



Fundstelle: ECLI:AT:OLG0009:2015:03400R00006.15Z.0323.000

1. Bei der Beurteilung, ob ein anderes Geschmacksmuster in den Schutzzumfang des Gemeinschaftsgeschmacksmusters fällt, ist der jeweilige Gesamteindruck zu ermitteln und zu vergleichen.
2. 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.
3. Der „informierte Benutzer“ ist nicht notwendigerweise der Endverbraucher. Zum Kreis der informierten Benutzer gehören beispielsweise Hersteller und Fachhändler des betreffenden Wirtschaftszweigs. Er unterscheidet sich vom Endbenutzer durch gehobene Kenntnisse über Geschmacksmuster auf seinem Gebiet, es ist ihm ein gewisses Maß an Kenntnissen oder Designbewusstsein zuzutrauen.
4. Wird daher die „Brezelform“, die (auch) im Lebensmittelbereich weit verbreitet ist und in mannigfaltigen Formen und Größen verwendet wird, für das Design von Wurstwaren genutzt, besteht zwar aufgrund des geringen Grades der Gestaltungsfreiheit für diese "Wurst-Brezen" noch Eigenart iSv Art 6 GGV, allerdings fällt der Schutzzumfang dafür nach Art 10 GGV aus demselben Grund ebenso gering aus, sodass die „Salami-Brezel“ eines anderen Herstellers mit geringfügigen Abweichungen (in Größe und Form) nicht mehr designverletzend ist.

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

Das Oberlandesgericht Wien hat als Rekursgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Hinger als Vorsitzenden sowie den Richter Dr. Schober und den Kommerzialrat Brichard in der Rechtssache der klagenden Partei M*****, vertreten durch Dr. Bernd Roßkothen, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen die beklagte Partei L*****, vertreten durch Dr. Edwin Mächler, Rechtsanwalt in Graz, wegen Unterlassung (EUR 15.000,--), Beseitigung (EUR 2.000,--), Rechnungslegung (EUR 2.000,--), Unterlassung (EUR 10.000,--) und Urteilsveröffentlichung (EUR 4.000,--) über den Rekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 2.12.2014, 11 Cg 99/14t-10, in nicht öffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst: Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben. Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen die Kosten des Rekursverfahrens von EUR 816,30 (darin EUR 136,05 USt) zu ersetzen. Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 5.000,--, aber nicht EUR 30.000,--. Der Revisionsrekurs ist nicht zulässig.

Begründung

1.1 Der Kläger brachte – kurz zusammengefasst (§ 500a ZPO) und soweit für das Rekursverfahren wesentlich – vor, er vertreibe Wurstwaren in Form von Brezen, die als Gemeinschaftsgeschmacksmuster (Nr. 001010201-0002, 28.9.2008) registriert und – auch in den USA – geschützt seien.



(Abbildung 1)

Die Beklagte stehe mit dem Kläger im Wettbewerb und vertreibe die nachfolgend abgebildeten kopierten und verwechselbaren Wurstwaren in ganz Österreich. Dadurch greife sie in den Musterschutz des Klägers ein.



(Abbildung 2, aus der Klage)

Darauf stützte der Kläger unter anderem sein (mit EUR 15.000,-- bewertetes) Begehren, der Beklagten gemeinschaftsweit zu verbieten, Wurstwaren in Brezenform in Verkehr zu bringen, soweit sie damit in das Gemeinschaftsgeschmacksmuster des Klägers eingreift, wie beispielsweise durch das Inverkehrbringen einer im Begehren (oben Abbildung 2) abgebildeten „Salami-Brezel“.

1.2 Damit inhaltsgleich beehrte der Kläger die Erlassung einer einstweilige Verfügung.

2. Die Beklagte bestritt das Sicherungsbegehren und wandte ein, die registrierte Wurstware sei nicht neu. Die Beklagte vertreibe Wurstwaren, die die B***** GmbH, Furth im Wald, Deutschland, seit 1998 herstelle und für die Patente mit der Priorität aus 1997 bestünden (EP 0893063 B1 und DE 19800109 C2).

