



1. 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.

2. Die Ermittlung

- a) jener Merkmale, die in die Prüfung des Gesamteindrucks des Klagemusters einbezogen werden,
- b) von Kenntnissen und Designbewusstsein des in Betracht kommenden informierten Benutzers sowie
- c) des zum Zeitpunkt der Anmeldung des GGM bestehenden Formenschatzes der jeweiligen Produkte auf dem Markt (hier: Eierverpackungen)

erfolgt im Wesentlichen auf tatrichterlichem Gebiet. In der Revisionsinstanz ist nur zu prüfen, ob der Tatrichter einen zutreffenden Rechtsbegriff zugrunde gelegt, nicht gegen Erfahrungssätze oder Denkgesetze verstoßen und keine wesentlichen Umstände unberücksichtigt gelassen hat.

3. Die Würdigung des Gesamteindrucks unter dem Blickwinkel, ob sich bei einer Gegenüberstellung zweier Formgebungen insgesamt der Eindruck einer Übereinstimmung ergibt, stellt eine reversible Rechtsfrage dar.

4. Das Vorliegen eines technisch-funktional bedingten Elements nach Art 8 GGV schließt dieses Erscheinungsmerkmal bei der Prüfung des Gesamteindrucks aus. Da Eierverpackungen auch ohne deutlich hervorgehobene Eier auf den Schmalseiten und mit Etikettenflächen, die anders ausgeformt sind als beim Klagemuster, bestimmungsgemäß gebraucht werden können, sind beide Elemente nicht technisch-funktional bedingt.

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

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Vizepräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ovotherm I***** Handels GesmbH, ***** , vertreten durch Jeannée Rechtsanwalt GmbH in Wien, wider die beklagte Partei W***** B***** , vertreten durch Dr. Remo Sacherer, LL.M., Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 33.000 EUR), Rechnungslegung (Streitwert 2.000 EUR), Zahlung nach Rechnungslegung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 2.000 EUR), über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 30. September 2013, GZ 5 R 121/13w-35, den

Beschluss

gefasst: Die außerordentliche Revision wird gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen.

Sachverhalt¹

¹ Sachverhalt und Verfahrensgang aus der Berufungsentscheidung des OLG Wien 30.9.2013, 5 R 121/13w, für deren Zurverfügungstellung der Verfasser Herrn RA Dr. *Remo Sacherer*, LL.M., herzlich dankt.

Die Klägerin entwickelt, produziert und vertreibt durchsichtige Eierverpackungen und ist Inhaberin der Gemeinschaftsgeschmacksmuster Registernummer 001131767-0004 und 001131767-0005. Der Beklagte ist Handelsvertreter. Er vermittelt für die Europack a.s. mit Sitz in der Slowakei den Vertrieb von Eierverpackungen, darunter der durchsichtigen Eierverpackungen „EP EVO 1 x 12“ und „EP EVO 2 x 6“.

Die Klägerin begehrt, die Beklagte schuldig zu erkennen, es zu unterlassen, Eierverpackungen, die den von der Klägerin zu der Registernummer 001131767-0004 und/oder der Registernummer 001131767-0005 als Gemeinschaftsgeschmacksmuster eingetragenen Verpackungen verwechslungsfähig ähnlich sind, insbesondere die bisher angebotenen Verpackungen „EP EVO 1 x 12“ und „EP EVO 2 x 6“, anzubieten, in Verkehr zu bringen oder zu diesen Zwecken zu besitzen. Zu diesem Unterlassungsbegehren stellte die Klägerin auch ein Eventualbegehren. Weiters forderte die Klägerin mittels einer Stufenklage von der Beklagten Rechnungslegung und die Zahlung eines angemessenen Entgelts, sowie eine Veröffentlichung des stattgebenden Urteils in der Fachzeitschrift ZAG. Die Klägerin sei Inhaberin der beiden europäischen Geschmacksmuster, welche am 21.4.2009 für Design von durchsichtigen Eierverpackungen angemeldet und registriert worden seien. Die Klägerin verwende diese Designs derzeit nicht. Der Beklagte sei Handelsvertreter und sei ausschließlich für die slowakische Europack a.s. für die Märkte Österreich, Deutschland, Schweiz, Niederlande und Dänemark tätig.

Unternehmensgegenstand der Europack a.s. sei ebenso wie bei der Klägerin die Entwicklung, die Produktion und der Vertrieb durchsichtiger Eierverpackungen. Der Beklagte verletze durch das Anbieten und Vertreiben von durchsichtigen Eierverpackungen der Europack a.s. in Österreich die Schutzrechte der Klägerin. Die Klägerin habe ihre geschützten Verpackungen ab dem Jahr 2008 entwickelt, dies mit dem Ziel, eine Verpackung zu schaffen, welche die Vorteile der Durchsichtigkeit des Materials optimal mit einer großen Fläche zur Etikettierung verbinde. Außerdem habe die Verpackung formstabil sein und ein ansprechendes Design aufweisen sollen. Die von der Klägerin entwickelten und als europäische Geschmacksmuster angemeldeten Eierverpackungen haben die gewünschten Anforderungen in perfekter Weise erfüllt. An den beiden Schmalseiten seien die verpackten Eier in der Verpackungsform weitergeführt worden und heben sich mit mehr als der Hälfte aus der Verpackung heraus. Außerdem haben die Verpackungen eine nahezu rechteckige Oberseite, wobei die beiden Schmalseiten eine konvexe Krümmung nach außen aufweisen. Dadurch ergebe sich eine Vergrößerung der planen Oberfläche in der Mitte der Verpackung. Auch die fast senkrecht abfallende Verlängerung der planen Oberfläche bis hin zu den Verschlüssen bzw der Verbindung des Ober- teils mit dem Unterteil sei auffällig. Zuletzt fallen bei den Geschmacksmustern der Klägerin auch noch die beiden Verstärkungen oberhalb der Verschlüsse entlang der senk- recht abfallenden Vorderseite der Verpackung auf. Die vom Beklagten vertriebenen EVO-Verpackungen der Europack a.s. weisen selbst bei genauester Betrachtung ein praktisch identes Design auf. Der Gesamteindruck sei nahezu identisch, ein Eingriff in die Gemeinschaftsgeschmacksmusterrechte der Klägerin sei damit evident. Die Klägerin habe gegenüber dem Beklagten gemäß Art 89 Abs 1 lit a GGVO iVm § 1 Abs 5 und § 34 MuSchG einen Anspruch auf Unterlassung der Eingriffe des Beklagten in ihre Schutzrechte, insbesondere auf Unterlassen des Anbietens. In eventu, falls das Gericht einen Eingriff in die Gemeinschaftsgeschmacksmuster der Klägerin verneinen sollte, gründe sich der geltend gemachte Unterlassungsanspruch auf § 1 iVm § 14 UWG. Es liege wegen eines schmarotzerischen Ausbeutens der Leistungen der Klägerin und wegen der unmittelbaren Leistungsübernahme eine unlautere Geschäftspraktik vor. Der Beklagte sei als Area Manager von Europack a.s. an der direkten Leistungsübernahme beteiligt. Auch der Besitz von gegen Gemeinschaftsgeschmacksmusterrechte verstößenden Erzeugnissen könne untersagt werden. Der Beklagte bestritt das Begehren der Klägerin. Die Gemeinschaftsgeschmacksmuster der Klägerin seien nichtig, weil sie bei der Anmeldung nicht neu gewesen seien und weil keine

