

**ENTSCHEIDUNG
der Ersten Beschwerdekammer
vom 23. September 2003**

In der Beschwerdesache R 772/2001-1

Automobili Lamborghini Holding S.p.A.

Via Modena, 12

I-40019 Sant'Agata Bolognese (BO)

Italien

Beschwerdeführerin

vertreten durch GRAMM, LINS & PARTNER, Theodor-Heuss-Str. 1, D-38122 Braunschweig, Deutschland

betreffend die Gemeinschaftsmarkenmeldung Nr. 1 400 092

erläßt

DIE ERSTE BESCHWERDEKAMMER

unter Mitwirkung von S. Mandel (Vorsitzende), W. Peeters (Berichterstatter) und J. L. Soares Curado (Mitglied)

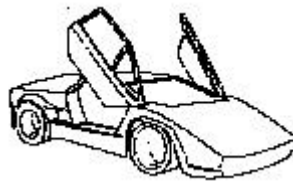
Geschäftsstellenbeamter: E. Gastinel

die folgende

Entscheidung

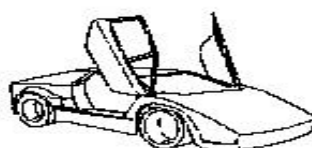
Sachverhalt

1. Mit beim Amt am 26. November 1999 eingegangener Anmeldung beantragte die Automobili Lamborghini Holding S.p.A. (im Folgenden "die Beschwerdeführerin") die Eintragung einer Marke, die im Anmeldeformular unter der Rubrik „Andere Art der Marke“ als „sonstiges“ bezeichnet und folgendermaßen wiedergegeben wurde:



Die Anmeldung enthielt folgende Beschreibung: „Die Marke bezieht sich auf eine eigenartige und charakteristische Ausgestaltung der Türen eines Fahrzeuges. Die Türen werden zum Öffnen „nach oben verschwenkt“, und zwar um eine Schwenkachse, die im Wesentlichen horizontal und quer zur Fahrtrichtung des Fahrzeuges verläuft“.

2. Auf Anforderung des Prüfers wurde zur Wiedergabe der beanspruchten Marke folgende Bildersequenz eingereicht:



3. Die Marke wurde für folgendes Warenverzeichnis angemeldet:

Klasse 12 – Kraftfahrzeuge und deren konstruktionsgebundene Teile.

Klasse 28 – Modellautos.

4. In der Anmeldung wurde die Priorität einer in Deutschland am 17. Juli 1999 angemeldeten Marke in Anspruch genommen.
5. Mit Schreiben vom 4. Dezember 2000 beanstandete der Prüfer die Anmeldung gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a, Buchstabe b und Buchstabe e ii) der Verordnung (EG) des Rates Nr. 40/94 vom 20. Dezember 1993 über die Gemeinschaftsmarke („GMV“) (ABl. EG 1994 Nr. L 11; S. 1; ABl. HABM 1/95, S. 52). Zum Eintragungshindernis gemäß Buchstabe a GMV führte der Prüfer aus, der Schutzgegenstand der Anmeldung und die grafische Darstellung stimmten nicht überein. Zu der Bestimmung von Buchstabe b GMV machte der Prüfer geltend, dass Autotüren, die sich durch einen Schwenk nach oben öffneten, auch von anderen Herstellern verwendet würden. Die Marke diene somit nicht als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen und sei wegen fehlender Unterscheidungskraft zu beanstanden. Zum Eintragungshindernis nach Buchstabe e ii) GMV führte der Prüfer aus, es gebe technisch bedingt nur sehr wenige unterschiedliche Möglichkeiten für die Konstruktion von Autotüren. Das Zeichen bestünde ausschließlich aus der Form der Ware, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich sei und sei demnach zu beanstanden.
6. Gemäß Regel 11 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 2868/95 vom 13. Dezember 1995 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates über die Gemeinschaftsmarke („GMDV“) (ABl. EG 1995 Nr. L 303, S. 1; ABl. HABM 2-3/95, S. 258) forderte der Prüfer die Beschwerdeführerin auf, eine Stellungnahme innerhalb von zwei Monaten vorzulegen.
7. Mit Schriftsatz vom 11. Januar 2001 nahm die Beschwerdeführerin zu den vom Prüfer aufgeworfenen Schutzversagungsgründen Stellung. Zum Zurückweisungsgrund des Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a GMV machte die Beschwerdeführerin geltend, dass es ihr offensichtlich durch die grafische Darstellung sowie die zugehörige Beschreibung gelungen sei, den Gegenstand der Markenmeldung eindeutig darzustellen, denn im zweiten Teil seines Bescheids habe der Prüfer sich konkret mit den Eintragungsvoraussetzungen auseinandergesetzt. Es sei zu schließen, dass die Marke grafisch habe dargestellt werden können. In Bezug auf die Bestimmungen von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b und Buchstabe e ii) GMV führte die Beschwerdeführerin aus, dass die vorher bekannten, nach oben öffnenden Autotüren sich alle um Achsen verschwenken ließen, die horizontal in Fahrtrichtung angeordnet seien. Dagegen sei in der Markenmeldung ausdrücklich beansprucht worden, dass die Schwenkachse zwar horizontal, aber quer zur Fahrtrichtung angeordnet sei. Diese ungewöhnliche Art der Schwenkachsenordnung sei vor dem Prioritätstag der Anmeldung nur für zwei weitere Modelle der gleichen Firmengruppe der Beschwerdeführerin (nämlich den Bugatti EB 110 und den Audi Avus Showcar) verwendet worden. Erst nach dem Prioritätstag sei der vom Prüfer in seiner

