

Annika Dissmann

Der Schutz von Produktgestaltungen im Design-, Urheber-, Lauterkeits- und Markenrecht

Annika Dissmann

**Der Schutz von
Produktgestaltungen
im Design-, Urheber-,
Lauterkeits- und Markenrecht**

Annika Dissmann

Der Schutz von Produktgestaltungen im Design-, Urheber-, Lauterkeits- und Markenrecht

Tectum Verlag

Annika Dissmann

Der Schutz von Produktgestaltungen im Design-, Urheber-, Lauterkeits- und Markenrecht

© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019
Zugl. Diss. Technische Universität Dresden, Juristische Fakultät 2019 E-Book 978-3-8288-7284-4

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN 978-3-8288-4336-3 im Tectum Verlag erschienen.)

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschenationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIII
-----------------------------	------

1. Teil: Einleitung	1
A. Problemstellung	1
B. Zielsetzung	4
C. Ablauf der Arbeit	5

2. Teil: Schutzrechte in Bezug auf Produktgestaltungen	7
A. Schutz von Produktgestaltungen	7
I. Begriff und Funktionen der Produktgestaltung	7
1. Klärung des Begriffs Design	7
2. Funktionen des Designschutzes	9
II. Die vier Säulen des Designschutzes	11
1. Designrecht	11
a) Designgesetz und Geschmacksmuster-Richtlinie	11
b) Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung	14
2. Urheberrecht	16
3. Lauterkeitsrecht	18
4. Markenrecht	21
a) Markengesetz	21
b) Unionsmarkenverordnung	23
c) Markenrechts-Richtlinie	24
III. Schutzzweck der einzelnen Schutzrechte	25
1. Designrecht	26
2. Urheberrecht	27
3. Lauterkeitsrecht	28

4. Markenrecht	29
IV. Zwischenergebnis	30
B. Schutzvoraussetzungen	31
I. Schutzgegenstand der einzelnen Schutzrechte	31
1. Designrecht	32
2. Urheberrecht	33
3. Lauterkeitsrecht	34
4. Markenrecht	35
II. Formelle Schutzvoraussetzungen	36
1. Designrecht	36
2. Urheberrecht	37
3. Lauterkeitsrecht	37
4. Markenrecht	38
a) Eintragung der Marke	38
b) Verkehrsgeltung	39
III. Materielle Schutzvoraussetzungen	41
1. Designrecht	41
a) Neuheit	41
b) Eigenart	41
aa) Begriff der Eigenart	41
bb) Gesamteindruck	43
cc) Einzelvergleich	44
dd) Informierter Benutzer	45
ee) Grad der Eigenart	45
ff) Beurteilungszeitpunkt	46
2. Urheberrecht	48
a) Geistige Schöpfung	48
b) Gestaltungshöhe	49
3. Lauterkeitsrecht	50
a) Eigenart	51
aa) Begriff der Eigenart im Wettbewerbsrecht	51
bb) Bedeutungsinhalt	52
cc) Neuheit und Bekanntheit	54
dd) Beurteilungshorizont	56
ee) Beurteilungszeitpunkt	57
ff) Interessenabwägung im Einzelfall	58
gg) Wettbewerbliche Eigenart einer Produktgestaltung	58

b) Nachahmung und Anbieten	60
c) Besondere, die Unlauterkeit begründende Umstände	61
aa) Vermeidbare Herkunftstäuschung	61
bb) Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung	63
cc) Unredliche Erlangung von Unterlagen und Kenntnissen	65
d) Wechselwirkung zwischen den Tatbestandsvoraussetzungen	65
4. Markenrecht	66
a) Markenfähigkeit	66
aa) Markenformen	66
bb) Abstrakte Unterscheidungskraft	67
cc) Sondervorschrift für Formmarken	67
(1) Art der Ware	68
(2) Technische Wirkung	70
(3) Wesentlicher Wert	71
b) Absolute Schutzhindernisse	72
aa) Grafische Darstellbarkeit	73
bb) Konkrete Unterscheidungskraft	74
cc) Freihaltungsbedürfnis	76
dd) Verkehrsdurchsetzung	78
c) Relative Schutzhindernisse	80
aa) Identitätsschutz	81
bb) Verwehlungschutz	81
cc) Ähnlichkeitsschutz	84
IV. Vergleich der wesentlichen Merkmale	85
1. Designrecht und Urheberrecht	85
2. Designrecht und Lauterkeitsrecht	87
a) Neuheit des Designs	87
b) Eigenart des Designs	87
aa) Funktion	88
bb) Bedeutungsinhalt	89
cc) Beurteilungshorizont	90
dd) Beurteilungszeitpunkt	91
ee) Nationale bzw. gemeinschaftsrechtliche Begrifflichkeit	93

