

Designgesetz: DesignG

Gesetz über den rechtlichen Schutz von Design

von

Dr. Helmut Eichmann, Marcus Kühne, Dr. Roland Vogel von Falckenstein

5. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 65795 5

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

§ 3 Ausschluss vom Designschutz

§ 3

Objekt machende und damit herabwürdigende pornographische, das Scham- und Sittlichkeitsgefühl unerträglich verletzende Design ebenso vom Schutz ausgeschlossen werden, BPatGE 46, 228 – Vibratoren, vgl auch BGH GRUR 95, 592, 595 – Busengrapscher (WettbR), wie grob diskriminierende, diffamierende, gewaltverherrlichende, blasphemische Designs und das Unzulässige in reißerischer, grob aufdringlicher, Weise in den Vordergrund gerückt ist, BPatGE 46, 228 – Vibratoren. Hier bestehen auch Berührungspunkte zur Störung der öffentlichen Ordnung. Der Verstoß muss nicht den Großteil der Bevölkerung betreffen, es genügt, dass ein beachtlicher Teil des Publikums sich in seinem Scham- und Sittlichkeitsgefühl verletzt fühlt, BPatGE 42, 69 – Penistrillerpfeife. Eingetragene Designs können aufgrund ihrer gegenständlich unbeschränkten Bekanntmachung und Verwendungsbreite Berührungspunkte mit schützenswerten Anschauungen in aller Breite, auch jenen von Minderheiten iSd verfassungsrechtlich gebotenen Minderheitenschutzes haben; der Einwand einer nicht störenden Benutzung des fraglichen eD am Markt aufgrund einer faktischen Warenferne ist unmaßgeblich, ebenso wenig eine infolge neuerer Entwicklungen bislang unberücksichtigt gebliebene Gesetzeslücke, Benkard/Mellulis 2/6c mwN. Auch schwierige Wahrnehmbarkeit eines Musters wegen seiner geringen Größe ist unbeachtlich, BPatG aaO – Penistrillerpfeife. Der gegen einen begründeten Pornographievorwurf des DPMA erhobene Einwand des Anmelders, es handle sich beim Schutzgegenstand um Kunst, wird idR fehlgehen, weil der gewerbeorientierte Design-Schutz nicht das genuine Forum für die Verbreitung künstlerischer Äußerungen ist. Der Verstoß muss von dem Design selbst ausgehen, erst sittenwidrig machende Umstände seiner Benutzung sind nicht erfasst. Ein ggf anstößiger Anwendungszweck allein begründet noch nicht den Verstoß, wenn die optische Gestaltung verschleiern oder (zB eher witzig) ablenkend wirkt, BPatG aaO – Vibratoren. Zulässigkeitsgesichtspunkt soll auch sein, in welchem Umfang Gegenstände uU anstößigen Zwecks unbeanstandet als andere SchutzR, insbes Pat, dreidimensionale Marke, eingetragen werden, BPatG aaO – Vibratoren (zweifelh wg der unterschiedlichen Schutzrichtungen). Nicht spezifisch sittenwidrig ist das Schutzgesuch als eD für nach Ablauf des UrhR gemeinfreie Erscheinungsformen; die ggf erfolgte Monopolisierung kann mit dem Schutzhindernis fehlender Neuheit/Eigenart angegriffen werden.

4. Die beiden Verbote des Abs 1 Nr 3 unterliegen mehreren **Einschränkungen**, um einer zu formalen, unverhältnismäßigen Anwendung zu begegnen. Auch wenn er wegen des Vorbilds von Art 8 GRL aus der Vorläufervorschrift (§ 7 II, 2. Halbs GeschmMG 1986, vgl auch § 2 I 2. Halbs PatG) nicht übernommen wurde, muss als übergeordneter Grds weiterhin die dort formulierte Einschränkung gelten, wonach ein Verstoß nicht allein daraus hergeleitet werden kann, dass die Verbreitung eines designgemäßen Erzeugnisses durch Ges oder Verwaltungsvorschrift verboten ist. Dieses Ergebnis einer langen Entwicklung des Ges und der Rspr wahrt letztlich die Verhältnismäßigkeit staatlicher Verbote. Der Verzicht des Abs 1 Nr 3 auf das früher vorausgesetzte Tatbestandsmerkmal der Verbreitung am Markt erfordert einen neuen Zuschnitt der Verbotsprüfung. So folgt eine Erweiterung des Unzulässigkeitsbereichs daraus, dass eine erlaubte Veröffentlichung oder Verbreitung nicht mehr vorausgesehen oder festgestellt werden muss, vielmehr unterliegt das Design unabhängig von seiner Klassifizierung für die