Eigenart vorgelegen habe, der Beklagte habe am 23.2.2013 einen entsprechenden Antrag beim Harmonisierungsamt eingebracht, die abweisende Entscheidung des Harmonisierungsamtes sei noch nicht rechtskräftig. Euro-pack a.s. habe bei ihren neuen Verpackungen mit dem Namen „Evolution“ die untere Hälfte der Verpackung und das erprobte Verschlusssystem ihrer seit mehr als 12 Jahren am Markt befindlichen Erzeugnisse der Serie „Standard“ weiterverwendet. Bloß die obere Hälfte der Verpackungen sei in Anlehnung an die längst am Markt vorherrschende Formgebung bei Eiverpackungen aus Karton verändert worden. Bei den Verpackungen der Serie „Evolution“ werden, anders als bei den Gemeinschaftsgeschmacksmustern der Klägerin, die an den Seitenrändern des Deckels stilisierten Eier auf die Vorder- und die Rückseite der Verpackung weitergeführt, weiters trete an der Vorderseite des Deckels eine Halbkugel aus der Verpackung hervor. Bei den Verpackungen der Serie „Evolution“ sei die Deckelfläche umrandet, die Versteifungsrillen auf der Vorderseite der Verpackung seien gerippt. Bei den Gemeinschaftsgeschmacksmustern der Klägerin seien diese Versteifungsrillen glatt, die Deckelfläche sei nicht umrandet. Es liege kein Nachahmen des Produkts der Klägerin und keine glatte Leistungsübernahme vor. Die Geschmacksmuster der Klägerin seien sowohl wegen des „imagic“-Designs als auch wegen des Huhtamaki-Designs nichtig, weil die Unterschiede zwischen den Geschmacksmustern der Klägerin und diesen Designs durchwegs unwesentlich oder technisch bedingt seien und daher keine Neuheit und Eigenheit der Geschmacksmuster der Kläger begründen. Das Huhtamaki-Design sei im Patent PCT/NL2008/050305 am 27.11.2008 veröffentlicht und somit vor der Anmeldung der Gemeinschaftsgeschmacksmuster der Klägerin offenbart worden. Die übereinstimmenden Merkmale zwischen den Gemeinschaftsgeschmacksmustern der Klägerin und dem Produkt der Beklagten seien technisch bedingt.

Mit dem angefochtenen Teilurteil verpflichtete das *Erstgericht* den Beklagten, es zu unterlassen, Eiverpackungen, die keinen anderen Gesamteindruck als die von der Klägerin als Gemeinschaftsgeschmacksmuster eingetragenen Verpackungen erwecken, insbesondere die Verpackungen „EP EVO 1 x 12“ und „EP EVO 2 x 6“, anzubieten und/oder in Verkehr zu bringen; das auf Unterlassung des Besitzes der den Gemeinschaftsgeschmacksmustern der Klägerin verwechslungsfähigen ähnlichen Verpackungen gerichtete Begehren der Klägerin wies es ab. Es stellte den auf den Seiten 2 bis 3 des angefochtenen Teilurteils (S 421 bis 423 des Aktes) wiedergegebenen Sachverhalt fest, worauf verwiesen wird, und kam in seiner rechtlichen Beurteilung zum Schluss, dass im Verletzungsverfahren der Einwand der Nichtigkeit des Geschmacksmusters nicht zulässig sei. Da das vom Beklagten vertriebene Muster beim informierten Benutzer keinen anderen Gesamteindruck als das geschützte Geschmacksmuster hervorrufe, sei dem Unterlassungsbegehren bezüglich des Anbietens und des Inverkehrbringens Folge zu geben, wobei dem Spruch eine klarere Fassung als beantragt gegeben worden sei. Der Besitz von Eingriffsgegenständen werde von der GGVO nicht verboten, das diesbezügliche Unterlassungsbegehren sei daher abzuweisen. Auf das Eventualbegehren müsse nicht eingegangen werden, weil die Klägerin dieses nur für den Fall erhoben habe, dass das Gericht einen Eingriff in ihre Gemeinschaftsgeschmacksmuster (zur Gänze) verneinen sollte.

Gegen den stattgebenden Teil dieses Teilurteils richtet sich die Berufung des Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, es derart abzuändern, dass das gesamte Unterlassungsbegehren der Klägerin abgewiesen werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Gegen den abweisenden Teil des Teilurteils richtet sich die Berufung der Klägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, es derart abzuändern, dass dem gesamten Unterlassungsbegehren der Klägerin Folge gegeben werde.

Beide Streitparteien beantragen, der Berufung der Gegenseite keine Folge zu geben.

Beide *Berufungen* sind *nicht berechtigt*.

I. Zur Berufung des Beklagten:

Der Beklagte kritisiert in seiner Rechtsrüge zuerst, dass das Erstgericht die Eiverpackungen der Europack a.s. nicht mit den klägerischen Geschmacksmustern, sondern mit der als Beilage ./E vorgelegten Eiverpackung verglichen habe.

Dies ist nicht ganz richtig, weil das Erstgericht nur aus dem Beschluss des OLG Wien im Provisorialverfahren zitiert hat, wo die „geschützten Muster der Klägerin im Sinne der Packung Beilage ./E“ mit dem Eingriffsgegenstand der Europack a.s. Beilage ./F verglichen wurden. Die in diesem vom Erstgericht zitierten Vergleich beschriebenen Merkmale sind auch, wenn auch etwas weniger anschaulich, dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster der Klägerin mit der Registernummer 001131767-0005 zu entnehmen.

Der Beklagte meint weiters, die vom Erstgericht als prägend angesehenen Erscheinungsmerkmale der Gemeinschaftsgeschmacksmuster der Klägerin seien technisch funktional bedingt, wobei der Beklagte auch auf die Patentanmeldung der Huhtamaki Netherland B.V. verweist, dazu (nämlich zur Offenbarung dieser Erfindung am 27.11.2008) eine ergänzende Feststellung getroffen haben will und ausführt, dass das Europäische Patentamt das Patent am 17.11.2010 erteilt habe, was für das Erstgericht aus im Internet öffentlich zugänglichen Registern leicht zu ersehen gewesen sei.

Letzteres, nämlich dass das Europäische Patentamt Huhtamaki Netherland B.V. das angemeldete Patent erteilt hat, hat der Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren weder behauptet noch bewiesen, sodass das Erstgericht dazu völlig zu Recht keine Feststellungen getroffen hat. Ganz abgesehen davon, dass Art 8 Abs 1 GGVO bewusst eng formuliert ist, sodass der unmittelbare praktische Anwendungsbereich nur sehr eng ist (vgl Ruhl, Gemeinschaftsgeschmacksmuster² Art 8 Rz 17), kann das Fehlen der Schutzausschlussgründe der Art 8 und 9 GGVO ebenso wie die Rechtsgültigkeit der eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmuster (Neuheit und Eigenart der Gemeinschaftsgeschmacksmuster der Klägerin) im Verletzungsstreit nicht geprüft werden, haben doch die Gemeinschaftsgeschmacksmustergerichte gemäß Art 85 Abs 1 erster Satz GGVO im Verfahren betreffend eine Verletzungsklage von der Rechtsgültigkeit des Gemeinschaftsgeschmacksmusters auszugehen (Ruhl aaO Art 85 Rz 2).

