



Fundstellen: ECLI:EU:T:2010:96 = GRUR 2010, 421 = GRUR Int 2010, 602 = GRUR Prax 2010, 178 (*Bogatz*) = GRUR-RR 2010, 189 = Slg. 2010, II-981

- 1. Der Nichtigkeitsgrund nach Art 25 Abs 1 lit d GGV ist dann erfüllt, wenn das angegriffene Gemeinschaftsgeschmacksmuster unter Berücksichtigung der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei seiner Entwicklung keinen anderen Gesamteindruck beim informierten Benutzer erweckt als das eingewendete ältere Geschmacksmuster.**
- 2. Diese Auslegung der eingangs genannten Vorschrift ist die einzige, die einen Schutz der Rechte des Inhabers eines Geschmacksmusters, der ein älteres Recht der in dieser Bestimmung beschriebenen Art hat, vor allen Beeinträchtigungen dieses Geschmacksmusters zu gewährleisten imstande ist, die sich aus der Koexistenz mit einem jüngeren Gemeinschaftsgeschmacksmuster ergeben, das beim informierten Benutzer den gleichen Gesamteindruck erweckt. Im Falle einer anderen Auslegung wäre nämlich dem Inhaber eines älteren Rechts die Möglichkeit entzogen, die Nichtigkeitsklage eines solchen jüngeren Gemeinschaftsgeschmacksmusters zu beantragen, und er wäre des effektiven Schutzes beraubt, den ihm sein Geschmacksmuster nach Art 10 GGV oder Art 9 Muster-RL verleiht.**
- 3. Da ein Geschmacksmuster nach Art 3 lit a GGV die Erscheinungsform eines Erzeugnisses darstellt, muss die Anmeldung eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters nach Art 36 Abs 2 GGV die Angabe der Erzeugnisse enthalten, in die es aufgenommen oder bei denen es verwendet werden soll. Diese Erzeugnisangabe ist zwar zwingendes Anmeldeerfordernis, doch beeinträchtigt sie nach Art 36 Abs 6 GGV nicht den Schutzzumfang des Geschmacksmusters als solchen.**
- 4. Der Zweck des Art 36 Abs 6 GGV besteht darin, dass es zur Bestimmung des designapplizierten Erzeugnisses erforderlich ist, die sich auf dieses Erzeugnis beziehende Angabe in der Anmeldung dieses Geschmacksmusters zu berücksichtigen, daneben jedoch gegebenenfalls auch das Geschmacksmuster selbst, soweit es die Art, Bestimmung oder Funktion des Erzeugnisses näher beschreibt. Die Berücksichtigung des Geschmacksmusters selbst kann es nämlich ermöglichen, das Erzeugnis innerhalb einer bei der Eintragung angegebenen weiter gefassten Erzeugniskategorie zu ermitteln und damit den informierten Benutzer und den Grad der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei der Entwicklung des Geschmacksmusters wirksam zu bestimmen.**
- 5. Dem informierten Benutzer ist nach Art 10 Abs 1 GGV eine besondere Wachsamkeit eigen, und er verfügt über eine gewisse Kenntnis vom vorherigen Stand der Technik, d. h. vom Formenschatz der sich auf das fragliche Erzeugnis beziehenden Geschmacksmuster, die am Anmeldetag des streitigen Geschmacksmusters oder gegebenenfalls an dem in Anspruch genommenen Prioritätstag zugänglich waren.**
- 6. Der Grad der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei der Entwicklung des Geschmacksmusters nach Art 6 Abs 2 GGV wird insbesondere durch die Vorgaben bestimmt, die sich aus den durch die technische Funktion des Erzeugnisses oder eines Bestandteils des Erzeugnisses bedingten Merkmalen oder aus den auf das Erzeugnis anwendbaren gesetzlichen Vorschriften ergeben. Diese Vorgaben führen zu einer Standardisierung bestimmter Merkmale, die dann zu gemeinsamen Merkmalen aller beim betreffenden Erzeugnis verwendeten Geschmacksmuster werden.**
- 7. Im Rahmen der konkreten Beurteilung des durch die fraglichen Geschmacksmuster beim informierten Benutzer, der eine gewisse Kenntnis vom vorherigen Stand der Technik hat, erweckten Gesamteindrucks ist der Grad der Gestaltungsfreiheit des**

Entwerfers bei der Entwicklung des streitigen Geschmacksmusters zu berücksichtigen. Infolgedessen haben zwischen den fraglichen Geschmacksmustern bestehende Ähnlichkeiten, soweit sie gemeinsame Merkmale betreffen, für den Gesamteindruck, der beim informierten Benutzer durch diese Geschmacksmuster erweckt wird, nur geringe Bedeutung.

8. Bei bloß eingeschränkter Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bestimmter Werbeartikel (hier: sog. Rapper“, „Tazos“ oder „Pogs“) können bereits geringfügige Ergebnisse der schöpferischen Gestaltung den Designschutz begründen.

Leitsätze verfasst von Hon.-Prof. Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

In der Rechtssache der Grupo Promer Mon Graphic, SA mit Sitz in Sabadell (Spanien), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin R. Almaraz Palmero, Klägerin, gegen Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM), vertreten durch A. Folliard-Monguiral als Bevollmächtigten, Beklagter, andere Verfahrensbeteiligte im Verfahren vor der Beschwerdekammer des HABM und Streithelferin im Verfahren vor dem Gericht: PepsiCo, Inc. mit Sitz in New York, New York (Vereinigte Staaten), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte E. Armijo Chávarri und A. Castán Pérez-Gómez, betreffend eine Klage gegen die Entscheidung der Dritten Beschwerdekammer des HABM vom 27. Oktober 2006 (Sache R 1001/2005-3) zu einem Nichtigkeitsverfahren zwischen der Grupo Promer Mon Graphic, SA und der PepsiCo, Inc. erlässt

DAS GERICHT (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten M. Vilaras sowie der Richter M. Prek und V. M. Ciuc (Berichterstatter), Kanzler: J. Palacio González, Hauptverwaltungsrat, aufgrund der am 9. Januar 2007 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klageschrift, aufgrund der am 27. April 2007 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung des HABM, aufgrund der am 30. April 2007 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangenen Klagebeantwortung der Streithelferin, auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juli 2009 folgendes

Urteil

Rechtlicher Rahmen

1. Verordnung (EG) Nr. 6/2002

1 Die Vorschriften über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster sind in der Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12. Dezember 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster (ABl. 2002, L 3, S. 1) niedergelegt.

2 Art. 3 Buchst. a der Verordnung Nr. 6/2002 bestimmt:

„Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet:

a) ‚Geschmacksmuster‘ die Erscheinungsform eines Erzeugnisses oder eines Teils davon, die sich insbesondere aus den Merkmalen der Linien, Konturen, Farben, der Gestalt, Oberflächenstruktur und/oder der Werkstoffe des Erzeugnisses selbst und/oder seiner Verzierung ergibt“.

3 Art. 10 der Verordnung Nr. 6/2002 bestimmt:

„(1) Der Umfang des Schutzes aus dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster erstreckt sich auf jedes Geschmacksmuster, das beim informierten Benutzer keinen anderen Gesamteindruck erweckt.

(2) Bei der Beurteilung des Schutzzumfangs wird der Grad der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei der Entwicklung seines Geschmacksmusters berücksichtigt.“

4 Art. 25 der Verordnung Nr. 6/2002 in der auf den Sachverhalt des vorliegenden Falls anwendbaren Fassung sieht vor:

„(1) Ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster kann nur dann für nichtig erklärt werden:

- a) wenn kein Geschmacksmuster im Sinne von Artikel 3 Buchstabe a) vorliegt,
- b) wenn es die Voraussetzungen der Artikel 4 bis 9 nicht erfüllt,
- c) wenn dem Inhaber des Rechts infolge einer Gerichtsentscheidung kein Recht an dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster im Sinne von Artikel 14 zusteht,
- d) wenn das Gemeinschaftsgeschmacksmuster mit einem älteren Geschmacksmuster kollidiert, das der Öffentlichkeit nach dem Anmeldetag oder, wenn eine Priorität in Anspruch genommen wird, nach dem Prioritätstag des Gemeinschaftsgeschmacksmusters zugänglich gemacht wurde und das seit einem vor diesem Tag liegenden Zeitpunkt durch ein eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster oder durch die Anmeldung eines solchen oder durch ein eingetragenes Geschmacksmusterrecht eines Mitgliedstaats oder durch die Anmeldung eines solchen geschützt ist,
- e) wenn in einem jüngeren Geschmacksmuster ein Zeichen mit Unterscheidungskraft verwendet wird und das Gemeinschaftsrecht oder das nationale Recht des Mitgliedstaats, dem das Zeichen unterliegt, den Rechtsinhaber dazu berechtigen, diese Verwendung zu untersagen,
- f) wenn das Geschmacksmuster eine unerlaubte Verwendung eines Werkes darstellt, das nach dem Urheberrecht eines Mitgliedstaats geschützt ist,
- g) wenn das Geschmacksmuster eine missbräuchliche Verwendung eines der in Artikel 6b der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (nachstehend ‚Pariser Verbandsübereinkunft‘) genannten Gegenstände und Zeichen oder anderer als der in Artikel 6b aufgezählten Stempel, Kennzeichen und Wappen, die für einen Mitgliedstaat von besonderem öffentlichen Interesse sind, darstellt.

...

(3) Die Nichtigkeitsgründe gemäß Absatz 1 Buchstabe d), e) und f) kann nur der Anmelder oder Inhaber des älteren Rechts geltend machen.

...

5 Art. 36 der Verordnung Nr. 6/2002 bestimmt:

.....

(2) Die Anmeldung muss außerdem die Angabe der Erzeugnisse enthalten, in die das Geschmacksmuster aufgenommen oder bei denen es verwendet werden soll.

...

(6) Die Angaben gemäß Absatz 2 sowie gemäß Absatz 3 Buchstaben a) und d) beeinträchtigen nicht den Schutzzumfang des Geschmacksmusters als solchen.“

6 Nach Art. 43 der Verordnung Nr. 6/2002 „[hat das] Prioritätsrecht ... die Wirkung, dass der Prioritätstag als Tag der Anmeldung des eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmusters im Sinne ... des Artikels 25 Absatz 1 Buchstabe d) ... gilt“.