3. Designrecht und Markenrecht	94
4. Markenrecht und Lauterkeitsrecht	96
a) Verkehrsgeltung	96
b) Konkrete Unterscheidungskraft	98
V. Zwischenergebnis	100
C. Schutzfrist	103
I. Designrecht	103
II. Urheberrecht	103
III. Lauterkeitsrecht	104
1. Unmittelbarer Leistungsschutz	105
2. Mittelbarer Leistungsschutz	106
IV. Markenrecht	107
V. Zwischenergebnis	108
D. Verletzungshandlung	110
I. Designrecht	110
1. Verletzungshandlung	110
2. Anspruchsberechtigter und Anspruchsverpflichteter	111
II. Urheberrecht	112
1. Verletzungshandlung	112
2. Anspruchsberechtigter und Anspruchsverpflichteter	113
III. Lauterkeitsrecht	113
1. Verletzungshandlung	113
2. Anspruchsberechtigter und Anspruchsverpflichteter	114
IV. Markenrecht	116
1. Verletzungshandlung	116
2. Anspruchsberechtigter und Anspruchsverpflichteter	117
V. Zwischenergebnis	118

3. Teil: Spannungsverhältnis der Schutzrechte in Bezug auf Produktgestaltungen

121

A. Ausgestaltung des Schutzes	121
I. Rechtsnatur der Schutzausgestaltung	122
1. Schutzrecht	122
2. Leistungsschutz	123

II. Schutzzumfang	124
1. Designrecht	124
a) Entwicklungen vor der Geschmacksmusterrechtsreform 2004.....	125
b) Der Schutzzumfang nach der Gesetzesreform 2004	125
aa) Schutzzumfang und der Grad der Gestaltungsfreiheit....	126
bb) Beurteilung des Grads der Gestaltungsfreiheit	127
(1) Meinungsstand in der Literatur	127
(2) Rechtsprechung der Landes- und Oberlandesgerichte.....	129
(3) BGH-Entscheidung „Untersetzer“	130
(4) Entscheidungen des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt und des Gerichts der Europäischen Union	131
(5) BGH-Entscheidung „Kinderwagen II“	132
(6) Stellungnahme	132
cc) Einfluss der Eigentümlichkeit auf den Schutzzumfang ...	134
dd) Verhältnis zwischen Grad der Eigenart und Schutzzumfang	135
2. Urheberrecht	137
3. Lauterkeitsrecht	138
4. Markenrecht.....	139
a) Verwechslungsgefahr.....	139
b) Beurteilungshorizont und maßgeblicher Zeitpunkt	140
c) Faktoren und Umfang der Beurteilung	140
III. Zwischenergebnis.....	142
B. Spannungsfeld der Schutzrechte	143
I. Stärken und Schwächen der Schutzrechte in Theorie und Praxis	143
II. Postulate im Spannungsfeld	144
1. Unterschiede und Überschneidungen beim Schutzzumfang	145
2. Unterschiede und Überschneidungen bei der sanktionierten Verletzungshandlung	147
3. Resultierende Postulate	150
a) Schutzrichtung	150
b) Wettbewerbsfreiheit	151
aa) Rechtspolitischer Aspekt.....	151
bb) Rechtssystematischer Aspekt	151