Zuletzt behauptet der Beklagte, die Unterschiede zwischen den von ihm vertriebenen Verpackungen zu den Gemeinschaftsgeschmacksmustern der Klägerin seien deutlich und relevant. Dabei vermisst er die Feststellung, dass den am Markt erhältlichen Eiverpackungen die Merkmale deutlich hervorgehobene Eier auf den Schmalseiten und abgeflachte Fläche auf dem Deckel für das Etikett, die auf den Schmalseiten weiter verläuft, gemein seien. Diese Feststellung konnte allerdings, ganz im Sinne der Argumentation in der Berufungsbeantwortung der Klägerin, nicht getroffen werden, weil, wie aus der Beilage ./W ersichtlich ist, auch Eiverpackungen mit ganz anderen Merkmalen, beispielsweise mit einem durchgehend flachen Deckel ohne die Eierform an den Schmalseiten, erhältlich sind.

Richtig ist, dass nur ein hohes Maß an Eigenart Raum für einen großen Schutzzumfang gibt, geringe Eigenart aber nur zu einem kleinen Schutzzumfang führt (SZ 2006/16, 2007/77). Selbst wenn man aber davon ausgeht, dass die geschützten Gemeinschaftsgeschmacksmuster der Klägerin nur eine geringe Eigenart haben, wird mit den vom Beklagten vertriebenen Eiverpackungen in den Schutzzumfang dieser Gemeinschaftsgeschmacksmuster eingegriffen. Der Umfang des der Klägerin zustehenden Schutzes aus den Gemeinschaftsgeschmacksmustern erstreckt sich auf jedes Geschmacksmuster, das beim informierten Benutzer keinen anderen Gesamteindruck erweckt (Art 10 Abs 1 GGVO). Der informierte Benutzer unterscheidet sich von einem bloßen Endbenutzer durch gehobene Kenntnisse über Geschmacksmuster auf seinem Gebiet, ihm ist ein gewisses Maß an

Kenntnissen und Designbewusstsein zuzutrauen (SZ 2007/77; Ruhl aaO Art 6 Rz 24). Zu prüfen ist daher, ob sich bei einer Gegenüberstellung zweier Formgebungen – der geschützten Muster der Klägerin und dem Eingriffsgegenstand der Europack a.s. Beilage ./F – insgesamt der Eindruck einer Übereinstimmung ergibt, und zwar auch dann, wenn kein akribischer Vergleich beider nebeneinander stehender Muster erfolgt, sondern der informierte Benutzer auf sein Erinnerungsbild zurückgreifen muss (SZ 2007/77).

Nach Ansicht des Rekursgerichts liegt hier eine solche Übereinstimmung vor, weil die wesentlichen und auffälligen Merkmale der Eierverpackungen, nämlich die deutlich hervorgehobenen Eier auf den Schmalseiten und die oben nach außen gewölbte abgeflachte und dann auf den Schmalseiten bis zur Mitte senkrecht weiter verlaufende Fläche für die Etiketten, im Wesentlichen ident sind. Die vom Beklagten aufgezählten Unterschiede – die leichte Andeutung des mittleren vorderen Eies und die etwas weiter nach vorne ausgeführte Rundung für die vier Eier an den Seiten beim Eingriffsgegenstand, die etwas unterschiedliche Ausführungen der Deckelfläche und der Versteifungsrillen und die etwas unterschiedliche Ausführung des (bei beiden Verpackungen wenig charakteristischen) Unterteils - sind unwesentlich, diese Unterschiede bestimmen den Gesamteindruck der beiden Eierverpackungen nicht mit.

Der Berufung des Beklagten ist daher keine Folge zu geben.

II. Zur Berufung der Klägerin:

Die Klägerin meint in ihrer Berufung mit Hinweis auf Art 19 GGVO, dass auch der Besitz der Eingriffsgegenstände zu Zwecken des Anbietens und des Inverkehrbringens untersagt werden könne. Sie will ergänzend festgestellt haben, dass der Beklagte die inkriminierten Verpackungen zu Zwecken des Anbietens und des Inverkehrbringens besessen habe. Der Beklagte habe den Besitz dieser Verpackungen zu den genannten Zwecken nie substantiiert bestritten.

Es kann dahingestellt bleiben, ob sich aus Art 19 GGVO auch ein Unterlassungsanspruch gegen den Besitz der Eingriffsgegenstände zu den in Art 19 Abs 1 GGVO genannten Zwecken (etwa das Anbieten oder das Inverkehrbringen) ableiten lässt, weil die Klägerin auch in ihrem ergänzenden Vorbringen (siehe die Schriftsätze ON 15 und ON 17) nie auch nur behauptet hat, dass der Beklagte Eierverpackungen der Europack a.s. zum Zweck des Anbietens und Inverkehrbringens besitzt. Dies ist tatsächlich auch nicht anzunehmen, ist der Beklagte doch nach dem Vorbringen der Klägerin bloß selbstständiger Handelsvertreter, somit mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Geschäften im Namen und auf Rechnung des Unternehmers (hier der Europack a.s.) ständig betraut (§ 1 Abs 1 HVertrG; Fromherz in Jabornegg, Kommentar zum HGB § 19 MaklerG Rz 32).

Die Klägerin hat bloß ein Anbieten und Inverkehrbringen der Eingriffsgegenstände durch den Beklagten behauptet (S 7 bis 8 der Klage) und auch nachgewiesen (Beilage ./H), nicht aber einen Besitz dieser Gegenstände durch den Beklagten. Fehlt es aber schon an einer Prozessbehauptung der beweispflichtigen Partei, dann kann aus dem Verhalten des Beklagten, der zu diesem Thema auch kein Vorbringen erstattet hat, jedenfalls keine Außerstreitstellung erschlossen werden.

Begründung des OGH:

1. Im Verletzungsstreit betreffend Eingriffe in Gemeinschaftsgeschmacksmuster der Klägerin (Eierverpackungen) ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass sich der Umfang des der Klägerin zustehenden Schutzes aus den Gemeinschaftsgeschmacksmustern gemäß Art 10 Abs 1 GGVO auf jedes Geschmacksmuster erstreckt, das beim informierten Benutzer keinen anderen Gesamteindruck erweckt.