19

§ 3

§ 3 Ausschluss vom Designschutz

volle abstrakte Verwendungsbreite seiner Erscheinungsform dem Verbotsvorbehalt. Demgemäß spricht die Design-Bekanntmachung alle Wirtschaftszweige und Bevölkerungskreise an, BPatGE 42, 68f – Penistrillerpfeife; branchenmäßig beschränkte oder sachlich allein naheliegende Veröffentlichungen oder Verwendungen des Designs, zB Herstellung ohne Inlandsberührung, vgl aber für das PatR BPatGE 2, 163; 11, 4, 8f, oder ausschließliche Herstellung für und Verwendung in speziellen Kreisen, schränken das Verbot nicht ein, sofern das Design als solches nach inländischer Rechtsordnung unzulässig ist oder nach inländischen Maßstäben auf einen beachtlichen Teil des Publikums sittenwidrig wirkt. Das Verbot greift somit unmittelbar, soweit der Inhalt der Wiedergabe des Designs schon aus sich heraus – also verwendungsunabhängig – wegen seiner bes Anstößigkeit die Unzulässigkeit erkennbar macht. Soweit dies nicht der Fall ist, erlangt die vorgegebene Benutzung nach Maßgabe der Erzeugnisangabe (§ 11 III) und ggf der Klassifikationsangabe für die Verbotsprüfung Bedeutung; der die Unerheblichkeit der Erzeugnis- und Klassifikationsangabe für den Schutzzumfang postulierende § 11 VI erstreckt sich nicht auf dieses andersartige und übergeordnete Prüfungsfeld. Bspw mag die Wiedergabe einer Landmine für sich genommen optisch nichtssagend sein; aus einer einschlägigen Erzeugnisangabe würde zwingend die Unzulässigkeit aufgrund der internationalen Ächtung derartiger Erzeugnisse folgen, vgl im Ergebnis, wenn auch zu weitgehend Ruhl 9/14. Schutzunfähigkeit besteht nach alledem entweder dann, wenn das Design bereits in seiner zum Schutz angemeldeten Erscheinungsform als solcher den genannten Verstoß unvermeidlich bewirkt, oder wenn sich unter Einbeziehung der Klassifikations- und Erzeugnisangabe ein Verstoß zeigt. Wegen der Verwendungsunabhängigkeit iSd § 11 VI ist die für Pat und GebRM geltende Regel, wonach ein denkbarer Einsatz auch für Zwecke, welche die öffentliche Ordnung und guten Sitten nicht tangieren, die Anwendung von Abs 1 Nr 3 ausschliesse, so für das PatR BGH GRUR 72, 704, 707 – Wasser-Aufbereitung, BPatG Mitt 72, 137, vorliegend nicht anwendbar. Deshalb kann auch eine spätere Änderung der Erzeugnisangabe die Beurteilung der Schutzunfähigkeit nicht nachträglich beeinflussen, § 11 Rn 65. Nach alledem sind zulässig – allerdings nach zu § 7 II, 2. Halbs GeschmMG 1986 ergangenen Entscheidungen – durch deutliche Querstreifen verfremdete Verkehrsschilder, BGH GRUR 04, 770, 771 – Abgewandelte Verkehrszeichen, auch Briefmarken in besonderer Anordnung bei hergebrachtem alternativem privatwirtschaftlichem Vertriebsweg, den der Verkehr kennt, BGH GRUR 04, 771, 772 – Ersttagssammelblätter. Auch spricht ein Genehmigungsvorbehalt der zuständigen Stellen für Designs, die gegen die öffentliche Ordnung verstoßen, vgl sinngemäß § 8 IV 2 MarkenG, gegen eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung, BPatG GRUR 03, 143 – Europaemblem, Benkard/Mellulis 2/5f. Ein weiteres Prüfkriterium für die Schutzunfähigkeit besteht darin, dass das Design ausschließlich in seiner konkret angemeldeten Erscheinungsform, also als Ganzes unzulässig sein muss, Begr zu § 7 II GeschmMG 1986, Bl 87, 55; BPatGE 46, 235 – Postwertzeichen. Dass in ein Design beanstandungsfähige Elemente eingefügt sind, führt deshalb nicht zwangsläufig zur Unzulässigkeit des Designs insgesamt, Rn 26. Es ist dann zu prüfen, ob der Gesamteindruck des angemeldeten Designs von dem ggf unzulässigen Element geprägt wird oder ob mitwirkende, für sich genommen zulässige Gestaltungselemente dies überlagern oder relativieren. Im Beanstandungsfall kommt ein Teilverzicht auf die unzu-

§ 3 Ausschluss vom Designschutz

§ 3

lässigen Elemente iSv § 35 in Betracht. Dass unzulässige Designs in dem für breite Kreise entlegenen Designblatt veröffentlicht würden, kann angesichts des auf die Aufgabe der Patentbehörden bezogenen Schutzzwecks der Vorschrift, Rn 17, keine großzügigere Beurteilung der Unzulässigkeit nach sich ziehen, aa BPatGE 46, 229 – Vibratoren.

