



1. Das Gemeinschaftsgeschmacksmuster verfolgt den vorwiegenden Zweck, zu einer stetigen Entwicklungstätigkeit auf dem Gebiet des Designschaffens anzuregen und hat – anders als die Kennzeichenrechte – nicht die Aufgabe, die Allgemeinheit vor Produktverwechslungen zu bewahren.
2. Ein Geschmacksmuster hat Eigenart, wenn sich der beim informierten Benutzer hervorgerufene Gesamteindruck von dem Gesamteindruck eines anderen vorbekannten Geschmacksmusters unterscheidet. Die Frage der Schutztauglichkeit und die Verletzungsfrage sind nach denselben Prüfungskriterien zu beurteilen.
3. Der „informierte Benutzer“, aus dessen Sicht sowohl die Ermittlung der Eigenart als auch die Festlegung des Schutzzumfangs erfolgen soll, unterscheidet sich durch ein gewisses Maß an Kenntnissen und Aufgeschlossenheit für Designfragen vom „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher“ der betreffenden Waren- oder Dienstleistungen, wenngleich keinerlei Wissen oder Fähigkeiten eines Fachmanns erforderlich sind.
4. Der Grundsatz der Einheitlichkeit des Gemeinschaftsgeschmacksmusters, d.h. ein GGM hat in der gesamten EU dieselbe Wirkung, vermag nicht die Bindung des nach Art 82 Abs 1 GGVO international zuständigen Gerichts eines Mitgliedstaats an die Entscheidung anderer Gemeinschaftsgeschmacksmustergerichte dasselbe Gemeinschaftsgeschmacksmuster betreffend zu bewirken, wenn keine Parteienidentität besteht. Der nationale Vollzug gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften bringt es mit sich, dass die Beurteilung paralleler Sachverhalte in verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedlich ausfallen kann.

Leitsätze verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Zechner als Vorsitzenden und die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel, Dr. Jensik und Dr. Musger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei T\*\*\*\*\* Company, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Marcella Prunbauer, Rechtsanwältin in Wien, gegen die beklagte Partei R\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Gassauer-Fleissner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung, Rechnungslegung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 100.000 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Rekursgericht vom 6. Dezember 2006, GZ 5 R 195/06t-14, mit dem der Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 30. August 2006, GZ 39 Cg 54/06v-8, abgeändert wurde, den

### **Beschluss**

gefasst: Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben. Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 1.926,72 EUR bestimmten Kosten des Revisionsrekursverfahrens (darin 321,12 EUR USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

### **Begründung:**

Die Klägerin ist die Muttergesellschaft eines global bekannten Markenartikelunternehmens, sie vertreibt ihre Produkte auf dem österreichischen Markt über eine eigene

Vertriebsgesellschaft. Die Beklagte ist die österreichische Vertriebstochtergesellschaft eines ebenfalls weltweit agierenden Konzerns, der ebenso wie die Klägerin unter anderem Haushaltsartikel produziert. Zwischen den Streitteilen besteht im Bereich des Verkaufs von Haushaltsprodukten auch in Österreich ein Wettbewerbsverhältnis.

Die Klägerin ist Inhaberin des eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmusters Nr 0000 97969-0001 mit Priorität der US-Anmeldung vom 5. Mai 2003, eingetragen am 3. November 2003 und bekannt gemacht am 24. Februar 2004 im Blatt für Gemeinschaftsgeschmacksmuster 2004/013, welches folgenden Zerstäuber (Spray-Container mit Sprühkopf) schützt:

Das Design des Zerstäubers, der unter Aufwendung hoher Entwicklungs- und Werbekosten nun auch auf dem europäischen Markt eingeführt wird, zeichnet sich durch folgende Merkmale aus, die dem Produkt im Vergleich zu den bis dahin auf dem Markt befindlichen Spraydosen ein gänzlich neues Erscheinungsbild verleihen: Der zylindrische Container hat einen von gerundeten Formen dominierten Aufsatz, der Aufsatz weist einen geschwungenen Abzugshebel unterhalb der Austrittsdüse auf, der Sprühkopfaufsatz hat auf der Höhe des Abzugshebels eine umlaufende Taillierung, wodurch eine ergonomische Griffmulde geschaffen wird, der Sprühkopf ist schräg nach oben in Zielrichtung des austretenden Sprays gerichtet und der Sprühkopfaufsatz überragt schleppenartig auf der dem Abzugshebel abgewandten Seite den oberen Rand des Containers länger als auf der Vorderseite.