Die Brezen seien auch nicht gleich und der Kläger vertreibe die Wurstwaren auch nicht, sodass die Streitteile nicht im Wettbewerb zueinander stünden.

3. Dem erwiderte der Kläger, er habe nicht gewusst, dass bereits Wurstbrezen auf dem Markt seien, als er mit dem Vertrieb begonnen habe. Er habe mit der M***** GmbH (später „S***** GmbH“) eine Produktionsvereinbarung geschlossen (9.12.2008). Kunden seien Wiederverkäufer im Bio-Sektor.

Das von der Beklagten ins Treffen geführte Patent bewirke keinen Musterschutz, sondern schütze eine Vorrichtung und ein Verfahren zur Herstellung von darmlosen Würsten, mit denen unter anderem Brezelwürste geformt werden könnten.

4. Das *Erstgericht* erließ – unbekämpft – eine einstweilige Verfügung über einen anderen Unterlassungsanspruch und wies den Sicherungsantrag ab, der auf das Verbot gerichtet war, Wurst in Brezenform zu vertreiben. Auf den Seiten 2 bis 4 gab es den unstrittigen und den als bescheinigt angesehenen Sachverhalt wieder (auf den verwiesen wird) und leitete daraus rechtlich ab, dass dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster des Klägers die Eigenart und die Neuheit fehle.

5. Gegen diese Entscheidung richtet sich der Rekurs des Klägers, der unrichtige Sachverhaltsfeststellung und unrichtige rechtliche Beurteilung geltend macht. Er beantragt, die Entscheidung zu ändern und dem Sicherungsbegehren stattzugeben. Die Beklagte beantragt, dem

Rekurs nicht Folge zu geben.

Der *Rekurs* ist nicht berechtigt.

6. Ausgehend von den unbekämpft zugrundegelegten Bildern der Wurstwaren (mit Berücksichtigung des oben wiedergegebenen Fotos aus Beilage ./B) ist die Entscheidung des Erstgerichts nicht zu beanstanden.

Aus systematischen Gründen genügt die Befassung mit der Rechtsrüge der Klägerin. Richtig gibt sie die Rechtslage nach der Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung (CELEX 32002R0006, GGV) zur Frage der Neuheit und der Eigenart wieder.

6.1 Gegenstand des Schutzrechts ist nicht ein Erzeugnis, sondern seine Erscheinungsform, 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 GGV), das heißt die sich am Erzeugnis zeigende Gestaltung.

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, vom Gesamteindruck unterscheidet, den ein anderes, vorbekanntes Geschmacksmuster bei diesem Benutzer hervorruft (Art 6 Abs 1 GGV).

Wiewohl die Gerichte von der Rechtsbeständigkeit eines eingetragenen Schutzrechts auszugehen haben, steht der Beklagten im Provisorialverfahren der Einwand offen, das Gemeinschaftsgeschmacksmuster sollte wegen eines ihr zustehenden älteren nationalen Musterrechts für nichtig erklärt werden (Art 85 Abs 1 GGV).

6.2 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 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 vorbekannten Geschmacksmustern 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. Dabei ist nicht erforderlich, dass das vorbekannte Geschmacksmuster eingetragen ist (Art 6 Abs 1 lit a GGV).

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). Die Frage der Schutzfähigkeit und die Verletzungsfrage sind somit nach denselben Prüfungskriterien zu beurteilen. Bei der Beurteilung, ob ein anderes Geschmacksmuster in den Schutzzumfang des Gemeinschaftsgeschmacksmusters fällt, ist der jeweilige Gesamteindruck zu ermitteln und zu vergleichen. 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; 4 Ob 43/07p).