VI. Zeichen von öffentlichem Interesse, Abs 1 Nr 4

1. Abs 1 Nr 4 hat den **Zweck**, zu verhindern, dass Zeichen, die im öffentlichen Interesse benötigt und verwendet werden, zugunsten Privater von einem eD als MonopolR überlagert und missbraucht werden, Begr GeschmMG 2004 Abs 4, wodurch deren zweckbestimmter Gebrauch behindert werden könnte, BPatG Mitt 81, 123; LG Hmb GRUR 90, 197 – BP CARD; BPatGE 44, 153 – Tasse mit Gelddarstellungen; BGH GRUR 03, 705, 706 – Euro-Billy; 708, 709 – Schlüsselanhänger, und die Kontrolle über die Benutzung staatlicher Herrschaftssymbole verloren geht. Auch Marktverwirrung aufgrund des Eindrucks, öffentliche Körperschaften würden sich unter Ausnutzung ihrer Repräsentationssymbole rein privatwirtschaftlich betätigen, soll unterbleiben. Der in der Vorschrift in Bezug genommene Art 6^{ter} PVÜ, dazu Rn 23f, enthält jedoch keinen allg Grds, staatliche Hoheitszeichen seien von einer gewerblichen Nutzung ausgeschlossen, BGH aaO. Unzulässige Benutzungen solcher Art im Design-R mussten, weil eine spezifische Vorschrift dieses Inhalts nicht bestand, nach dem GeschmMG 1986 als Verstoß des GeschmM gegen die öffentliche Ordnung, Rn 18, beurteilt werden, Begr § 18 GeschmMG 2004. Sie konnten ausschließlich vom DPMA gem § 7 II GeschmMG 1986 im Vorhinein im Rahmen des Eintragungsverfahrens unterbunden werden, hingegen auch nicht durch Dritte nachträglich durch Löschung der Eintragung des GeschmM iSd § 10c II Nr 1 GeschmMG 1986, was seit 2004 durch Feststellung der Nichtigkeit nach § 33 I möglich ist. Die bislang strengere Auffassung des DPMA hat die Rspr in Einzelpunkten eingeschränkt, s auch Schildberg, GRUR 03, 498 gegen Pagenkopf GRUR 02, 758.

2. Der **Regelungsinhalt** des Abs 3 Nr 4 ist durch Art 11 II c) GRL den Mitgliedstaaten fakultativ vorgegeben und im DesignG in redaktionell leicht veränderter Fassung umgesetzt, Vergleichbarkeit besteht mit Art 47 I b) GGV nur bedingt, weil das HABM ausschließlich Verstöße gegen die öffentliche Ordnung und die guten Sitten aufgreifen darf, vgl Rn 29. Abs 3 Nr 4 schafft nicht, wie § 8 II Nrn 6–8 MarkenG, eine eigenständige Regelung vor dem Hintergrund der Verpflichtung zur Umsetzung des Art 6^{ter} PVÜ, sondern macht durch Verweis diese Vorschrift unmittelbar anwendbar, erweitert aber in Übereinstimmung mit Art 11 II c) GRL den Anwendungsbereich durch Einbeziehung sonstiger, nicht in Art 6^{ter} PVÜ aufgeführter Zeichen von allg öffentlichem Interesse, vergleichbar dem § 8 II Nr 9 MarkenG. Gleichwohl können die Beurteilungsgrds, die zu § 8 II Nrn 6–9 MarkenG entwickelt worden sind, insbes hinsichtlich der Definition der geschützten Zeichen übernommen werden, nur eingeschränkt die spezifisch markenrechtlichen Beschränkungen des Benutzungsverbots des § 8 IV MarkenG. Diese Definition des MarkenG bedeutet nicht zugleich Unzulässigkeit nach dem DesignG, BGH GRUR 03, 707 – DM-Tassen; GRUR 03, 705, 706 – Euro-Billy; GRUR 03, 708, 709 – Schlüsselanhänger; GRUR 04,

§ 3

§ 3 Ausschluss vom Designschutz

770, 771 – Abgewandelte Verkehrszeichen; GRUR 04, 771, 772 – Ersttags-sammelblätter. Art 6^{ter} PVÜ unterscheidet zwischen staatlichen Zeichen und solchen internationaler zwischenstaatlicher Organisationen. Der Missbrauch staatlicher Hoheitszeichen anderer Staaten als Deutschland ist demnach einbezogen.