Beanstandung erwähnte Mercedes Benz Vision der Öffentlichkeit vorgestellt worden.

8. Weiterhin sei hervorzuheben, dass die Art, die Türen in der beanspruchten Weise zu öffnen, keinesfalls einer technischen Notwendigkeit entspreche. Der einzige vom Designer Ferruccio Lamborghini verfolgte Zweck bei dem beanspruchten Merkmal sei gewesen, eine völlig unbekannte Art der Türenführung zu schaffen, die einen besonderen Wiedererkennungswert habe und ein unverwechselbares Zeichen für einen Lamborghini darstelle. Die Beschwerdeführerin stelle dem Prüfer als Anlage zu ihrem Schriftsatz auch ein Modellauto des Lamborghini Diablo zur Verfügung, das die Art der Türenöffnung verdeutliche und insbesondere auch erkennen lasse, dass es keine technische Notwendigkeit gebe, die Türenöffnung genau auf die beanspruchte Weise vorzunehmen. Diese besondere Art der Türenöffnung sei im Wesentlichen singulär geblieben und sei somit auch nicht durch den Gebrauch Dritter ihrer Unterscheidungskraft beraubt worden.
9. Mit Bescheid vom 10. August 2001 (im Folgenden „der angefochtene Bescheid“) wies der Prüfer die Anmeldung gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b und Buchstabe e ii) GMV zurück. Aufgrund der von der Beschwerdeführerin vorgetragenen Argumente wurde die Beanstandung nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a GMV fallengelassen.
10. In Bezug auf das Eintragungshindernis nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b GMV machte der Prüfer geltend, dass die von der Beschwerdeführerin beanspruchte Ausgestaltung der Fahrzeugtüren auf dem Markt der in Massenproduktion hergestellten Personenwagen ungewöhnlich sein möge, es sei jedoch zu beachten, dass auf dem von der Beschwerdeführerin anvisierten begrenzten Markt exklusiver Sportwagen der gegenständliche Türmechanismus ebenfalls von Konkurrenten der Beschwerdeführerin verwendet werde. Das gehe aus den dem Bescheid beigelegten Internet-Ausdrucken hervor, die veranschaulichten, dass Hersteller wie Saleen, Vector, Bugatti, McLaren, Ultima und Mercedes ebenfalls Autos mit nach oben verschwenkbaren Türen anböten. Des weiteren bemerkte der Prüfer, dass für die Beurteilung der Eintragungsfähigkeit einer Marke der Anmeldetag nicht der einzig relevante Zeitpunkt sei. Die Voraussetzungen zur Eintragung müssten nicht nur am Anmeldetag, sondern auch beim Abschluss des Prüfungsverfahrens vorliegen. Der Hinweis, dass Konkurrenten erst nach dem Prioritätstag der Anmeldung ähnliche Türkonstruktionen verwendeten, sei daher nicht entscheidungsrelevant, da inzwischen eine verbreitete Benutzung der gegenständlichen Türkonstruktion in den relevanten Verkehrskreisen bekannt sei. Deshalb sei die Marke nicht geeignet, als Hinweis auf einen bestimmten Geschäftsbetrieb in der einschlägigen Branche zu fungieren.
11. Was den Zurückweisungsgrund nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe e ii) GMV anbetreffe, führte der Prüfer aus, dass nach neuerer Rechtsauffassung, wie z.B. aus den Schlussanträgen des Generalanwalts vom 23. Januar 2001 im Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof in der Rechtssache C-299/99 Philips/Remington hervorgehe, diese Bestimmung

dahingehend zu interpretieren sei, dass jegliche Form, deren wesentliche Merkmale zur Erreichung einer technischen Wirkung dienten, als Zeichen angesehen werden müsse, das ausschließlich aus der Form der Ware bestehe, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich sei, unabhängig davon, ob es möglich sei, diese Wirkung auch durch eine andere Form zu erzielen. Auch wenn der von der vorliegenden Anmeldung begehrte Schutzgegenstand die Bewegung einer Autotür sei, und nicht die Form der Tür selbst beansprucht werde, so handele es sich doch um die Form oder technische Ausgestaltung einer Ware, deren wesentliches Merkmal nur der Erreichung einer technischen Wirkung, nämlich dem Öffnen einer Tür, diene. Auch betreffe der beanspruchte Schutz ausschließlich dieses Merkmal, denn andere unterscheidungskräftige Elemente weise die Anmeldung nicht auf.

