nichtigkeitsgrund kann nur der Inhaber des älteren Rechts geltend machen, Art. 25 Abs. 3 GGVO.

²⁴⁶ *Hasselblatt*, (Fn. 50), § 34, Rdnr. 82.

eine reine Dienstleistungsmarke einem Geschmacksmuster nicht entgegengehalten werden könnte.²⁴⁷ Artikel 25 Abs. 1 lit. e) GGVO bezweckt, Eingriffen jeglicher Art in ältere Zeichenrechte durch jüngere Gemeinschaftsgeschmacksmuster vorzubeugen und ließe für viele Fallkonstellationen ins Leere, wenn es auf die Identität oder Ähnlichkeit der Erzeugnisse des jüngeren Geschmacksmusters mit den Waren und Dienstleistungen der älteren Marke ankäme.²⁴⁸

Stellt man die unterschiedlichen Rechte aus Marken und Geschmacksmustern einander gegenüber, zeigt sich vielmehr, dass im Rahmen der Prüfung des Nichtigkeitsgrundes von Art. 25 Abs. 1 lit. e) GGVO ein Vergleich zwischen den Waren und Dienstleistungen, die von der älteren Marke und dem jüngeren Geschmacksmuster erfasst werden, obsolet ist.

Das Verbietungsrecht aus einer Marke beschränkt sich auf die markenmäßige Benutzung²⁴⁹ des geschützten Zeichens für bestimmte Waren und Dienstleistungen.²⁵⁰ Ob hingegen ein geschütztes Geschmacksmuster zur Kennzeichnung von Waren und Dienstleistungen oder zu anderen Zwecken benutzt wird, berührt die Rechte seines Inhabers nicht. Insbesondere kann er Dritten die Benutzung seines Geschmacksmusters zur Kennzeichnung beliebiger Waren und Dienstleistungen verbieten. Ein Geschmacksmusterrecht erfasst somit sämtliche denkbaren Waren und Dienstleistungen.²⁵¹

Da die von dem jüngeren Geschmacksmuster erfassten Waren und Dienstleistungen immer in dem Waren- und Dienstleistungsverzeichnis der älteren Marke enthalten sind,²⁵² ist das Muster mithin dann für nichtig zu erklären, wenn das Zeichen der älteren Marke im markenrechtlichen Sinne mit dem jüngeren Geschmacksmuster identisch oder diesem ähnlich ist. Auf das Waren- und Dienstleistungsverzeichnis der älteren Marke kommt es nicht an.²⁵³

Somit ist festzuhalten, dass ein weiteres Korrektiv gegenüber der befürchteten Flut von Geschmacksmustereintragungen von Zeichen in der Vielzahl der älteren Marken besteht, die der Rechtsbeständigkeit eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters entgegengehalten werden können, wobei sich der Vergleich zwischen älterer Marke und jüngerem Muster bei der Prüfung nach Art. 25 Abs. 1 lit. e) GGVO auf die sich gegenüberstehenden Zeichen beschränkt.

²⁴⁷ *Schlötelburg*, (Fn. 138), S. 126.

²⁴⁸ Ibid.

²⁴⁹ Vgl. hierzu: *Hasselblatt*, (Fn. 50), § 34, Rdnr. 86 f.

²⁵⁰ *Rütz*, Großbritannien: Die Frage der „markenmäßigen Benutzung“ nach der Entscheidung des Court of Appeal in *Arsenal v Reed*, GRUR Int. 2004, S. 472.

²⁵¹ Vgl. *Maier/Schlötelburg*, (Fn. 10), L.1.

²⁵² *Schlötelburg*, (Fn. 138), S. 126.

²⁵³ *Schlötelburg*, (Fn. 138), S. 127.

e) Ergebnis

Dem Schutz eines Zeichens durch ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster stehen keine rechtlichen Hindernisse entgegen. Zeichen sind musterfähig. Das seinem Inhaber zustehende, ausschließliche Benutzungsrecht²⁵⁴ erfasst alle Erzeugnisse, die in der geschützten Erscheinungsform auftreten.²⁵⁵ Für den Verletzungstatbestand kommt es nicht darauf an, für welche Erzeugnisse und zu welchem Zweck der Verletzer das geschützte Geschmacksmuster benutzt.²⁵⁶

Die Korrektive gegenüber dem befürchteten Ausufern von Musterrechten an Zeichen liegen nicht in einer Verschärfung der Zugangsvoraussetzungen, sondern in der Prüfung der Schutzworaussetzungen, insbesondere der Neuheit und Eigenart, wobei der umfangreiche Formenschatz zu berücksichtigen ist, sowie in der Vielzahl der älteren Marken, die der Rechtsbeständigkeit eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters entgegengehalten werden können.