- 22 3. a) Durch Einbeziehung des **Art 6^{ter} I a) und b) PVÜ** sind vom Schutz ausgeschlossen in- und ausländische **staatliche Hoheitszeichen**, insbes Wappen, Flaggen und andere staatliche Hoheitszeichen, amtliche Prüf- und Gewährzeichen und Stempel, einschließlich ihrer Nachahmungen im heraldischen Sinn, Rn 24, sowie solche internationaler zwischenstaatlicher Organisationen. **Staatswappen** sind die offiziellen Wappen in- und ausländischer Staaten und auch der deutschen Bundesländer, zB Bundesadler in heraldischer (wappenmäßiger) Darstellung, insbes das Bundeswappen iSd Bekanntmachung v 20.1.50, s Bl 50, 26, **Staatsflaggen** dementsprechend die offiziellen Flaggen, Dienstflaggen, vgl AnO über die deutschen Flaggen v 13.11.96 = Bl 97, 13, Truppenfahnen, auch die Bundesfarben in flaggenartiger Anordnung, aber auch iSe erweiterten Flaggenbegriffs kraft heraldischer Wirkung hoheitlich gleichkommende Standarten, Stander, Wimpel, BPatG GRUR 05, 680 – Bundesfarben; Ströbele/Hacker 8/511. Beides dient der Demonstration staatlicher Präsenz, Würde und Identität und der Verhinderung privater Monopolisierung. **Amtliche Prüf- und Gewährzeichen und -stempel** sind amtlich vorgeschriebene in- und ausländische Zeichen zum Nachweis der Erfüllung bestimmter Wareneigenschaften wie Eichstempel, Legierungsangabe etc. Die Zulässigkeit der Verwendung bei gem Markenregistrierung unähnlichen Waren und Dienstleistungen, so nach § 8 IV 3 MarkenG für Marken, ist bei eD nach Art 6^{ter} II PVÜ auch nicht sinngemäß gegeben aufgrund ihrer nach § 11 VI erzeugnisungebundenen Schutzwirkung (anders 3. Aufl). Die Beschränkung des Schutzausschlusses auf Prüf- und Gewährzeichen, die im BGBl bekanntgemacht sind, so nach § 8 II Nr 7 MarkenG, vgl Auflistung im TaBu Nr 218, gilt im Design-R zwar nicht, bei nicht derart bekanntgemachten Zeichen wird aber das vorrangige öffentliche Interesse, Rn 23, fraglich sein. **Andere staatliche Hoheitszeichen** des In- und Auslands sind Symbole, die ein Staat als Hinweis auf seine Staatsgewalt öffentlich und autoritativ verwendet, Begr zum Ges zur Ausführung der revidierten PVÜ v 31.3.13, Bl 13, 178, vgl auch Rspr zu § 90a II StGB; BPatG Bl 01, 154 – Bierpolizei, ausführl BPatGE 46, 173 – Verkehrszeichen. Es handelt sich insbes um Staatssiegel, Orden, geltende Münzen und Geldscheine, BGH GRUR 03, 708, 709 – Schlüsselanhänger, Amtsschilder von Behörden, der Bundesadler als Zeichen hoheitlicher Betätigung, BPatGE 46, 234 – Postwertzeichen, s iÜ Bsp in Rn 25, 27. Die vorstehenden inländischen Hoheitszeichen sind geschützt, ohne dass es eines Ges oder einer bes Bekanntmachung bedarf, Ingerl/Rohnke 8/309. Verkehrsschilder gehören nicht dazu, BPatG aaO – Verkehrszeichen. Ausländische Hoheitszeichen sind jedenfalls beachtlich, wenn sie gem dem Verfahren nach Art 6^{ter} III PVÜ notifiziert und bekanntgemacht sind, vgl deren Verzeichnis im TaBu Nr 223, entbehrlich ist die Notifizierung allerdings für Staatsflaggen, Art 6^{ter} III a) 2 PVÜ, eine Rückwirkung der Bekanntmachung besteht nicht, Art 6^{ter} VI PVÜ. Zur Prüfung ausländischer Zeichen dieser Art s § 18 Rn 4. Orts- und Kommunalverbandswappen sind zwar Gegenstand des § 8 II Nr 6 MarkenG, in Art 6^{ter} PVÜ jedoch nicht enthal-