12. Gegen diesen Bescheid erhob die Beschwerdeführerin am 22. August 2001 Beschwerde, die sie mit Schreiben vom 26. November 2001 begründete.
13. Die Beschwerde wurde dem Prüfer gemäß Artikel 60 GMV zur Entscheidung über die Abhilfe zugeleitet. Sie wurde am 7. Dezember 2001 den Beschwerdekammern vorgelegt.

Beschwerdegründe

14. Die Beschwerdeführerin beantragt, den angefochtenen Bescheid in vollem Umfang aufzuheben. In ihrer Begründung hebt die Beschwerdeführerin zunächst hervor, dass die angemeldete Marke eine Bewegungsmarke sei, nämlich bestehend aus dem Bewegungsablauf einer Fahrzeugschleuse, die innerhalb einer lotrechten, in Fahrzeuglängsrichtung liegenden Ebene aus ihrer Schließstellung in eine Offenstellung nach vorne verschwenkbar sei.
15. Zu dem vom Prüfer der Eintragung der Marke entgegengehaltenen Schutzhindernis des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe e ii) GMV führt die Beschwerdeführerin aus, dass diese Bestimmung die Form der Ware, also Formmarken betreffe. Wie der angefochtene Bescheid selbst angebe, sei der Gegenstand der angemeldeten Marke jedoch nicht eine Form, sondern ein Bewegungsablauf von Fahrzeugschleusen. Weder der Wortlaut des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe e GMV noch die allgemeine Systematik des Artikels 7 Absatz 1 GMV rechtfertigten es, das Eintragungshindernis des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe e ii) GMV auf andere Zeichen als auf Formmarken zu beziehen.
16. Weiterhin folge aus der Formulierung dieser Bestimmung, dass nach den Vorstellungen des Gesetzgebers die Form der Ware das Mittel zur Erreichung einer technischen Wirkung sei. Dies sei eben auch der Fall gewesen in der vom Prüfer zitierten dem EuGH zur Vorabscheidung vorgelegten Frage in der Sache C-299/99, die die Form einer Ware als Mittel zur Erzielung einer technischen Wirkung, nämlich einer Rasur, betreffe. Die gegenständliche Anmeldung betreffe jedoch einen Bewegungsablauf, bei dem die technische Umsetzung, d.h. das Mittel zur Erreichung dieses Bewegungsablaufs gerade nicht Gegenstand der Anmeldung sei. Ein reiner Bewegungsablauf könne nicht gleichzeitig Mittel zur

Erreichung einer technischen Wirkung sein. Die Markenmeldung habe eine charakteristische Schwenkbewegung einer Autotür zum Gegenstand, nicht aber – wie im angefochtenen Bescheid wiederholt ausgeführt – „eine spezielle Art und Weise des Öffnens von Autotüren“.