4. Kollisionen zwischen Geschmacksmustern und Marken

Marken und Geschmacksmuster haben sich auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene gegenseitig angenähert. So können alle Arten von – zwei- oder dreidimensionalen – graphischen Gestaltungen bei Vorliegen der jeweiligen Schutzworaussetzungen parallel sowohl durch das Geschmacksmuster- als auch durch das Markenrecht geschützt werden.²⁵⁷ Durch die Möglichkeit der Eintragung von Warenformen als Marke steht Entwerfern industrieller Formgebungen neben dem Geschmacksmusterrecht als eigentliche Heimat des Designschutzes ein weiteres Registerrecht zur Verfügung.²⁵⁸ Durch die Eintragung von graphischen Symbolen und Logos als Gemeinschaftsgeschmacksmuster wird diesen ein Schutz gewährt, der bisher in der Regel über eine Markenregistrierung erfolgte.²⁵⁹

Die gegenseitigen Annäherungen haben aber auch zur Folge, dass das Konfliktpotenzial zwischen Gemeinschaftsgeschmacksmustern und Gemeinschaftsmarken zugenumommen hat.

²⁵⁴ Vgl. *Maier/Schötelburg*, (Fn. 10), H.1.

²⁵⁵ Vgl. *Bulling/Langohrig/Hellwig*, (Fn. 57), Rdnr. 14.

²⁵⁶ *Schlötelburg*, (Fn. 138), S. 127.

²⁵⁷ Vgl. *Lorenzen*, (Fn. 6), S. 36.

²⁵⁸ Vgl. *Stolz*, (Fn. 5), S. 23. Siehe oben.

²⁵⁹ *Schlötelburg*, (Fn. 138), S. 123.

a) Geschmacksmusterverletzung durch Marken

(1) Verletzung des Geschmacksmusters

Ein Muster schließt alle Gestaltungen in seinen Schutzbereich ein, die keinen anderen Gesamteindruck erwecken.²⁶⁰ Somit wird es durch eine dreidimensionale Marke verletzt, wenn die Formen bei einem synoptischen Vergleich einen übereinstimmenden Gesamteindruck hervorrufen.²⁶¹ Die Produktähnlichkeit ist irrelevant. Auch wenn ein Design als Herkunftshinweis für Produkte verwendet wird, die denen des Musterproduktes als Träger des immateriellen Formgedankens im markenrechtlichen Sinne unähnlich sind, kann eine Musterverletzung vorliegen.

(2) Nichtigerklärung der Marke

Wird die Verletzung des Musters bejaht, kann dessen Inhaber als prioritätsälterem Schutzrecht die Nichtigerklärung der Marke erreichen.²⁶² Nach Art. 52 Abs. 2 lit. d) GMVO wird eine Gemeinschaftsmarke für nichtig erklärt, wenn ihre Benutzung aufgrund eines älteren gewerblichen Schutzrechts, zu dem das Geschmacksmusterrecht zählt,²⁶³ gemäß dem für dessen Schutz maßgebenden Gemeinschaftsrecht untersagt werden kann. Die Frage, ob der Inhaber eines prioritätsälteren Gemeinschaftsgeschmacksmusters die Benutzung einer Gemeinschaftsmarke untersagen und damit deren Nichtigerklärung erreichen kann, ist somit allein nach gemeinschaftsgeschmacksmusterrechtlichen Gesichtspunkten zu beantworten.²⁶⁴

Auch wenn bei dem HABM bisher noch kein auf ein älteres Geschmacksmuster gestütztes Nichtigkeitsverfahren gegen eine Gemeinschaftsmarke anhängig wurde,²⁶⁵ darf nicht übersehen werden, dass das Konfliktpotenzial zugenommen hat. Dies ist nicht nur auf die wachsende Zahl von eingetragenen, sondern auch auf die unüberschaubare Masse von formlos entstehenden, nicht eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmustern an Zeichen zurückzuführen.

²⁶⁰ Vgl. *Maier/Schlötelburg*, (Fn. 10), F.1.

²⁶¹ *Stolz*, (Fn. 5), S. 163 f.

²⁶² *Stolz*, (Fn. 5), S. 164.

²⁶³ *Stolz*, (Fn. 5), S. 164.

²⁶⁴ Art. 52 Abs. 2 GMVO stellt mithin keine eigenständige Anspruchsgrundlage, sondern vielmehr eine bloße Rechtsfolgengänzung dar; vgl. *Stolz*, (Fn. 5), S. 164.