7 Art. 52 Abs. 1 der Verordnung Nr. 6/2002 sieht vor, dass „[v]orbehaltlich des Artikels 25 Absätze 2, 3, 4 und 5 ... jede natürliche oder juristische Person sowie eine hierzu befugte Behörde beim Amt einen Antrag auf Nichtigerklärung eines eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmusters stellen [kann]“.

8 Nach Art. 61 Abs. 1 der Verordnung Nr. 6/2002 „[sind die] von den Beschwerdekammern getroffenen Entscheidungen ... mit der Klage beim Gerichtshof anfechtbar“.

9 Art. 62 Satz 1 der Verordnung Nr. 6/2002 schreibt vor, dass „[d]ie Entscheidungen des Amtes ... mit Gründen zu versehen [sind]“.

2. Richtlinie 98/71/EG

10 Art. 1 Buchst. a der Richtlinie 98/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1998 über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen (ABl. L 289, S. 28) bestimmt:

„Im Sinne dieser Richtlinie

a) ist ein ‚Muster oder Modell‘ (nachstehend ‚Muster‘ genannt) die Erscheinungsform eines ganzen Erzeugnisses oder eines Teils davon, die sich insbesondere aus den Merkmalen der Linien, Konturen, Farben, der Gestalt, Oberflächenstruktur und/oder der Werkstoffe des Erzeugnisses selbst und/oder seiner Verzierung ergibt“.

11 Art. 9 der Richtlinie 98/71 sieht vor:

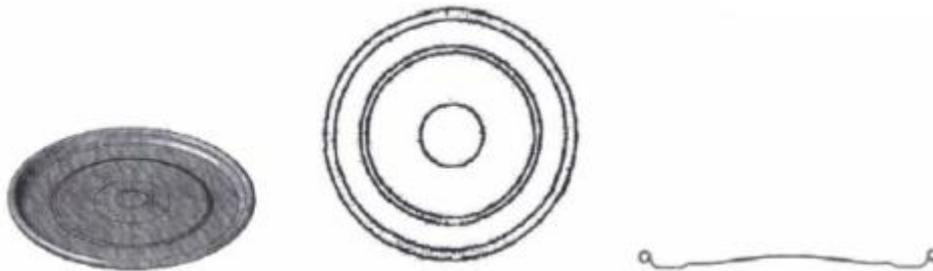
„(1) Der Umfang des Schutzes aus einem Recht an einem Muster erstreckt sich auf jedes Muster, das beim informierten Benutzer keinen anderen Gesamteindruck erweckt.

(2) Bei der Beurteilung des Schutzzumfangs wird der Grad der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei der Entwicklung seines Musters berücksichtigt.“

Vorgeschichte des Rechtsstreits

12 Die Streithelferin, die PepsiCo, Inc., meldete am 9. September 2003 gemäß der Verordnung Nr. 6/2002 ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) an. Dabei nahm sie die Priorität des am 23. Juli 2003 angemeldeten spanischen Geschmacksmusters Nr. 157156 in Anspruch, dessen Anmeldung am 16. November 2003 bekannt gemacht wurde.

13 Das Gemeinschaftsgeschmacksmuster wurde unter der Nr. 74463-0001 für die Erzeugnisse „Werbeartikel für Spiele“ eingetragen. Es wird wie folgt wiedergegeben:



14 Am 4. Februar 2004 reichte die Klägerin, die Grupo Promer Mon Graphic, SA, einen Antrag auf Erklärung der Nichtigkeit des Geschmacksmusters Nr. 74463-0001 (im Folgenden: streitiges Geschmacksmuster) nach Art. 52 der Verordnung Nr. 6/2002 ein.

15 Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung wurde auf das unter der Nr. 53186-0001 eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster (im Folgenden: älteres Geschmacksmuster) gestützt, dessen Anmeldetag der 17. Juli 2003 war und für das die Priorität des am 8. Juli 2003 angemeldeten spanischen Geschmacksmusters Nr. 157098 in Anspruch genommen war, dessen Anmeldung am 1. November 2003 bekannt gemacht worden war. Das ältere Geschmacksmuster ist für das Erzeugnis „Metallblech für Spiele“ eingetragen. Es wird wie folgt wiedergegeben:



16 Als Gründe für den Antrag auf Nichtigkeitsklärung wurden das Fehlen von Neuheit und Eigenart des streitigen Geschmacksmusters im Sinne von Art. 25 Abs. 1 Buchst. b der

Verordnung Nr. 6/2002 und das Bestehen eines älteren Rechts im Sinne von Art. 25 Abs. 1 Buchst. d dieser Verordnung geltend gemacht.

17 Am 20. Juni 2005 erklärte die Nichtigkeitsabteilung des HABM das streitige Geschmacksmuster nach Art. 25 Abs. 1 Buchst. d der Verordnung Nr. 6/2002 für nichtig.

18 Am 18. August 2005 legte die Streithelferin gemäß den Art. 55 bis 60 der Verordnung Nr. 6/2002 eine Beschwerde gegen die Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung beim HABM ein.

19 Mit Entscheidung vom 27. Oktober 2006 (im Folgenden: angefochtene Entscheidung) hob die Dritte Beschwerdekammer des HABM die Entscheidung der Nichtigkeitsabteilung auf und wies den Antrag auf Nichtigerklärung zurück. Sie verwarf zunächst das Vorbringen der Klägerin hinsichtlich der Bösgläubigkeit der Streithelferin und vertrat sodann im Wesentlichen die Auffassung, dass das streitige Geschmacksmuster nicht mit dem älteren Recht der Klägerin kollidiere und dass daher die Voraussetzungen des Art. 25 Abs. 1 Buchst. d der Verordnung Nr. 6/2002 nicht erfüllt seien. Die Beschwerdekammer führte dazu aus, die mit den fraglichen Geschmacksmustern verbundenen Erzeugnisse gehörten zu einer besonderen Kategorie von Werbeartikeln, nämlich den „tazos“ oder „rappers“, so dass die Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei der Entwicklung solcher Werbeartikel „erheblich eingeschränkt“ sei. Folglich genüge der Unterschied im Profil der fraglichen Geschmacksmuster für die Schlussfolgerung, dass sie beim informierten Benutzer einen unterschiedlichen Gesamteindruck erweckten.

Verfahren und Anträge der Parteien

20 Die Klägerin beantragt,

- die angefochtene Entscheidung aufzuheben;
- dem HABM und der Streithelferin die vor diesem sowie die vor der Dritten Beschwerdekammer entstandenen Kosten aufzuerlegen.

21 Das HABM und die Streithelferin beantragen,

- die Klage abzuweisen;
- der Klägerin die Kosten aufzuerlegen.

Rechtliche Würdigung

1. Zu den erstmals vor dem Gericht vorgelegten Unterlagen

22 Das HABM und die Streithelferin stellen die Zulässigkeit der Unterlagen in den Anlagen 6 bis 9 zur Klageschrift in Abrede, die nicht in einem früheren Stadium des Verfahrens vorgelegt worden seien. Anlage 6 besteht aus Auszügen aus der Internetseite des HABM zu zwei Eintragungen von Geschmacksmustern, die am 9. März 2004 eingetragen wurden und sechseckige Spielfiguren wiedergeben. Bei Anlage 7 handelt es sich um eine Fotokopie eines Teils einer privatrechtlichen Vereinbarung zwischen der Klägerin und einer anderen Gesellschaft. Anlage 8 ist ein Auszug aus einer Internetseite mit Informationen zu „pogs“ und „tazos“. Anlage 9 ist ein Schriftstück, das eine Produktreihe der Klägerin – „BEYBLADE™ SPINNERS“ – darstellt.

23 In Beantwortung einer Frage des Gerichts hat die Klägerin bestätigt, dass die Anlagen 6 bis 9 erstmals vor dem Gericht vorgelegt worden seien, wobei sie darauf hingewiesen hat, dass sie diese Unterlagen in Anbetracht der Gründe und des verfügbaren Teils der angefochtenen Entscheidung eingereicht habe.

24 Diese erstmals vor dem Gericht eingereichten Unterlagen können nicht berücksichtigt werden. Die Klage beim Gericht ist nämlich auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der von den Beschwerdekammern des HABM erlassenen Entscheidungen im Sinne von Art. 61 der Verordnung Nr. 6/2002 gerichtet, so dass es nicht Aufgabe des Gerichts ist, im Licht erstmals

bei ihm eingereichter Unterlagen den Sachverhalt zu überprüfen. Die genannten Dokumente sind daher zurückzuweisen, ohne dass ihre Beweiskraft geprüft zu werden braucht (vgl. in diesem Sinne entsprechend Urteil des Gerichts vom 24. November 2005, Sadas/HABM – LTJ Diffusion [ARTHUR ET FELICIE], T-346/04, Slg. 2005, II-4891, Randnr. 19 und die dort angeführte Rechtsprechung).

25 Dieses Ergebnis wird auch nicht durch das von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vorgetragene Argument in Frage gestellt, dass sie die genannten Unterlagen in Anbetracht des Inhalts der angefochtenen Entscheidung eingereicht habe.

2. Zur Begründetheit

26 Die Klägerin macht drei Klagegründe geltend, die sie erstens auf Bösgläubigkeit der Streithelferin und eine restriktive Auslegung der Verordnung Nr. 6/2002 in der angefochtenen Entscheidung, zweitens auf fehlende Neuheit des streitigen Geschmacksmusters und drittens auf einen Verstoß gegen Art. 25 Abs. 1 Buchst. d der Verordnung Nr. 6/2002 stützt.

Zum Klagegrund der Bösgläubigkeit der Streithelferin und einer restriktiven Auslegung der Verordnung Nr. 6/2002

27 Die Klägerin beanstandet die angefochtene Entscheidung, soweit die Beschwerdekammer die Verordnung Nr. 6/2002 restriktiv ausgelegt habe, indem sie nicht die Bösgläubigkeit der Streithelferin berücksichtigt habe. Dazu macht sie geltend, dass sie ihr älteres Geschmacksmuster der Streithelferin mit Schreiben vom 21. Februar 2003 „privat und vertraulich“ im Rahmen von Handelsgesprächen „zugänglich gemacht“ habe und dass die Grundlinien dieses Geschmacksmusters in dem später angemeldeten streitigen Geschmacksmuster nachgeahmt worden seien. Daher sei der Zeitpunkt, zu dem das ältere Geschmacksmuster der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden sei, nicht wichtig, sondern es komme im vorliegenden Fall wegen der Zufälligkeit der Bekanntmachungszeitpunkte allein darauf an, ob das ältere Geschmacksmuster vor dem streitigen Geschmacksmuster angemeldet worden sei und ob der in Anspruch genommene Prioritätstag vor diesem Zeitpunkt liege.