ten; § 3 I Nr 4 unterfallen sie, soweit es sich um sonstige Zeichen von öffentlichem Interesse handelt. **Kennzeichen internationaler zwischenstaatlicher Organisationen**, insbes deren Wappen, Flaggen, Siegel, Zeichnungen, Art 6^{ter} I b) PVÜ, werden durch ihre in dieser Vorschrift bestimmte Bekanntmachung durch das BMJ im BGBl abschließend definiert, Zusammenstellung im TaBu Nr 219. Neu hinzutretende Hoheitszeichen machen gem Art 6^{ter} VI PVÜ Eintragungen erst 2 Monate nach Eingang – nicht Bekanntmachung – der Notifikation des betreffenden Zeichens unzulässig. Weil die Notifikationspflicht nicht für Staatsflaggen gilt, Art 6^{ter} III a) S 2 PVÜ, müssen angemeldete Designs insoweit ab Bekanntwerden weichen. Obsolet gewordene Hoheitszeichen sind kein Schutzhindernis, Einzelh Ströbele/Hacker 8/508. Nach Art 6^{ter} I c) PVÜ entfällt der Schutzausschluss, wenn das Design nach dem Verständnis des Publikums überhaupt nicht in einer Beziehung zu der betreffenden Organisation steht oder jedenfalls über eine solche Beziehung nicht irreführt. So muss der Tätigkeitsbereich des hoheitlichen internationalen Zeichenträgers, vgl zB die ausführl Feststellungen des HABM dazu, HABM GRUR 05, 686 (Nrn 25 ff) – (Bildmarke) efcon, in einer sachlichen Beziehung zum allg Verwendungsbereich des eD-gemäßen Erzeugnisses stehen, der im Kern anhand der Erzeugnisanzeige festzustellen ist, vgl Rn 20, und in diesem Umfeld das eD als charakteristischer Hinweis auf ihn verstanden werden, Ströbele/Hacker 8/517.

b) Nach Art 6^{ter} I a) und b) PVÜ, s Rn 23, gilt der Schutzausschluss für 23
Gestaltungen, die identische Übernahme oder – im Falle von Abwandlungen – jedenfalls im **heraldischen Sinne identisch** sind. Es müssen die charakteristischen, optisch wirksamen heraldischen – wappen-, flaggenartigen – Merkmale (Einzelformen, Gesamtanordnung, Farben, Graphik) nachgeahmt sein, was auch trotz Stilisierung, Abwandlung (zB parallelogrammartige Schrägstellung) oder lediglich teilweiser Übernahme der Fall sein kann, EuG GRUR 04, 773 – Bildmarke ECA; BPatG GRUR 10, 77 – BSA. Insofern kann auf die zum Verbot des § 8 IV 1 MarkenG geltenden Grds zurückgegriffen werden, Ströbele/Hacker 8/507 mwN. Indessen können allg benutzte Symbole (zB Sterne, Tiersymbole) für sich die heraldische Wirkung schwächen, Ströbele/Hacker aaO mwN. Abwandlungen von genügendem Abstand, etwa eine völlig andere Farbpalette bei identischer Binnengraphik, die Übernahme nur von Einzelementen des Wappens unter Weglassung des Wappenrahmens (zB Berliner Bär als solcher), die Verwendung der Bundesfarben als nicht flaggenartiges farbiges Hintergrundmerkmal, BPatG GRUR 05, 679 – D-Info (MarkenR), oder die lediglich dekorative Einbettung in zahlreiche und optisch überwiegende weitere Gestaltungselemente (zB auch weitere gleichartige Flaggenandeutungen, BPatG GRUR 09, 497 – Flaggenball (MarkenR), ohne Hinweis auf offizielle Legitimationen können die heraldische Wirkung beseitigen, Warenähnlichkeit und Verwechslungsgefahr im markenrechtlichen Sinn, BPatG GRUR 05, 680 – Bundesfarben, sind nicht maßgebend, s auch Rn 26f. Die Verwendung der Farben des Bundes und von Bundesländern (zB weiss-blau für Bayern, rot-weiss für Hessen) ist nicht erfasst, soweit es sich nach Größenverhältnissen und Darstellungsweise um eher geografisch herkunftshinweisende oder dekorative Mittel handelt, die nicht den Eindruck eines hoheitlichen Bezugs erwecken, Ströbele/Hacker 8/512, anders, wenn flaggenmäßig hervorgehoben und rechteckig, LG Hmb GRUR 90, 197 – BP CARD (MarkenR).