2. Eine verletzungsbegründende Übereinstimmung erblickte das Berufungsgericht darin, dass die wesentlichen und auffälligen Merkmale der geschützten Eierverpackungen der Klägerin, nämlich

a) die deutlich hervorgehobenen Eier auf den Schmalseiten und

b) die oben nach außen gewölbte abgeflachte und dann auf den Schmalseiten bis zur Mitte senkrecht weiter verlaufende Fläche für die Etiketten,

im Wesentlichen ident sind mit den Merkmalen der vom Beklagten als Handelsvertreter vermittelten Eierverpackungen. Die vom Beklagten aufgezählten Unterschiede (die leichte Andeutung des mittleren vorderen Eies und die etwas weiter nach vorne ausgeführte Rundung für die vier Eier an den Seiten beim Eingriffsgegenstand, die etwas unterschiedlichen Ausführungen der Deckelfläche und der Versteifungsrillen und die etwas unterschiedliche Ausführung des bei beiden Verpackungen wenig charakteristischen Unterteils) seien unwesentlich, diese Unterschiede bestimmten den Gesamteindruck der beiden Eierverpackungen nicht mit.

3.1. Die einzige vom Beklagten in der Zulassungsbeschwerde aufgeworfene Frage nach der richtigen Auslegung des Art 8 Abs 1 GGVO berührt keine erhebliche Rechtsfrage, weil von ihr die Entscheidung nicht abhängt.

3.2. Nach der im Rechtsmittel vertretenen Auffassung hätten auch im Verletzungsstreit jene Merkmale des geschützten Geschmacksmuster bei der Prüfung einer Eingriffshandlung außer Betracht zu bleiben, die technisch-funktional bedingt seien, was auf solche Merkmale zutrefte, für deren Gestaltung technische und nicht ästhetische Gesichtspunkte maßgeblich gewesen seien; ob es Designalternativen gäbe, sei hingegen unerheblich. Die beiden vom Berufungsgericht als wesentliche und auffällige Merkmale der geschützten Eierverpackungen der Klägerin beurteilten Merkmale seien ausschließlich durch technische und nicht durch ästhetische Erwägungen motiviert und hätten daher bei der Verletzungsprüfung nicht berücksichtigt werden dürfen.

3.3. Die Richtigkeit der Auslegung des Art 8 Abs 1 GGVO durch den Beklagten unterstellt, lässt sich dennoch für den Standpunkt des Rechtsmittelwerbers für die Verletzungsprüfung nichts gewinnen:

a) Dass Eier platz- und materialsparend sowie möglichst bruchsicher gelagert werden müssen (Vorbringen der Beklagten Schriftsatz 31. 10. 2012 Punkt 2.2., AS 305/Bd I), begründet noch nicht schlüssig, weshalb zur Erreichung dieses Zwecks die Verpackung deutlich hervorgehobene Eier auf den Schmalseiten aufweisen muss. Zusätzlich ist aus Beilage ./W ersichtlich, dass Eierverpackungen auf dem Markt bestehen, denen das genannte Gestaltungselement völlig fehlt.

b) Weshalb die vom Berufungsgericht als für das Geschmacksmuster charakteristisch beurteilte Form der Etikettenfläche (auf der Oberseite an den Rändern nach außen gewölbt, dann auf den Schmalseiten bis zur Mitte senkrecht gerade weiter verlaufend) technisch-funktional bedingt sein soll, hat der Beklagte im Verfahren nicht vorgetragen. Auch in diesem Zusammenhang ist ergänzend auf den Formenreichtum der Etikettenflächen auf dem Markt befindlicher Eierverpackungen zu verweisen (siehe neuerlich Beil ./W).

3.4. Nach der Literaturstimme, auf die sich der Revisionswerber stützt (*Zemann*, „Form Follows Function“ – Technische Bedingtheit im Geschmacksmusterrecht, *ip competence* Heft 7/Juli 2012 5, 15) sei darauf abzustellen, ob durch ein Merkmal überhaupt eine für den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Erzeugnisses erforderliche technische Funktion verwirklicht wird; könne man sich das Merkmal nicht wegdenken, ohne dass damit der bestimmungsgemäße Gebrauch des Erzeugnisses beeinträchtigt werde, sei das Merkmal ausschließlich durch die technische Funktion des Erzeugnisses bedingt.

Da Eierverpackungen auch ohne deutlich hervorgehobene Eier auf den Schmalseiten und mit Etikettenflächen, die anders ausgeformt sind als beim Klagemuster, bestimmungsgemäß

gebraucht werden können, sind beide Elemente - folgt man dieser Auffassung - nicht technisch-funktional bedingt.

Das Berufungsgericht ist daher nicht schon deshalb zu einem unrichtigen Ergebnis gelangt, weil es beide genannten Merkmale in die Prüfung des Gesamteindrucks des Klagemusters einbezogen hat.

4.1. Die Beurteilung des Berufungsgerichts im Einzelfall, das angegriffene Muster erwecke beim informierten Benutzer keinen anderen Gesamteindruck als das Klagemuster und falle daher in dessen Schutzbereich, ist aus rechtlichen Gründen nicht zu beanstanden.

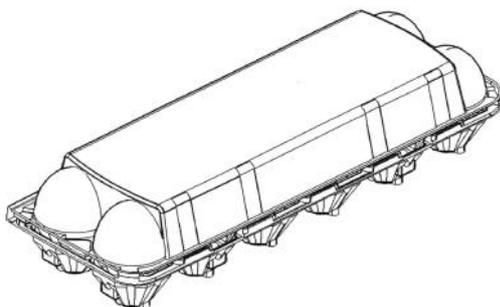
4.2. Die Feststellung des übereinstimmenden Gesamteindrucks der sich gegenüberstehenden Muster liegt im Übrigen im Wesentlichen auf tatrichterlichem Gebiet. In der Revisionsinstanz ist nur zu prüfen, ob der Tatrichter einen zutreffenden Rechtsbegriff zugrunde gelegt, nicht gegen Erfahrungssätze oder Denkgesetze verstoßen und keine wesentlichen Umstände unberücksichtigt gelassen hat.

4.3. Einen gravierenden Fehler bei der Würdigung und Gewichtung einzelner Merkmale des Klagemusters und der angegriffenen Verpackung zeigt das Rechtsmittel nicht auf.

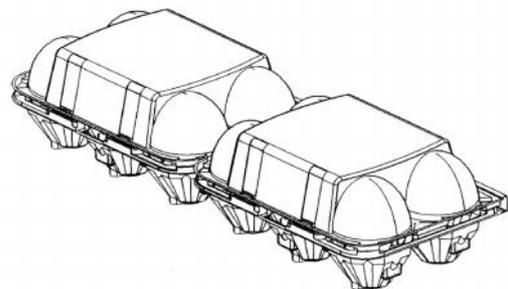
Anmerkung*

I. Das Problem

Die spätere Klägerin entwickelte, produzierte und vertrieb durchsichtige Eiverpackungen, die durch folgende Gemeinschaftsgeschmacksmuster (GGM) geschützt waren:

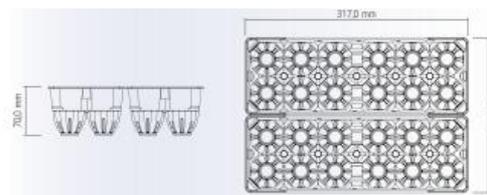


CD Nr. 001131767-0004



CD Nr. 001131767-0005

Der spätere Beklagte war Handelsvertreter eines slowakischen Unternehmens, das u.a. die durchsichtige Eiverpackungen „EP EVO 1 x 12“ und „EP EVO 2 x 6“ in Österreich vertrieb:



* RA Hon.-Prof. Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; Gerichtlich beideter Sachverständiger für Urheberfragen aller Art, insbesondere Neue Medien und Webdesign; Näheres unter <http://www.eurolawyer.guru>.

