



Fundstellen: BeckRS 2011, 07903 = openJur 2011, 77677

Die Prüfung, ob ein eingetragenes Geschmacksmusters verletzt ist, stellt darauf ab, ob von den wesentlichen und prägenden Gestaltungselementen, die die Eigenart des Geschmacksmusters begründen, vom Eingriffsgegenstand Gebrauch gemacht und dadurch der Gesamteindruck übernommen worden ist. Anders als im Markenrecht ist im Musterschutzrecht dabei den Gemeinsamkeiten nicht aus sich heraus ein größeres Gewicht beizumessen als den Unterschieden.

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

Tenor:

Die Berufung der Antragsteller gegen das am 14. September 2010 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld wird zurückgewiesen. Die Antragsteller tragen die Kosten der Berufung. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

1

G r ü n d e

2 A.

3 Der Antragsteller zu 2) ist gemäß Eintragungsurkunde vom 30.05.2001 (Anl. ASt. 1) Inhaber des Geschmacksmusters mit der Registernummer 40102005 beim E Q- und N, das eine Bärenfigur darstellt und die Bezeichnung “Buddy Bär 2” trägt, wie folgt:



4 Die Antragstellerin zu 1) vertreibt die Figur “Buddy Bär 2” in Größen von 1 m und 2 m, aber auch in Miniaturen des aufrecht stehenden Bären in Größen von 35, 22, 12 und 6 cm. Die L Q1 Porzellanmanufaktur (L) in C2 stellt in erheblichem Umfang Bären in Lizenz her und bietet diese zum Verkauf an.

5 Die Antragsgegnerin bewirbt und vertreibt eine “Teddy” genannte Figur aus Quarz-Polystone, wie folgt:



6 Die Antragsteller erhielten in der dritten Augustwoche Kenntnis von einer Veröffentlichung dieser Figur in der Zeitschrift "E1", Ausgabe 05.08.2010 (Anl. ASt. 6, 7). In der Zeit vom 27. – 31.08.2010 wurde die Figur von der Antragsgegnerin auf der G Messe "U" beworben.

7 Die Antragsteller erhielten Kenntnis von der Existenz der Figur "Teddy" und dem Umstand, dass diese durch die Antragsgegnerin vertrieben und beworben wird, am 24.08.2010. Mit Schreiben vom 26.08.2010 mahnte die Antragstellerin zu 1) die Antragsgegnerin wegen Verletzung ihres Geschmacksmusterrechts erfolglos ab.

8 Die Antragsteller haben behauptet, die Antragstellerin zu 1) nutze das Geschmacksmuster gewerblich aufgrund einer Vereinbarung mit dem Antragsteller zu 2). Sie haben geltend gemacht, es handele sich bei der Skulptur "Teddy" der Antragsgegnerin um ein glattes Plagiat, d.h. um eine Übernahme 1 : 1 der als Geschmacksmuster eingetragenen Figur "Buddy Bär 2". Abweichungen in der Gestaltung seien nicht festzustellen. Selbst wenn die eine oder andere Änderung zu dem Geschmacksmuster vorgenommen worden sei, entspreche der ästhetische Gesamteindruck völlig dem Muster. Das eingetragene Muster sei neu und weise auch die erforderliche Eigenart auf. Ferner stelle ihr künstlerisch gestalteter Bär ein Werk der bildenden, jedenfalls der angewandten Kunst dar.

9 Die Antragsteller haben mit dem vorliegenden Verfügungsantrag Unterlassungsansprüche aus §§ 42 I GeschmMG, 97 I UrhG i. V. m. §§ 2 I Nr. 4, 16, 17, 18 UrhG sowie §§ 8 I, III Nr. 1; 3; 4 Nr. 9 UWG geltend gemacht.

10 Die Antragsteller haben beantragt,

11 im Wege der einstweiligen Verfügung anzuordnen:

12 Der Antragsgegnerin wird es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 250.000, €, ersatzweise Ordnungshaft oder eine Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollziehen an der Geschäftsführung der Antragsgegnerin, untersagt, im geschäftlichen Verkehr eine Skulptur "Teddy" aus Quarz-Polystone, gekennzeichnet durch nachfolgende Darstellung

13 ...



14 auf Messen zu bewerben, gewerblich zu vertreiben und/oder zum Kauf anzubieten.

15 Die Antragsgegnerin hat beantragt,

16 den Verfügungsantrag zurückzuweisen.

17 Nach ihrer Auffassung soll, wie näher ausgeführt wird, bereits kein Verfügungsgrund bestehen. Sie hat mit Nichtwissen bestritten, dass den Antragstellern Rechte an dem Geschmacksmuster zustünden oder diese entsprechend übertragen worden seien. Ein Urheberrecht stehe diesen auf jeden Fall nicht zu. Dem in Anspruch genommenen Muster ermangele es an jeglicher Eigenart. Die Darstellung stehender Bären sei seit Jahrhunderten vorbekannt. Die Figur "Teddy" weise keines der zu berücksichtigenden Merkmale des Musters auf. Diese sei soweit von dem Geschmacksmuster entfernt, dass sie selbst eine Eigenart aufweise, wie sie kein Künstler zuvor geschaffen habe. Dem informierten Betrachter dränge sich geradezu auf, dass ein großer Abstand zur Figur des Geschmacksmusters bestehe.