§ 3

§ 3 Ausschluss vom Designschutz

24 c) **Sonstige Abzeichen, Embleme, Wappen von öffentlichem Interesse** sind vom Verweis auf Art 6^{ter} PVÜ nicht erfasst, jedoch Gegenstand der darüber hinausgehenden Regelung des Abs 1 Nr 4, vergleichbar § 8 II Nr 9 MarkenG. Es handelt sich um die Gestaltung von Zeichen, an deren ungestörter, nicht verwechslungsfähiger Verwendung im Rahmen hoheitlicher und auch schlicht-hoheitlicher Verwaltung ein öffentliches Interesse besteht. Hierunter fallen inländische Orts- und Kommunalverbandswappen, die auch Gegenstand der gesonderten Regelung des § 8 II Nr 6 MarkenG sind, Einzelh Fezer 8/363 ff, ausländische Zeichen dieses Inhalts regelmäßig nicht, jedoch das Rote Kreuz, Fezer 8/368, die Prüf-Plaketten von TÜV, geltende gesetzl Zahlungsmittel, BGH GRUR 03, 705 – Euro – Billy ua, fraglich bei Postwertzeichen, insofern zweifelnd BPatGE 46, 236 – Postwertzeichen, offen gelassen in BGH GRUR 04, 771, 772 – Ersttagssammelblätter, nicht Privatwappen oder -embleme, Fezer 8/366, auch wenn sie allg bekannt sind. Hierzu gehören auch sonstige hoheitliche Zeichen, zB emblemartige Behördenbezeichnungen, Verkehrszeichen dagegen nicht, BGH GRUR 04, 770, 771 – Abgewandelte Verkehrszeichen. Polizeiausstattung und -farbgebung von Designs gehören im Allg nicht dazu, BPatG Bl 01, 154 – Bierpolizei, allenfalls dann, wenn es sich um eine gestalterische Übernahme hoheitlicher Symbole von gleichsam amtlicher Anmaßung handelt. Auch amtliche Symbole von Ländern, Städten, staatlichen Anstalten sind derart geschützt. Das Verbot ist nicht auf flächenmäßige Gestaltungen beschränkt und erfasst auch dreidimensionale Gestaltungen, zB offizielle Maskottchen für im öffentlichen Interesse stattfindende Großveranstaltungen. Solches Interesse besteht auch an der Freihaltung von eD, die, bspw als Etikettengestaltung, in dieser Hinsicht unzulässige Wort- und Bildaussagen enthalten, insbes geschützte Warenbezeichnungen oder Herkunftsangaben, insoweit bestehen Berührungspunkte mit dem Anwendungsbereich des § 8 IX MarkenG auf gesetzwidrige Marken, Einzelh Ströbele/Hacker 8/518 ff. Dagegen besteht im Gegensatz zum MarkenG kein allg Schutzhindernis eines Freihaltungsbedürfnisses wegen evtlr künftiger hoheitlicher Verwendung, BGH aaO – Abgewandelte Verkehrszeichen. Bei den vorgenannten Beispielen besteht unterschiedliche Intensität des hoheitlichen Charakters mit der Folge, dass Bundes-/Länderflagge und -wappen den obersten Rang einnehmen und den weitesten Abstand erfordern, am anderen Ende der Skala Symbole schlichthoheitlichen Handelns, wie zB Postwertzeichen, BPatGE aaO – Postwertzeichen. Die Wirkung einer Nachahmung von Hoheitszeichen fehlt bei deutlichen Abwandlungen solcher Zeichen, BGH aaO – Abgewandelte Verkehrszeichen; BPatGE 46, 173 – Verkehrszeichen, oder Erzeugnissen, in denen solche Zeichen anders eingesetzt werden, zB ausschließlich flächig verwendetes Hoheitszeichen (Schild, Folie, Aufdruck) in einer ungewöhnlichen, unerwarteten dreidimensionalen Form. Kein Gebrauchmachen liegt vor bei zum Design-Schutz angemeldeten Ersttagssammelblättern, die Postwertzeichen enthalten, BGH GRUR 04, 771, 772 – Ersttagssammelblätter, vorausgehend BPatGE 46, 236 f – Postwertzeichen; ebenso nicht bei Spielzeugauto in typischen Polizeifarben mit der Aufschrift „Bierpolizei“, BPatG aaO – Bierpolizei, Teddybär in Polizeiuniformteilen, BPatG Mitt 04, 43 – Polizei-Teddybär, weitere Beisp s Pagenkopf GRUR 02, 758 ff. Daher wird der Verstoß nicht schon durch die Verbindung eines alltäglichen Gebrauchsgegenstands mit eingebetteten staatlichen Hoheitszeichen zwangsläufig herbeigeführt, es handelt sich nicht schon um die Aushöhlung ihres ideellen