²⁶⁵ *Schlötelburg*, (Fn. 138), S. 127.

b) Markenverletzung durch Geschmacksmuster

(1) Verletzung der Marke

Ebenso wie eine Musterverletzung durch eine Marke nach musterrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen ist, richtet sich eine Markenverletzung durch ein Muster allein nach markenrechtlichen Regeln. Maßgeblich ist mithin, ob anhand eines Vergleichs des Erinnerungseindrucks der Gestaltungen für das Publikum die Gefahr von Herkunftstäuschungen besteht. Eine prioritätsältere Marke wird daher durch ein Muster insbesondere dann verletzt, wenn die Gestaltung des Musters Verwechslungsgefahr hervorruft.²⁶⁶ Da es bei dem Vergleich zwischen älterer Marke und jüngerem Geschmacksmuster auf das Waren- und Dienstleistungsverzeichnis der älteren Marke nicht ankommt,²⁶⁷ ist im Rahmen der Gegenüberstellung beider Rechte allein entscheidend, ob das Zeichen der älteren Marke im markenrechtlichen Sinne mit dem jüngeren Geschmacksmuster identisch oder diesem ähnlich ist.²⁶⁸

(2) Nichtigklärung des Geschmacksmusters

Nach Art. 25 Abs. 1 lit. e) GGVO ist ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster für nichtig zu erklären, wenn in einem jüngeren Geschmacksmuster ein Zeichen mit Unterscheidungskraft verwendet wird und das Gemeinschaftsrecht den Rechtsinhaber zur Untersagung dieser Verwendung berechtigt. Die Frage, ob der Inhaber einer Gemeinschaftsmarke die Verwendung eines jüngeren Musters untersagen und damit deren Nichtigklärung erreichen kann, ist daher allein nach gemeinschaftsmarkenrechtlichen Gesichtspunkten zu beantworten.²⁶⁹

²⁶⁶ Das Verbietungsrecht aus einer Marke ist auf die markenmäßige Benutzung (vgl. hierzu: *Hasselblatt*, [Fn. 50], § 34, Rdnr. 86 f.) des geschützten Zeichens für bestimmte Waren und Dienstleistungen beschränkt, vgl. *Rütz*, (Fn. 250), S. 472. Da aber auch ein Geschmacksmuster dazu geeignet ist, Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens zu identifizieren, und somit zeichenmäßig verwendet werden kann, kommt es im Verletzungsstreit entscheidend auf die Verwechslungsgefahr zwischen älterer Marke und jüngerem Muster an; vgl. *Stolz*, (Fn. 5), S. 165.

²⁶⁷ Siehe oben B.IV.3.d).

²⁶⁸ *Schlötelburg*, (Fn. 138), S. 126 f.

²⁶⁹ Art. 25 Abs. 1 lit. e) GGVO kann somit nicht als eigenständige Anspruchsgrundlage angesehen werden, sondern stellt vielmehr eine bloße Rechtsfolgengenergänzung dar; vgl. *Stolz*, (Fn. 5), S. 166.

C. Fazit

Auf den ersten Blick mag das Verhältnis zwischen Marken und Geschmacksmustern als wenig problematisch erscheinen. Bei genauerer Betrachtung – und insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sich geschmackliche Wirkung und Herkunftsfunktion nicht gegenseitig ausschließen – wird aber deutlich, dass Geschmacksmuster und Marken nicht durch ein Ausschließlichkeitsverhältnis gekennzeichnet sind und sich zwischen beiden Schutzrechten problematische Überschneidungsbereiche ergeben. Alle Arten von zwei- oder dreidimensionalen, graphischen Gestaltungen sind bei Vorliegen der jeweiligen Schutzworaussetzungen sowohl dem Marken- als auch dem Musterschutz zugänglich.

Von besonderer praktischer und wirtschaftlicher Bedeutung ist der Markenschutz für Produktgestaltungen. Durch die Möglichkeit der Eintragung von Warenformen als Marken steht neben dem Geschmacksmusterrecht als eigentliche Heimat des Designschutzes ein weiteres Registerrecht zur Verfügung. Hierdurch besteht allerdings die Gefahr des Eingriffs in den originären Schutzbereich des Geschmacksmusterrechts, der dauerhaften Monopolisierung von Produktgestaltungen und der möglichen Behinderung des Wettbewerbes durch eine zu extensive Gewährung des Markenschutzes.

Diesen Gefahren wird durch die speziell normierten Schutzausschließungsgründe für Formmarken gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. e) GMVO Rechnung getragen. Darüber hinaus haben aber auch die Schutzversagungsgründe des Art. 7 Abs. 1 lit. b) bis d) GMVO eigenständige Bedeutung. Sowohl die formbezogenen als auch die sonstigen Schutzausschlussgründe sind schutzrechtskonform und an den jeweiligen Schutzgründen orientiert auszulegen. Bei den formbezogenen Schutzausschlussgründen ist eine restriktive Auslegung angezeigt.