18 Das Landgericht hat den Verfügungsantrag zurückgewiesen. Es hat dahinstehen lassen, ob ein Verfügungsgrund besteht, und ausgeführt, es fehle jedenfalls an einem Verfügungsanspruch. Ansprüche aus §§ 42 GeschMG, § 97 UrhG und § 8 UWG stünden den Antragstellern, ohne dass zu entscheiden gewesen sei, ob die als Muster eingetragene Figur "Buddy Bär 2" die erforderliche Eigenart aufweise, nicht zu. Die von der Antragsgegnerin beworbene und vertriebene Figur "Teddy" sei in ihrem Gesamteindruck, auf den entscheidend abzustellen sei, soweit von dem geltend gemachten Muster entfernt, dass sie selbst eine Eigenart aufweise. Der von der Figur "Teddy" gewährte Abstand zu der Figur "Buddy Bär 2" sei so groß, dass die Annahme einer verbotenen Nachbildung (Plagiat) ausscheide.

19 Hinsichtlich der weiteren Begründung wird auf die Entscheidungsgründe S. 5 bis 6 des landgerichtlichen Urteils verwiesen.

20 Die Antragsteller greifen das Urteil mit ihrer Berufung an. Sie beanstanden zunächst, dass das Landgericht das Vorliegen eines Verfügungsgrundes dahingestellt sein ließ, und sehen diesen für gegeben.

21 Die Antragsteller meinen, das Landgericht habe in der Sache nicht beachtet, dass für sie in Bezug auf ihre Berechtigung und die Eigenart ihres geschmacksmusterrechtlich geschützten "Buddy Bär 2" die gesetzliche Vermutung des § 39 GeschMG spreche. Sie beanstanden ferner, dass die verschiedenen Unterlassungsansprüche nach Geschmacksmuster-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, weil jeweils unterschiedliche Schutzvoraussetzungen aufgestellt würden, gemeinsam betrachtet werden seien.

22 Sie halten die rechtliche Betrachtung des Landgerichts, dass ein ausreichender Abstand von dem geschützten Geschmacksmuster zur Begründung einer eigenen Eigenart ausreichend sei, für fehlerhaft. Entscheidend sei vielmehr, welche sichtbaren Merkmale, die den Gesamteindruck des geschützten Musters bestimmen, rechtswidrig für das zeitlich spätere Muster / Produkt übernommen worden seien, die sich an und in dem Plagiat / der Nachahmung befänden. Eine relevante Veränderung des ästhetischen Gesamteindrucks durch die Bärenfigur des Gegners, der zu dem Ergebnis führe, dass ein neuer, sich von dem geschützten Muster klar abhebender Gesamteindruck eines eigenständigen Produkts vorliege, sei nicht gegeben. Nicht die Unterschiedlichkeiten seien dabei maßgeblich, sondern der Vergleich des Gesamteindrucks zwischen dem geschützten Muster und dem Gesamteindruck des angegriffenen Erzeugnisses.

23 Die Antragsteller stellen die im Einzelnen visuell wahrnehmbaren Gestaltungsmerkmale ihres Geschmacksmusters dar, wobei insoweit auf die Berufungsbegründung S. 12 f. Bezug genommen wird. Besonders augenfällig seien dabei, so die Antragsteller, die Armhaltung, der ansonsten zur Körperform nicht passende naturalistisch gestaltete Kopf, der korpulente Bauch und die stumpfährlichen Extremitäten, die nicht naturalistisch abstrahiert in einem Spannungsverhältnis zum naturnahen Kopf stünden. Die unnatürliche Körperhaltung mit den nach oben gespreizten Armen gäben mit dem kugeligen Bauch und den unrealistischen Körperextremitäten und der artfremden Körperhaltung zugleich mit der verfremdeten Gestaltung der Körperextremitäten ein eigenartiges Bild ab, das mit dem naturalistischen

Kopf des Bären ein Spannungsfeld bilde. Das Tier werde auf diese Weise verfremdet, mit einer menschlichen Körperhaltung ausgestaltet und zugleich abstrahiert. Hinzu komme die ästhetisch-künstlerische Ausstrahlung des Musters als eines "gutmütigen Raubtiers", mit dem Grundton "lieber Freund Bär". Die Bärenfigur gerate so fast zu einem Teddy, eine Ausstrahlung, die offensichtlich dazu geführt habe, dass die Antragsgegnerin ihre Bärenfigur als "Skulptur Teddy" anpreise. Ein Unterlassungsanspruch sei nach § 42 I GeschmMG zu bejahen.

24 Daneben sei ein Unterlassungsanspruch aus § 97 I UrhG gegeben. An der Werkeigenschaft der Figur des "Buddy Bären 2" könne kein Zweifel bestehen. Hier liege ein glattes Plagiat vor. Mit der Figur des "Teddy" sei eine freie Benutzung nach § 24 UrhG nicht gegeben. Es fehle an jeglichem Verblässen der Wesenszüge des benutzten Werkes "Buddy Bär 2".

25 Auch bestehe ein markenrechtlicher Unterlassungsanspruch nach §§ 14 II Nr. 2, 14 V MarkenG. Durch die Eintragung einer dreidimensionalen Marke habe die Antragstellerin zu 1) (gemäß Eintragungsurkunde vom 06.10.2006; Anl. ASt 17) einen weiteren zusätzlichen Schutz für ihre Bärenfigur erhalten. Die eingetragene Marke sei nicht mehr, wie noch im WZG, ein ausschließlich herkunftshinweisendes, sondern auch ein produktidentifizierendes Unterscheidungszeichen. Eine Verwechslungsgefahr zwischen den Produkten sei zweifelsfrei festzustellen.

26 Die Antragsteller beantragen,

27 unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils im Wege der einstweiligen Verfügung anzuordnen, es der Antragsgegnerin unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu untersagen,

28 im geschäftlichen Verkehr eine Skulptur "Teddy" aus Quarz-Polystone, gekennzeichnet durch folgende Darstellung

29



30 auf Messen auszustellen, in Zeitschriften zu bewerben, gewerblich zu vertreiben und/oder zum Kauf anzubieten.