6.3 Der „informierte Benutzer“ ist nicht notwendigerweise der Endverbraucher. Zum Kreis der informierten Benutzer gehören beispielsweise Hersteller und Fachhändler des betreffenden Wirtschaftszweigs (*Maier/Schlötelburg*, Leitfaden Gemeinschaftsgeschmacksmuster, 14). Er unterscheidet sich vom Endbenutzer durch gehobene Kenntnisse über Geschmacksmuster auf

seinem Gebiet, es ist ihm ein gewisses Maß an Kenntnissen oder Designbewusstsein zuzutrauen (4 Ob 43/07p).

6.4 Bei der Beurteilung der Eigenart wird auch der Grad der Gestaltungsfreiheit bei der Entwicklung des Geschmacksmusters berücksichtigt (Art 6 Abs 2, Art 10 Abs 2 GGV). Das bedeutet, dass der Schutzzumfang umso kleiner ist, je mehr Muster bereits existiert haben, die einen ähnlichen Gesamteindruck hervorrufen. Je geringer die Gestaltungsfreiheit (hier: des Klägers) war, umso weniger Abweichungen zwischen den einander gegenüberzustellenden Erscheinungsformen genügen, um die Gleichheit des Gesamteindrucks zu verneinen (4 Ob 43/07p – Febreze; RIS-Justiz RS0122071).

7.1 Im vorliegenden Fall trifft das diesen Gedanken transportierende Argument des Erstgerichts zu, wonach die „Brezelform“ (auch) im Lebensmittelbereich weit verbreitet ist und in mannigfaltigen Formen und Größen verwendet wird. Zutreffend ist auch die Überlegung, dass das Gemeinschaftsgeschmacksmusterrecht eine Erscheinungsform schützt, die vom Inhaltsstoff des Erzeugnisses unabhängig ist (vgl auch *Ruhl*, GGV² Art 6 Rn 112). Die weite Verbreitung der Brezelform bei anderen Lebensmitteln und außerhalb des Lebensmittelbereichs ist somit auch im Vergleich der hier relevanten Produkte desselben Inhalts „Wurst“ dadurch zu berücksichtigen, dass der Schutzzumfang wegen des geringen Grads der Gestaltungsfreiheit verkleinert wird.

7.2 Ausgehend von diesen Überlegungen unterscheidet sich das Gemeinschaftsgeschmacksmuster des Klägers ausreichend von den Produkten, deren Vertrieb durch die Beklagte der Kläger behauptet. Allein die verschiedenartige Verschlingung der Brezelform rechtfertigt es, – anders als der Kläger im Rekurs vorträgt – von einem „anderen Gesamteindruck“ im Sinne des Art 10 Abs 1 GGV zu sprechen.

Die Entscheidung des Erstgerichts bedarf daher keiner Korrektur. Ob das Gemeinschaftsgeschmacksmuster des Klägers überhaupt eine Eigenart aufweist, braucht nicht gesondert untersucht zu werden.

8. Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 EO iVm §§ 41 Abs 1 und § 50 ZPO.

9. Das Rekursgericht hat keine Bedenken, den Wert des Entscheidungsgegenstands an der Bewertung durch den Kläger zu orientieren. Ob die hier thematisierten Erzeugnisse einen gleichen oder einen verschiedenen Gesamteindruck hinterlassen, war im Einzelfall zu beantworten, wobei die von der Judikatur entwickelten Grundsätze nicht verlassen wurden; der Revisionsrekurs ist daher unzulässig.

Anmerkung*

I. Das Problem

Der aus Salzburg stammende Kläger verfügte über das seit 2008 eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster Nr. 001010201-0002 für Wurstwaren in der Locarno-Klasse 01.04 mit folgendem Aussehen:



Die in der Steiermark ansässige Beklagte vertrieb Wurstwaren, die von der deutschen Breuko GmbH hergestellt wurden, und wofür die Herstellerin seit 1997 über entsprechende Patente verfügte:

Fig 1

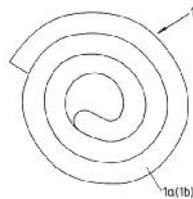
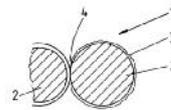