Der in diesem Zerstäuber vertriebene Lufterfrischer der Marke "Febreze" wurde 2004 auf dem nordamerikanischen Markt eingeführt. In Europa begann die Markteinführung im November 2005 in Frankreich, in Belgien und in den Niederlanden im April 2006. Im Laufe des Jahres 2006 sollte dieser Lufterfrischer unter der Marke "Febreze Frischehauch" auch in Deutschland und in Österreich eingeführt werden. Davor war die Klägerin im Produktsegment der Lufterfrischer nicht vertreten. Der unter dem neuen Design gefertigte "Febreze"-Zerstäuber hat auf internationaler Ebene mehrere Verpackungspreise gewonnen.

Die Beklagte vertreibt in Österreich seit dem späten Frühjahr 2006 einen Raumspray unter der Bezeichnung "Airwick Geruchs Stop" in zwei verschiedenen Duftvarianten im Lebensmittel- und Drogeriehandel in den in der Folge abgebildeten Zerstäubern (nur in der Originalentscheidung ersichtlich).

Auch der Zerstäuber dieses Raumsprays der Beklagten besteht aus einem zylindrischen Container mit einem gerundet geformten Sprühkopfaufsatz, der einen eigenartig geschwungenen Abzugshebel unterhalb der Austrittsdüse aufweist; der Sprühkopfaufsatz hat auf der Höhe des Abzugshebels eine umlaufende Taillierung, wodurch eine ergonomische Griffmulde geschaffen wird; der Sprühkopf ist schräg nach oben in Zielrichtung des austretenden Sprays geneigt und der Sprühkopfaufsatz überlappt auf der dem Abzugshebel abgewandten Seite den oberen Teil des Containers etwas länger als auf der Vorderseite, wobei mit einer diagonal geschwungenen Linie das Kopfteil durch eine Einkerbung in einen vorderen "Brustbereich" und in die nach hinten überlappende "Schleppe" unterteilt wird.

Schon vor dem Frühjahr 2006 hatte die Beklagte in Österreich unter der Produktbezeichnung "Airwick Geruchs Stop" einen Raumspray in einer herkömmlichen Sprühdose mit Plastikkappenaufsatz und einem Betätigungshebel, der nach unten zu drücken war, vertrieben. Die Klägerin beehrte zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsbegehrens, der Beklagten mittels einstweiliger Verfügung zu verbieten, in Österreich Zerstäuber, insbesondere die Zerstäuber für Lufterfrischer "Airwick Geruchs Stop", die gegenüber dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster der Klägerin Nr 0000 97969-0001 keinen anderen Gesamteindruck hervorrufen, zu benutzen, insbesondere anzubieten, zu bewerben, in den Verkehr zu bringen, in den Verkehr bringen zu lassen und/oder zu den genannten Zwecken zu besitzen. Sie sei Inhaberin des Gemeinschaftsgeschmacksmusters für den Zerstäuber "Febreze", dessen Gestaltung keineswegs technisch bedingt sei. Das Design dieses Zerstäubers sei insbesondere im Bereich der Kopfpattie des Behälters mit dem

Zerstäuberaufsatz besonders innovativ im Vergleich zu dem derzeit am Markt vorhandenen Formenschatz von Raumsprays. Die Beklagte vertreibe jetzt Raumsprays unter der Bezeichnung "Airwick" in einem Zerstäuber mit einem nahezu identen Design, dessen prägende Merkmale vom "Febreze"-Zerstäuber übernommen worden seien. Dadurch entstehe ein gleicher Gesamteindruck. Das Gemeinschaftsgeschmacksmuster der Klägerin sei neu und habe Eigenart, die Beklagte habe die Neuheitsvermutung nicht widerlegt. Die Beklagte verletze das Gemeinschaftsgeschmacksmuster der Klägerin. Überdies verstoße sie auch gegen §§ 1, 2 und 9 Abs 3 UWG, weil sie das verkehrsbekanntes Design des klägerischen Produkts ohne Notwendigkeit nahezu ident sittenwidrig nachahme. Damit liege eine sittenwidrige Behinderung und Rufausbeutung vor, zu deren Bekämpfung die Klägerin als Konzernmuttergesellschaft legitimiert sei.

Die Beklagte wendete ein, der von der Klägerin vertriebene Zerstäuber sei weder neu noch eigenartig. Schon vor dem 3. November 2003 seien eine Vielzahl von Gestaltungen bekannt gewesen, welche die wesentlichen Merkmale des Zerstäubers aufgewiesen hätten. Die Gestaltung dieses Zerstäubers sei naheliegend und banal sowie weitgehend auch technisch bedingt. Das Gemeinschaftsgeschmacksmuster der Klägerin sei daher nichtig. Obendrein läge auch kein Eingriff vor, weil die Details deutlich voneinander abwichen und ein unterschiedlicher Gesamteindruck entstehe. Wegen des sehr dichten Formenschatzes reichten schon geringe Abweichungen aus, um den Schutzbereich des Musters der Klägerin zu verlassen. Ein Wettbewerbsverhältnis bestehe nicht, weil die Klägerin am österreichischen Markt nicht aktiv sei und die Beklagte ihrerseits nicht in den USA tätig werde. Ein sittenwidriges Handeln habe die Klägerin nicht nachgewiesen. Wegen der unterschiedlichen Marken und der ganz anderen Farbgestaltung bestehe auch keine Verwechslungsgefahr.