4. Die Bedeutung des Schutzzwecks für die Schutzvoraussetzungen	152
III. Verhältnis der Schutzrechte zueinander	153
1. Verhältnis zwischen Immaterialgüterrechten und UWG- Nachahmungsschutz	154
a) Rechtliche Entwicklung	154
b) Unlauterkeitsumstände außerhalb des Immaterialgüterrechts	155
c) Unlauterkeitsumstände innerhalb des Immaterialgüterrechts	157
bb) These vom Nebeneinander der Rechte	163
cc) Eigenständige lauterkeitsrechtliche Lösung	164
2. Verhältnis zwischen Designschutz und Urheberschutz	165
3. Verhältnis zwischen Designschutz und UWG- Nachahmungsschutz	165
4. Verhältnis zwischen Designschutz und Markenschutz	166
5. Verhältnis zwischen UWG-Nachahmungsschutz und Markenschutz	168
IV. Zwischenergebnis	170

4. Teil: Eigener Ansatz zur Auflösung des Spannungsverhältnisses der Schutzrechte in Bezug auf Produktgestaltungen	173
A. Ausgangslage für einen eigenen Lösungsansatz	173
I. Anspruchsmehrheit oder Vorrang der Sonderschutzrechte	174
1. Designschutz und UWG-Nachahmungsschutz	174
a) Die Bedeutung der Tatbestandsseite	175
b) Die Bedeutung der Rechtsfolgende	177
2. Markenschutz und UWG-Nachahmungsschutz	178
a) Die Bedeutung der Tatbestandsseite	178
aa) Wettbewerbliche Eigenart	178
bb) Besondere Unlauterkeitsumstände	180
b) Die Bedeutung der Rechtsfolgende	181
II. Probleme der Vorrangtheorie im Hinblick auf den Schutzzumfang ...	181
1. Auswirkungen der Vorrangtheorie	182
2. Kritische Stellungnahme	182
3. Schlussfolgerung	183

B. Zielrichtung und inhaltliche Ausgestaltung eines eigenen Lösungsansatzes.....	184
I. Notwendigkeit eines eigenständigen Rechtsschutzes für Produktgestaltungen?	184
1. Rechtspolitische und rechtssystematische Aspekte	185
2. Auswirkungen der EU-Harmonisierung	186
3. Gewährung von Investitionsschutz und Wettbewerbsfreiheit	187
II. Lösungsmöglichkeiten für ein Gesamtschutzsystem	188
1. Dualistisches System des geistigen Eigentums	188
2. Einheitliches Gesetzbuch	188
3. Funktionswandel der Schutzrechte	189
4. Allgemeines Immaterialgüterrecht	190
III. Eigener Lösungsansatz	191
1. Diskussion der Lösungsvorschläge	191
2. Gemeinsamer Regelungsgegenstand	193
3. Unterschiedliche Schutzgegenstände	194
4. Schutzzumfang im Gesamtschutzsystem	195
5. Wertungsunabhängige Tatbestandsmerkmale	196
IV. Inhaltliche Ausgestaltung.....	198
1. Gleichlaut der Gesetzgebung	198
2. Gestufte Schutzkonzepte	200
 5. Teil: Zusammenfassung und Fazit	 201
 Literaturverzeichnis	 207

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a. F.	alte Fassung
Anh.	Anhang
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
DesignG	Designgesetz
DPMA	Deutsches Patent- und Markenamt
Einf.	Einführung
EUIPO	Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum
f. / ff.	folgende / fortfolgenden
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GGLR	Gemeinschaftsgeschmacksmuster-Richtlinie
GGV	Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung
GMV	Gemeinschaftsmarkenverordnung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GRUR Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis
	im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report
HABM	Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt
i. V. m.	in Verbindung mit
i. S. d.	im Sinne des/der
LG	Landgericht
MarkenG	Markengesetz
MarkenR	Markenrecht
Mitt.	Mitteilungen der deutschen Patentanwälte
MRRL	Markenrechts-Richtlinie
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
Rspr.	Rechtsprechung

S.	Seite
UMV	Unionsmarkenverordnung
u. a.	unter anderem
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
ZPO	Zivilprozessordnung

1. Teil: Einleitung

A. Problemstellung

Angesichts der weltweiten Vertriebswege von Markenprodukten gewinnt der Designschutz immer mehr an Bedeutung. Durch gutes Design lassen sich Funktionalität und Ästhetik eines Produkts miteinander verbinden.¹ Die Gestaltung von Produkten hat einen hohen wirtschaftlichen Stellenwert, weil sie ein wichtiges Werkzeug darstellt, mit dem sich der Absatz eines Produkts fördern lässt.² Die Entwicklung einer unternehmerisch wünschenswerten Produktgestaltung erfordert Zeit und Kosten. Damit die Investitionen amortisiert werden können, muss die Produktgestaltung desjenigen geschützt werden, der die Investitionen erbracht hat.