28 Das HABM und die Streithelferin treten dem Vorbringen der Klägerin entgegen.

29 Die Beschwerdekammer habe in Randnr. 25 der angefochtenen Entscheidung die Auffassung vertreten, dass das auf Bösgläubigkeit des Inhabers des streitigen Geschmacksmusters gestützte Argument irrelevant sei, da es nicht darum gehe, ob eines der fraglichen Geschmacksmuster das andere nachahme, sondern ob sie denselben Gesamteindruck hervorriefen.

30 Art. 25 Abs. 1 der Verordnung Nr. 6/2002 legt die Liste der Nichtigkeitsgründe für Gemeinschaftsgeschmacksmuster fest. Diese Liste ist als erschöpfend anzusehen, da ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster nach diesem Artikel nur aus einem der in ihm aufgeführten Gründe für nichtig erklärt werden kann. Es ist festzustellen, dass die Bösgläubigkeit des Inhabers des streitigen Geschmacksmusters in dieser Bestimmung nicht genannt ist.

31 Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin in ihrem Antrag auf Nichtigerklärung das Fehlen von Neuheit und Eigenart des streitigen Geschmacksmusters im Sinne von Art. 25 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 6/2002 sowie das Bestehen eines älteren Rechts im Sinne von Art. 25 Abs. 1 Buchst. d dieser Verordnung geltend gemacht hat. Im Rahmen der Prüfung dieser Nichtigkeitsgründe ist daher davon auszugehen, dass die Frage der behaupteten Bösgläubigkeit der Streithelferin unerheblich ist, da nicht über das Verhalten des Inhabers des streitigen Geschmacksmusters zu entscheiden ist.

32 Entgegen der Auffassung der Klägerin stellt schließlich der Zeitpunkt, zu dem das zur Begründung des Antrags auf Nichtigerklärung geltend gemachte Geschmacksmuster der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurde, eines der Tatbestandsmerkmale des Art. 25 Abs. 1 Buchst. b und d der Verordnung Nr. 6/2002 dar. Die Klägerin gibt jedoch an, dass das ältere Geschmacksmuster mit Schreiben vom 21. Februar 2003 der Streithelferin „privat und vertraulich zugänglich gemacht“ und am 1. November 2003 der Öffentlichkeit zugänglich

gemacht worden sei. Daher ist festzustellen, dass dieses Geschmacksmuster der Öffentlichkeit nicht am 21. Februar 2003 zugänglich gemacht wurde und dass dieses „Zugänglichmachen“ für die Anwendung von Art. 25 Abs. 1 Buchst. b und d der Verordnung Nr. 6/2002 nicht angeführt werden kann.

33 Demgemäß ist der auf Bösgläubigkeit der Streithelferin und eine restriktive Auslegung der Verordnung Nr. 6/2002 gestützte Klagegrund zurückzuweisen.

34 Sodann ist der Klagegrund zu prüfen, mit dem ein Verstoß gegen Art. 25 Abs. 1 Buchst. d der Verordnung Nr. 6/2002 geltend gemacht wird.

Zum Klagegrund eines Verstoßes gegen Art. 25 Abs. 1 Buchst. d der Verordnung Nr. 6/2002
Vorbringen der Parteien

35 Die Klägerin trägt als Erstes vor, „tazos“ oder „rappers“ stellten keine eigene Produktkategorie dar, sondern gehörten zur Kategorie der Werbeartikel für Spiele. Sie rügt, die Beschwerdekammer habe sich in den Randnrn. 16 bis 18 der angefochtenen Entscheidung auf unter den Bezeichnungen „tazos“, „pogs“ oder „rappers“ bekannte Erzeugnisse bezogen, als ob es sich bei diesen um identische Erzeugnisse handele, und sehe das Wort „tazos“ als Übersetzung des englischen Worts „rappers“ ins Spanische an. Bei „pogs“, die aus den zwanziger Jahren des 20. Jahrhunderts stammten, handele es sich jedoch um sehr flache zweidimensionale Teile aus Karton, die sehr mühsam zu bewegen oder umzudrehen seien. Dagegen seien „rappers“ mit metallischer Oberfläche entworfen worden, die deshalb sehr leicht bewegt oder umgedreht werden könnten. Wegen ihres zentralen Teils und ihrer metallischen Beschaffenheit unterschieden sie sich stark von den in den Jahren 1994 bis 1998 geschaffenen „pogs“ oder „tazos“ und könne auf unterschiedliche Art und Weise mit ihnen gespielt werden.

36 Demgemäß wendet sich die Klägerin unter Hinweis auf die Kategorie der Werbeartikel für Spiele zweitens gegen die Beurteilung in Randnr. 20 der angefochtenen Entscheidung, wonach die Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei der Entwicklung des streitigen Geschmacksmusters „erheblich eingeschränkt“ sei.

37 Drittens handele es sich bei den informierten Benutzern um Kinder im Alter von etwa 5 bis 10 Jahren und nicht um Marketingleiter, wie es in Randnr. 16 der angefochtenen Entscheidung heiße. Ein Marketingleiter in der Nahrungsmittelindustrie sei kein Endbenutzer und verfüge über größere Sachkenntnis als ein schlichter Benutzer.

38 Viertens riefen die fraglichen Geschmacksmuster denselben Gesamteindruck hervor, da die Unterschiede in ihrem jeweiligen Profil entgegen der Beurteilung in den Randnrn. 22 und 24 der angefochtenen Entscheidung nicht offensichtlich seien, sondern ihre Feststellung besondere Aufmerksamkeit und eine genaue Betrachtung der Scheibe erfordere. Es sei jedoch zweifelhaft, ob ein kleines Kind die Scheiben ganz aufmerksam im Hinblick auf ihr Profil prüfe, um ihre Unterschiede auszumachen.

39 Das HABM trägt erstens vor, es sei Sache der Parteien, zur konkreten Natur des betreffenden Erzeugnisses, zu den Besonderheiten des betreffenden Marktes und zur Wahrnehmung der auf diesem Markt vorhandenen Geschmacksmuster durch den informierten Benutzer vorzutragen. Die Streithelferin habe vor der Beschwerdekammer Angaben zum fraglichen Erzeugnis gemacht und ausgeführt, „plötzlich [sei] klar [geworden]“, dass „pogs“ eine spezielle Kategorie von Erzeugnissen mit einem eigenem Markt darstellten und dass ihre besondere Benutzungsweise ihre Form und ihre Merkmale beeinflusse. Damit habe die Streithelferin – so das HABM unter Bezugnahme auf Randnr. 17 der angefochtenen Entscheidung weiter – den Beweis erbracht, dass der informierte Benutzer die Spielfiguren mit runder, flacher Form kenne, die gegebenenfalls als Werbeartikel, insbesondere im Lebensmittelbereich, abgegeben würden.

40 Zweitens bestünden die der Beschwerdekammer von den Parteien vorgelegten „pogs“ Randnr. 20 der angefochtenen Entscheidung zufolge sämtlich aus flachen Kunststoff- oder Pappscheiben, auf die Bilder gedruckt seien und deren erhabener zentraler Teil dazu diene,

durch Drücken auf diese Mitte ein Geräusch zu erzeugen. Das HABM fügt hinzu, dieser erhabene zentrale Teil sei zwangsläufig aus Metall, damit ein Geräusch erzeugt werden könne, er diene dazu, den „pog“ leichter umdrehbar zu machen, damit ein Zufallselement in das Spiel eingeführt werden könne, und seine Form müsse einfach sein, damit das Bild auf dem „pog“ nicht verzerrt werde. Aus Sicherheitsgründen müssten die Ränder abgerundet sein, und die erhabene Fläche in der Mitte dürfe nicht höher sein als die Ränder, damit die „pogs“ aufeinander gestapelt werden könnten. Die Schlussfolgerung der Beschwerdekammer, dass die Gestaltungsfreiheit des Entwerfers durch diese Vorgaben beschränkt sei, treffe daher zu. Richtig sei schließlich auch die Schlussfolgerung des HABM in Randnr. 24 der angefochtenen Entscheidung, sofern das Gericht die Aussage akzeptiere, dass der informierte Benutzer am Prioritätstag von einem Erzeugnis wie einem „pog“ oder einem anderen Erzeugnis dieser speziellen Erzeugniskategorie erwarte, dass es die Form einer Scheibe habe, da dies dem Standard des fraglichen Gewerbezweigs entspreche.

41 Drittens sei der informierte Benutzer aufgeklärt, also aufmerksam, und habe eine gewisse Kenntnis vom vorbestehenden Formschatz und von den Trends im Zusammenhang mit dem Erzeugnis auf dem betreffenden Markt. Er sei jedoch weder Entwerfer noch Hersteller des betreffenden Erzeugnisses. Der informierte Benutzer habe u. a. die Möglichkeit, die jeweiligen Geschmacksmuster unmittelbar miteinander zu vergleichen. In Erwiderung auf das Vorbringen der Klägerin führt das HABM aus, im vorliegenden Fall sei ein 5 bis 10 Jahre altes Kind mindestens ebenso aufmerksam wie eine beliebige Kategorie Erwachsener, wenn nicht aufmerksamer.

42 Viertens schließt sich die Klägerin der Analyse in den Randnrn. 22 und 23 der angefochtenen Entscheidung an, wonach sich der Vergleich der Geschmacksmuster auf die grafischen Wiedergaben beschränken müsse. Darauf, dass die fraglichen Geschmacksmuster zur Anwendung bei Metallscheiben bestimmt seien, komme es mangels entsprechender Spezifikation in den Eintragungen nicht an. Die angefochtene Entscheidung erwähne Unterschiede im Profil, da die Aufsicht es nicht ermögliche, die Perspektiven der fraglichen Geschmacksmuster zu erkennen. Angesichts des beschränkten Grades der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers genügten selbst verhältnismäßig kleine Unterschiede, um einen unterschiedlichen Gesamteindruck hervorzurufen. Die fraglichen Geschmacksmuster wiesen jedoch Unterschiede in den beiden Hauptaspekten, an denen sich die Gestaltungsfreiheit des Entwerfers äußere, auf, nämlich in der Wahl des die Mitte der „pogs“ schmückenden Motivs und in der Gestaltung dieser Mitte auf dieser erhabenen Fläche.