Fig 2



Es handelte sich dabei um die EP 0893063 B1 und DE 19800109 C2 für Esswurst, insbesondere Brat- oder Grillwurst, samt Vorrichtung sowie Verfahren zum Herstellen von darmlosen Esswürsten, die zur Erzeugung von sog. "Salami-Brezeln" genutzt wurden:



Im vorliegenden Sicherungsverfahren beehrte er von der Beklagten, es zu unterlassen, Wurst in Brezenform zu vertreiben, wenn dadurch gegen das Klagsmuster verstoßen würde.

Das HG Wien wies den Sicherungsantrag ab, da dem klägerischen Design die Eigenart und die Neuheit fehlen würde. Dagegen erhob der Kläger Rechtsmittel an das Rekursgericht. Letztlich hatte

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

also das OLG Wien im Provisorialverfahren darüber zu entscheiden, ob die hier thematisierten Wursterzeugnisse einen gleichen oder einen verschiedenen Gesamteindruck hinterlassen.

II. Die Entscheidung des Gerichts

Das OLG Wien bestätigte die erstinstanzliche Entscheidung. Eine Einstweilige Verfügung scheiterte schon daran, dass sich das Klagsmuster ausreichend von den tatsächlich vertriebenen Produkten der Beklagten unterschied. Allein die verschiedenartige Verschlingung der Brezelform rechtfertigte es, von einem „anderen Gesamteindruck“ iSv Art 10 Abs 1 GGV auszugehen. Unter Zugrundelegung eines informierten Benutzers aus den Fachkreisen des Lebensmittel- und Wurstmarktes berücksichtigte das Rekursgericht die weite Verbreitung der Brezelform. Dies führte im Vergleich der hier relevanten Produkte desselben Inhalts „Wurst“ dazu, dass der Schutzzumfang des Klagsmusters wegen des geringen Grads der Gestaltungsfreiheit verkleinert würde, sodass bereits geringe Abweichungen in den Erzeugnissen der Beklagten außerhalb des klägerischen Unterlassungsanspruches lägen.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Das Rekursgericht hielt die Entscheidung der I. Instanz für vertretbar. Es bestimmte zunächst den informierten Benutzer – zutreffend – nicht nur mit dem wurstliebenden Endverbraucher, sondern mit den Herstellern und Fachhändler von Wurstwaren. Dabei haben sich die Gerichte durchaus auf die vom Kläger (zugestandene) Tatsache, an "Wiederverkäufer im Bio-Sektor" zu liefern, stützen können. Es kommt nämlich auf eine echte Benutzung des Produktes, nicht bloß auf einen Verbrauch desselben an.¹ Dieser ist weder ein Designexperte noch ein an Designfragen vollkommen uninteressierter Verbraucher, sondern vielmehr ein Verwender des Designs zu verstehen, dem keine durchschnittliche Aufmerksamkeit, sondern eine besondere Wachsamkeit eigen ist.²

Aus der Perspektive dieses informierten Benutzers beurteilt sich nunmehr die Eigenart des Klagsmusters iS des Art 6 GGV, die sich spiegelbildlich zum Schutzzumfang des Designs nach Art 10 GGV verhält, d.h. ein hohes Maß an Eigenart führt zu einem großen Schutzzumfang und umgekehrt.³ Sowohl Art 6 Abs 2 als auch Art 10 Abs 2 GGV nehmen dabei u.a. auf die Gestaltungsfreiheit des Entwerfers Rücksicht. Es handelt sich dabei um eine normative Wertung.⁴ Dabei gilt: je geringer der Grad der Gestaltungsfreiheit, desto eher ist die Eigenart zu bejahen. Im vorliegenden Fall gelangen die Gerichte dazu, einen "eng besetzten Formenschatz" im Lebensmittelbereich für die äußere Gestaltung einer Brezen anzunehmen; mag sie im Wurstwarenereich nicht so alltäglich sein, wie etwa im Bereich von Brot- oder Teigwaren, so ist sie doch sehr häufig. Allerdings nicht so häufig, um dem konkreten Klagsdesign jegliche Eigenart abzusprechen. Konsequenterweise führt gerade die Ausnutzung des geringen Freiraums durch den Kläger – im Jahr 2008 – dazu, die Eigenart seines Gemeinschaftsgeschmacksmusters zu bejahen.⁵ Ebenso folgerichtig erscheint es dann, einen bloß geringen Schutzzumfang des Klagsdesigns anzunehmen, der nicht mehr ausreicht, die von der Beklagten vertriebenen Salami-Brezel iS einer Gleichheit des Gesamteindrucks zu erfassen.