Zunehmend werden jedoch illegale Nachahmungen oder Fälschungen auf den Markt gebracht oder Verstöße durch die Verwendung von gefälschten Produkten und von Markenzeichen in Form der Marken- und Produktpiraterie begangen.³ Der Schutz geistigen Eigentums durch den gewerblichen Rechtsschutz aber auch durch das wettbewerbsrechtliche Nachahmungsverbot ist daher von besonderer Bedeutung. Darüber hinaus ist der Kampf der grenzüberschreitend tätigen Unternehmen um die Marktvorherrschaft überaus hart. Dies lässt sich beispielhaft anhand des „Patent- und Gebrauchsmusterkriegs“ verdeutlichen, den die weltweit am Markt führenden Elektronikunternehmen *Apple* und *Samsung* um eine mögliche Verletzung des Patents und des Geschmacksmusters des *Apple iPads* durch das *Samsung Galaxy Tablet* miteinander führen.⁴ Der Konflikt wird über den gewerblichen Rechtsschutz ausgetragen, tatsächlich stehen hier aber rein wirt-

1 Ohly, GRUR 2007, 731, 731.

2 Ohly, GRUR 2007, 731, 731.

3 Levin, GRUR Int 1987, 18, 21.

4 OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2012, 200 – *Galaxy Tab 10.1*; OLG Düsseldorf, I 20 U 126/11 – *Galaxy Tab 8.9*.

schaftliche Interessen im Hinblick auf eine bessere Positionierung am Markt im Vordergrund.

Die Schutzfähigkeit von Produktgestaltungen kann auf vielfältige Weise gegeben sein. Der Schutz kann über das Designrecht, das Urheberrecht, den UWG-Nachahmungsschutz und das Markenrecht erfolgen. Diese Schutzrechte beruhen auf unterschiedlichen Gesetzesgrundlagen und umfassen verschiedene Schutzgegenstände. Trotzdem überschneiden sich die Anwendungsbereiche, sofern es um Artbedingtheit, technische Bedingtheit und ästhetische Bedingtheit eines Kennzeichens geht.⁵ So ist „Produktgestaltung“ ein Sammelbegriff für alle möglichen körperlichen Waren. Gestaltungselemente sind z. B. Form, Farbe, Flächen, Konturen und Materialien. Prominente Beispiele für Produktgestaltungen sind die Coca-Cola-Flasche, der Porsche Boxster, die Pom-Bär-Chips und die Legosteine. Die Gestaltung von Produkten über das für ihren Gebrauchszweck und ihre Funktionalität erforderliche Maß hinaus ist vielfältiger und aufwendiger geworden und erstreckt sich auf zunehmend mehr Produktbereiche, etwa auf Haushaltsgegenstände, technische Produkte, Kleidung oder Lebensmittel.⁶ Dabei spielt das Preissegment keine Rolle: Einfache Gebrauchsgegenstände, Luxusgüter, Einzelstücke und Massenware – alles wird durch Formen, Farben und Materialien gestaltet.

Die Problematik der Überlappung („overlap“) geistiger Eigentumsrechte ist seit Langem bekannt und die Abgrenzung der Markenrechte von den anderen Immaterialgüterrechten (Geschmacksmuster-/Designrecht, Urheberrecht) innerhalb des geistigen Eigentums sowie vom lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz, der dem Wettbewerbsrecht zuzuordnen ist, aber immaterialgüterrechtliche Züge aufweist, ist besonders aktuell.⁷ So wird durch das Designrecht die ästhetische Gestaltung eines Produkts geschützt, die schöpferische Leistung, die sich auf die äußere Form eines Erzeugnisses konzentriert. Urheberrechtlich genießen Produktgestaltungen als Werke der angewandten Kunst Schutz, sofern es sich um Industriedesigns handelt, also um Produkte,