Gestützt auf ihre eingetragenen EU-Designs (GGMs) forderte die Klägerin gemäß Art 89 Abs 1 lit a GGVO iVm § 1 Abs 5 und § 34 MuSchG Unterlassen des Anbietens bzw. auch des Besitzes von gegen Gemeinschaftsgeschmacksmusterrechte verstoßenden Erzeugnissen durch den Beklagten, der als sog. Area Manager von Europack a.s. unmittelbar am Vertrieb der Erzeugnisse beteiligt wäre.

Der Beklagte bestritt das Begehren und wendete ein, ihre Gemeinschaftsgeschmacksmuster wären nichtig, da sie bei der Anmeldung weder Neuheit noch Eigenart vorgelegen hätte. Neuheitsschädlich wäre bereits das durch eine Patentschrift aus dem Jahr 2008 offenbarte "Huhtamaki-Design" einer holländischen Firma. Im Übrigen würden allfällig übereinstimmende Merkmale zwischen den Gemeinschaftsgeschmacksmustern der Klägerin und dem Produkt der Beklagten rein technisch bedingt.

Das Erstgericht gab dem auf ein Verbreitungsverbot gerichteten Unterlassungsanspruch statt, wies aber das Besitzverbot ab. Das Berufungsgericht bestätigte das Ersturteil voll inhaltlich. Zwischen den klägerischen Mustern und dem Eingriffsgegenstand der Europack a.s. ergäbe sich insgesamt der Eindruck einer Übereinstimmung, da die wesentlichen und auffälligen Merkmale der Eierverpackungen, nämlich die deutlich hervorgehobenen Eier auf den Schmalseiten und die oben nach außen gewölbte abgeflachte und dann auf den Schmalseiten bis zur Mitte senkrecht weiter verlaufende Fläche für die Etiketten, im Wesentlichen ident wären. Die vom Beklagten aufgezählten Unterschiede – die leichte Andeutung des mittleren vorderen Eies und die etwas weiter nach vorne ausgeführte Rundung für die vier Eier an den Seiten beim Eingriffsgegenstand, die etwas unterschiedliche Ausführungen der Deckelfläche und der Versteifungsrillen und die etwas unterschiedliche Ausführung des (bei beiden Verpackungen wenig charakteristischen) Unterteils – wären hingegen unwesentlich. Diese Unterschiede bestimmten den Gesamteindruck der beiden Eierverpackungen nicht mit. Ob sich aus Art 19 GGVO auch ein Unterlassungsanspruch gegen den Besitz der Eingriffsgegenstände zu den in Art 19 Abs 1 GGVO genannten Zwecken (etwa das Anbieten oder das Inverkehrbringen) ableiten ließe, konnte offen bleiben, da Feststellungen dazu fehlten, dass der Beklagte tatsächlich musterschutzverletzende Erzeugnisse "auf Lager genommen" hatte; es vielmehr nahe lag, dass er als Handelsvertreter über keine eigenen Vorräte verfügte.

Der OGH hatte sich letztlich mit dem Schutzzumfang der klägerischen Geschmacksmuster ebenso auseinanderzusetzen wie mit der Schutzeinschränkung durch Erscheinungsmerkmale des Erzeugnisses, die ausschließlich durch dessen technische Funktion bedingt sind.

II. Die Entscheidung des Gerichts

Der 4. Senat wies das außerordentliche Rechtsmittel des Beklagten zurück und bestätigte die Urteile der Vorinstanzen. Die verletzungsbegründende Übereinstimmung wäre gegeben, da die wesentlichen und auffälligen Merkmale der geschützten Eierverpackungen der Klägerin, nämlich

- ✓ die deutlich hervorgehobenen Eier auf den Schmalseiten und
- ✓ die oben nach außen gewölbte, abgeflachte und dann auf den Schmalseiten bis zur Mitte senkrecht weiter verlaufende Fläche für die Etiketten,

im Wesentlichen mit den Merkmalen der vom Beklagten als Handelsvertreter vermittelten Eierverpackungen ident waren.

Eine Beurteilung nach Art 8 Abs 1 GGv wäre entbehrlich, würde aber dem Beklagten ohnehin nicht zum Erfolg verhelfen, weil nach dem Formenreichtum der Etikettenflächen auf dem Markt befindlicher Eierverpackungen jedenfalls keine Ausschließlichkeit iS der genannten Vorschrift bestünde. Die von der Klägerin gewählte Designalternative war insoweit neu und eigenartig.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Das vorliegende Verfahren gestattet eine Analyse der in Designverletzungsprozessen typischerweise zu klärenden Tat- und Rechtsfragen sowie praktisch häufig vorkommenden Einreden.

Wie die Leitsätze 2 und 3 verdeutlichen bildet Dreh- und Angelpunkt eines Musterschutzverletzungsverfahrens die **Schutzumfangsprüfung** nach Art 10 GGV (entspricht Art 9 Muster-RL und § 4 MuSchG). Sie ist ein (wesentlicher) Teil der Verletzungsprüfung.

Um eine korrekte rechtliche Beurteilung der Verletzungsfrage vornehmen zu können, bedarf es daher einer Reihe von **Tatsachenfeststellungen**:

- (1) **Schutz- und Eingriffsgegenstand**: Das Gericht hat sich im Fall eines registrierten Designs auf die Beschreibung und Darstellung in den jeweiligen Anmeldungen zur Eintragung zu stützen.² Nach österr. Rsp³ sei bei der Beurteilung des Eingriffs in das Klagsmuster *ausschließlich*⁴ dieses Muster, nicht aber das von der Klägerin tatsächlich vertriebene Produkt mit dem Eingriffsgegenstand zu vergleichen. Demgegenüber lässt die Rsp der Unionsgerichte⁵ es zu, bei der Beurteilung des Gesamteindrucks, den das fragliche Geschmacksmuster hervorruft, die tatsächlich vertriebenen Erzeugnisse, die diesen Geschmacksmustern entsprechen, heranzuziehen. Dies mit der mE zutreffenden Begründung, dass die Person, die den Vergleich vornimmt, der informierte Benutzer ist, der sich vom einfachen Durchschnittsverbraucher unterscheidet. Für die Praxis genügt eine (bildliche) Feststellung des Registerstandes einerseits und eine (bildliche) Darstellung des/der Eingriffsgegenstände des Beklagten.
- (2) **Informierter Benutzer**: Zur Bestimmung dieser Maßstabsfigur können die Erfahrungen des täglichen Lebens ebenso ausreichen wie das Fachwissen des zuständigen Richters. Beim informierten Benutzer muss es sich aber nicht notwendigerweise um einen Endverbraucher handeln, es kann sich dabei auch um Hersteller, Fachhändler oder Handwerker handeln.⁶ Je nach den konkreten Umständen kommen dafür sogar zB. zur Beurteilung sog. „Rapper-Rohlinge“ sowohl etwa 5 bis 10jährige Kinder, als auch Marketingleiter von diese Werbeträger (Rapper) einsetzenden Unternehmen in Betracht.⁷
- (3) **Vorbekannter Formenschatz**: Die Beurteilung des Schutzzumfangs ist eine Rechtsfrage; sie setzt aber eine Klärung der ebenfalls reversibel zu beurteilenden "Eigenart" des Designs voraus. Diese wiederum ist unter Berücksichtigung älterer Geschmacksmuster zu bestimmen. Dabei kommt es nicht auf die Offenbarung einzelner Designelemente an, sondern auf veröffentlichte Muster in ihrer Gesamtheit.⁸ Die Ermittlung der Eigenart ist eine Rechtsfrage; eines Sachverständigenbeweises bedarf es im Prozess insoweit nicht. Lediglich ausnahmsweise kommt – wie in Urheberrechtsprozessen⁹ auch – eine über den bloßen Augenscheinsbeweis hinausgehende – Beweisaufnahme durch einen Sachverständigen über die Originalität