Das *Erstgericht* erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Der Zerstäuber der Klägerin sei neu und eigenartig. Bei flüchtiger Betrachtung sei der Gesamteindruck des von der Beklagten vertriebenen Zerstäubers verwechselbar ähnlich, was zwanglos darauf schließen lasse, dass die Beklagte ohne nachvollziehbare Notwendigkeit die charakteristischen Gestaltungselemente des klägerischen Zerstäubers wohl in der Absicht übernommen habe, knapp vor der Markteinführung des Produkts der Klägerin gezielt ein eigenes Produkt auf dem Markt einzuführen und damit die Neuheit und Einzigartigkeit des klägerischen Designs zu zerstören.

Das *Rekursgericht* wies das Sicherungsbegehren ab. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000,- EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei, weil noch keine Rsp des Obersten Gerichtshofs zur Frage vorliege, welcher Maßstab bei der Prüfung nach Art 10 Abs 1 GGV zugrunde zu legen sei. Das Gemeinschaftsgeschmacksmuster der Klägerin sei rechtsbeständig, weil ein Vergleich des Gesamteindrucks des klägerischen Zerstäubers mit den von der Beklagten vorgelegten Mustern (bisher auf dem Markt befindlicher Zerstäuber) ergebe, dass sich zwar öfters einzelne Merkmale ähnelten, jedoch immer ein anderer Gesamteindruck vorliege.

Tatsächlich lägen aber bei den Zerstäubern der Streitparteien, wiewohl bei beiden dieselben Merkmale vorkämen, wegen der andersartigen Ausführung doch auch deutliche Unterschiede vor: Der klägerische Zerstäuber sei kleiner, habe einen etwas größeren Durchmesser und wirke daher kompakter. Der Kopf dieses Zerstäubers sei einerseits niedriger, andererseits aber breiter als der von der Beklagten vertriebene Zerstäuber, wodurch der klägerische Zerstäuber auch anders in der Hand liege. Anders als beim Zerstäuber der Beklagten verjünge sich schon die Metalldose des klägerischen Zerstäubers nach oben hin, wodurch die Taillierung weiter unten angesetzt sei. Die "Schleppe" sei beim klägerischen Zerstäuber viel weiter nach unten gezogen, wodurch die untere Begrenzung des Plastikeils die Schräge des Kopfteils viel deutlicher wiederhole als beim Zerstäuber der Beklagten. Auch die Form des Kopfes sei

anders, der klägerische Zerstäuber erinnere an den Kopf einer Schlange, die Kopfform des Zerstäubers der Beklagten ähnele dem einer Echse. Unter Berücksichtigung der für das hier zu beurteilende Produkt (Dose mit aufgesetzten Sprühkopf oder aufgesetzter Sprühdüse) doch eher eingeschränkten Gestaltungsmöglichkeit bestehe kein gleicher Gesamteindruck beider Zerstäuber, sodass das Produkt der Beklagten das Gemeinschaftsgeschmacksmuster der Klägerin nicht iSd Art 10 GGV verletze. Die auf das UWG gestützten Ansprüche der Klägerin scheiterten schon daran, dass wegen der Kennzeichnung der beiden zu vergleichenden Produkte mit ganz unterschiedlichen Marken oder Produktnamen gar keine Verwechslungsgefahr vorliege.

Der Revisionsrekurs der Klägerin ist zulässig, aber nicht berechtigt.

1. Die Klägerin macht (primär) die Verletzung ihres Gemeinschaftsgeschmacksmusters geltend.

1.1. Gegenstand dieses Schutzrechts ist nicht ein Erzeugnis, sondern 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 (Art 3 lit a der VO (EG) Nr 6/2002 des Rates vom 12. Dezember 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster [GGV]). Geschützt sind demnach weder das Original noch die entsprechend hergestellten Erzeugnisse an sich, sondern die sich am Erzeugnis zeigende Gestaltung. Das Gemeinschaftsgeschmacksmuster verfolgt den vorwiegenden Zweck, zu einer stetigen Entwicklungstätigkeit auf dem Gebiet des Designschaffens anzuregen und hat - anders als die Kennzeichenrechte - nicht die Aufgabe, die Allgemeinheit vor Produktverwechslungen zu bewahren. Ein Geschmacksmuster wird durch ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster geschützt, soweit es neu ist und Eigenart hat (Art 4 Abs 1 GGV). Ein Geschmacksmuster hat Eigenart, wenn sich der Gesamteindruck, den es beim informierten Benutzer hervorruft, von dem Gesamteindruck unterscheidet, den ein anderes, vorbekanntes Geschmacksmuster bei diesem Benutzer hervorruft (Art 6 Abs 1 GGV).