Hierfür spricht bereits der Wortlaut der Regelung in Art. 7 Abs. 1 lit. e) ii) GMVO, wonach die Form der Ware zur Erreichung einer technischen Wirkung „erforderlich“ sein muss. Zutreffend stellt auch der Europäische Gerichtshof in diesem Zusammenhang auf die „wesentlichen funktionalen Merkmale“ der Form einer Ware ab. Aber auch bei den anderen Alternativen von Art. 7 Abs. 1 lit. e) GMVO ist eine enge Auslegung anzuwenden. Schließlich kommen als durch die Art der Ware selbst bedingte Formen lediglich solche in Betracht, die bei funktionaler Betrachtung nach objektiver Verkehrsanschauung nur in der konkreten Form denkbar sind. Bei wertbedingten Formen soll nicht jede irgendwie ästhetisch oder sonst originell geprägte Gestaltung vom Markenschutz ausgeschlossen werden. Durch eine restriktive Handhabung der formbezogenen Schutzausschlussgründe mag zwar die Gefahr begründet werden, dass Warenformen zu leicht die Hürde dieser Bestimmung überwinden.²⁷⁰ Da aber die Schutzversagungsgründe des Art. 7

²⁷⁰ Vgl. Würtenberger, (Fn. 7), S. 913: Durch eine solche restriktive Handhabung können Warenformen nur auf Grund der Marktstellung der Ware, und sei sie hinsichtlich ihres Aufbaus oder

Abs. 1 lit. b) bis d) GMVO auch für dreidimensionale Marken eigenständige Bedeutung besitzen, ist durch die Überwindung der formbezogenen Schutzausschlussgründe nicht automatisch der Weg zur Registrierung frei.

Aufgrund der restriktiven Handhabung von Art. 7 Abs. 1 lit. e) GMVO gelangt diese Vorschrift nur in sehr seltenen Ausnahmefällen zur Anwendung. Eine Überschwemmung des Registers mit Anmeldungen für formgeprägte Produkte ist aber dann nicht zu befürchten, wenn die Anforderungen an die konkrete Unterscheidungskraft sowie an die Prüfung der Eignung zur Beschreibung strikt angewendet werden. Eine solche Anwendung ist auch gerade angesichts der weiten Öffnung des Gemeinschaftsmarkenrechts für alle denkbaren – graphisch darstellbaren – Zeichenformen angezeigt. Allein die Tatsache, dass Zeichenformen grundsätzlich für den Markenschutz qualifiziert sind, rechtfertigt jedenfalls keine großzügige Beurteilung der konkreten Schutzhindernisse.²⁷¹

Der Vorteil einer restriktiven Auslegung der formbezogenen Schutzausschlussgründe einerseits und einer strikten Anwendung der Anforderungen an die konkrete Unterscheidungskraft sowie an die Prüfung der Eignung zur Beschreibung andererseits besteht darin, dass ein angemessener Mittelweg zwischen den Extremen eines völligen Ausschlusses vom Markenschutz auf der einen und einer Eintragung beispielsweise aufgrund tendenziell großzügig bejahter Unterscheidungskraft auf der anderen Seite gefunden wird.

Nach dieser Betrachtungsweise ist der Erwerb des Markenschutzes zwar einerseits regelmäßig von dem Nachweis der Benutzung gemäß Art. 7 Abs. 3 GMVO abhängig. Andererseits kann auf diese Weise den Realitäten des Marktes und der Verbraucherwahrnehmung angemessen Rechnung getragen werden.²⁷²

Neben dem Schutz eines Designs als Marke spielt der Musterschutz an Zeichen in der Praxis eine zunehmende Rolle. Aufgrund der Musterfähigkeit von grafischen

ihrer einzelnen Gestaltungsmerkmale noch so banal, Markenschutz erlangen, da bei entsprechendem Bewerbungsaufwand fast jede Warenformen im Bewusstsein der angesprochenen Verkehrskreise als Produkt eines einzelnen Herstellers durchgesetzt und somit die Schutzversagungsgründe des Art. 7 Abs. 1 lit. b) bis d) GMVO durch Benutzung überwunden werden können. Dem ist entgegenzuhalten, dass auch ein entsprechender Bewerbungsaufwand in der Praxis keineswegs zu einer Verankerung jeder noch so banalen Form einer Ware in das Bewusstsein der angesprochenen Verkehrskreise führen muss. Haben allerdings entsprechende Werbemaßnahmen Erfolg und wird eine Warenform von den maßgebenden Verkehrskreisen tatsächlich als eine betriebliche Herkunftsangabe einer Ware wahrgenommen, so ist nach der ratio des Art. 7 Abs. 3 GMVO die Möglichkeit der Registrierung einer entsprechenden Marke durch die wirtschaftliche Leistung des Markenamelders gerechtfertigt.