17. Auch sei der Bestimmung des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe e ii) GMV nach die Form der Ware zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich. Durch die Verwendung des Wortes „erforderlich“ habe der Gesetzgeber signalisiert, dass die Schutzzfähigkeit nur dann entfalle, wenn es praktisch keine vernünftige Alternative zu der betreffenden Form gebe (vergl. von Mühlendahl/Ohlgart „Die Gemeinschaftsmarke“ § 4 Rdnr. 35). Gegenstände, wie sie der angemeldeten Marke zugrunde lägen, fielen nach bisheriger deutscher Rechtsprechung unter den sog. Ausstattungsschutz. Zum Ausstattungsschutz habe die deutsche Rechtsprechung und Doktrin die Auffassung vertreten, dass ein solcher für Gestaltungen in Betracht komme, die willkürlich wählbar seien, d.h. wenn es technische und wirtschaftliche Alternativen gäbe. Diese Grundsätze der deutschen Rechtsprechung zum Ausstattungsschutz könnten weitgehend auf das Eintragungshindernis des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe e ii) GMV übertragen werden. Jedenfalls sei in der Gesetzesbegründung der entsprechenden Vorschrift des § 3 Absatz 2 Ziffer 2 des deutschen Markengesetzes von der weiteren Gültigkeit der Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung zum Ausstattungsschutz ausgegangen worden. Somit solle an den Ausschlussgrund für eine technisch bedingte Form kein allzu strenger Maßstab angelegt werden und die technische Bedingtheit der Form schon immer dann verneint werden, wenn Formalalternativen für die technische Wirkung bestünden. Im gegenständlichen Fall zeigten schon die durch den legendären Mercedes 300 SL in den 50er Jahren bekannt gewordenen sog. Flügeltüren, dass Alternativlösungen zu der angemeldeten Türverschwenkung vorhanden seien.
18. Zu dem Eintragungshindernis des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe b GMV verweist die Beschwerdeführerin auf die Entscheidungen der Beschwerdekammern vom 28. Oktober 1999 (Sache R 104/1999-3 – STRAHLREGLER) und vom 28. März 2001 (Sache R 406/2000-3 – ZAHNBÜRSTENKOPF (3D-MARKE)) tragenden Grundsätze. Wenn man diese für eine dreidimensionale Formmarke aufgestellten Grundsätze auf die angemeldete Bewegungsmarke übertrage, sei zu schließen, dass die Anmeldung den von der Rechtsprechung gestellten Anforderungen an die Originalität genüge, da sie aus dem verkehrsüblichen Rahmen falle. Es handele sich bei der angemeldeten Verschwenkbewegung nicht um gebräuchliche oder naheliegende Gestaltungsmerkmale von Kraftfahrzeugen. Vielmehr werde jeder, der im Straßenverkehr eine derartige Türverschwenkbewegung erblicke, dem Fahrzeug besondere Aufmerksamkeit schenken. Dies werde z. B. in einem im „Handelsblatt“ vom 1. November 2001 dem Lamborghini-Sportwagen „Murciélago“ gewidmeten Artikel bestätigt, in dem es heiße: „Spektakulär ist wie schon beim Vorgänger das Öffnen der nach oben schwenkenden Flügeltüren“ (eine Kopie des Artikels war der Beschwerdebegründung beigelegt). Die Türbewegung entspreche keinerlei technischer Notwendigkeit, sondern sei nur entworfen worden, um einen Wiedererkennungseffekt auszulösen. Sie sei als unverwechselbares Zeichen für einen Lamborghini gedacht und auch so vom Verkehr verstanden worden. Die Eignung der

beanspruchten Türverschwenkbewegung, eine Unterscheidungsfunktion auszuüben, könne somit nicht angezweifelt werden.

19. Diese Feststellung lasse sich auch nicht durch den im angefochtenen Bescheid gemachten Hinweis auf einzelne Autos mit vergleichbaren Türverschwenkungen der Hersteller Saleen, Vector, Bugatti, McLaren, Ultima und Mercedes in Frage stellen. Zunächst sei formalrechtlich zu beanstanden, dass der Zurückweisungsbescheid in seiner Begründung auf erstmalig erwähnte Unterlagen gestützt werde, zu denen die Beschwerdeführerin zuvor nicht habe Stellung nehmen können. Weiterhin sei festzustellen, dass die als Unterlagen beigelegten Ausdrucke aus dem Internet bis auf den Bugatti ausschließlich Konzeptfahrzeuge zeigten, die also auf dem Markt nicht erhältlich seien und selbst der Beschwerdeführerin bisher unbekannt gewesen seien. Die Tatsache allein, dass der Prüfer vereinzelte Konzeptfahrzeuge im Internet habe ermitteln können, deren Türen eine mit der angemeldeten Marke vergleichbare Schwenkbewegung ausführten, stelle aber noch nicht einmal ein Indiz für eine Verkehrsüblichkeit dieser Türschwenkbewegung dar, könne also auch nicht die originär vorhandene Unterscheidungseignung der der Anmeldung zugrunde liegenden Türverschwenkbewegung in Frage stellen. Dies gelte um so mehr, als beispielsweise auf der vom Prüfer vorgelegten Internetseite des „Saleen“ davon die Rede sei, der Wagen ähnele dem äußeren Eindruck nach einem Lamborghini Diablo. Diese Aussage stelle ein weiteres Indiz dafür dar, dass die Verkehrskreise derartige Kraftfahrzeugtüren sofort mit der Beschwerdeführerin in Verbindung brächten.

Entscheidungsgründe

20. Die Beschwerde ist gemäß Artikel 57, 58 und 59 GMV und Regel 48 GMDV ordnungsgemäß erhoben und daher zulässig.
21. Nach einer vom Prüfer geforderten Spezifizierung der im Anmeldeformular enthaltenen Wiedergabe des beanspruchten Zeichens hat die Beschwerdeführerin klargestellt, dass die Marke im Funktionsablauf der sich durch einen Schwenk nach oben öffnenden Türen eines Autos bestehe. Dieser Ablauf wird in vier Bildern einer Fahrzeugsilhouette wiedergegeben, die die beiden Türen des Autos in einem unterschiedlichen Zustand der Öffnung, von geschlossen bis völlig geöffnet, zeigen. Weiterhin ist der in der Anmeldung angegebene Beschreibung zu entnehmen, dass die Marke „sich bezieht“ auf eine eigenartige und charakteristische „Ausgestaltung“ der Türen eines Fahrzeuges. Der Beschreibung nach werden diese Türen zum Öffnen „nach oben verschwenkt, und zwar um eine Schwenkachse, die im wesentlichen horizontal und quer zur Fahrtrichtung des Fahrzeuges verläuft“.
22. Im angefochtenen Bescheid ist der Prüfer davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin Schutz für eine spezielle Art und Weise des Öffnens von Autotüren begehre, nämlich das Sich-Nach-Oben-Verschwenken der Türen. Auch wenn der Schutzgegenstand die Bewegung einer Autotür sein sollte und nicht die Form der Tür selbst beansprucht werde, handele es sich nicht weniger um die Form oder technische Ausgestaltung einer Ware. Der Prüfer folgere weiterhin,

dass diese spezifische Form oder Ausgestaltung nur der Erreichung einer technischen Wirkung diene, nämlich dem Öffnen einer Tür.