1.2. Bei der Prüfung, ob ein Geschmacksmuster Eigenart besitzt, kommt es nicht auf eine vollständige Übereinstimmung der Merkmale zwischen dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster und vorbekannten Geschmacksmustern an. Nicht die Merkmale im Einzelnen, sondern nur der jeweilige Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Geschmacksmuster sind auf Unterschiede zu prüfen. Der Gesamteindruck kann durch prägende Merkmale bestimmt sein. Zur Ermittlung des Gesamteindrucks sind daher die einzelnen Merkmale des Geschmacksmusters nach ihrem Beitrag zum Gesamteindruck zu bewerten und zu gewichten. Der Gesamteindruck des Gemeinschaftsgeschmacksmusters ist mit dem des vorbekannten Geschmacksmusters zu vergleichen. Die Eigenart des Gemeinschaftsgeschmacksmusters ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn keines der vorbekannten Geschmacksmuster alle prägenden Merkmale des Gemeinschaftsgeschmacksmusters aufweist oder wenn ein vorbekanntes Geschmacksmuster prägende Merkmale umfasst, die das Gemeinschaftsgeschmacksmuster nicht besitzt. Tragen alle Merkmale im gleichen Maß zum Gesamteindruck bei, ist die Eigenart dann zu bejahen, wenn sich das Gemeinschaftsgeschmacksmuster und das vorbekannte Geschmacksmuster in mindestens einem Merkmal voneinander unterscheiden (4 Ob 177/05s = RdW 2006/537 = ecolex 2006/443 [Tonninger] mwN).

Der Umfang des Schutzes aus dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster erstreckt sich auf jedes Geschmacksmuster, das beim informierten Benutzer keinen anderen Gesamteindruck erweckt (Art 10 Abs 1 GGV).

Diese Definition folgt im Wortlaut spiegelbildlich der Definition der Eigenart. Die Frage der Schutzfähigkeit und die Verletzungsfrage sind somit nach denselben Prüfungskriterien zu

beurteilen. Bei Beurteilung der Frage, ob ein anderes Geschmacksmuster in den Schutzzumfang des Gemeinschaftsgeschmacksmusters fällt, ist der jeweilige Gesamteindruck zu ermitteln und zu vergleichen. Es kommt nicht auf einen mosaikartig aufgespaltenen Vergleich von Einzelheiten an.

Maßgeblich ist vielmehr die Würdigung des Gesamteindrucks unter dem Blickwinkel, ob sich bei einer Gegenüberstellung zweier Formgebungen insgesamt der Eindruck einer Übereinstimmung ergibt. Durch die Verwendung der gleichen Terminologie für Schutzzumfang und Eigenart führt die GGV zu gleichen Beurteilungsmaßstäben: Ein hohes Maß an Eigenart gibt Raum für einen großen Schutzzumfang. Umgekehrt führt geringe Eigenart auch nur zu einem kleinen Schutzzumfang. Ist der informierte Benutzer des geschützten Gemeinschaftsgeschmacksmusters bereit, trotz geringer Unterschiede zwischen Formenschatz und Gemeinschaftsgeschmacksmuster die Eigenart zu bejahen, muss er gleichermaßen im Verletzungsstreit bei derartigen Unterschieden zwischen dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster und der angegriffenen Ausführungsform die Verletzung verneinen (4 Ob 177/05s mwN; 4 Ob 246/06i).

1.3. Der "informierte Benutzer", aus dessen Sicht sowohl die Ermittlung der Eigenart als auch die Festlegung des Schutzzumfangs erfolgen soll, wird in der GGV nicht näher definiert. Die Beurteilung soll primär aus der Sicht der Zielgruppe erfolgen, der gegenüber das Design seine Wirkung entfaltet (Kur, Die Auswirkungen des neuen Geschmacksmusterrechts auf die Praxis, GRUR 2002, 661 [668]). Beim informierten Benutzer muss es sich nicht notwendigerweise um den Endverbraucher handeln, zum Kreis der informierten Benutzer gehören beispielsweise Hersteller und Fachhändler des betreffenden Wirtschaftszweigs (Maier/Schlötterburg, Leitfaden Gemeinschaftsgeschmacksmuster, 14) oder die im Auftrag des Endbenutzers Tätigen, etwa Handwerker (Eichmann, Das europäische Geschmacksmusterrecht auf Abwegen? GRUR Int 1996, 859 [863]).