Wertes, BGH aaO – Abgewandelte Verkehrszeichen, insofern müssen zusätzliche, den Verstoß erst begründende Umstände hinzutreten. Sie können sich aus Art, Rang und Bedeutung der unterschiedlichen staatlichen Hoheitszeichen, welche sich auch an der unterschiedlichen Sanktionierung bei Verstößen ablesen lassen, BPatG GRUR 02, 339 – Schlüsselanhänger, den Schutzgegenständen und ihrer konkreten Gestaltung ergeben.

4. a) Die Verbotstatbestände des Abs 1 Nr 4 setzen eine **missbräuchliche Benutzung** der vorgenannten Zeichen durch das damit versehene Design voraus. Unzulässig ist die Erweckung des irreführenden Anscheins eines Bezugs des Designs zu staatlichen Stellen oder einer Ausgabe durch solche Stellen, BPatG GRUR 02, 339 – Schlüsselanhänger. Der Begriff der Benutzung besagt nicht, dass erst die Verwendung eines solchen Designs im geschäftlichen Verkehr und die ggf dadurch verursachte Irritation den Verbotstatbestand verwirklichen. Vielmehr wird auf die identische Übernahme des geschützten Zeichens oder, bei Nachahmung unter Veränderung, auf dessen Anmutung im heraldischen Sinn, näher Rn 24, abgestellt, die sich schon in einer Design-Anmeldung verwirklicht, weshalb der Anmelder nur bei genügenden, nicht nur marginalen Abweichungen des eD vom Hoheitszeichen mit der Prognose gehört werden kann, das Design werde nicht zu Verwechslungen im Verkehr führen. Die konkrete Gestaltung des angemeldeten Designs und seine denkbare Wirkung auf das allg Publikum sind in die Prüfung mit einzubeziehen, dabei bestehen keine ergebnisbezogenen Einschränkungen als Folge der nach § 11 VI ergebnisungebundenen Schutzwirkung eines eD. Dennoch kann der Inhaber eines gleichwohl eingetragenen, aber aus diesen Gründen mit der Nichtigkeitsklage angegriffenen Designs dem mit dem geeigneten Nachweis entgegentreten, dass das so gestaltete eD im Verkehr tatsächlich nicht als Hinweis auf ein geschütztes Zeichen iSd § 3 I Nr 4 aufgefasst wurde und wird, s den vergleichbaren Regelungsgehalt des Art 6^{ter} I c) 2, Rn 23. Verunglimpfung staatlicher Symbole (Farben, Flagge, Wappen) durch Designgestaltungen kann iÜ nach § 90a StGB strafbar sein. Bei einer Kollision von neu geschaffenen, nicht von Art 6^{ter} PVÜ umfassten und daher nicht notifizierten Zeichen öffentlichen Interesses mit bereits angemeldeten oder eingetragenen Designs muss man eine Koexistenz während der Schutzdauer des eD annehmen, weil zum Zeitpunkt der Anmeldung und Eintragung des Designs diesem Design ein Missbrauch nicht innewohnte. Ein Missbrauch wird aber bei kurzzeitig zuvor angemeldeten Wegelagerer-eD gelten, vgl die Grds zur bösgläubigen Markenmeldung, § 50 I Nr 4 MarkenG. Die Staaten können die Verwendung täuschender fremder Staatswappen im Handel verbieten, Art 6^{ter} IX PVÜ, was aber auf deren Verwendung abzielt, nicht schon auf die abstrakte Bestimmung des Missbrauchs iSd Abs 1 Nr 4.

b) Maßgebend für einen Missbrauch ist regelmäßig die den **Gesamteindruck des Designs** bestimmende Gestaltung. Die Benutzung ist anhand der angemeldeten Fassung des eD ohne Herausgreifen allein des Hoheitszeichens zu beurteilen, BPatGE 46, 173 – Verkehrszeichen. Ein Missbrauch kann dennoch in der Verwendung des Zeichens als Gestaltungselement des eD unter mehreren bestehen, EuG GRUR 04, 773 (Nr 41) – Bildmarke ECA. Das Hoheitszeichen muss dann aber in seiner heraldischen Wirkung hinreichend deutlich in Erscheinung treten, um die anmaßende und damit unzulässige Bedeutung herbeizuführen, BPatGE 30, 235, wenn zB die Be-