31 Die Antragsgegnerin beantragt,

32 die Berufung zurückzuweisen.

33 Sie verteidigt das Urteil mit näheren Ausführungen. Sie leitet daraus, dass die Antragsteller gebeten hätten, nicht für den 23. oder 24.09.2010 zu terminieren, ab, dass ein Verfügungsgrund nicht bestehe. Auch sei die Angelegenheit nicht eilbedürftig, weil die Darstellung bereits auf der Messe in G2 hätte verhindert werden können.

34 Sie meint, das Landgericht habe den Einzelmerkmalsvergleich korrekt vorgenommen. Die Tatsache, dass beide Figuren einen stehenden Bären darstellen würden, stelle kein prägendes Merkmal dar. Die Figuren würden sich deutlich unterscheiden. Es bestünde ein anderer künstlerischer Gesamteindruck. Unterlassungsansprüche aus Geschmacksmusterrecht und Urheberrecht würden nicht bestehen. Auch soweit die Antragstellerin zu 1 eine dreidimensionale Marke eingetragen habe, liege eine markenmäßige Nutzung nicht vor. Das

erkennende Gericht sei insoweit auch instanziell nicht zuständig. Ferner müsste insoweit erneut der Verfügungsgrund versagt werden.

35 Der Senat hat das vorgelegte Muster des “Teddy Bär 2 und das Verletzungsobjekt “Teddy” im Senatstermin in Augenschein genommen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

36 B.

37 Die (bezogen auf die erstinstanzlichen Gegenstände) zulässige Berufung der Antragsteller ist unbegründet. Sie können von der Antragsgegnerin nicht im Wege der einstweiligen Verfügung die Unterlassung der Ausstellung der Skulptur “Teddy” auf Messen sowie ihrer Bewerbung und ihres Vertriebs verlangen.

38 I.

39 Soweit die Antragsteller nunmehr mit der Berufung auch einen markenrechtlichen Anspruch geltend gemacht haben, fehlt insoweit bereits die funktionelle Zuständigkeit des Senats, da hierüber zunächst auch das erstinstanzliche Gericht befinden müsste und nicht erst das Berufungsgericht in zweiter Instanz hierüber befinden kann.

40 II.

41 Ebenso fehlt in Bezug auf etwaige markenrechtliche Ansprüche die für den Erlass der Verfügung nötige Dringlichkeit, nachdem Kenntnis vom geltend gemachten Verstoß bereits im August 2010 bestand und dieser Anspruch nunmehr erstmalig mit der Berufungsbegründungsschrift vom 05.11.2010 geltend gemacht worden ist. Es handelt sich insoweit um einen anderen und bisher nicht anhängigen Streitgegenstand, wie sich schon daran zeigt, dass zur Eintragung der Marke, zum markenrechtlichen Schutz etc. ein neuer Sachverhalt vorgetragen und die Eintragungsurkunde vom 06.10.2006 (Anl. ASt 17) vorgelegt werden musste, die für die zuvor erörterten Ansprüche nicht von Belang war.

42 In Bezug auf die Bereiche des Geschmacksmusterrechts und des Urheberrechts wären die Voraussetzungen der §§ 935, 940 ZPO erfüllt. Der Verfügungsgrund ist zu bejahen. Zwar wird die Dringlichkeit nicht analog § 12 II UWG vermutet, sondern muss insoweit nach allgemeinen Grundsätzen dargetan und glaubhaft gemacht werden (st. Rspr. des Senat; zum GeschmMG Eichmann/ von Falckenstein, GeschmMG, 4. Aufl. 2010, 42 Rn. 51). Es ist jedoch anzunehmen, dass die Durchsetzung des angeblichen Hauptanspruchs ohne den Erlass einer einstweiligen Verfügung vereitelt würde. Soweit tatsächlich ein Plagiat vertrieben würde, könnte und würde dieses den Wert des Originals gegebenenfalls nachhaltig schädigen.

43 Soweit auch ein wettbewerblicher Unterlassungsanspruch aus §§ 8 I, III Nr. 1; 3; 4 Nr. 9 UWG in Betracht kommt, wird die Dringlichkeit gemäß § 12 II UWG vermutet. Die vom Senat insoweit geforderte “Monatsfrist” ist eingehalten.

44 Ein zögerliches und dringlichkeitsschädliches Verhalten der Antragsteller bei der Anspruchsverfolgung ist, auch wenn diese bei der angekündigten Messe untätig geblieben sind, insofern nicht festzustellen. Auch die bloße Mitteilung, dass der Prozessbevollmächtigte der Antragsteller an zwei Terminen verhindert war, bedingt keineswegs, dass zu erwarten war, dass eine Terminierung nach hinten hätte erfolgen sollen oder müssen, so dass in dieser Konstellation mit einer Verzögerung nicht ohne weiteres hätte gerechnet werden müssen.

45 III.

46 Es besteht kein Verfügungs- und Unterlassungsanspruch aus § 42 I GeschmMG.

47 1.

48 Zwar dürften die Anspruchsteller insoweit anspruchsberechtigt sein. Auch wenn nur der Antragsteller zu 2) als Inhaber des Geschmacksmusterrechts eingetragen ist, ist gemäß seinen eidesstattlichen Versicherungen vom 26.08.2010 und 28.10.2010 jedenfalls glaubhaft gemacht, dass er die Rechte zur Nutzung des Geschmacksmusters der Antragstellerin zu 1) eingeräumt hat. Danach ist die Antragstellerin zu 1) berechtigt, die gewerbliche Nutzung des Geschmacksmusters vorzunehmen. Insofern stellt sich diese als “sonstige Berechtigte” i.S.v. § 42 I GeschmMG dar. Anspruchsberechtigt sind insofern der Antragsteller zu 2) als

eingetragener Rechteinhaber wie auch die Antragstellerin zu 1) als potentiell Verletzte. Diese hat die gewerbliche Nutzung des Geschmacksmusters inne.