²⁷¹ So auch: *Kur*, (Fn. 149), S. 761.

²⁷² Die Tendenz des Europäischen Gerichtshofes geht offensichtlich dahin, hohe Anforderungen an den Nachweis der Benutzung zu stellen, vgl. EuGH, *Philips*, (Fn. 78), Rdnr. 65; es bleibt aber abzuwarten, welche Voraussetzungen in Zukunft an den Benutzungsnachweis gestellt werden.

Symbolen können alle Arten graphischer Gestaltungen, die als Bildmarken eintragbar sind, auch Gegenstand eines Geschmacksmusters sein. Da ein graphisches Symbol in der Erscheinungsform eines Bildzeichens einer Marke auftreten kann, ist es möglich, Geschmacksmusterschutz auch für Markenzeichen zu erwerben.

Da die Musterfähigkeit von Zeichen der geltenden Rechtslage entspricht, ist es nicht zulässig, den sich ergebenden Überschneidungsbereichen und der Gefahr eines ausufernden Schutzes von Musterrechten an Zeichen durch eine Verschärfung der Zugangsvoraussetzungen zu begegnen. Ein Korrektiv zum befürchteten Ausufern von Musterrechten liegt vielmehr in der Prüfung der Schutzworaussetzungen, insbesondere der Neuheit und Eigenart. Im Rahmen dieser Prüfung ist dem umfangreichen Formenschatz besondere Beachtung zu schenken. Ein weiteres Korrektiv ist in der Vielzahl der älteren Marken zu sehen, die der Rechtsbeständigkeit eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters entgegengehalten werden können. Der Vergleich zwischen älterer Marke und jüngerem Muster ist auf die sich gegenüberstehenden Zeichen beschränkt, da die von dem Geschmacksmuster erfassten Waren und Dienstleistungen grundsätzlich in dem Waren- und Dienstleistungsverzeichnis der älteren Marke enthalten sind.

Gemeinschaftsmarken und Gemeinschaftsgeschmacksmuster zeichnen sich zwar nach wie vor durch nicht unerhebliche Gemeinsamkeiten, Unterschiede und Spezialitäten aus. Aufgrund der Annäherungen bei den Begriffsbestimmungen hat sich das Verhältnis zwischen Gemeinschaftsmarken und Gemeinschaftsgeschmacksmustern aber insoweit verändert, als sich beide Schutzrechte nunmehr in verschiedenen Bereichen überschneiden können.

Neben den sich daraus ergebenden, vielschichtigen Abgrenzungsfragen hinsichtlich eines markenrechtlichen Designschutzes auf der einen und eines Musterschutzes an Zeichen auf der anderen Seite werden in Zukunft insbesondere die Kollisionen zwischen Gemeinschaftsmarken und Gemeinschaftsgeschmacksmustern vermehrt im Mittelpunkt stehen, da das Konfliktpotenzial zwischen beiden Schutzrechten erheblich zugenommen hat.

Sowohl das eingetragene als auch das formlos entstehende, nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster erfreut sich zunehmender Beliebtheit. Schließlich wird der Erfolg einer Ware in der heutigen Zeit zunehmend nicht nur von dem Preis oder der Qualität bestimmt. Angesichts des verschärften Wettbewerbs sehen Unternehmen das Äußere ihrer Produkte nicht mehr als unwesentlich, sondern als unternehmerische Herausforderung an und widmen sich vermehrt dem Detail im Design, um sich dadurch von der Standardware abzuheben.

Aufgrund der wachsenden Zahl eingetragener und der unüberschaubaren Masse nicht eingetragener Gemeinschaftsgeschmacksmuster wird daher die Gefahr eines auf ein Geschmacksmuster gestütztes Nichtigkeitsverfahren gegen eine Gemeinschaftsmarke in Zukunft weiter zunehmen. Unternehmen sollten sich dieser Gefahr bewusst werden und neue Zeichen daher entweder umgehend als Marken

und/oder Geschmacksmuster anmelden oder diese noch vor der Anmeldung als Marke veröffentlichen, um sich damit im Streitfall mit einem Geschmacksmusterrecht eines Dritten an einem identischen oder ähnlichen Zeichen den besseren Zeitrang zu sichern.