43 Die Streithelferin trägt erstens vor, „tazos“ oder „rappers“ bildeten eine besondere Kategorie von Werbeartikeln, zu denen auch metallische „tazos“ oder „rappers“ gehörten. Sie vertreibe diese Art Erzeugnisse seit über zehn Jahren. Auf den metallenen Charakter komme es außerdem nicht an, da er funktionsbedingt sei.

44 Zweitens zeigten alle dem HABM vorgelegten Proben von „tazos“ oder „rappers“, dass die von der Klägerin und der Streithelferin vertriebenen Erzeugnisse flach seien, eine runde Form mit abgerundetem Rand hätten und mit farbigen Bildern versehen seien. Der Entwerfer verfüge bei den fraglichen Erzeugnissen über einen sehr geringen Grad an Gestaltungsfreiheit, und schon kleine Details genügten, um einen anderen Gesamteindruck hervorzurufen.

45 Was drittens den informierten Benutzer angehe, gleich, ob es sich dabei um ein Kind oder einen Marketingleiter handle, so komme es wesentlich darauf an, dass ihm das Phänomen der „tazos“ oder „rappers“ geläufig sei, wie die Beschwerdekammer in den Randnrn. 17 und 19 der angefochtenen Entscheidung hervorhebe. Da der informierte Benutzer in der Lage sei, alle kleinen Unterschiede zwischen den verschiedenen von der Norm abweichenden Typen von „tazos“ oder „rappers“ zu erkennen, böten die Marketingunternehmen weiter verfeinerte „tazos“ oder „rappers“ im Handel an.

46 Viertens riefen die fraglichen Geschmacksmuster, wie die Beschwerdekammer in den Randnrn. 21 bis 26 der angefochtenen Entscheidung aufzeige, einen unterschiedlichen

Gesamteindruck hervor. Ihre oben liegenden Flächen, d. h. die für die Benutzer sichtbarsten Flächen, wiesen erhebliche Unterschiede auf, weshalb nicht davon ausgegangen werden könne, dass diese Unterschiede, zumal für einen informierten Benutzer, unbedeutend seien.

Würdigung durch das Gericht

47 Nach Art. 25 Abs. 1 Buchst. d der Verordnung Nr. 6/2002 kann ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster für nichtig erklärt werden, wenn es mit einem älteren Geschmacksmuster kollidiert, das der Öffentlichkeit nach dem Anmeldetag oder, wenn eine Priorität in Anspruch genommen wird, nach dem Prioritätstag des Gemeinschaftsgeschmacksmusters zugänglich gemacht wurde und das seit einem vor diesem Tag liegenden Zeitpunkt durch ein eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster oder durch die Anmeldung eines solchen oder durch ein eingetragenes Geschmacksmusterrecht eines Mitgliedstaats oder durch die Anmeldung eines solchen geschützt ist.

48 Da der Begriff der Kollision als solcher in der Verordnung Nr. 6/2002 nicht definiert ist, muss er bestimmt werden. In den Randnrn. 14 und 15 der angefochtenen Entscheidung hat die Beschwerdekammer in Übereinstimmung mit der Nichtigkeitsabteilung die Auffassung vertreten, dass zwei Geschmacksmuster dann miteinander kollidierten, wenn sie beim informierten Verbraucher denselben Gesamteindruck erweckten, und dass insoweit der Grad der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei der Entwicklung des streitigen Geschmacksmusters zu berücksichtigen sei.

49 Bei der Auslegung von Art. 25 Abs. 1 Buchst. d der Verordnung Nr. 6/2002 ist zu beachten, dass sich nach Art. 10 dieser Verordnung in Bezug auf ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster und nach Art. 9 der Richtlinie 98/71 in Bezug auf ein in einem Mitgliedstaat eingetragenes Muster der Umfang des Schutzes aus dem Geschmacksmuster auf jedes Geschmacksmuster erstreckt, das beim informierten Benutzer keinen anderen Gesamteindruck erweckt, und dass bei der Beurteilung dieses Schutzzumfangs der Grad der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei der Entwicklung seines Geschmacksmusters zu berücksichtigen ist.

50 Dazu ist zunächst festzustellen, dass sich der Wortlaut des Art. 10 Abs. 1 der Verordnung Nr. 6/2002 wie auch der des Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 98/71 in den meisten Sprachfassungen auf einen „anderen Gesamteindruck“ beziehen. Zwei Sprachfassungen (die französische und die rumänische) in Bezug auf Art. 10 der Verordnung Nr. 6/2002 und eine einzige Sprachfassung (die französische) in Bezug auf Art. 9 der Richtlinie 98/71 sprechen von einem „anderen optischen Gesamteindruck“. Da jedoch ein Geschmacksmuster nach Art. 3 Buchst. a der Verordnung Nr. 6/2002 und Art. 1 Buchst. a der Richtlinie 98/71 nur die Erscheinungsform eines Erzeugnisses oder eines Teils davon ist, ist davon auszugehen, dass es sich bei dem Gesamteindruck, auf den Art. 10 Abs. 1 der Verordnung Nr. 6/2002 und Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 98/71 abstellen, nur um einen optischen Gesamteindruck handeln kann. Mithin erhält diese Bestimmung durch den unterschiedlichen Wortlaut der Sprachfassungen keine unterschiedliche Bedeutung.

51 Sodann ergibt sich aus Art. 10 Abs. 2 der Verordnung Nr. 6/2002 und Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie 98/71, dass bei der Prüfung, ob ein Geschmacksmuster mit einem älteren Geschmacksmuster kollidiert, die Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei der Entwicklung des Geschmacksmusters zu berücksichtigen ist.

52 Folglich ist Art. 25 Abs. 1 Buchst. d der Verordnung Nr. 6/2002 dahin auszulegen, dass ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster dann mit einem älteren Geschmacksmuster kollidiert, wenn es unter Berücksichtigung der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei seiner Entwicklung keinen anderen Gesamteindruck beim informierten Benutzer erweckt als das in Anspruch genommene ältere Geschmacksmuster. Diese Auslegung ist somit von der Beschwerdekammer zu Recht zugrunde gelegt worden.

53 Es ist festzustellen, dass diese Auslegung von Art. 25 Abs. 1 Buchst. d der Verordnung Nr. 6/2002 die einzige ist, die einen Schutz der Rechte des Inhabers eines

Geschmacksmusters, der ein älteres Recht wie das in dieser Bestimmung beschriebene hat, vor allen Beeinträchtigungen dieses Geschmacksmusters zu gewährleisten imstande ist, die sich aus der Koexistenz mit einem jüngeren Gemeinschaftsgeschmacksmuster ergeben, das beim informierten Benutzer den gleichen Gesamteindruck erweckt. Würde Art. 25 Abs. 1 Buchst. d der Verordnung Nr. 6/2002 nicht so ausgelegt, wäre nämlich dem Inhaber eines älteren Rechts die Möglichkeit entzogen, die Erklärung der Nichtigkeit eines solchen jüngeren Gemeinschaftsgeschmacksmusters zu beantragen, und er wäre des effektiven Schutzes beraubt, den ihm sein Geschmacksmuster nach Art. 10 der Verordnung Nr. 6/2002 oder Art. 9 der Richtlinie 98/71 verleiht.

– Zu dem Erzeugnis, in das das streitige Geschmacksmuster aufgenommen oder bei dem es verwendet werden soll

54 Die Klägerin greift die angefochtene Entscheidung an, soweit die Beschwerdekammer dort die Kategorie der von den fraglichen Geschmacksmustern betroffenen Erzeugnisse als diejenige der „pogs“, „rappers“ oder „tazos“ bezeichnet habe, obwohl diese Erzeugnisse keine homogene Erzeugniskategorie darstellten. Ihrer Ansicht nach hätte die Beschwerdekammer auf die Kategorie der Werbeartikel für Spiele abstellen müssen.

55 Dazu ist festzustellen, dass angesichts des Umstands, dass ein Geschmacksmuster nach Art. 3 Buchst. a der Verordnung Nr. 6/2002 die Erscheinungsform eines Erzeugnisses darstellt, die Anmeldung eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters nach Art. 36 Abs. 2 dieser Verordnung die Angabe der Erzeugnisse enthalten muss, in die es aufgenommen oder bei denen es verwendet werden soll. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Angabe dieser Erzeugnisse im Antrag auf Eintragung des Geschmacksmusters zwar zwingend ist, jedoch nach Art. 36 Abs. 6 der Verordnung Nr. 6/2002 nicht den Schutzzumfang des Geschmacksmusters als solchen beeinträchtigt.

56 Demgemäß ergibt sich aus Art. 36 Abs. 6 der Verordnung Nr. 6/2002, dass es zur Bestimmung des Erzeugnisses, in das das streitige Geschmacksmuster aufgenommen oder bei dem es verwendet werden soll, erforderlich ist, die sich auf dieses Erzeugnis beziehende Angabe in der Anmeldung dieses Geschmacksmusters zu berücksichtigen, daneben jedoch gegebenenfalls auch das Geschmacksmuster selbst, soweit es die Art, Bestimmung oder Funktion des Erzeugnisses näher beschreibt. Die Berücksichtigung des Geschmacksmusters selbst kann es nämlich ermöglichen, das Erzeugnis innerhalb einer bei der Eintragung angegebenen weiter gefassten Erzeugniskategorie zu ermitteln und damit den informierten Benutzer und den Grad der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei der Entwicklung des Geschmacksmusters wirksam zu bestimmen.

57 Zu beachten ist, dass die Beschwerdekammer die Erzeugnisse, in die das fragliche Geschmacksmuster aufgenommen oder bei denen es verwendet werden soll, in den Randnrn. 16 und 20 der angefochtenen Entscheidung mit den englischen Wörtern „pogs“ oder „rappers“ oder dem spanischen Wort „tazos“ bezeichnet hat, während die Nichtigkeitsabteilung auf die Kategorie „Werbeartikel für Spiele“ abgestellt hatte.