² EuGH 20.10.2011, C-281/10 P (Tazos) Rz 74 = ecolex 2012/33, 69 (Zemann).

³ OGH 18.6.2013, 4 Ob 76/13z (Grablicht) = ÖBI-LS 2013/72 = ÖBI 2013/66, 277 (Donath) = MR 2013, 233.

⁴ Hervorhebung vom Verfasser.

⁵ EuGH 20.10.2011, C-281/10 P (Tazos) Rz 73 = ecolex 2012/33, 69 (Zemann), in Bestätigung der Vorinstanz EuG 18.3.2010, T-7/09.

⁶ OGH 22.5.2007, 4 Ob 43/07p (Febreze) = ecolex 2007/301, 698 (Schumacher) = wbl 2007/227, 499 = ÖBI-LS 2007/138, 146/147/148/149/150 = MR 2007, 259 (Walter) = RZ 2007/EÜ 399/400, 256 = ÖBI 2007/63, 282 (Gamerith) = SZ 2007/77 = HS 38.492 = HS 38.513.

⁷ Vgl. EuGH 20.10.2011, C-281/10 P (Tazos) = ecolex 2012/33, 69 (Zemann).

⁸ EuGH 19.6.2014, C-345/13 (Karen Millen Fashions) = ecolex 2014/336, 801 (Zemann) = RdW 2014/517, 466.

⁹ Vgl. OGH 13.1.1970, 4 Ob 364/69, ÖBI 1970, 98.

eines Erzeugnisses bzw. den maßgeblichen Stand der Designs zum Kollisionszeitpunkt in Betracht.¹⁰ Denn sind die Abweichungen des Klagsmusters gegenüber einem (vor-)bekanntem Design nicht für die Bejahung der erforderlichen Eigenart ausreichend, so ist der Eingriff mangels dieser Schutzvoraussetzung jedenfalls zu verneinen.¹¹

Die anschließende **rechtliche Beurteilung** eines **Schutzumfangs des Designs** erfolgt dabei nicht abstrakt, sondern ganz konkret anhand der jeweils im Prozess vorgebrachten Verletzungsformen bzw. Eingriffsgegenstände. Im Kern läuft die Beurteilung des Schutzumfangs auf die Beantwortung der Frage hinaus, ob der Eingriffsgegenstand¹² "beim informierten Benutzer keinen anderen Gesamteindruck hervorruft" als das Klagsmuster. "*Kein anderer Gesamteindruck*" ist in unionsrechtlicher geprägter Auslegung¹³ zu ermitteln und unterscheidet sich als eigenständiger Rechtsbegriff zB von der Verwechslungsgefahr des Markenschutzrechts¹⁴ mitunter deutlich. Er beruht nämlich auf der Eigenart iS des Art 6 GGV (entspricht Art 5 Muster-RL und § 2 Abs 2 MuSchG). Es kommt nicht auf einen mosaikartig aufgespaltenen Vergleich von Einzelheiten an.¹⁵ Maßgeblich ist vielmehr die Würdigung des Gesamteindrucks unter dem Blickwinkel, ob sich bei einer Gegenüberstellung zweier Formgebungen insgesamt der Eindruck einer Übereinstimmung ergibt;¹⁶ ist das der Fall, fällt der Eingriffsgegenstand unter den Schutzumfang des Designs.

Die Definition des Schutzumfangs in Art 10 Abs 1 GGV folgt im Wortlaut spiegelbildlich der Definition der Eigenart in Art 6 Abs 1 GGV.¹⁷ Daraus folgt:

- Ein hohes Maß an Eigenart gibt daher Raum für einen großen Schutzumfang, umgekehrt führt geringe Eigenart auch nur zu einem geringen Schutzumfang.¹⁸
- 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.¹⁹

Auf die Unterscheidungskraft oder Verwechslungsgefahr im markenrechtlichen Sinn kommt es nicht an: Das Gemeinschaftsgeschmacksmusterrecht schützt die in der Gestaltung zum Ausdruck kommende Innovation; nicht aber vor Verwechslungen der Herkunft von

¹⁰ OGH 22.05.2007, 4 Ob 75/07v (Kinderstiefel) = ecolex 2007/265, 619 (*Grötschl*) = ÖBl-LS 2007/151 = MR 2007, 258.

¹¹ Vgl. OGH 17.12.2013, 4 Ob 83/13d (Blume des Lebens) = ecolex 2014/217, 546 (*Kucsko*) = RdW 2014/375, 339.

¹² Auch potenzieller Verletzungsgegenstand, das Eingriffs- oder Kollisionserzeugnis genannt.

¹³ Vgl. den sog. "Design Approach", der u.a. in ErwGr 4 der Muster-RL und ErwGr 5 GVV zum Ausdruck kommt: Das Gemeinschaftsgeschmacksmusterrecht wurde konzipiert, um unabhängig von anderen Immaterialgüterrechten, insbesondere dem Urheber- und Patentrecht, ein den besonderen Bedürfnissen der Designer und der designorientierten Unternehmen gerecht werdendes europaweit einheitliches Schutzrecht zu schaffen.

¹⁴ Unklar insoweit *Appl*, Musterschutzrecht in Wiebe (Hg), Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2010), 71; deutlich bereits 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; Schmid, Entscheidungsanmerkung, ÖBl 2007, 141

¹⁵ Vgl. EuGH 18.10.2012, C-101/11 P (Sitzende Figur) = MR-Int 2013, 36 (*Thiele*).

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ OGH 22.5.2007, 4 Ob 43/07p (Febreze) = ecolex 2007/301, 698 (*Schumacher*) = wbl 2007/227, 499 = ÖBl-LS 2007/138, 146/147/148/149/150 = MR 2007, 259 (*Walter*) = RZ 2007/EÜ 399/400, 256 = ÖBl 2007/63, 282 (*Gamerith*) = SZ 2007/77 = HS 38.492 = HS 38.513.

¹⁹ OGH 16.12.2009, 17 Ob 32/09v (Mikro-Kabelschutzrohre) = ÖBl-LS 2010/116 mwN.