§ 3

§ 3 Ausschluss vom Designschutz

nutzung des Zeichens ähnlich einer Kokarde dem übrigen Design hoheitliche Anmutung verleiht, zu eingefügten deutschen Bundesfarben in flaggenähnlich rechteckiger Anordnung, LG Hmb GRUR 90, 197 – BP Card. Gewisse Stilisierung oder Übereinstimmung bei ansonsten geringfügigen, nur bei genauerer Betrachtung, zB im direkten Vergleich feststellbaren Abweichungen macht vom Gesamteindruck nachahmend Gebrauch, zB scheinbar räumlich nach hinten gekippter, perspektivisch verkürzter Europa-Sternenkranz, HABM, GRUR 05, 686 (Nr 18) – (Bildmarke) efcon. Die Benutzung einzelner Bestandteile, Symbole, Motive oder Farbzusammenstellung (zB Bundesfarben in nicht flaggenartiger Ausschmückung, BPatG GRUR 05, 682 – Bundesfarben) solcher Hoheitszeichen ist frei, soweit darin nicht schon eine Nachahmung im heraldischen Sinn liegt, Ströbele/Hacker 8/507. Umgekehrt ist die Gefahr einer künftigen ungerechtfertigten Geltendmachung von VerbotungsR aus einzelnen Designelementen oder deren unzulässige Verwendung noch kein Missbrauchstatbestand, BPatG aaO – Verkehrszeichen. Abzuwägen sind die Einschränkungen und Zielrichtung eines staatlichen Verbots einerseits und andererseits die Monopolisierungs- und Marktauswirkung, die vom fraglichen Design in seiner konkret angemeldeten Gestaltung im Falle der Eintragung ausgeht, nicht von Begleiterscheinungen seiner Benutzung. Missbrauch kann demnach ausgeschlossen sein, wenn das verwendete Zeichen nur eines von mehreren Gestaltungselementen ist, dabei in seiner optischen Wirkung zurücktritt und der Verkehr nach dem optischen Gesamteindruck, ggf im Zusammenhang mit dem offensichtlich andersartigen Gebrauchszweck, darin keine hoheitliche Verwendung sieht. Hierher gehören die zahlreichen Fälle, in denen die geschützten Zeichen in Gebrauchsgegenstände eingebettet sind, die offensichtlich keinen Bezug zu der Funktion des mitabgebildeten Hoheitszeichens haben. Insbes können gesetzl Zahlungsmittel auf Produkten deutlich abweichenden Gebrauchszwecks abgebildet werden, BGH GRUR 03, 705, 706 – Euro-Billy (Euro-Münze in einer Phantasiefigur), 03, 707 – DM-Tassen (Aufdruck vom DM-Banknoten- und Münzen auf Trinkbecher), ebenso zuvor BPatGE 44, 150 ff – Tasse mit Gelddarstellungen; BGH GRUR 03, 708, 709 – Schlüsselanhänger (verkleinerte Banknote als Schlüsselanhänger) ebenso zuvor BPatG GRUR 02, 337 – Schlüsselanhänger; BGH Bl 03, 291, 292 – Euro-Bauklötze (Euro-Scheine und Münzen als Dekor passend kombinierter Bauklötze), BPatG aaO – Verkehrszeichen (durch schwarze Querbalken gleichsam durchgestrichene Verkehrsschilder); auf Ersttagssammelblättern mitaufgedruckte Postwertzeichen, BGH GRUR 04, 771, 772 – Ersttagssammelblätter, BPatGE 46, 235 – Postwertzeichen, vgl auch BPatG GRUR 03, 142 – Europaemblem (GebrM), aa Pagenkopf GRUR 99, 879; GRUR 02, 759 f.

- 27 c) Kein Missbrauch besteht von vornherein bei **befugter Benutzung**, Art 6^{ter} I a) PVÜ, vgl § 8 IV 2 MarkenG. Die Befugnis kann sich zB aus der Übertragung hoheitlicher Aufgaben auf beliehene Unternehmen, Lizenzierung ergeben. Die Befugnis zur Anmeldung des Designs oder seiner Verwendung muss von der zuständigen Stelle erteilt sein, idR wird diese aber die Befugnis zur Anmeldung ausschließen, um eine Monopolisierung zugunsten Dritter zu vermeiden, Ströbele/Hacker 8/509. Ist die Befugnis erteilt, ist nach Art 6^{ter} VIII PVÜ die Verwechselbarkeit mit ausländischen Hoheitszeichen unschädlich. Darüber geht § 8 IV 2 MarkenG noch hinaus und erweitert diesen Ausschluss auch auf die Verwechselbarkeit mit inner-