Jedenfalls unterscheidet sich der informierte Benutzer von einem bloßen Endbenutzer durch gehobene Kenntnisse über Geschmacksmuster auf seinem Gebiet (Maier/Schlötterburg aaO), es ist ihm ein gewisses Maß an Kenntnissen oder Designbewusstsein zuzutrauen (als ein für geschmackliche Fragen aufgeschlossener und mit ihnen einigermaßen vertrauter Durchschnittsbetrachter, Bolling/Langöhrig/Hellwig, Gemeinschaftsgeschmacksmuster Rz 76 mwN). Es kommt jedenfalls nicht auf das Wissen und Können von Designern an, Prüfungsmaßstab kann keinesfalls die Perspektive eines Fachmanns auf dem Gebiet des Produktdesigns sein (Maier/Schlötterburg aaO; Schramm, Der europaweite Schutz des Produktdesigns, 201 mwN). Der informierte Benutzer unterscheidet sich daher durch ein gewisses Maß an Kenntnissen und Aufgeschlossenheit für Designfragen vom "durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der betreffenden Waren- oder Dienstleistungen, wenn auch nicht Wissen und Fähigkeiten eines Fachmanns anzulegen sind.

1.4. Die Würdigung unter dem Blickwinkel, ob sich bei einer Gegenüberstellung zweier Formgebungen insgesamt der Eindruck einer Übereinstimmung ergibt, aus Sicht des oben näher beschriebenen informierten Benutzers ergibt im vorliegenden Fall – ungeachtet der Übereinstimmung mehrerer prägender Merkmale des geschützten Geschmacksmusters mit dem behaupteten Eingriffsgegenstand – im Sinne der Beurteilung des Rekursgerichts auf Grund mehrerer durchaus ins Auge fallender wesentlicher Unterschiede einen unterschiedlichen Gesamteindruck. Vor allem die Proportion der den Zerstäuber umfassenden Abdeckung ist so deutlich unterschiedlich, dass ein verschiedener Gesamteindruck entsteht. Ein weiterer wesentlicher den unterschiedlichen Gesamteindruck hervorrufender Umstand ist, dass die "Schleppe" beim klägerischen Geschmacksmuster auf der dem Abzug gegenüberliegenden Seite weit hinuntergezogen ist (etwa im Ausmaß des Abstands vom oberen Ende des Sprühkopfs bis zum Beginn des hochgezogenen Ansatzes unter dem Sprühhebel), während die "Schleppe" bei dem von der Beklagten vertriebenen Produkt nur

ganz geringfügig über den ansonsten fast waagrecht ausgestalteten unteren Rand des Aufsatzes hinausreicht, dafür aber - im Gegensatz zum klägerischen Muster - als körperlich voluminöser aufgesetzt erscheint. Die Unterschiede der beiden zu vergleichenden Gegenstände sind so groß, dass sie auch auffallen, wenn kein akribischer Vergleich beider nebeneinander stehenden Muster erfolgt, sondern der informierte Benutzer auf sein Erinnerungsbild zurückgreifen muss.

1.5. Der von der Klägerin ins Treffen geführte Grundsatz der Einheitlichkeit des Gemeinschaftsgeschmacksmusters - dieses hat in der gesamten Gemeinschaft dieselbe Wirkung (Art 1 Abs 3 GGV) - vermag nicht die von der Klägerin offenbar angestrebte Bindung des nach Art 82 Abs 1 GGV international zuständigen Gerichts eines Mitgliedstaats an die Entscheidung anderer Gemeinschaftsgeschmacksmustergerichte dasselbe Gemeinschaftsgeschmacksmuster betreffend zu bewirken, wenn - wie im vorliegend zu beurteilenden Fall - die Parteien dieses Rechtsstreits nicht mit jenen des parallel geführten Verfahrens ident sind. Gemäß Art 79 Abs 1 GGV ist auch auf Gemeinschaftsgeschmacksmusterstreitigkeiten das Brüsseler Übereinkommen vom 27. 9. 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen anzuwenden, soweit die GGV keine besondere Regelung vorsieht. An dessen Stelle trat im Verhältnis zwischen Mitgliedstaaten - ausgenommen Dänemark - gemäß Art 68 Abs 2 EuGVVO diese Verordnung. Art 27 Abs 1 EuGVVO (entspricht Art 21 Abs 1 EuGVÜ) verlangt allerdings gleichfalls Parteiidentität zur Begründung der Gerichtshängigkeit bzw von Aussetzungsfolgen. Vor diesem Hintergrund bringt es der nationale Vollzug gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften mit sich, dass die Beurteilung paralleler Sachverhalte in verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedlich ausfallen kann.

2. Das von der Klägerin erhobene Unterlassungsbegehren erweist sich aber auch unter dem von ihr hilfsweise geltend gemachten Gesichtspunkt sittenwidriger Nachahmung bzw gezielter Behinderung und Rufausbeutung als unberechtigt.