Ausblick: Bemerkenswert sind auch die Ausführungen des Rekursgerichts zum Offenlassen der Eigenart des Klagsmusters. Wiewohl die Gerichte von der Rechtsbeständigkeit eines eingetragenen

¹ Vgl. EuG Urteil vom 21.11.2013, T-337/12 (El Hogar Perfecto del Siglo XXI / HABM – Wenf) = ECLI:EU:T:2013:601 = GRUR Int 2014, 494 = GRUR-Prax 2014, 79 (*Flores*): für Korkenzieher ist der informierte Benutzer iS des Art 6 GGV sowohl ein Privater, der diese Geräte bei sich zu Hause nützt, als auch ein professioneller Verwender (zB Kellner oder Weinkellner), der sie in einem Restaurant gebraucht.

² Vgl. EuGH 18.10.2012, C-101/11 P (Neumann und Galdeano) = MR-Int 2013, 36 (*Thiele*).

³ OGH 14.2.2006, 4 Ob 177/05s (Baustellenwerbung II) = RZ 2006, 231 = RdW 2006/537, 573 = ecolex 2006/443, 1014 (*Tonninger*) = ÖBl 2007/31, 137 (*Schmid*) = SZ 2006/16.

⁴ Zutreffend schon *Ruhl*, GGV (2006) Art 6 Rz 39.

⁵ Es kann letztlich offen bleiben, ob insoweit ein Übertragungsdesign vorliegt; vgl. dazu CD 000003066-0001: Mobiltelefon in Violinenform.

Schutzrechts – hier eines EU-Designs – nach Art 85 Abs 1 Satz 1 GGV auszugehen haben,⁶ steht der Beklagten (auch) im Provisorialverfahren der Einwand nach Satz 3 leg.cit. offen, das Gemeinschaftsgeschmacksmuster sollte wegen eines ihr zustehenden älteren nationalen Musterrechts für nichtig erklärt werden. Es muss sich dabei um ein älteres Recht der Beklagten iSv Art 25 Abs 1 lit d GGV handeln, also um ein eigenes nationales oder unionsweites Designrecht. Auf die Rechtsbeständigkeit des Klagsmusters hat die Entscheidung – auch nach Behandlung der Einwendung – keinen unmittelbaren Einfluss; Art 87 iVm Art 26 GGV ist insoweit im (nationalen) Verletzungsstreit nicht anwendbar.

IV. Zusammenfassung

Nach Ansicht der österreichischen Gerichte verletzt eine die „Salami-Brezel“ eines anderen Herstellers aufgrund von Abweichungen (in Größe und Form) nicht mehr die als EU-Design geschützte Wurst-Brezen, da die die „Brezelform“ im Lebensmittelbereich weit verbreitet ist und in mannigfaltigen Formen und Größen verwendet wird.

⁶ Vgl. OGH 30.11.2004, 4 Ob 239/04g (Lindt Goldhase I) = wbl 2005/130, 238 = ÖBI-LS 2005/75/76/77/78 = ÖBI 2005/28, 125 = ecolex 2005/291, 633 (*Schumacher*) = JUS Z/3942 = RdW 2005/265, 224 = SZ 2004/173.