Produkten. Daher sind Unterlassungsbegehren, die - wie das ursprünglich im Anlassfall - auf Eingriffsgegenstände gerichtet sind, "die den klägerischen Gemeinschaftsgeschmacksmustern *verwechslungsfähig ähnlich* sind", von Amts wegen - allenfalls im Wege des Verbesserungsvorhalts - auf solche Eingriffsgegenstände zu korrigieren, "die *keinen anderen Gesamteindruck* als die klägerischen Gemeinschaftsgeschmacksmuster *erwecken*".²⁰

Die europäische Rsp²¹ definiert den Begriff des „*informierten Benutzers*“ im Gemeinschaftsgeschmacksmusterrecht als „Bezeichnung eines Benutzers, dem zwar eine durchschnittliche Aufmerksamkeit, aber eine besondere Wachsamkeit eigen ist, sei es wegen seiner persönlichen Erfahrung oder seiner umfangreichen Kenntnisse in dem betreffenden Bereich“. Die Bezeichnung „*informiert*“ setzt dabei voraus, dass der Benutzer, ohne dass er ein Entwerfer oder technischer Sachverständiger wäre, verschiedene Geschmacksmuster kennt, die es in dem betroffenen Wirtschaftsbereich gibt, dass er gewisse Kenntnisse in Bezug auf die Elemente besitzt, die diese Geschmacksmuster für gewöhnlich aufweisen, und dass er diese Produkte aufgrund seines Interesses an ihnen mit vergleichsweise großer Aufmerksamkeit benutzt. Die Herangehensweise bei Durchführung des Vergleiches beschreibt der EuGH folgendermaßen: Der informierte Benutzer nimmt, soweit möglich, einen direkten Vergleich der fraglichen Geschmacksmuster vor. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass ein solcher Vergleich im betreffenden Bereich undurchführbar oder ungewöhnlich ist, insbesondere wegen spezieller Umstände oder der Merkmale der Gegenstände, welche die Designs darstellen.²²

Noch im Berufungsverfahren hat der Beklagte - den im Revisionsverfahren in dieser Form nicht mehr aufrecht erhaltene - **Einwand** des Fehlens der Schutzausschlussgründe der Art 8 und 9 GGVO ebenso wie die **Rechtungültigkeit der eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmuster** (mangels Neuheit und Eigenart der Gemeinschaftsgeschmacksmuster der Klägerin) erhoben. Das OLG Wien hat dazu unter Berufung auf einen Teil der Lehre²³ festgehalten, dass diese im Verletzungsstreit nicht geprüft werden, haben doch die Gemeinschaftsgeschmacksmustergerichte gemäß Art 85 Abs 1 erster Satz GGV im Verfahren betreffend eine Verletzungsklage von der Rechtsgültigkeit des Gemeinschaftsgeschmacksmusters auszugehen.²⁴ Demgegenüber hält Art 90 Abs 2 GGV ausdrücklich die Schutzvoraussetzung der Eigenart bereits im Sicherungsverfahren für überprüfbar. Der erhobene Einwand der Nichtigkeit eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters ist im Sicherungsverfahren zulässig;²⁵ im Hauptverfahren hingegen auf eine zu erhebende Widerklage lediglich oder auf den Einwand eines eigenen nationalen Musters des Beklagten iS des Art 25 lit f GGV beschränkt.

Die vorliegende Entscheidung befasst sich auch mit der Thematik der sog. "**technischen Bedingtheit**" im Musterschutzrecht. Dabei handelt es sich dogmatisch betrachtet um ein negatives Tatbestandsmerkmal, d.h. bei dessen Vorliegen entfällt das Schutzrecht. Es liegt eine **erzeugnisbezogene Schutz Ausnahme** vor, die bereits die Schutzentstehung verhindert bzw den Schutzzumfang beschränkt aus Gründen, die sich primär aus dem Erzeugnis ergeben, für das der Designschutz beansprucht wird.²⁶ Gemäß Art 8 Abs 1 GGV (entspricht Art 7 Abs 1 Muster-RL und § 2b Abs 1 MuSchG) kann nämlich Musterschutz nicht an

²⁰ Vgl. auch OGH 31.8.2010, 17 Ob 4/10b (Doppelwandgläser) = ecolex 2011/26, 59 (Horak) = ÖBl-LS 2011/16/17/18/19 = ÖBl 2011/18, 72 = MR 2012, 33 (Walter).

²¹ EuGH 20.10.2011, C-281/10 P (Tazos) = ecolex 2012/33, 69 (Zemann).

²² Vgl. EuGH 20.10.2011, C-281/10 P (Tazos) = ecolex 2012/33, 69 (Zemann).

²³ Ruhl, Gemeinschaftsgeschmacksmuster² (2010) Art 85 Rz 2.

²⁴ Stützt sich der Kläger hingegen auf ein nicht enigetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster iS von Art 11 GGV, so lässt Art 85 Abs 2 GGV den Rechtungültigkeitseinwand auch im Verletzungsprozess zu; so zutreffend Zemann, Entscheidungsanmerkung, ecolex 2014, 802.

²⁵ OGH 14.10.2008, 17 Ob 16/08i (Crocks ./ Clogs) = EvBl 2009/60 = ÖBl 2009/20, 106 (Grötschl) = RZ 2009/EÜ 180, 91 = SZ 2008/153.

²⁶ Vgl. bereits Thiele, Bildzitat und Musterschutz. Grenzen der Rechte aus einem Design, ÖBl 2011, 300, 302.

Erscheinungsmerkmalen eines Erzeugnisses beansprucht werden, die "ausschließlich durch dessen technische Funktion bedingt" sind. Der definitionsgemäße Schutzausschlussgrund ist nach einem Teil der Lehre²⁷ restriktiv auszulegen. Zwar dürfen nach ErwGr 10 Satz 1 der GVV technologische Innovationen nicht dadurch behindert werden, dass ausschließlich technisch bedingten Merkmalen Geschmacksmusterschutz gewährt wird. Andererseits beinhalten Art 8 Abs 2 und 3 GVV zT weitreichende Gegenausnahmen vom Schutzausschluss für:

- ✓ Abs 2: Must-Fit-Teile: kein Recht an Erscheinungsmerkmalen, soweit zwangsläufiges Design, damit Interoperabilität mit anderen Produkten besteht
 - Abmessungen der Verbindungsmuffen für Auspuffrohr
 - anders: Must-match-Teile (Auto-Seitenspiegel)
- ✓ Abs 3: Schutz, wenn Muster den Zweck hat, den Zusammenbau von austauschbaren Teilen in modularem System zu ermöglichen
 - zB Klemmbausteine: „Lego-Klausel“