58 Im vorliegenden Fall ist das streitige Geschmacksmuster für die Erzeugnisse „Werbeartikel für Spiele“ eingetragen worden.

59 Zwar ist zwischen den Parteien unstrittig, dass sowohl das streitige als auch das ältere Geschmacksmuster bei Werbeartikeln für Spiele verwendet werden sollen, doch ergibt die Untersuchung des streitigen Geschmacksmusters selbst, dass es sich bei ihm um eine besondere Kategorie von Werbeartikeln für Spiele handelt. Wie zudem die Beschwerdekammer in Randnr. 17 der angefochtenen Entscheidung festgestellt hat, hat die Streithelferin vor ihr Gesichtspunkte zu den fraglichen Erzeugnissen, insbesondere zu den von ihr seit 1995 vertriebenen „tazos“, vorgetragen. So konnte die Beschwerdekammer zu Recht annehmen, dass die Streithelferin es ermöglicht habe, konkret die Art und die Funktion der Erzeugnisse zu bestimmen, bei denen es sich um unter den Bezeichnungen „pogs“, „rappers“ oder „tazos“ bekannte Spielfiguren handelt. Überdies hat sie in Randnr. 16 der angefochtenen

Entscheidung darauf hingewiesen, dass diese spezifischen Werbeartikel für Spiele für Kinder bestimmt seien und allgemein der Werbung für Plätzchen und Snackwaren aus Kartoffelndienten, was zwischen den Parteien unstrittig ist.

60 Die Beschwerdekammer ist somit zutreffend davon ausgegangen, dass das fragliche Erzeugnis innerhalb der weitgefassten Kategorie der Werbeartikel für Spiele zu einer speziellen Kategorie gehöre, nämlich zu derjenigen der unter der Bezeichnung „pogs“, „rappers“ oder „tazos“ bekannten Spielfiguren.

– Zum informierten Benutzer

61 Die Klägerin greift die angefochtene Entscheidung insoweit an, als die Beschwerdekammer dort die Auffassung vertreten habe, dass der informierte Benutzer auch ein Marketingleiter sein könne; im vorliegenden Fall gehe es jedoch um ein 5- bis 10-jähriges Kind.

62 Es ist davon auszugehen, dass der informierte Benutzer weder Hersteller noch Verkäufer der Erzeugnisse ist, in die die fraglichen Geschmacksmuster aufgenommen oder bei denen diese verwendet werden sollen. Ihm ist eine besondere Wachsamkeit eigen, und er verfügt über eine gewisse Kenntnis vom vorherigen Stand der Technik, d. h. vom Formenschatz der sich auf die fraglichen Erzeugnisse beziehenden Geschmacksmuster, die am Anmeldetag des streitigen Geschmacksmusters oder gegebenenfalls an dem in Anspruch genommenen Prioritätstag zugänglich waren.

63 Hierzu ist festzustellen, dass die Beschwerdekammer im vorliegenden Fall zwar nicht den informierten Benutzer genau definiert hat, jedoch entgegen der Ansicht der Klägerin nicht die Auffassung zurückgewiesen hat, dass es sich um ein etwa 5- bis 10-jähriges Kind handeln könne.

64 Die Beschwerdekammer hat in den Randnrn. 16 und 17 der angefochtenen Entscheidung zu Recht gemeint, dass der informierte Benutzer ein etwa 5- bis 10-jähriges Kind oder ein Marketingleiter einer Gesellschaft sein könne, die Erzeugnisse herstellt, bei denen die Werbung durch die Abgabe von „pogs“, „rappers“ oder „tazos“ erfolgen könne. Aus der Definition des informierten Benutzers, wie sie oben in Randnr. 62 näher bestimmt worden ist, ergibt sich nämlich, dass im vorliegenden Fall angesichts des Umstands, dass es sich bei den Erzeugnissen, bei denen das streitige Geschmacksmuster verwendet werden soll, um „pogs“, „rappers“ oder „tazos“ handelt, davon auszugehen ist, dass der informierte Benutzer über eine gewisse Kenntnis vom vorherigen Stand der Technik hinsichtlich dieser Erzeugnisse verfügt. Da es sich außerdem um Spielfiguren handelt, die speziell für Kinder bestimmt sind, kann der informierte Benutzer, wie die Beschwerdekammer in der angefochtenen Entscheidung ausgeführt hat, ein Kind im Alter von etwa 5 bis 10 Jahren sein, was weder vom HABM noch von der Streithelferin bestritten wird. Da es jedoch auch um einen Werbeartikel geht, könnte es sich beim informierten Benutzer im vorliegenden Fall auch um einen Marketingleiter einer Gesellschaft handeln, der diese Art von Erzeugnissen zur Werbung für seine eigenen Erzeugnisse verwendet.

65 Wie die Beschwerdekammer in den Randnrn. 16 und 17 der angefochtenen Entscheidung hervorgehoben hat, kommt es unabhängig davon, ob der informierte Benutzer ein etwa 5- bis 10-jähriges Kind oder aber der Marketingleiter einer Gesellschaft ist, die Erzeugnisse herstellt, für die mit der Abgabe von „pogs“, „rappers“ oder „tazos“ geworben wird, darauf an, dass diese beiden Personengruppen das Phänomen der „rappers“ kennen.

– Zum Grad der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers

66 Unter Berufung darauf, dass sich das streitige Geschmacksmuster auf die allgemeine Kategorie der Werbeartikel beziehe, rügt die Klägerin die angefochtene Entscheidung insoweit, als die Beschwerdekammer in deren Randnr. 20 zu der Schlussfolgerung gelangt sei, dass die Gestaltungsfreiheit des Entwerfers im vorliegenden Fall „erheblich eingeschränkt“ sei.

67 Dazu ist festzustellen, dass der Grad der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei der Entwicklung des Geschmacksmusters insbesondere durch die Vorgaben bestimmt wird, die sich aus den durch die technische Funktion des Erzeugnisses oder eines Bestandteils des Erzeugnisses bedingten Merkmalen oder aus den auf das Erzeugnis anwendbaren gesetzlichen Vorschriften ergeben. Diese Vorgaben führen zu einer Standardisierung bestimmter Merkmale, die dann zu gemeinsamen Merkmalen aller beim betreffenden Erzeugnis verwendeter Geschmacksmuster werden.

68 In Randnr. 18 der angefochtenen Entscheidung hat die Beschwerdekammer darauf hingewiesen, dass alle im vorliegenden Fall untersuchten „rappers“ oder „tazos“ aus kleinen flachen oder leicht gewölbten Scheiben aus Kunststoff oder aus Metall bestehen könnten. Sie hat daraus in Randnr. 20 der angefochtenen Entscheidung geschlossen, dass die Gestaltungsfreiheit des mit dem Entwurf eines solchen Erzeugnisses beauftragten Entwerfers „erheblich eingeschränkt“ sei, da diese Art Erzeugnis „typischerweise aus einer kleinen flachen oder nahezu flachen Scheibe [besteht], auf die farbige Bilder gedruckt werden können“ und „die ... oft zur Mitte hin gewölbt sein [wird], so dass ein Geräusch erzeugt wird, wenn ein Kind mit dem Finger auf die Scheibenmitte drückt“, wobei die Beschwerdekammer betont, dass „ein ‚rapper‘, der diese Merkmale nicht besitzt, ... wahrscheinlich am Markt nicht angenommen werden [wird]“.

69 Dazu ist zu sagen, dass die „pogs“, „rappers“ oder „tazos“ rund sind und am Anmeldetag des streitigen Geschmacksmusters – hier: an dem für dieses in Anspruch genommenen Prioritätstag – diese gemeinsamen Merkmale aufwiesen, die in der in den Randnrn. 18 und 20 der angefochtenen Entscheidung beschriebenen und in Randnr. 68 des vorliegenden Urteils in Erinnerung gerufenen Form vom Entwerfer zu berücksichtigen waren. Diese Feststellung wird übrigens von den Beteiligten nicht in Frage gestellt.

70 Die Beschwerdekammer hat daher in der angefochtenen Entscheidung zu Recht die Ansicht vertreten, dass die Gestaltungsfreiheit des Entwerfers an dem für das streitige Geschmacksmuster in Anspruch genommenen Prioritätstag „erheblich eingeschränkt“ gewesen sei, da der Entwerfer diese gemeinsamen Merkmale in sein Geschmacksmuster für das fragliche Erzeugnis habe einbeziehen müssen. Wie sie zudem in Randnr. 20 der angefochtenen Entscheidung unterstrichen hat, war die Gestaltungsfreiheit des Entwerfers auch dadurch beschränkt, dass es sich um nicht kostspielige Artikel handeln musste, die den Sicherheitsnormen für Kinder zu entsprechen hatten und den Erzeugnissen, deren Verkauf sie fördern sollten, beigefügt werden konnten.

– Zu dem beim informierten Benutzer durch das fragliche Geschmacksmuster erweckten Gesamteindruck

71 Die Klägerin wendet sich gegen die von der Beschwerdekammer in der angefochtenen Entscheidung gezogene Schlussfolgerung, dass die fraglichen Geschmacksmuster beim informierten Benutzer einen unterschiedlichen Gesamteindruck erweckten.

72 Im Rahmen der konkreten Beurteilung des Gesamteindrucks, der durch die fraglichen Geschmacksmuster beim informierten Benutzer erweckt wird, der eine gewisse Kenntnis vom vorherigen Stand der Technik hat, ist der Grad der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei der Entwicklung des streitigen Geschmacksmusters zu berücksichtigen. Infolgedessen haben, wie die Beschwerdekammer in Randnr. 19 der angefochtenen Entscheidung ausgeführt hat, zwischen den fraglichen Geschmacksmustern bestehende Ähnlichkeiten, soweit sie gemeinsame Merkmale betreffen, wie sie oben in Randnr. 67 beschrieben worden sind, für den Gesamteindruck, der beim informierten Benutzer durch diese Geschmacksmuster erweckt wird, nur geringe Bedeutung. Hinzu kommt, dass, je beschränkter die Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei der Entwicklung des streitigen Geschmacksmusters ist, desto eher geringfügige Unterschiede zwischen den betreffenden Geschmacksmustern für die Erzeugung eines unterschiedlichen Gesamteindrucks beim informierten Benutzer ausreichen können.