49 2.

50 Auch ist der “Buddy Bär 2” der Antragsteller geschmacksmusterrechtlich geschützt. Nach § 39 GeschmMG wird zu ihren Gunsten vermutet, dass die an die Rechtsgültigkeit eines Geschmacksmusters zu stellenden Anforderungen erfüllt sind. Eine Widerlegung ist insoweit nicht erfolgt. Auch sind die Eigenart und die Neuartigkeit, was im Ergebnis dahinstehen kann, zu bejahen.

51 Nach § 38 I GeschmMG steht dem Rechteinhaber insofern das ausschließliche Recht zu, das Muster zu benutzen und Dritten zu verbieten, es ohne seine Zustimmung zu benutzen.

52 3.

53 Nicht gegeben ist jedoch der für den Unterlassungsanspruch nötige Verletzungstatbestand.

54 a)

55 Maßstab für diese Beurteilung sind nach § 37 I GeschmMG diejenigen Merkmale der Erscheinungsform des Geschmacksmusters, die in der Anmeldung sichtbar wiedergegeben sind. Das bedeutet, dass Erscheinungsmerkmale außer Betracht bleiben müssen, die in der Wiedergabe nicht sichtbar verkörpert sind (Senat, Urt. v. 31.05.2007, Az. 4 U 188/06).

56 Das Muster entspricht – in weiß – der von den Antragstellern vorgelegten Figur “Buddy Bär 2”. Ausgehend davon ist entscheidend, welche sichtbaren Merkmale, die den Gesamteindruck des geschützten Musters bestimmen, vermeintlich dann von der Antragsgegnerin in der Figur “Teddy” übernommen worden sind.

57 Bei der Benutzung des Musters kommt es entscheidend darauf an, ob das Muster beim informierten Benutzer einen anderen Gesamteindruck erweckt oder nicht (§ 38 II GeschmG). Dafür ist erforderlich, den Gesamteindruck des beanstandeten Musters mit dem Gesamteindruck des geschützten Geschmacksmusters zu vergleichen. Es ist darauf abzustellen, ob von den wesentlichen und prägenden Gestaltungselementen, die die Eigenart des Geschmacksmusters begründen, Gebrauch gemacht und dadurch der Gesamteindruck übernommen worden ist. Anders als im Markenrecht ist dabei den Gemeinsamkeiten nicht eo ipso ein größeres Gewicht beizumessen als den Unterschieden. Denn es ist hier nicht von einem unsicheren Erinnerungsbild der Objekte beim Benutzer auszugehen, die nicht nebeneinander betrachtet werden, sondern Geschmacksmuster und abweichendes Erzeugnis sollen von ihm unmittelbar gegenübergestellt und betrachtet werden (Senat a.a.O.). Erforderlich ist eine unmittelbare Gegenüberstellung des Geschmacksmusters mit dem beanstandeten Zeugnis (BGH GRUR 1980, 235 – Play-faily; Eichmann/von Falkenstein, a.a.O. § 38 Rn. 18). Es findet insoweit ein synoptischer Vergleich statt.

58 Vorliegend ist auf dieser Basis bei dem “Teddy” der Antragsgegnerin gegenüber dem “Buddy Bär 2” der Antragsteller ein neuer und anderer, sich von dem geschützten Muster klar abhebender Gesamteindruck eines eigenständigen Produkts gegeben.

59 b)

60 Sichtbare charakteristische Gestaltungsmerkmale des “Buddy Bär 2” sind: ein aufrecht stehender Bär mit (leicht) nach vorn und seitlich nach oben gestreckten Armen (in einer Art Siegerpose), dabei ein Blick gerade nach vorn. Bei Armen und Beinen handelt es sich um im Detail nicht weiter gegliederte, jedoch auch eckig anmutende Stümpfe. Tatzen und Krallen sind im Detail nicht ausgeformt. Sehr charakteristisch sind dabei die nach oben gerichteten Hände oder Tatzen, die nach oben hin flach sind, so dass diese gewissermaßen “tragende Funktion” haben und etwas anderes darauf abgestellt werden könnte. Kopf und Gesicht sind relativ naturalistisch dargestellt. Die Arme setzen schulterlos am Brustkorb neben dem Kopf an. Es gibt eine etwas abgesetzte Brustpartie, der Bauch ist rundlich, dicklich, gleichwohl wirkt der Bär überaus kräftig, auch dadurch, dass an den Armen, den Beinen und auch am Rücken Kanten/Linien vorhanden sind und so vermeintlich auch eine Muskulatur angedeutet ist. Die Beine schließen an die Unterseite des v-förmigen Rumpfes an. Beine und Füße sind

zwar ohne Krallen/Zehen. Durch die dort befindlichen eckigen Strukturen und die spitzen Knie werden diese jedoch teilweise wiederum angedeutet. Der Rücken ist zwar relativ gerade, zeigt aber doch ein leichtes Hohlkreuz. Außerdem gibt es in Form eines kleinen, nach unten zeigenden Dreiecks ein Schwanzrudiment bzw. einen kleinen Steißbeinfortsatz. Die Beine stehen leicht versetzt, das linke Bein geht mehr nach vorn, die Ferse ist angehoben. Die teils abstrahierten Gliedmaßen stehen in einem gewissen Spannungsverhältnis zum naturnahen Kopf. Es zeigt sich ein relativ freundlicher Bär, der aber eine gewisse Ernsthaftigkeit und Strenge, auch durch die kantige Gestaltung beibehält. Anders als die Antragsteller meinen, wirkt diese Figur keineswegs wie eine Art Teddy, zumal das Gesicht eben eher naturalistisch ausgeprägt ist und teilweise kantige Formen vorhanden sind, die ein Teddy (wie man ihn als Plüschtier herkömmlich kennt) so nicht aufweist.