2.1. Das Nachahmen eines fremden Produkts - auch einer Verpackung -, das keinen Sonderrechtsschutz genießt, ist an sich nicht wettbewerbswidrig; ein Verstoß gegen § 1 UWG ist nur dann anzunehmen, wenn im Einzelfall besondere Umstände hinzutreten, aus denen sich die Sittenwidrigkeit der Handlung ergibt (4 Ob 14/91 = ÖBl 1991, 209-7-Früchtemüsliriegel mwN). Entscheidend für die Frage, ob die Nachahmung sittenwidrig ist, ist bewusste Nachahmung, die dadurch herbeigeführte Gefahr von Verwechslungen und die Zumutbarkeit einer andersartigen Gestaltung (stRsp, RIS-Justiz RS0078297). Gerade eine solche vermeidbare Herkunftstäuschung ist im vorliegenden Fall zu verneinen, scheidet die geforderte Gefahr von Verwechslungen doch auf Grund der deutlichen Kennzeichnung der Produkte mit den unterschiedlichen Marken doch selbst dann aus, wenn man die überdies nach ihrem Gesamteindruck durchaus unterschiedliche Gestaltung des Sprühaufsatzes außer Betracht lässt. Die von der Klägerin behauptete Gefahr der Zuordnungsverwirrung besteht daher nicht.

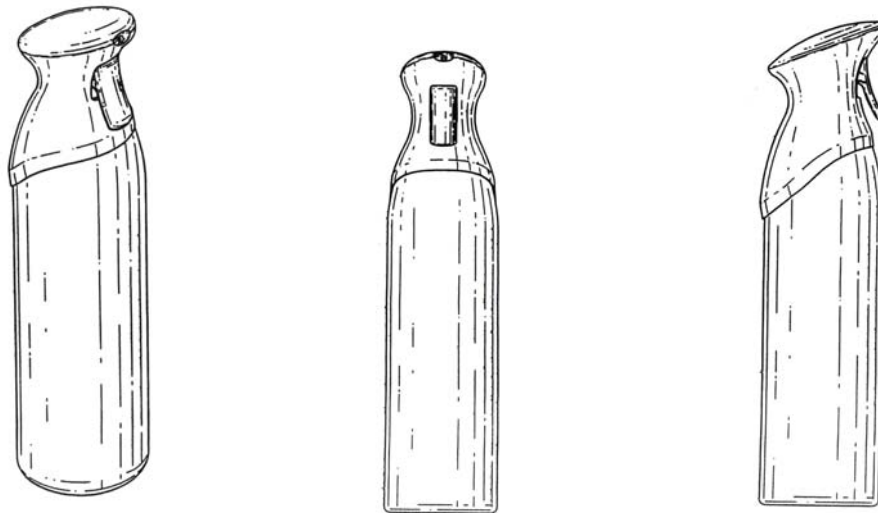
2.2. Der von der Beklagten bei der Gestaltung der Verpackung ihres Lufterfrischers im Hinblick auf den unterschiedlichen Gesamteindruck und die eindeutig unterschiedliche Kennzeichnung, welche Verwechslungsgefahr ausschließt, als ausreichend zu beurteilende eingehaltene Abstand einerseits und das der Annahme sittenwidriger Behinderung entgegenstehende eigene wirtschaftliche Interesse (keine bloße Markenmeldung, sondern österreichweiter Vertrieb eines eigenen Produkts, vgl 4 Ob 152/03m = ecolex 2004, 548 [Schumacher] - Löwenzähne) andererseits steht dem von der Klägerin angestrebten Sittenwidrigkeitsurteil entgegen. Auch eine unlautere Behinderung im Sinn des Entzugs der Möglichkeit, in angemessener Zeit das eigene Produkt (Original) zu vermarkten (vgl Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht<sup>25</sup>, § 4 UWG Rn 9.64, 67, 69) liegt nicht vor.

Dem Sicherungsantrag der Klägerin ist daher ein Erfolg zu versagen. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 393 Abs 1 EO iVm §§ 41, 50 ZPO.

## **Anmerkung\***

### **I. Das Problem**

Die späteren Streitteile produzierten und vertrieben Haushaltsartikel in der Reinigungsbranche iwS. Die Klägerin, die US-amerikanische Procter & Gamble Company, verfügte über das eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster (kurz: GGM) Nr. 000097969-001, das einen Zerstäuber (Spray-Container mit Sprühkopf) schützte:



Der in diesem Zerstäuber vertriebene Lufterfrischer der Marke „Febreze“ wurde seit 2004 in den USA und ab 2005 in der EU vertrieben:



Der unter dem neuen Design gefertigte "Febreze"-Zerstäuber hatte auf internationaler Ebene mehrere Verpackungspreise gewonnen.