73 Wie oben in Randnr. 68 dargelegt worden ist, hat die Beschwerdekammer, nachdem sie in den Randnrn. 18 und 20 der angefochtenen Entscheidung die auf dem Entwerfer bei der Entwicklung des streitigen Geschmacksmusters lastenden Vorgaben bestimmt hat, die Auffassung vertreten, dass die Gestaltungsfreiheit des Entwerfers im vorliegenden Fall „erheblich eingeschränkt“ sei.

74 In Randnr. 19 der angefochtenen Entscheidung hat sie im Rahmen der Beurteilung des durch die fraglichen Geschmacksmuster beim informierten Benutzer erweckten Gesamteindrucks weiter ausgeführt, dass der informierte Benutzer automatisch die Bestandteile, „die völlig banal und allen Exemplaren der Art der fraglichen Erzeugnisse gemeinsam sind“, außer Acht lassen und sich auf „willkürliche oder von der Norm abweichende“ Merkmale konzentrieren werde.

75 In den Randnrn. 21 bis 24 der angefochtenen Entscheidung hat die Beschwerdekammer anschließend die fraglichen Geschmacksmuster miteinander verglichen, indem sie zunächst das ältere und sodann das streitige Geschmacksmuster beschrieben hat, bevor sie auf einen „Unterschied in den Konturen des erhabenen Teils in der Mitte der Scheiben“ geschlossen hat. Sie hat daraus in Randnr. 24 der angefochtenen Entscheidung gefolgert, dass dieser Unterschied im Profil angesichts der beschränkten Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei der Entwicklung des streitigen Geschmacksmusters für die Annahme genüge, dass die Geschmacksmuster beim informierten Benutzer einen unterschiedlichen Gesamteindruck hervorriefen.

76 Im Licht der oben in Randnr. 72 festgelegten Kriterien sind die fraglichen Geschmacksmuster durch Untersuchung ihrer Ähnlichkeiten und Unterschiede mit dem Ziel miteinander zu vergleichen, unter Berücksichtigung des Grades der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei der Entwicklung des streitigen Geschmacksmusters festzustellen, ob die Beschwerdekammer fehlerfrei zu der Schlussfolgerung gelangt ist, dass die Geschmacksmuster beim informierten Benutzer einen unterschiedlichen Gesamteindruck erweckten.

77 Was erstens die Ähnlichkeiten zwischen den fraglichen Geschmacksmustern betrifft, hat die Beschwerdekammer in Randnr. 22 der angefochtenen Entscheidung festgestellt, dass beide Geschmacksmuster aus einer nahezu flachen Scheibe bestünden. Da es sich hierbei jedoch an dem für das streitige Geschmacksmuster in Anspruch genommenen Prioritätstag um ein Merkmal handelt, das den Geschmacksmustern des Typs des fraglichen Erzeugnisses gemeinsam war, wie die Beschwerdekammer in den Randnrn. 18 und 20 der angefochtenen Entscheidung festgestellt hat, wird diese Ähnlichkeit vom informierten Benutzer im Rahmen des Gesamteindrucks, den er von den fraglichen Geschmacksmustern gewinnt, nicht wahrgenommen werden.

78 Zweitens hat die Beschwerdekammer in Randnr. 22 der angefochtenen Entscheidung auch festgestellt, dass beide fraglichen Geschmacksmuster mit einem konzentrischen Kreis ganz nah am Rand der Scheibe versehen seien, der die Vorstellung vermitteln solle, dass die Scheibe über die gesamte Länge des Randes gekrümmt sei. Es ist jedoch festzustellen, dass die fraglichen Geschmacksmuster bei einem Erzeugnis aus Metall verwendet werden können, was die Klägerin und die Streithelferin nicht bestreiten. Da das Erzeugnis insbesondere für Kinder bestimmt ist, kann dieser gekrümmte Rand somit für den Entwerfer eine mit Sicherheitserfordernissen zusammenhängende Vorgabe bedeuten, dass das Erzeugnis, wenn es aus Metall, Kunststoff oder selbst Karton hergestellt ist, keinen scharfen Rand aufweist. Mithin ist davon auszugehen, dass diese zwischen den fraglichen Geschmacksmustern bestehende Ähnlichkeit hinsichtlich eines ihrer Merkmale, das möglicherweise aus einer Vorgabe für den Entwerfer herrührt, nicht die Aufmerksamkeit des informierten Benutzers erwecken wird.

79 Drittens sind beide fraglichen Geschmacksmuster mit einem konzentrischen Kreis versehen, dessen Radius etwa ein Drittel kürzer ist als derjenige des durch den äußeren Rand

der Scheibe gebildeten Kreises. In Randnr. 22 der angefochtenen Entscheidung hat die Beschwerdekammer diese Ähnlichkeit unter Hinweis darauf angeführt, dass dieser Kreis die Vorstellung vermitteln solle, dass der zentrale Teil leicht erhaben sei. Es ist jedoch anzunehmen, dass dieser zentrale Teil auch durch eine andere Form als einen Kreis hätte begrenzt werden können. Dies wird dadurch belegt, dass mit dem streitigen Geschmacksmuster seiner Anmeldung zufolge, die sich in den dem Gericht übermittelten Akten des HABM befindet, die Priorität des mit drei Varianten versehenen spanischen Geschmacksmusters Nr. 157156 in Anspruch genommen wird und dass dieser erhabene zentrale Teil je nach Variante durch einen Kreis, ein Dreieck oder ein Sechseck begrenzt wird. Dieser Befund kann auch nicht durch das vom HABM in der mündlichen Verhandlung vorgetragene Argument, dass die Form einfach sein müsse, damit das die Scheibe möglicherweise bedeckende Bild nicht verzerrt werde, in Frage gestellt werden, da eine dreieckige, sechseckige, quadratische oder ovale Form ebenso wenig zu einer Verzerrung des Bildes geführt hätte wie eine runde Form. Auch das Argument des HABM, für eine Wölbung dieses erhabenen zentralen Teils bedürfe es der Kreisform, kann dieser Befund nicht in Frage stellen, da diese Wölbung auch etwa mit einer ovalen Form hätte erreicht werden können.

80 Viertens weisen die fraglichen Geschmacksmuster insoweit eine Ähnlichkeit auf, als der gekrümmte Rand der Scheibe im Verhältnis zu dem zwischen Rand und erhabenem zentralen Teil liegenden Zwischenteil erhaben ist.

81 Fünftens sind die fraglichen Geschmacksmuster in den jeweiligen Proportionen des erhabenen zentralen Teils und des zwischen Rand und erhabenem zentralen Teil befindlichen Zwischenteils ähnlich.

82 In Ermangelung einer irgendwie gearteten besonderen Vorgabe für den Entwerfer betreffen die oben in den Randnrn. 79 bis 81 aufgeführten Ähnlichkeiten Bestandteile, in Bezug auf die für den Entwerfer Gestaltungsfreiheit bei der Entwicklung des streitigen Geschmacksmusters bestand. Folglich werden diese Bestandteile die Aufmerksamkeit des informierten Benutzers erwecken, und zwar umso mehr, als die oben liegenden Flächen, wie die Streithelferin selbst hervorgehoben hat, im vorliegenden Fall für diesen Benutzer am sichtbarsten sind.

83 Was die Unterschiede zwischen den fraglichen Geschmacksmustern betrifft, weist das streitige Geschmacksmuster, wie die Beschwerdekammer in Randnr. 23 der angefochtenen Entscheidung ausgeführt hat, von oben betrachtet, gegenüber dem älteren Geschmacksmuster zwei zusätzliche konzentrische Kreise auf. Im Profil unterscheiden sich die beiden Geschmacksmuster insoweit, als das streitige Geschmacksmuster stärker gewölbt ist. Es ist jedoch festzustellen, dass diese Wölbung, da sie angesichts der geringen Dicke der Scheiben selbst sehr schwach ausgeprägt ist, vom informierten Benutzer insbesondere bei einer Aufsicht nicht leicht wahrgenommen werden kann, was durch die tatsächlich vertriebenen Erzeugnisse, wie sie in den dem Gericht übermittelten Akten des HABM dargestellt werden, bestätigt wird.

84 Angesichts der oben in den Randnrn. 79 bis 81 aufgeführten Ähnlichkeiten ist davon auszugehen, dass die von der Beschwerdekammer in Randnr. 23 der angefochtenen Entscheidung festgestellten Unterschiede (siehe oben, Randnr. 83) nicht für die Feststellung ausreichen, dass das streitige Geschmacksmuster beim informierten Benutzer einen anderen Gesamteindruck als das ältere Geschmacksmuster erweckt.

85 Nach alledem ist die Beschwerdekammer in der angefochtenen Entscheidung zu Unrecht zu dem Ergebnis gelangt, dass die fraglichen Geschmacksmuster beim informierten Benutzer einen unterschiedlichen Gesamteindruck erweckten und nicht im Sinne von Art. 25 Abs. 1 Buchst. d der Verordnung Nr. 6/2002 miteinander kollidierten. Daraus folgt, dass die angefochtene Entscheidung unter Verstoß gegen diese Bestimmung ergangen ist und daher aufzuheben ist, ohne dass der letzte von der Klägerin geltend gemachte Aufhebungsgrund zu prüfen ist.

Kosten

86 Nach Art. 87 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichts ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Besteht der unterliegende Teil aus mehreren Personen, entscheidet nach dieser Vorschrift das Gericht über die Verteilung der Kosten.

87 Da im vorliegenden Fall das HABM und die Streithelferin unterlegen sind, sind ihnen entsprechend dem Antrag der Klägerin deren im Verfahren vor dem Gericht entstandene Kosten aufzuerlegen.

88 Die Klägerin hat darüber hinaus beantragt, dem HABM und der Streithelferin die ihr im Verfahren vor der Beschwerdekammer entstandenen Kosten aufzuerlegen. Nach Art. 136 § 2 der Verfahrensordnung gelten die Aufwendungen der Parteien, die für das Verfahren vor der Beschwerdekammer notwendig waren, als erstattungsfähige Kosten. Somit sind dem HABM und der Streithelferin, da sie mit ihrem Vorbringen unterlegen sind, gemäß dem Antrag der Klägerin auch die Kosten aufzuerlegen, die dieser im Verfahren vor der Beschwerdekammer entstanden sind.