61 c)

62 Ist so der Gesamteindruck des geschützten Geschmacksmusters ermittelt, zeigt sich nach dem Gesamteindruck keine maßgebliche charakteristische Ähnlichkeit der Verletzerfigur. Es trifft keineswegs, wie die Antragsteller meinen, zu, dass es sich um ein Plagiat 1:1 handelt und dass ein überwältigend gleicher ästhetischer Gesamteindruck besteht.

63 Der Bär "Teddy" (ebenfalls in weiß und aus porzellanartigem Material) zeigt wiederum eine aufrechte Haltung mit nach oben gerichteten Armen. Der Gesamteindruck ist gleichwohl erheblich anders. Der Blick geht zwar auch nach vorn, der Kopf neigt sich dabei aber etwas nach hinten, der Blick geht leicht nach oben ebenso wie die Schnauze. Der Blick geht nicht ebenfalls stur geradeaus. Der Kopf weist auffällig große runde Ohren auf. Das Gesicht und die Nase wirken wie auch die Gesamtdarstellung überaus spielzeugsartig, keinesfalls naturalistisch wie beim "Buddy Bär 2". Die Nase ist eher schweinsähnlich. Die Arme und Beine sind wiederum auch wenig bis gar nicht gegliedert, alles ist jedoch eher pummelig und gerundet gestaltet. Die Arme zeigen im Vergleich gestreckter wie ein V nach oben/außen (in einer Linie), sie sind verhältnismäßig deutlich länger. Sehr prägend dabei sind wiederum die Hände, die mit Tatzen aber gar nichts mehr zu tun haben und die gerade offen nach vorn zeigen, leicht geneigt mit der Handfläche nach unten. Sie sind dabei auffallend groß. Auch Achselhöhlen sind angedeutet. Durch den leicht nach hinten geneigten Kopf zeigt sich ein Doppelkinn, erst darunter der Brustbereich. Eine Brust mit Zwerchfell (ähnlich wie beim Buddy Bären) findet sich nicht. Der Bauch ist wiederum nach vorn gewölbt, aber deutlich unstrukturierter und dicklicher, im Vergleich zum "Buddy Bär 2" erheblich unproportionierter und hängebauchartiger. Ein Hohlkreuz, aber ausgeprägter, findet sich am Rücken. Das Gesäß ist eher menschlich poartig. Die Beine und Füße, die im Wesentlichen parallel stehen, sind sehr einfach nur dick, rund und plump gehalten und in der Fußform eher vermenschlicht. "Tatzen" gibt es nicht. Bärenhaftes zeichnet sich dort überhaupt nicht mehr ab.

64 So ist zwar die Haltung der beiden Figuren von der Idee her ähnlich. Es gibt aber vor allem gerade kein Spannungsverhältnis zwischen realistischer Darstellung und Abstraktion, wie es die Antragsteller in Bezug auf ihren Bären hervorheben. Nichts ist einem echten Bären wirklich ähnlich. Die Figur wirkt insgesamt wie eine banalisierte Comikfigur. Gerade auch die beim "Buddy Bär" besonders auffallende und bärenuntypische Tatzenhaltung nach oben, als ob es sich quasi um eine Ablagefläche handelt, ist bei dem Teddy offenkundig nicht vorhanden. Die Unterschiede sind nicht nur im Detail, sondern gerade auch in der Gesamtbetrachtung insgesamt sehr erheblich, sofort ins Auge springend und verschaffen einen überwiegend anderen Gesamteindruck. Die Wirkung auf den Betrachter ist eine ganz andere. Die Teddyfigur weist dabei auch nicht die Symbolträchtigkeit des Buddy Bären auf, der als solcher (als das Wappentier der Hauptstadt C2) auch in zahlreichen deutschen Botschaften und Generalkonsulaten stehen und als Kunstwerk im Louvre ausgestellt gewesen sein mag. Der ganz andere ästhetische Gesamteindruck ist augenfällig. Die Wesenszüge des Originals sind keineswegs übernommen worden. Das Muster der Antragsteller ist derart eigentümlich, dass das Verletzerobjekt hieran nach dem Gesamteindruck "nicht heranreicht".

65 IV.

66 Ebenso wenig besteht ein Unterlassungsanspruch nach § 97 I UrhG.

67 Es handelt sich um ein geschütztes Werk i.S.v. § 2 I Nr. 4 UrhG. Die Schöpfungshöhe des „Buddy Bären“ ist zu bejahen.

68 Indes liegt, ohne dass die Aktivlegitimation insoweit abschließend beurteilt werden muss, keine Verletzung der Urheberrechte der Antragsteller vor. Es handelt sich bei der Figur „Teddy“ gerade nicht um eine Vervielfältigung des Originals oder um eine geringfügig veränderte Kopie, sondern um eine eigene Schöpfung, jedenfalls um eine freie Bearbeitung, bei der es sich allenfalls um eine Ideenanklang handeln mag, die aber die „tragenden“ Elemente des „Buddy Bären“ (einschließlich der selbst tragenden, nach oben gerichteten Tatzen) und den Gesamteindruck dessen gerade nicht aufgreift. Freie Nutzung setzt voraus, dass das fremde Werk nicht in identischer oder umgestalteter Form übernommen wird, auch nicht als Vorbild oder Werkunterlage, sondern lediglich als Anregung für das eigene Werkschaffen dient. Das ist dann der Fall, wenn die dem geschützten älteren Werk entnommenen individuellen Züge gegenüber der Eigenart des neugeschaffenen Werks verblasen (BGH GRUR 2009, 403 – Metall auf Metall; Schrickler/Loewenheim, UrhG, 4. Aufl. 2010, § 24 Rn. 10 m.w.N.). Das ist hier der Fall. Gerade das hervorgehobene Spannungsverhältnis zwischen naturnahem Kopf und nicht naturalistisch abstrahiertem Körper findet sich nicht. Die maßgeblichen individuellen Wesenszüge des Buddy Bären sind wegen der genannten erheblichen Unterschiede der beiden Figuren „verblasst“. Die angegriffene Figur stellt demgegenüber eine eher verniedlichende, vermenschlichte Teddyfigur dar, wenn auch wiederum mit einer Körperhaltung, bei der die Arme betont nach oben gestreckt sind.