23. In ihrer Beschwerdebegründung hat die Beschwerdeführerin geltend gemacht, Gegenstand der Markenmeldung sei „eine Bewegungsmarke, nämlich der Bewegungsablauf einer Fahrzeugtür, die innerhalb einer lotrechten, in Fahrzeuginnenraumrichtung liegenden Ebene aus ihrer Schließstellung in eine Offenstellung nach vorn verschwenkbar ist“. Der Kammer ist bekannt, dass der Begriff der „Bewegungsmarke“ in die deutsche Markenrechtsdoktrin Eingang gefunden hat. Dr. Karl-Heinz Fezer macht in seinem Buch „Markenrecht“ (Ausgabe 1997) geltend, Gegenstand des Markenschutzes einer typisierten Bewegungsmarke als Motivmarke sei nicht nur eine konkrete Bildfolge, sondern auch ein typisierter Bewegungsablauf. Voraussetzung der Markenfähigkeit einer solchen Motivmarke als typisierter Bewegungsmarke sei deren graphische Darstellbarkeit (S. 181, Randnr. 291). Im gegenständlichen Fall hat das Amt angenommen, dass die angemeldete Marke entsprechend den Vorschriften graphisch dargestellt ist, da der Prüfer die ursprüngliche Beanstandung basierend auf Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a GMV fallengelassen hat. Nach dem angefochtenen Bescheid erfolgte die Zurückweisung der Anmeldung ausschließlich auf der Grundlage des Artikels 7 Absatz 1 Buchstaben b und e ii) GMV.

Zum Zurückweisungsgrund des Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe e ii) GMV

24. In der Beschwerdebegründung trägt die Beschwerdeführerin vor, der Zurückweisungsgrund des Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe e GMV könne schon deswegen nicht durchgreifen, weil diese Bestimmung sich ausdrücklich und ausschließlich auf Marken beziehe, die aus der Form der Ware bestünden, und die angemeldete Marke eben nicht aus der Form der einschlägigen Ware bestehe. Die Beschwerdekammer ist von diesem formalen Argument nicht überzeugt. Nach Darstellung der Beschwerdeführerin besteht die Marke aus einem Bewegungsablauf, und zwar aus einer nach vorn und oben verlaufenden Türverschwenkung. Die Marke ist somit notwendigerweise dreidimensionaler Natur und erschöpft sich, wenn sie keine bestimmte Form zum Gegenstand hat, in einer charakteristischen mechanischen Bewegung, die nach Ansicht der Kammer einer technischen Funktion einer Autotür gleichkommt. Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin selbst in ihrer Stellungnahme vom 11. Januar 2001 dargelegt, dass die Eigenart der von ihr beanspruchten Schwenkbewegung darauf beruht, dass die Schwenkachse quer zur Fahrtrichtung, statt wie üblicherweise in Fahrtrichtung, angeordnet sei.
25. In seinem Urteil vom 18. Juni 2002 in der Rechtssache C-299/99, Koninklijke Philips Electronics NV/Remington Consumer Products Ltd, hat der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zu Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe e zweiter Gedankenstrich der Ersten Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, dessen Inhalt mit dem des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe e zweiter Gedankenstrich GMV übereinstimmt, angegeben, dass die Vorschrift verhindern soll, „dass Formen, deren wesentliche Merkmale einer technischen Funktion entsprechen, eingetragen werden mit der