Art 8 Abs 1 GGV verlangt die "Ausschließlichkeit" der technischen Bedingtheit. Es reicht also nicht aus, dass die Erscheinungsmerkmale technisch bedingter Art sind, d.h. ursächlich in der technischen Funktion liegen. Sie müssen vielmehr „ausschließlich“ technisch bedingter Art sein. Ob ein Merkmal daher unter den Schutzausschluss fällt, bestimmt sich nach dem **Kriterium der Designalternative**: Ein Merkmal ist dann nicht ausschließlich durch die technische Funktion bestimmt, wenn eine taugliche Designalternative zu ihm existiert, mit der das Erzeugnis seine technische Funktion in zumindest gleicher Weise erfüllt.²⁸ So kann zB für ein Hörgerät in Brillengestellform, für das grundsätzlich Patentschutz besteht, hinsichtlich der unterschiedlichen Ausführungsformen Musterschutz in Anspruch genommen werden. Könnte man sich das Merkmal nicht wegdenken, ohne dass damit der bestimmungsgemäße Gebrauch des Erzeugnisses beeinträchtigt werde, sei das Merkmal ausschließlich durch die technische Funktion des Erzeugnisses bedingt.²⁹ Rechtsfolge eines ausschließlich durch die Technik bedingten Merkmals bildet aber nicht die Schutzuntauglichkeit des gesamten Musters, sondern bloß die (gedankliche) Herausnahme dieses Erscheinungsmerkmals aus dem Musterschutz und Vergleich der verbleibenden Merkmale mit dem Eingriffsgegenstand iS der Feststellung eines allenfalls anderen Gesamteindrucks.³⁰

Da die gegenständlichen Eierverpackungen im Anlassfall auch ohne deutlich hervorgehobene Eier(schalenformen) auf den Schmalseiten und mit Etikettenflächen, die anders ausgeformt sind als beim Klagemuster, bestimmungsgemäß gebraucht werden können, sind beide Elemente nicht technisch-funktional bedingt.

Ausblick: Abschließend bleibt das **Besitzverbot nach Art 19 Abs 1 Satz letzte Alternative GGV** zu erörtern. Nach der Rsp³¹ kann das in Art 19 Abs 1 GGV vorgesehene Recht, einem Dritten die Benutzung eines eingetragenen Geschmacksmusters zu verbieten, auch gegenüber einem Dritten ausgeübt werden, der ein eigenes später eingetragenes Geschmacksmuster benutzt. Dafür ist es nicht erforderlich, die vorherige Nichtigerklärung des letztgenannten Geschmacksmusters zu erwirken. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass sowohl der Beklagte³² als auch die Europack a.s. beim HABM jeweils auf den Grund fehlender Schutzvoraussetzungen oder Vorliegen von Schutzhindernissen nach Art 25 Abs 1 it b GGV

²⁷ Ruhl, Gemeinschaftsgeschmacksmuster² Art 8 Rz 17.

²⁸ Ruhl, Gemeinschaftsgeschmacksmuster² Art 8 Rz 18 ff; unklar im Ergebnis Zemann, „Form Follows Function“ – Technische Bedingtheit im Geschmacksmusterrecht, ip competence Heft 7 (2012) 5, 15.

²⁹ Ähnlich Zemann, „Form Follows Function“ – Technische Bedingtheit im Geschmacksmusterrecht, ip competence Heft 7 (2012) 5, 15, mit aber zT unterschiedlichen Konsequenzen.

³⁰ Vgl. bereits früh in diese Richtung NA 13.8.1992, NMu 1-6/91 (Blutdruck-Messgeräte) = ÖBl 1993, 65 = PBl 1993, 148.

³¹ EuGH 16.2.2012, C-488/10 (Leitpfosten) = wbl 2012/74, 211 = ecolex 2012/254, 625 (Schumacher).

³² HABM 7.12.2012, ICD 8681 und 4.10.2012, ICD 8668, abrufbar über <http://oami.europa.eu> unter Angabe des Aktenzeichens.

Nichtigkeitsanträge gegen die beiden Geschmacksmuster der Klägerin eingebracht hatten. In beiden Fällen wurden die Anträge auf Nichterklärung der Streitmuster abgewiesen. Das Berufungsgericht hat - mangels hinreichendem Vorbringen bzw. Beweisergebnissen - es letztlich offen gelassen, ob sich aus Art 19 GGVO auch ein Unterlassungsanspruch gegen den Besitz der Eingriffsgegenstände zu den in Art 19 Abs 1 leg.cit. genannten Zwecken (etwa das Anbieten oder das Inverkehrbringen) ableiten lässt. Die genannte Bestimmung erweitert wie zuvor Art 12 Muster-RL und § 4 Abs 1 MuSchG - letztlich Art 26 Abs 1 TRIPS-Abk folgend - die Wirkung des Musterschutzes dahingehend, dass auch das Besitzen des Gegenstands eines Designs in das Ausschließungsrecht des Musterinhabers einbezogen werden. Der allgemein im Immaterialgüterrecht geltende Grundsatz der Selbstständigkeit der Benutzungshandlungen wird jedoch durch eine ausdrückliche Zweckbestimmung eingeschränkt. Der Besitz (als eigene Benutzungshandlung) kann nur insoweit untersagt werden, als er "zu den [in Art 19 Abs 1 GGVO] genannten Zwecken" ausgeübt wird. Erfasst ist damit jeder Eingriff in die ausschließliche Benutzungsbefugnis des Musterschutzinhabers, wenn damit eine tatsächliche, d.h. körperliche, Verfügungsgewalt über einen Eingriffsgegenstand verbunden ist. Dieser (zweckgebundene) "Besitz" meint erzeugnisabhängige, faktische Sachherrschaft.³³ Nach der beispielhaften Aufzählung in Art 19 Abs 1 Satz 2 GGVO kommt dafür die Lagerung, Verpackung oder Zur-Schau-Stellung in Betracht, wenn damit eine Herstellen, ein Inverkehrbringen oder ein Anbieten (zB in einem Schaufenster) unmittelbar verbunden ist.³⁴ War der Beklagte bloß selbstständiger Handelsvertreter, d.h. mit der Vermittlung oder dem Abschluss von Geschäften im Namen und auf Rechnung des Unternehmers ständig betraut, sodass er über kein eigenes Warenlager oder eine Versandstelle verfügte, erfolgte die Abweisung dieses Teils des Unterlassungsbegehrens vollkommen zu Recht.

IV. Zusammenfassung

Nach Ansicht der österreichischen Gerichte kann Inhaber eines EU-Designs für Eierverpackungen dem inländischen Handelsvertreter einer slowakischen Erzeugerfirma untersagen (durchsichtige) Eierverpackungen anzubieten und/oder in Verkehr zu bringen, wenn die deutlich hervorgehobenen Eier auf den Schmalseiten und die oben nach außen gewölbte, abgeflachte und dann auf den Schmalseiten bis zur Mitte senkrecht weiter verlaufende Fläche für die Etiketten, im Wesentlichen mit den Merkmalen der vom Beklagten als Handelsvertreter vermittelten Eierverpackungen ident waren. Mangels zweckgebundenen Besitzes ist ein darauf gerichtetes Begehren allerdings abzuweisen.

³³ Die englische Ausgangsfassung der Muster-RL verwendet den Begriff "stocking" iS von Aufbewahrung, Bevorratung oder Lagerung.

³⁴ Vgl. *Ruhl*, Gemeinschaftsgeschmacksmuster² Art 19 Rz 60.