69 V.

70 Überdies ist insoweit auch keine verbotswidrige Nachahmung i.S.v. § 4 Nr. 9 UWG begründet. Eine unmittelbare oder fast identische Leistungsübernahme liegt nicht vor. Aber auch eine maßgebliche nachschaffende Übernahme, die sich an das Originalprodukt annähert, kann nicht angenommen werden, da diese nicht mehr die wiedererkennbaren wesentlichen Merkmale des Originals aufweist, sondern sich deutlich hiervon absetzt.

71 VI.

72 Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 I, 708 Nr. 10 ZPO.

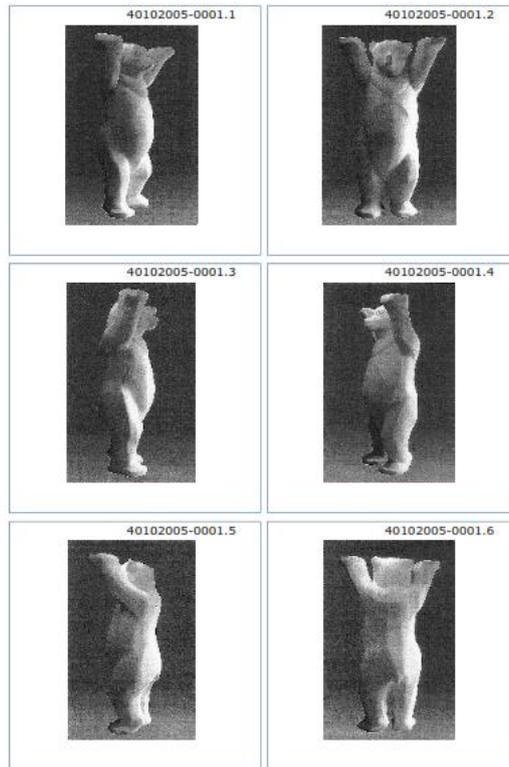
Anmerkung*

I. Das Problem

Im vorliegenden Fall hatten sich deutsche Gerichte mit Unterlassungsansprüchen aus dem zur Nr. 40102005 beim DPMA eingetragenen deutschen Geschmacksmuster der Klägerin namens „Buddy Bär 2“ zu befassen:



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



Der Inhaber der als Geschmacksmuster eingetragenen Figur „Buddy Bär 2“ machte nämlich geltend, dass es sich bei der vom Gegner vertriebenen Skulptur “Teddy” um ein glattes Plagiat, d.h. um eine 1:1-Übernahme handeln würde:



II. Die Entscheidung des Gerichts

Das Berufungsgericht lehnte ebenso wie das LG Bielefeld zuvor eine Musterschutzverletzung ab. Nach dem Gesamteindruck ergäbe keine maßgebliche charakteristische Ähnlichkeit des Geschmacksmusters mit der Eingriffsfigur. Wörtlich führten die Richter aus: „So ist zwar die Haltung der beiden Figuren von der Idee her ähnlich. Es gibt aber vor allem gerade kein Spannungsverhältnis zwischen realistischer Darstellung und Abstraktion, wie es die Antragsteller in Bezug auf ihren Bären hervorheben. Nichts ist einem echten Bären wirklich ähnlich. Die Figur wirkt insgesamt wie eine banalisierte Comicfigur. Gerade auch die beim ‚Buddy Bär‘ besonders auffallende und bärenuntypische Tatzenhaltung nach oben, als ob es sich quasi um eine Ablagefläche handelt, ist bei dem Teddy offenkundig nicht vorhanden. Die

Unterschiede sind nicht nur im Detail, sondern gerade auch in der Gesamtbetrachtung insgesamt sehr erheblich, sofort ins Auge springend und verschaffen einen überwiegend anderen Gesamteindruck.“

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Das vorliegende Urteil bietet Anlass, sich – rechtsvergleichend – mit der **Fassung des Unterlassungsbegehrens in Musterschutzsachen** zu befassen, denen ein eingetragenes Design zugrundeliegt.

Die Antragsformulierung im Geschmacksmusterstreit stellt primär auf die konkrete Verletzungsform ab.¹ Demzufolge ist zu beantragen, dass bestimmte Handlungen in Bezug auf ein nachstehend abgebildetes Erzeugnis – dem Verletzungsmuster² – untersagt werden sollen. Das Verletzungsmuster ist demzufolge bildhaft zum Gegenstand des Antrages zu machen. In der Begründung der Musterschutzverletzung kommt es darauf an, dass bei der Beurteilung des Eingriffs in das registrierte Muster der Klägerin ausschließlich dieser Registerstand, nicht aber ein von der Klägerin allfällig tatsächlich vertriebenes Produkt mit dem Eingriffsgegenstand zu vergleichen ist.