Folge, dass die dem Markenrecht innewohnende Ausschließlichkeit die Mitbewerber daran hindern würde, eine Ware mit einer solchen Funktion anzubieten oder zumindest die technische Lösung frei zu wählen, die sie einsetzen möchten, um ihre Ware mit einer solchen Funktion auszustatten“ (Randnr. 79 des Urteils). Die Kammer ist der Ansicht, dass das in dieser Überlegung zum Ausdruck gebrachte Prinzip nicht nur für „Formen, deren wesentliche Merkmale einer technischen Funktion entsprechen“ gilt, sondern auch, und zwar a fortiori, für die Gestaltung einer solchen technischen Funktion selbst. Zwar beziehen sich die Bestimmungen des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe e GMV ausdrücklich auf Marken, die aus der Form der Ware bestehen. Es ist jedoch nicht streitig, dass mit diesem Wortlaut die Kategorie der sog. dreidimensionalen Markenzeichen gemeint ist. So nimmt das Amt im Punkt 8.6 der von ihm veröffentlichten Prüfungsrichtlinien (Amtsblatt HABM 9/96, S. 1308), der dem Kommentar des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe e GMV gewidmet ist, Bezug auf die durch diese Bestimmung gemeinte „dreidimensionale Marke“. Die vom Prüfer im angefochtenen Bescheid vertretene Auffassung, die von der Beschwerdeführerin angemeldete Marke unterliege der Bestimmung des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe e ii) GMV, erscheint daher nicht widersinnig, weil die beanspruchte Marke ihrer Natur nach unverkennbar ein dreidimensionales Zeichen darstellt. Dies geht schon daraus hervor, dass das Zeichen nur wahrgenommen werden kann, wenn die Tür der damit gekennzeichneten Ware tatsächlich verschwenkt wird.

26. Im oben zitierten Urteil hat der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften weiterhin bemerkt: „Die Ratio der in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe e der Richtlinie vorgesehenen Eintragungshindernisse besteht darin, zu verhindern, dass der Schutz des Markenrechts seinem Inhaber ein Monopol für technische Lösungen oder Gebrauchseigenschaften einer Ware einräumt, die der Benutzer auch bei den Waren der Mitbewerber suchen kann. Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe e GMV soll somit vermeiden, dass der durch das Markenrecht gewährte Schutz über den Schutz der Zeichen hinausgeht, anhand deren sich eine Ware oder Dienstleistung von den Mitbewerbern angebotenen Waren oder Dienstleistungen unterscheiden lassen, und zu einem Hindernis für die Mitbewerber wird, Waren mit diesen technischen Lösungen oder diesen Gebrauchseigenschaften im Wettbewerb mit dem Markeninhaber frei anzubieten“ (Randnr. 78 des Urteils). Nach Auffassung der Kammer gehört der von der Beschwerdeführerin beanspruchte Bewegungsablauf der Türen eines Fahrzeuges zu den vom Gerichtshof erwähnten „technische[n] Lösungen oder Gebrauchseigenschaften“, die gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe e GMV vom Markenschutz ausgenommen sind, ebenso wie es zum Beispiel ein funktioneller Bewegungsablauf beim Öffnen des Verdecks eines Kabrioletts wäre.
27. In der Beschwerdebegründung führt die Beschwerdeführerin weiter aus, dass, selbst wenn die Bestimmung von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe e zweiter Gedankenstrich GMV auf die gegenständliche Marke anwendbar wäre, letztere nicht vom Ausschlussgrund betroffen sei, da dieser Grund nur auf die Form einer Ware abstelle, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich sei. Durch die Verwendung des Wortes „erforderlich“ habe der Gesetzgeber signalisiert, dass die Schutzfähigkeit nur dann entfalle, wenn es praktisch keine

vernünftige Alternative zu der betreffenden Form gebe. Im vorliegenden Fall dürfe jedoch unzweifelhaft sein, dass zu dem von der Marke erfassten Bewegungsablauf einer Autotür Alternativlösungen zur Verfügung stünden, die obendrein naheliegender und technisch vorteilhafter erschienen.

28. Die von der Beschwerdeführerin vorgetragene Interpretation der fraglichen Bestimmung findet jedoch keine Grundlage in der Gemeinschaftsrechtsprechung. Vielmehr hat der Gerichtshof in seinem oben erwähnten Urteil vom 18. Juni 2002 dargelegt, dass nichts im Wortlaut der einschlägigen Vorschrift die Schlussfolgerung zulasse, das Eintragungshindernis könne durch den Hinweis ausgeräumt werden, es gebe andere Formen, die die gleiche technische Wirkung ermöglichen. Der Gerichtshof hebt in diesem Zusammenhang hervor, dass die fragliche Vorschrift das legitime Ziel widerspiegele, es dem Einzelnen nicht zu erlauben, die Eintragung einer Marke zu benutzen, um ausschließliche Rechte an technischen Lösungen zu erlangen oder fortbestehen zu lassen (Randnrn. 81 und 82 des Urteils).