Aus diesen Gründen hat

DAS GERICHT (Fünfte Kammer)

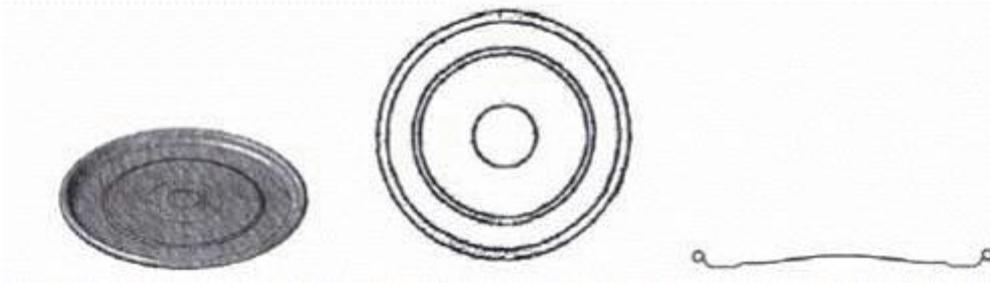
für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Entscheidung der Dritten Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) (HABM) vom 27. Oktober 2006 (Sache R 1001/2005-3) wird aufgehoben.
2. Das HABM und die PepsiCo, Inc. tragen ihre eigenen Kosten sowie die Kosten der Grupo Promer Mon Graphic, SA im Verfahren vor dem Gericht.
3. Das HABM und die PepsiCo, Inc. tragen ihre eigenen Kosten sowie die Kosten der Grupo Promer Mon Graphic, SA im Verfahren vor der Beschwerdekammer.

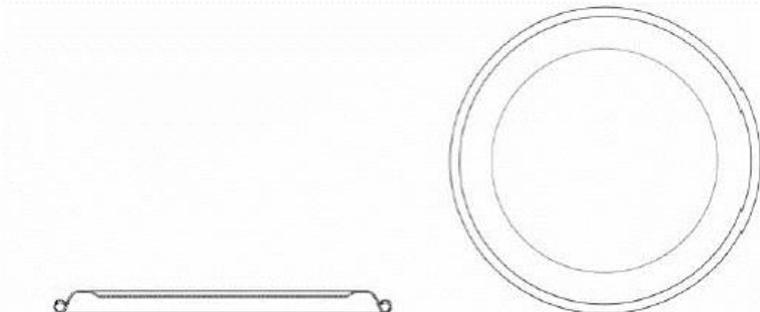
Anmerkung*

I. Das Problem

Am 9.9.2003 meldete die US-amerikanische Firma PepsiCo, Inc. (kurz. „Pepsi“) beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (HABM) ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster (sog. EU-Design, kurz „GGM“) für die Form eines „rapper“ (kleine flache oder leicht gewölbte Scheibe, auf die Farbbilder gedruckt werden können) an. Das Gemeinschaftsgeschmacksmuster wurde für „Werbeartikel für Spiele“ eingetragen:



Im Februar 2004 stellte die Grupo Promer Mon Graphic SA, ein spanisches Marketing- und Werbeunternehmen (kurz: „Grupo“), einen Antrag auf Erklärung der Nichtigkeit dieses Geschmacksmusters. Zur Begründung ihres Antrags machte *Grupo* das Bestehen eines älteren Rechts, nämlich ein ursprünglich spanisches Muster "Metallblech für Spiele", mit Priorität vom 17.7.2003 geltend:



Die Dritte Beschwerdekammer des HABM wies den Antrag auf Nichtigerklärung mit folgender Begründung zurück: Die mit den fraglichen Geschmacksmustern verbundenen Erzeugnisse gehörten zu einer besonderen Kategorie von Werbeartikeln, nämlich den sog. „Pogs“, „Rppers“ oder „Tazos“ (spanische Bezeichnung für „Rappers“), so dass die Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei der Entwicklung solcher Werbeartikel „erheblich eingeschränkt“ wäre. Folglich genügte der Unterschied im Profil der kollidierenden Geschmacksmuster für die Schlussfolgerung, dass sie beim informierten Benutzer einen unterschiedlichen Gesamteindruck erweckten.

Grupo beantragte beim Gericht I. Instanz (EuG) die Aufhebung dieser Entscheidung und Löschung des reg GGM u.a. mit der Begründung, das angegriffene EU-Design erweckte beim informierten Benutzer keinen anderen Gesamteindruck als das eigene, ältere Geschmacksmuster aus Spanien. Das Unionsgericht hatte sich daher mit dem Gestaltungsspielraum bei Werbemitteln ebenso auseinander zu setzen wie mit der Definition des „informierten Benutzers“.

* RA Hon.-Prof. Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

II. Die Entscheidung des Gerichts

Das EuG hob die Entscheidung der Beschwerdekammer auf und stellte die Nichtigkeit nach Art 25 Abs 1 lit d GGV fest. Es hielt zunächst fest, dass das fragliche Erzeugnis innerhalb der weitgefassten Kategorie der Werbeartikel für Spiele zu einer speziellen Kategorie gehörte, nämlich zu den unter der Bezeichnung „Pogs“, „Rappers“ oder „Tazos“ bekannten Spielscheiben. Diese Werbeträger, ursprünglich als Verschlüsse von Milchflaschen verwendet, dienten dazu in Chips- oder Cornflakes-Packungen beigelegt zu werden. Die kleinen, meist farbig bedruckten Pappscheiben konnten gesammelt, aber auch zum Spielen verwendet werden. Die Rappers würden so gestapelt, dass die Bildseite nach oben schaute, dann wurde die Wurfscheibe darauf geschnippt, und wenn die Rappers dann mit der Rückseite nach oben liegen, gehörten sie dem Werfer bzw. Schnipper. So würde mit den Tazos in Spanien gespielt.

Das Unionsgericht führte ebenfalls aus, dass der informierte Benutzer ein etwa fünf- bis zehnjähriges Kind oder aber der Marketingleiter eines Unternehmens sein könnte, das Erzeugnisse herstellt, für die mit der Abgabe solcher Gegenstände geworben würde, wobei es darauf ankäme, dass diese beiden Personengruppen das Phänomen der „Rappers“, „Tazos“ oder „Pogs“ kennen. Die Gestaltungsfreiheit des Entwerfers wäre aber „erheblich eingeschränkt“, da dieser gemeinsame Merkmale der „rappers“ in sein Design einbeziehen musste. Seine Gestaltungsfreiheit war auch dadurch beschränkt, da es sich um nicht kostspielige Artikel handeln durfte, die den Sicherheitsnormen für Kinder zu entsprechen hatten und den Erzeugnissen, deren Verkauf sie fördern sollten, beigelegt werden mussten.

Nach Auffassung des EuG waren aber bestimmte Ähnlichkeiten zwischen den beiden Geschmacksmustern nicht das Ergebnis einer Beschränkung der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers, sondern Teil der schöpferischen Gestaltung. Insbesondere bedurfte es keiner Kreisform, um den zentralen Teil zu begrenzen, sondern dieser hätte auch durch ein Dreieck, ein Sechseck oder ein Oval begrenzt werden können. Überdies wiesen die Geschmacksmuster insoweit eine Ähnlichkeit auf, als der gekrümmte Rand der Scheibe im Verhältnis zu dem zwischen Rand und erhabenem zentralen Teil liegenden Zwischenteil erhaben war; sie wären zudem in den jeweiligen Proportionen des erhabenen zentralen Teils und des zwischen Rand und erhabenem zentralen Teil befindlichen Zwischenteils einander sehr ähnlich.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Mit der vorliegenden Entscheidung fällt der EuG eines seiner ersten Urteile zum Gemeinschaftsgeschmacksmuster.¹ Es hebt die Entscheidung des HABM auf, mit der dieses den Antrag auf Nichtigerklärung eines Geschmacksmusters von PepsiCo für die Form eines „Rapper“ zurückgewiesen hat. Bei sog „Rappers“ oder „Pogs“ handelt es sich um kleine flache oder leicht gewölbte Scheiben, auf die Farbbilder oder Werbungen gedruckt werden können.

Bemerkenswert erscheinen zunächst die Ausführungen des Unionsgericht zur taxativen Aufzählung der Nichtigkeitsgründe, die es dem Wortlaut von Art 25 Abs 1 GGV („arg: ...“ nur dann für nichtig erklärt ...) entnimmt. Das EuG weist demzufolge den auf die (vermeintliche) Bösgläubigkeit des angegriffenen Designinhabers gestützten Klagegrund zurück. Allerdings fügen die Unionsrichter ergänzend hinzu, dass unter dem Gesichtspunkt des Art 25 Abs 1 lit d GGV die behauptete Bösgläubigkeit von *Pepsi* jedenfalls unerheblich ist, da für den Verstoß gegen älteres Geschmacksmuster subjektive Umstände unerheblich sind.² Gerade dieser

¹ Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12. Dezember 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster (GGV), ABI L 3/2002, 1.

² Vgl. Rz 31 des Urteils.

ergänzende Hinweis kann aber mE auch so verstanden werden, dass eine Nichtigkeit wegen Bösgläubigkeit des Anmelders nicht per se ausgeschlossen ist. Dogmatisch sei sie in Art 25 Abs 1 lit b GGv zu verankern; die Bösgläubigkeit spielt bei Begründung des vorbekannten Formenschatzes nach Art 7 Abs 2 und 3 GGv, maW bei der Offenbarung, eine gewisse Rolle. Hervorzuheben sind im Weiteren die folgenden Aussagen zur Beurteilung der Eigenart nach Art 4 Abs 1 iVm 6 GGv:

- Das Gericht unterstützt die Meinung des Amtes zur eingeschränkten Gestaltungsfreiheit des Werbeartikels. Bestimmte Ähnlichkeiten zwischen den beiden Geschmacksmustern waren nicht das Ergebnis einer Beschränkung der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers, sondern Teil der schöpferischen Gestaltung. Sie können daher den Designschutz begründen.
- Das Gericht weist die Ansicht des HABM zurück, dass die jeweils designbehafteten Produkte einen unterschiedlichen Gesamteindruck erwecken. Es bedurfte keiner Kreisform, um den zentralen Teil zu begrenzen, sondern dieser hätte auch durch ein Dreieck, ein Sechseck oder ein Oval begrenzt werden können. Überdies sind die beiden Muster einander wegen des gekrümmten Randes der Scheibe im Verhältnis zu dem zwischen Rand und erhabenem zentralen Teil liegenden Zwischenteil, in den jeweiligen Proportionen des erhabenen zentralen Teils und des zwischen Rand und erhabenem zentralen Teil befindlichen Zwischenteils sehr ähnlich.