Die (in der Praxis häufige) Zulässigkeit der Bezugnahme auf Anlagen (sog. „Dauerbeilagen“) sollte sich auf die Ausnahmefälle beschränken, in denen es auf nicht abbildbare oder mit Worten beschreibbare Eigenschaften des Gegenstands ankommt.³

In Zeiten der EDV-technischen Einbindung verschiedenster Darstellungen bzw. Fotos in Schriftsätze muss schon iS einer rasch „aus einer Urkunde“ zu bewerkstelligenden Exekutionsführung auf eine bildliche Darstellung im Unterlassungstenor selbst hingewirkt werden. Da es bei Designs v.a. um mit den Augen wahrnehmbare Erzeugnisse geht, sind Abbildungen fast immer zum untrennbaren Gegenstand des Antrages zu machen. Dabei sollten die Abbildungen alle Merkmale klar und deutlich wiedergeben, die den Gesamteindruck des Verletzungsmusters bestimmen; denn mit dem Unterlassungsbegehren bestimmt der Kläger Umfang, Inhalt und Grenzen des uU auch sicherungsweise geltend gemachten Verbots. Auf in den Abbildungen nicht sichtbare Merkmale zB wegen schlechter Qualität der Fotografien oder etwa auf einer nicht dargestellten Rückseite des Verletzungsmusters würde sich ein erlassenes Verbot in der Exekution nämlich nicht erstrecken. Daher sollten qualitativ gute Abbildungen verwendet werden und bei dreidimensionalen Mustern Abbildungen von allen Seiten eingefügt werden.

Zusätzlich sollten bereits mit der Klage und jedenfalls mit dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung die idR DIN A4 großen Fotos/Abbildungen zusätzlich in genügender Anzahl als Beilagen überreicht werden. In der Praxis bewähren sich zunehmend digitale Bilddatenträger mit den Abbildungen zum (selbstständigen) Einkopieren in eine Entscheidung durch das Gericht.

In gar nicht so wenigen Fällen genügt aber die Darstellung des Verletzungsmusters allein dem Rechtsschutzziel des Klägers nicht, da die Gefahr besteht, dass schon kleinere Abweichungen bei der Gestaltung des Verletzungsmusters nicht mehr von dem durch die Abbildungen bestimmten Umfang des Verbots erfasst sind. Da sich die Vermutung der Wiederholungsgefahr nicht nur auf die Wiederholung der konkreten Verletzungshandlung

¹ OGH 31.8.2010, 17 Ob 4/10b (Doppelwandgläser) = eolex 2011/26, 59 (Horak) = ÖBl-LS 2011/16/17/18/19, 16 = ÖBl 2011/18, 72 = MR 2012, 33 (Walter); vgl. auch BGH 13.7.2000, I ZR 219/98 (3-Speichen-Felgenreifen) = GRUR 2000, 1023, 1024; 28.11.1996, I ZR 197/94 (Holzstühle) = GRUR 1997, 767, 768 = WRP 1997, 735; zuvor bereits BGH GRUR 1974, 737, 739 – Stehlampe.

² Es handelt sich zunächst um ein „Eingriffserzeugnis“ oder den „Eingriffsgegenstand“, das/der durch eine dem Musterschutzinhaber vorbehaltene Verwendung erst zum Verletzungsmuster wird.

³ Vgl. OGH 12.11.1979, 4 Ob 387/79 – Jادgurstkonserven, ÖBl 1980, 68 (Schönherr); Bemerkenswert auch der prozessuale Leitsatz der E: „Eine dem Akt angeschlossene volle Konservendose ist zur näheren Bestimmung des Inhaltes des Unterlassungsgebotes auf Dauer – wegen ihres verderblichen Inhaltes – nicht geeignet“.

beschränkt,⁴ sondern auch auf im Kern gleiche oder sonst ähnliche Verhaltensweisen erstreckt,⁵ bietet sich eine Erweiterung des Antrags auf sinngemäß ähnliche (kerngleiche) Verletzungen an.⁶ Dem Begehren muss unter Berücksichtigung des Sprach- und Ortsgebrauchs und nach dem Verständnis der beteiligten Verkehrskreise zu entnehmen sein, was begehrt ist.⁷ Auch die Bestimmtheit von Sachleistungsbegehren ergibt sich aus dem Maßstab des allgemeinen Verkehrs und der ortsspezifischen Sprachregeln, wobei zu berücksichtigen ist, dass ein Klagebegehren in der Regel nur ausreichend bestimmt ist, wenn ein stattgebendes Urteil die Grundlage einer Exekution sein könnte.⁸

Unterlassungsgebote müssen demnach das verbotene Verhalten so deutlich umschreiben, dass sie dem Beklagten als Richtschnur für sein zukünftiges Verhalten dienen können. Diesem Erfordernis genügen nicht näher konkretisierte, allgemeine Begriffe nicht, sondern es muss in einer für das Gericht und die Parteien unverwechselbaren Weise feststehen, was geschuldet wird.⁹

Ein Unterlassungsgebot hat sich in seinem Umfang am konkreten Verstoß zu orientieren.¹⁰ Eine etwas allgemeinere Fassung ist zwar zulässig und erforderlich, um Umgehungen zu verhindern. Die an sich wegen der Gefahr von Umgehungen gerechtfertigte weite Fassung von Unterlassungsgeboten darf nur so weit gehen, als die Befürchtung gerechtfertigt ist, der Beklagte werde auch jene Verletzungshandlungen begehen, die unter das weit gefasste Unterlassungsgebot fallen. Ein seinem Umfang nach berechtigtes Begehren ist aber als Minus im zu weiten Sicherungsantrag enthalten. Ein unberechtigtes Begehren ist abzuweisen.¹¹ Bei der Fassung des Antrags über die konkrete Verletzungshandlung hinaus, muss der Kläger allerdings zum einen dem Bestimmtheitsgebot des § 405 ZPO Rechnung tragen, und zum anderen darauf bedacht sein, dass der Antrag nicht auch Verhaltensweisen erfasst, die nicht rechtswidrig sind bzw. für die keine Begehungsgefahr besteht.¹² Üblicherweise formuliert der Kläger dabei im Antrag zunächst die wesentlichen Gestaltungsmerkmale des Verletzungsmusters und nimmt auf die Abbildung/en nur zur Konkretisierung in der Weise Bezug, dass insbesondere das daraus ersichtliche Erzeugnis nicht genutzt werden soll. Als Beispiel möge daher folgende Formulierung eines Unterlassungsbegehrens¹³ dienen:

„Die beklagte Partei ist schuldig, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, Geschirr und Glaswaren¹⁴, insbesondere doppelwandige Gläser mit folgendem Design, sofern es sich nicht um Erzeugnisse der klagenden Partei handelt,

⁴ OGH 13.7.2010, 17 Ob 1/10m (ARTHROBENE), ECLI:AT:OGH0002:2010:0170OB00001.10M.0713.000; 31.8.2010, 4 Ob 93/10w (Sternzeichen) = wbl 2010/246, 649 = ÖBI-LS 2010/173/174 = RdW 2010/780, 777 = ecolex 2011/12, 39 = ecolex 2011/24, 56 (Tonninger) = ÖBI 2011/52, 221.

⁵ Vgl. BGH 12.7.1990, I ZR 236/88 (Flacon) = GRUR 1991, 138; bereits *Bornkamm* in *Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht*²⁵ (2007), § 8 Rz 1.28.

⁶ Vgl. OGH 11.5.2010, 4 Ob 29/10h (4 Jahre 0 % Zinsen I) = ecolex 2010/366, 975 = ÖBI-LS 2010/134 (*Gamerith*).

⁷ OGH 13.7.2010, 17 Ob 1/10m – *ARTHROBENE*, ECLI:AT:OGH0002:2010:0170OB00001.10M.0713.000.

⁸ OGH 13.7.2010, 17 Ob 1/10m – *ARTHROBENE*, ECLI:AT:OGH0002:2010:0170OB00001.10M.0713.000.

⁹ OGH 31.8.2010, 4 Ob 93/10w (Sternzeichen) = wbl 2010/246, 649 = ÖBI-LS 2010/173/174 = RdW 2010/780, 777 = ecolex 2011/12, 39 = ecolex 2011/24, 56 (Tonninger) = ÖBI 2011/52, 221.

¹⁰ OGH 8.6.2010, 4 Ob 62/10m (Atlasprofilax-Methode) = ECLI:AT:OGH0002:2010:0040OB00062.10M.0608.000 = RdM 2011/117, 145 (*Wallner*).

¹¹ OGH 31.8.2010, 4 Ob 93/10w (Sternzeichen) = wbl 2010/246, 649 = ÖBI-LS 2010/173/174 = RdW 2010/780, 777 = ecolex 2011/12, 39 = ecolex 2011/24, 56 (Tonninger) = ÖBI 2011/52, 221.

¹² Vgl. BGH 28.11.2002, I ZR 168/00 (P-Vermerk) = GRUR 2003, 228: zur Interessenabwägung des schutzwürdigen Interesses des Beklagten an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit für die Entscheidungswirkungen mit dem Interesse des Klägers an einem wirksamen Rechtsschutz. Siehe auch OLG Karlsruhe 10.11.1999, 6 U 220/97 (Happy-Hippo Figuren) = ZUM 2000, 327, 328 f: Unbestimmtheit der Formulierung „*Bearbeitungen und andere Umgestaltungen*“ ohne weitere konkretisierende Zusätze.

¹³ Angelehnt an OGH 31.8.2010, 17 Ob 4/10b (Doppelwandgläser) = ecolex 2011/26, 59 (*Horak*) = ÖBI-LS 2011/16/17/18/19 = ÖBI 2011/18, 72 = MR 2012, 33 (*Walter*).

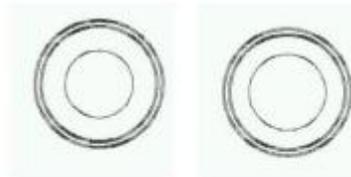
¹⁴ ZB Warenbezeichnung nach der Locarno-Klassifikation des Klagsmusters.



zu benutzen,

*insbesondere anzubieten und/oder in den Verkehr zu bringen, und/oder einzuführen und/oder auszuführen,*¹⁵

die keinen anderen Gesamteindruck als das folgende eingetragene Muster Nr. Nr. 000491303-0003



*erwecken.*¹⁶

IV. Zusammenfassung

Nach Ansicht der deutschen Gerichte ist es für die Verletzung von registrierten Musterschutzrechten erforderlich, dass sichtbare Merkmale, die den Gesamteindruck des geschützten Musters „Buddy Bär 2“ bestimmen, von der Eingriffsfigur „Teddy“ übernommen wurden. Trifft dies in einer Gesamtbeurteilung nicht zu, ist die Geschmacksmusterklage abzuweisen.

¹⁵ Eine generelle Verpflichtung zur Unterlassung bildet keinen ausreichend bestimmten Exekutionstitel. Es muss die Verpflichtung zur Unterlassung bestimmter Handlungen festgelegt sein (st Rsp OGH 9.7.1952, 3 Ob 433/52, EvBl 1952/361).

¹⁶ Eine demonstrative Aufzählung von bestimmten Merkmalen, welche das Klagemuster näher beschreiben („insbesondere wenn die Geschirr- oder Glaswaren folgende Gestaltungselemente aufweisen, ...“), kann im Beispiel entfallen, da das geschützte Erzeugnis von einfacher Struktur ist.