Zum Zurückweisungsgrund des Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b GMV

29. Was des weiteren das vom Prüfer ebenfalls der Zurückweisungsentscheidung zugrunde gelegte Hindernis gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b GMV anbetrifft, ist zunächst die Ansicht der Beschwerdeführerin zu bejahen, dass bei der Prüfung der Unterscheidungskraft einer Marke zum einen auf die angemeldeten Waren und Dienstleistungen, zum anderen auf die Wahrnehmung durch die beteiligten Verkehrskreise abzustellen ist. Die Beschwerdeführerin hat weiter dargelegt, die von der gegenständlichen Anmeldung angesprochenen Verkehrskreise setzten sich aus allen an Kraftfahrzeugen interessierten Personen, und somit aus den ganz allgemeinen Endverbrauchern, zusammen.
30. Im angefochtenen Bescheid hat der Prüfer ausgeführt, dass mehrere Mitbewerber in der Automobilbranche Autos mit nach oben verschwenkbaren Türen anbieten, und dass im besonderen auf dem Markt der schnellen Sportwagen die Verwendung der nach oben verschwenkbaren Türen ein übliches Merkmal sei. Zur Illustration seiner Feststellung hat der Prüfer dem Bescheid verschiedene Ausdrücke aus dem Internet hinzugefügt. In der Beschwerdebegründung rügt die Beschwerdeführerin die Verwendung von diesen ihr vorher nicht zugeleiteten Unterlagen, da ihr keine Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt worden sei und somit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliege. Die Kammer teilt jedoch diese Ansicht der Beschwerdeführerin nicht. Mit seinem Hinweis hat der Prüfer lediglich auf weitere Beispiele, die jedem per Internet zugänglich sind, seiner schon in der ersten Beanstandung vorgetragenen Stellungnahme hingewiesen. In jener Stellungnahme vom 4. Dezember 2000 hatte der Prüfer wörtlich dargelegt: „Autotüren, die sich durch einen Schwenk nach oben öffnen, werden auch von anderen Herstellern verwendet (z.B. BMW Z9 Gran Turismo, Mercedes-Benz Vision SLR Roadster)“ (Hervorhebung durch die Kammer). Der Prüfer hatte nicht nur dabei angedeutet, dass mehrere Hinweise zur Verfügung standen, sondern er durfte davon ausgehen, dass die Entwicklung von Modellen der Konkurrenten auf dem spezialisierten Markt von schnellen Sportwagen der

Beschwerdeführerin durchaus bekannt gewesen sei. Die weiteren vom Prüfer vorgelegten Hinweise stellten somit keinesfalls ein neues Argument da, womit sich die Beschwerdeführerin auseinanderzusetzen gehabt hätte, sondern dienten nur dem Zweck, bereits bekannte Erwägungen zu unterstützen (siehe in diesem Zusammenhang auch das Urteil des Gerichts erster Instanz vom 9. Oktober 2002 in der Rechtssache T-173/00 KWS Saat AG/HABM („Orange“), Randnr. 59).

31. In Bezug auf das Argument des Prüfers, nach oben schwenkende Autotüren würden auch von anderen Herstellern verwendet, erwiderte die Beschwerdeführerin zunächst in ihrer Stellungnahme vom 11. Januar 2001, dass es zutreffe, dass sich derart öffnende Türen schon seit den 50er Jahren bekannt gewesen seien – und damals als „Flügeltüren“ bezeichnet worden seien –, dass aber die bisher bekannten Türen sich um eine in Fahrtrichtung angeordnete Achse schwenken ließen, während in der Markenmeldung eine quer zur Fahrtrichtung angeordnete Schwenkachse beansprucht werde. Diese ungewöhnliche Art der Schwenkachsenanordnung sei bisher lediglich bei zwei weiteren Modellen, und zwar den Marken Bugatti und Audi, die beide zu der gleichen Firmengruppe wie die Beschwerdeführerin gehörten, vor dem Prioritätstag der Anmeldung verwendet worden. Der vom Prüfer erwähnte Mercedes Benz Vision sei erst nach dem Prioritätstag der Öffentlichkeit vorgestellt worden. In der Beschwerdebegründung weist die Beschwerdeführerin noch darauf hin, dass der angefochtene Bescheid sich mit diesem letzten Argument nicht auseinandergesetzt habe.
32. Weiterhin trägt die Beschwerdeführerin in der Beschwerdebegründung vor, dass die vom Prüfer im angefochtenen Bescheid erwähnten Modelle, bis auf den Bugatti, ausschließlich Konzeptfahrzeuge darstellten, die also auf dem Markt nicht erhältlich seien und daher selbst der Beschwerdeführerin bisher unbekannt gewesen seien. Schließlich legt die Beschwerdeführerin einen Presseartikel aus dem „Handelsblatt“ vom 1. November 2001 vor, der der Vorstellung des neuen Lamborghini-Modells „Murciélago“ gewidmet ist, und worin bei der Beschreibung der Merkmale des Fahrzeugs ausdrücklich erwähnt wird: „Spektakulär ist wie schon beim Vorgänger das Öffnen der nach oben schwenkenden Flügeltüren“. Die sei ein weiteres Indiz dafür, dass die Besonderheit der der Markenmeldung zugrunde liegenden Türverschwenkbewegung bis heute erhalten geblieben sei.
33. Zunächst möchte die Kammer festhalten, dass der Prüfer den von der Beschwerdeführerin erhobenen Einwand, eines der vom Prüfer herangezogenen Automodelle sei erst nach dem Prioritätstag der Anmeldung veröffentlicht worden, sehr wohl aufgegriffen hat. In der angefochtenen Entscheidung hat der Prüfer dazu folgendermaßen Stellung genommen: „Der bei der Beurteilung der Eintragungsfähigkeit einer Marke entscheidende Zeitpunkt ist nicht ausschließlich der Anmeldetag. Zwar muss die Anmeldung in jedem Fall schon am Tag der Anmeldung eintragungsfähig gewesen sein, die Voraussetzungen zur Eintragung müssen jedoch auch noch bei Abschluss des Prüfungsverfahrens vorliegen“. Der Prüfer hat somit zutreffend dargelegt, weshalb Tatsachen, die für die Beurteilung der Unterscheidungskraft relevant sind, nicht deswegen unberücksichtigt bleiben sollen, weil sie sich erst nach dem Anmelde- bzw. Prioritätstag ereignet haben.

34. Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 11. Januar 2001 die Feststellung des Prüfers, Autotüren, die sich durch einen Schwenk nach oben öffneten, würden auch von anderen Herstellern verwendet, ausdrücklich bestätigt. Die Beschwerdeführerin fügte sogar hinzu, dass derartige Türen bereits beim Mercedes 300 SL in den 50er Jahren bekannt gewesen seien. Darüber hinaus hat der Prüfer im angefochtenen Bescheid auf fünf weitere Hersteller hingewiesen, die ebenfalls Autos mit nach oben verschwenkbaren Türen anbieten. Der Einwand der Beschwerdeführerin, diese Hinweise bezögen sich meist nur auf vereinzelte Konzeptfahrzeuge und seien deswegen unerheblich, greift nach Ansicht der Kammer nicht durch. Ausschlaggebend ist, dass diese Modelle, ausführlich fotografiert und zum Teil detailliert beschrieben, jedem über das Internet zugänglich sind. Aufgrund dieser Tatsachen kommt die Kammer zum Ergebnis, dass nach oben verschwenkbare Türen eines Autos von den betroffenen Verkehrskreisen als charakteristisches Merkmal einer Kategorie von (Sport)wagen wahrgenommen werden, und nicht als Markenzeichen eines bestimmten Herstellers dieser Wagen.
35. In Bezug auf die Behauptung der Beschwerdeführerin, die betroffenen Verkehrskreise brächten die fragliche Türbewegung noch immer mit den Lamborghini-Autos in Verbindung, möchte die Kammer darauf hinweisen, dass auf der vom Prüfer vorgelegten, dem Saleen gewidmeten Webseite nicht nur zu lesen ist, wie die Beschwerdeführerin hervorhebt, das Auto gleiche einem Lamborghini Diablo, sondern weiterhin auch ein Foto eines Saleen mit geöffneten Türen sichtbar ist, mit der dazugehörenden Unterschrift: „Like the famous Mercedes-Benz Gullwings, the doors of the Saleen cantilever skyward when opened“ (auf Deutsch etwa: Wie die bekannten Mercedes-Benz Möwenflügel, schwenken die Türen des Saleen beim Öffnen nach oben).
36. Weiterhin stützt die Beschwerdeführerin sich insbesondere auf das Argument, die von ihr beanspruchte Türverschwenkbewegung vollziehe sich um eine Achse, die quer zur Fahrtrichtung verlaufe, während bei den anderen Modellen sich die Bewegung um eine in Fahrtrichtung liegende Achse vollziehe. Dazu möchte die Kammer darauf hinweisen, dass die angesprochenen Verkehrskreise, die, laut Angabe der Beschwerdeführerin, sich aus den „ganz allgemeinen Endverbraucher[n]“ zusammensetzen, wenn sie die Gelegenheit haben, die beanspruchte Türbewegung real wahrzunehmen, ihre Aufmerksamkeit wohl in erster Linie der „spektakulären“ Bewegung der sich nach oben öffnenden Türen, und viel weniger der Position der Schwenkachse dieser Türen, zuwenden werden. Auch wenn die Verkehrskreise bei genauer Betrachtung feststellen sollten, die Türen öffneten sich nach einer charakteristischen, durch die Position der Schwenkachse bedingten Bewegung, würden sie dies allenfalls als technische Besonderheit, nicht aber als Hinweis auf die Identität des Fahrzeugherstellers wahrnehmen. Nach Auffassung der Kammer fehlt daher dem Gegenstand der Anmeldung, so wie dieser in der von der Beschwerdeführerin angemeldeten Beschreibung definiert wird, die nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b GMV erforderliche Unterscheidungskraft.
37. Nach alledem ist der angefochtene Bescheid zu bestätigen und die Beschwerde zurückzuweisen.

Tenor der Entscheidung

Aus diesen Gründen entscheidet

DIE KAMMER

wie folgt:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

S. Mandel

W. Peeters

J. L. Soares Curado

Geschäftsstellenbeamter:

E. Gastinel