---

\* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), [Anwalt.Thiele@eurolawyer.at](mailto:Anwalt.Thiele@eurolawyer.at); Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

Die Beklagte vertrieb in Österreich seit dem späten Frühjahr 2006 einen Raumspray unter der Bezeichnung „Airwick Geruchs Stop“ in zwei verschiedenen Duftvarianten im Lebensmittel- und Drogeriehandel in den in der Folge abgebildeten Zerstäubern:



Auch der Zerstäuber dieses Raumsprays der Beklagten bestand aus einem zylindrischen Container mit einem gerundet geformten Sprühkopfaufsatz, der einen eigenartig geschwungenen Abzugshebel unterhalb der Austrittsdüse aufwies; der Sprühkopfaufsatz hatte auf der Höhe des Abzugshebels eine umlaufende Taillierung, wodurch eine ergonomische Griffmulde geschaffen wurde; der Sprühkopf war schräg nach oben in Zielrichtung des austretenden Sprays geneigt und der Sprühkopfaufsatz überlappte auf der dem Abzugshebel abgewandten Seite den oberen Teil des Containers etwas länger als auf der Vorderseite, wobei mit einer diagonal geschwungenen Linie das Kopfteil durch eine Einkerbung in einen vorderen "Brustbereich" und in die nach hinten überlappende "Schleppe" unterteilt wurde.

Gestützt auf ihr GGM beantragte die Klägerin im Sicherungsverfahren der Beklagten zu verbieten, in Österreich Zerstäuber, insbesondere die Zerstäuber für Lufterfrischer "Airwick Geruchs Stop", die gegenüber dem klägerischen Gemeinschaftsgeschmacksmuster keinen anderen Gesamteindruck hervorrufen, zu benutzen, insbesondere anzubieten, zu bewerben, in den Verkehr zu bringen, in den Verkehr bringen zu lassen und/oder zu den genannten Zwecken zu besitzen. Die Beklagte bestritt die Neuheit und Eigenartigkeit des klägerischen GGM und bestünde im Übrigen weder eine sittenwidrige Nachahmung, noch sonstige Herkunftstäuschung durch ihre Produkte gegenüber jenen der Klägerin.

Das Erstgericht erließ die beantragte EV; das OLG Wien wies den Sicherungsantrag ab. Die Gerichte hatten sich u.a. mit der Frage auseinanderzusetzen, wodurch sich der in Musterschutzangelegenheiten maßgebliche „informierte Benutzer“ von sonstigen Verkehrsteilnehmern unterschied?

## II. Die Entscheidung des Gerichts

Das Höchstgericht bestätigte die abweisende E und führte aus, dass ein vergleichender Gesamteindruck zwischen dem angegriffenen Muster und dem kollidierenden Erzeugnis aus Sicht des maßgeblichen informierten Benutzers zugunsten des letzteren ausfiel.

Der OGH ging dabei von einem in Designsachen „informierten Benutzer“ aus, der sich durch ein gewisses Maß an Kenntnissen und Aufgeschlossenheit für Designfragen vom „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der betreffenden Waren- oder Dienstleistungen abheben würde, wenngleich nicht Wissen und Fähigkeiten eines Fachmanns anzulegen wären.

Ungeachtet der Übereinstimmung mehrerer prägender Merkmale des geschützten Geschmacksmusters mit dem behaupteten Eingriffsgegenstand bestünden mehrerer durchaus ins Auge fallender wesentlicher Unterschiede, die einen unterschiedlichen Gesamteindruck



begründeten. Vor allem die Proportion der den Zerstäuber umfassenden Abdeckung wäre so deutlich unterschiedlich, dass ein verschiedener Gesamteindruck entstünde. Ein weiterer wesentlicher den unterschiedlichen Gesamteindruck hervorrufender Umstand war, dass die "Schleppe" beim klägerischen Geschmacksmuster auf der dem Abzug gegenüberliegenden Seite weit hinuntergezogen war (etwa im Ausmaß des Abstands vom oberen Ende des Sprühkopfs bis zum Beginn des hochgezogenen Ansatzes unter dem Sprühhebel), während die "Schleppe" bei dem von der Beklagten vertriebenen Produkt nur ganz geringfügig über den ansonsten fast waagrecht ausgestalteten unteren Rand des Aufsatzes hinausreichte, dafür aber – im Gegensatz zum klägerischen Muster – als körperlich voluminöser aufgesetzt erschien. Die Unterschiede der beiden zu vergleichenden Gegenstände waren für die Höchststrichter so groß, dass sie auch auffallen, wenn kein akribischer Vergleich beider nebeneinander stehenden Muster erfolgte, sondern der informierte Benutzer auf sein Erinnerungsbild zurückgreifen müsste.