Für den aufmerksamen Rechtsanwender lässt das vorliegende Urteil die vorsichtige Tendenz erkennen, dass die sich gerade entwickelnde Rsp zur Eigenart eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters – von Abhängigkeit von der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers – vergleichsweise deutliche Abweichungen gegenüber älteren Designs verlangt, damit ein „anderer Gesamteindruck“ erzeugt wird.³ Mag es sich vorliegend auch um eine Einzelfallentscheidung handeln, so macht das Gericht doch deutlich dass sich für die Gestaltung so einfacher Waren wie Rapper-Rohlingen nicht viele Möglichkeiten anbieten. Unter Berücksichtigung der maßgeblichen informierten Nutzer – bemerkenswerterweise ein etwa fünf- bis zehnjähriges Kind *oder* aber der Marketingleiter eines diese Werbeträger (Rappers) einsetzenden Unternehmens – lässt sich mE insgesamt eine Stärkung des EU-Designschutzes erkennen. Ob die Entscheidung allerdings Auswirkungen auf die Praxis der nationalen Zivilgerichte haben wird, die sich mit Designverletzungsklagen befassen, kann derzeit noch nicht abgeschätzt werden.

Jedenfalls aber lenkt das vorliegende Urteil den Fokus auf den "**informierten Benutzer**". Damit handelt es sich bei dieser Maßstabsfigur um den legitimatorischen Schlüsselbegriff des Europäischen Designrechts, die auch die Kollision zwischen zwei Designs danach bestimmt, wenn das angegriffene Gemeinschaftsgeschmacksmuster unter Berücksichtigung der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei seiner Entwicklung keinen anderen Gesamteindruck beim informierten Benutzer erweckt als das eingewendete ältere Geschmacksmuster.⁴

Dass bei sog. Rappers" oder "Tazos", die als Sammel- und Spielzeug hauptsächlich für Kinder bestimmt sind, als informierter Benutzer sowohl ein fünf- bis zehnjähriges Kind als auch ein Marketingmanager für derartige Erzeugnisse in Betracht kommt, bei denen die Tazos als Werbeartikel verwendet werden, mag manche überraschen.

Diese Betrachtungsweise wird aber der herausragenden Rolle, die dem informierten Benutzer insbes. bei der Beurteilung des Gesamteindrucks und damit der Eigenart oder eben der Nichtigkeit des angegriffenen EU-Designs zukommt, durchaus gerecht. Der Begriff "informierter Benutzer" ist dahin zu verstehen, dass der zwischen dem im Markenbereich anwendbaren Begriff des Durchschnittsverbrauchers, von dem keine speziellen Kenntnisse erwartet werden und der im Allgemeinen keinen direkten Vergleich zwischen den einander

³ Vgl. auch *Thiele/Schneider*, Europäischer Designschutz (2006), 51 und Fallbeispiel 138 f.

⁴ Vgl. Rz 52 des Urteils.

gegenüberstehenden Marken anstellt, und dem des Fachmanns als Sachkundigen mit profunden technischen Fertigkeiten liegt.

Es handelt sich weder primär um einen *Verbraucher*, noch um einen Hersteller oder Verkäufer der Erzeugnisse, auf die das Design appliziert wird.⁵ Es handelt sich zunächst einmal um einen "*Benutzer*" ("user", "l'utilisateur", "los usuarios" oder "nell'utilizzatore"), maW einen *Gebraucher* oder *Verwender* der designapplizierten Produkte. Dieser bestimmt sich stets konkret nach dem dazu in I. Instanz beim HABM erstatteten Vorbringen und den vorgelegten Beweismitteln; in ihrer Ermangelung nach der (Rechts-)Auffassung des Amtes. Nach der vom EuG gebilligten Ansicht⁶ bilden die designapplizierten Erzeugnisse die Basis der Definition des Benutzers. Es kommt also – mangels anderer Beweisergebnisse – auf die aus der Anmeldung hervorgehende Verwendungsmöglichkeit bzw. tatsächliche Verwendung des angegriffenen Designs an. Im konkreten Fall kommen daher kleine fünf- bis zehnjährige Kinder als Käufer und Sammler der Tazos ebenso in Betracht wie ein Marketingmanager einer Keks- oder Kartoffelsnackfabrik in Betracht, der die Tazos als Werbemittel beipacken lässt.

Entscheidend ist nämlich die zweite Voraussetzung dieses Schlüsselbegriffs, nämlich die *Informiertheit* des Benutzers ("informed", "averti", "informados" oder "informato"). Diese Eigenschaft bildet die gemeinsame Klammer der herkunftsmäßig durchaus unterschiedlichen Verwender. Das EuG formuliert treffend, dass es unabhängig von der Person des Verwenders "*darauf an[kommt], dass diese ... Personengruppen das Phänomen der 'Rappers' kennen*".⁷

Demnach kann der Begriff des informierten Benutzers als Bezeichnung eines Benutzers verstanden werden, dem eine durchschnittliche Aufmerksamkeit, aber eine besondere Wachsamkeit eigen ist, sei es wegen seiner persönlichen Erfahrung oder seiner umfangreichen Kenntnisse in dem betreffenden Bereich.⁸ Es handelt sich nicht um einen Designexperten.

Die Bestimmung des "informierten Benutzers" ermittelt also zunächst die maßgeblichen Personenkreise einer erzeugnisabhängigen Verwendung und bestimmt daran anschließend den Kenntnisstand dieser Personengruppen, die sich Informationen regelmäßig aus Zeitschriften, Katalogen, Fachgeschäften und aus dem Internet verschaffen.⁹ IdR steht ihm damit der gesamte vorbekannte Formenschatz – soweit ordnungsgemäß offenbart – iSv Art 7 GGV zur Verfügung. Der so ermittelte informierte Benutzer verfügt nach stRsp¹⁰ über eine vergleichsweise große Aufmerksamkeit. Er ist mit dem maßgeblichen Wirtschaftszweig vertraut und in der Lage in einem Einzelvergleich geringfügige Unterschiede zwischen Designs festzustellen, diesen jedoch für den Gesamteindruck häufig nur eine untergeordnete Bedeutung beizumessen.¹¹

Ausblick: Gegen die Entscheidung des Unionsgerichts hat *Pepsi* Rechtsmittel an den EuGH erhoben. Das Europäische Höchstgericht¹² hat die Entscheidung des EuG bestätigt. Der Gerichtshof definiert darin den informierten Benutzer als eine Person, die verschiedene

⁵ Rz 62 des Urteils.

⁶ Vgl. Rz 63 und 64 des Urteils.

⁷ Rz 65 des Urteils.

⁸ Deutlich in der Folge EuGH 20.10.2011, C-281/10 P (PepsiCo / HABM – Grupo Pomer) Rz 53 = ECLI:EU:C:2011:679 = ecolex 2012/33, 69 (*Spiss/Zemann*) = GRUR 2012, 506 = GRUR Int 2012, 43: Tazos/Rappers.

⁹ EuG 14.11.2012, T-83/11, T-84/11 (Termosifoni) Rz 41 = ECLI:EU:T:2012:592 = GRUR Int 2013, 383 = GRUR Prax 2012, 580 (*Künzel*) = IPRB 2013, 78 (*Mulch*); EuG 4.2.2014, T-339/12 (Kubischer Armsessel) Rz 13 = ECLI:EU:T:2014:54.

¹⁰ Deutlich in der Folge EuGH 20.10.2011, C-281/10 P (PepsiCo / HABM – Grupo Pomer) Rz 59 = ECLI:EU:C:2011:679 = ecolex 2012/33, 69 (*Spiss/Zemann*) = GRUR 2012, 506 = GRUR Int 2012, 43: Tazos/Rappers.

¹¹ Vgl. ErwGr 14 der GGV.

¹² EuGH 20.10.2011, C-281/10 P (PepsiCo / HABM – Grupo Pomer) = ECLI:EU:C:2011:679 = ecolex 2012/33, 69 (*Spiss/Zemann*) = GRUR 2012, 506 = GRUR Int 2012, 43: Tazos/Rappers.

Designs kennt, die es in dem betreffenden Wirtschaftsbereich gibt, gewisse Kenntnisse in Bezug auf die Elemente besitzt, die diese Muster für gewöhnlich aufweisen und entsprechende Produkte wegen ihres Interesses an ihnen mit vergleichsweise großer Aufmerksamkeit benutzt. Der informierte Benutzer muss damit nicht alle iS von Art 7 Abs 1 GGV definierten vorbekannten Designs kennen. Es genügt die Kenntnis von solchen Mustern, die zum jeweils maßgeblichen Zeitpunkt "marktgängig" waren oder marktgängig gewesen waren und vom informierten Benutzer noch nicht wieder vergessen wurden. Dies ergibt sich aus dem sog. „*design approach*“.¹³ Ferner ergibt sich daraus, dass der informierte Benutzer Einzelvergleiche bei Designs vornimmt.

IV. Zusammenfassung

Ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster kann nach Art 25 Abs 1 lit d GGV für nichtig erklärt werden, wenn es mit einem älteren, geschützten Design kollidiert. Eine solche Kollision liegt nach Ansicht des Gerichts vor, wenn es unter Berücksichtigung der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei seiner Entwicklung keinen anderen Gesamteindruck beim informierten Benutzer erweckt als das in Anspruch genommene ältere Geschmacksmuster. Je beschränkter die Gestaltungsfreiheit, desto eher reichen schon geringfügige Unterschiede zur Erzeugung eines unterschiedlichen Gesamteindrucks beim informierten Benutzer aus. Die Registrierung eines GGM für sog. „Pogs“, „Tazos“ oder „Rappers“ muss nach Ansicht des EuG gelöscht werden. Das Design der mit Bildern bedruckbaren Spielscheiben, die als Werbeartikel eingesetzt werden, kollidiert mit einem schon zuvor durch ein spanisches Unternehmen eingetragenen Geschmacksmuster. Damit fehlt es an der für ein EU-Design vorausgesetzten Neuheit.

¹³ Näher dazu *Thiele*, Österreichisches Designrecht (2015), 29 ff, 35 mwH.