### III. Kritische Würdigung und Ausblick

Die vorliegende Provisoriale ist höchst bemerkenswert, handelt es sich erst um die vierte des Höchstgerichts iZ mit Fragen des Gemeinschaftsgeschmacksmusters (kurz: EU-Designs). Sie trifft auch bemerkenswerte Aussagen in ihrer Begründung:

- Bei Beurteilung der Frage, ob ein anderes Geschmacksmuster in den **Schutzumfang des Gemeinschaftsgeschmacksmusters** fällt, ist der jeweilige Gesamteindruck zu ermitteln und zu vergleichen. Es kommt nicht auf einen mosaikartig aufgespaltenen Vergleich von Einzelheiten an. Maßgeblich ist vielmehr die Würdigung des Gesamteindrucks unter dem Blickwinkel, ob sich bei einer Gegenüberstellung zweier Formgebungen insgesamt der Eindruck einer Übereinstimmung ergibt.
- Geschützt sind demnach weder das Original noch die entsprechend hergestellten Erzeugnisse an sich, sondern die sich am Erzeugnis zeigende **äußere Gestaltung**
- Die Frage der Schutztauglichkeit eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters und die Verletzungsfrage sind nach denselben Prüfungskriterien zu beurteilen, nämlich danach, ob beim informierten Benutzer ein anderer **Gesamteindruck** erweckt wird.
- Der **informierte Benutzer** unterscheidet sich durch ein gewisses Maß an Kenntnissen und Aufgeschlossenheit für Designfragen vom „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der betreffenden Waren- oder Dienstleistungen, wenn auch nicht Wissen und Fähigkeiten eines Fachmanns anzulegen sind.
- Das **Gemeinschaftsgeschmacksmuster** verfolgt den vorwiegenden **Zweck**, zu einer stetigen Entwicklungstätigkeit auf dem Gebiet des Designschaffens anzuregen, und hat – anders als die Kennzeichenrechte – nicht die Aufgabe, die Allgemeinheit vor Produktverwechslungen zu bewahren.
- Ein hohes Maß an **Eigenart** gibt Raum für einen großen Schutzzumfang. Umgekehrt führt geringe Eigenart auch nur zu einem kleinen **Schutzumfang**.
- Der **Grundsatz der Einheitlichkeit des Gemeinschaftsgeschmacksmusters** bewirkt keine Bindung des nach Art 82 Abs 1 GGVO international zuständigen Gerichts eines Mitgliedstaats an die Entscheidung anderer Gemeinschaftsgeschmacksmustergerichte dasselbe Gemeinschaftsgeschmacksmuster betreffend, wenn die Parteien dieses Rechtsstreits nicht mit jenen des parallel geführten Verfahrens ident sind.

Eine abschließende Erörterung verdienen auch die Ausführungen des Höchstgerichts zur behaupteten **Wettbewerbswidrigkeit** der Vorgangsweise auf Beklagtenseite.

Für eine **bewusste Nachahmung** und damit eine **vermeidbare Herkunftstäuschung** fehlt es gegenständlich an der geforderten Verwechslungsgefahr, da die konkurrierenden Produkte deutlich mit unterschiedlichen Marken („Febreze“ und „Airwick“) gekennzeichnet sind. Die

bloß behauptete Gefahr der Zuordnungsverwirrung besteht aber auch dann nicht, wenn man die überdies nach ihrem Gesamteindruck durchaus unterschiedliche Gestaltung des Sprühaufsatzes beider Zerstäuber außer Betracht lässt.

Die Produkte der Beklagten halten schon durch ihre unterschiedliche Gestaltung einen ausreichenden Abstand von den klägerischen Designs ein. Die **eigenen wirtschaftlichen Interessen der Beklagten**, die sich nicht auf eine bloße Markenmeldung beschränkt hat, sondern einen österreichweiten Vertrieb eines eigenen Produkts aufgebaut hat, stehen einer Annahme sittenwidriger Behinderungsabsichten entgegen.<sup>1</sup>

Gleichwohl ist eine **unlautere Behinderung** iS des Entzugs der Möglichkeit, in angemessener Zeit das eigene Produkt (Original) zu vermarkten<sup>2</sup> im Verfahren nicht hervorgekommen.

#### **IV. Zusammenfassung**

Bei der Prüfung, ob ein geschütztes Muster durch ein anderes Erzeugnis verletzt wird, kommt es auf den (wertenden) Gesamtvergleich der äußeren Gestaltung an. Dabei ist als Maßstabsfigur der „informierten Benutzer“ zugrundezulegen, d.h. jemand, der sich durch ein gewisses Maß an Kenntnissen und Aufgeschlossenheit für Designfragen vom „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der betreffenden Waren- oder Dienstleistungen abhebt; das Wissen und die Fähigkeiten eines Fachmanns sind nicht erforderlich.

---

1 Vgl. OGH 8.7.2003, 4 Ob 152/03m – *Löwenzähne II*, ecolex 2004/255, 548 (Schumacher).

2 Dazu Köhler in *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, Wettbewerbsrecht<sup>25</sup>, § 4 UWG Rn 9.64, 67, 69.