5 Fezer, MarkenG, § 3 Rn. 358.

6 BGH GRUR 2004, 329 – Käse in Blütenform; OLG Köln GRUR-RR 2006, 9 – Wurst in Kleeblattform.

7 Fezer, MarkenG, § 3 Rn. 358; Hasselblatt, GRUR 2013, 1118.

die einen Gebrauchszweck erfüllen.⁸ Über das Wettbewerbsrecht werden Produktgestaltungen vor Nachahmungen geschützt, sofern eine vermeidbare Herkunftstäuschung oder eine Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung des Originalprodukts gegeben ist. Das vorwerfbare Verhalten ist das Anbieten einer Nachahmung. Das Produkt muss geeignet sein, auf seine Herkunft hinzuweisen.⁹ Das Markenrecht schließlich gewährt Schutz für alle Zeichen und ist im Hinblick auf Produktgestaltungen insbesondere für Bildmarken und dreidimensionale Marken von Bedeutung.

Durch die verschiedenen Schutzmöglichkeiten und deren Ineinandergreifen bis hin zur Überlagerung von Immaterialgüterrechten kommt es zu einem Spannungsverhältnis. Designschutz, Urheberrecht, Nachahmungsschutz und Markenschutz sind jeweils unterschiedlich ausgestaltet. Offensichtliche Unterschiede bestehen z. B. bei der Schutzfrist. Sie beträgt im Designrecht 25 Jahre, im Markenrecht ist sie unbegrenzt verlängerbar und der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz normiert gar keine Schutzfrist. Ein weiterer Unterschied besteht in den Sanktionssystemen. Das Design- und das Markenrecht normieren z. B. einen Vernichtungsanspruch bezüglich verletzender Waren, den das Lauterkeitsrecht nicht vorsieht. Außerdem beinhalten Designgesetz und Markengesetz ein Grenzbeschlagnahmeverfahren. Es ist daher äußerst relevant, ob eine Produktgestaltung gleichzeitig Designschutz, Nachahmungsschutz und Markenschutz genießen kann. *Mahr* spricht davon, dass die Rechte miteinander verzahnt sind.¹⁰ Insbesondere die Stellung des Nachahmungsschutzes ist dabei problematisch. Bereits die Bezeichnung als „ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz“ verrät den allgemeinen Vorbehalt: Wenn die Sonderschutzrechte wie Design und Marke Schutz bieten, ist für den Nachahmungsschutz kein Raum. Der Nachahmungsschutz würde sonst die Wertungen der Sonderschutzrechte, die z. B. in der Schutzfrist zum Ausdruck kommen, unterlaufen. Wie ist also damit umzugehen, dass verschiedene Schutzrechte einschlägig sind?

⁸ BGH GRUR 2014, 175 – *Geburtstagszug*; BGH GRUR 2012, 58 Rn. 17 – *Seilzirkus*; BGH GRUR 2011, 803, Rn. 31 – *Lernspiele*.

⁹ BGH GRUR 2013, 951.

¹⁰ *Mahr*, Designschutz, S. 182.

B. Zielsetzung

Obwohl die Problematik des Verhältnisses zwischen Designschutz, anderen geistigen Eigentumsrechten und dem Lauterkeitsrecht zueinander in Bezug auf Produktgestaltungen seit Längerem bekannt ist, hat in der juristischen Lehre bisher keine tief gehende und umfassende Auseinandersetzung mit dieser Materie stattgefunden.¹¹ Es stellt sich daher die Frage nach dem Verhältnis der Immaterialgüterrechte, speziell des Designrechts, zum Schutz des geistigen Eigentum und des unlauteren Wettbewerbs. Im Kern geht es darum, den legitimen Kennzeichenschutz vom geistigen Eigentumsschutz der anderen Immaterialgüterrechte abzugrenzen. Dadurch soll eine kennzeichenrechtliche Monopolisierung gemeinfreier Zeichen verhindert werden.¹²

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem Verhältnis zwischen Designschutz, Urheberrecht, UWG-Nachahmungsschutz und Markenschutz in Bezug auf Produktgestaltungen. Auf dieser Grundlage soll das Spannungsfeld zwischen den einzelnen Schutzrechten herausgearbeitet werden. Berührungs- und Schnittpunkte der Immaterialgüterrechte sollen aufgezeigt und Lösungsansätze zur Auflösung des Spannungsverhältnisses entwickelt werden. Zu untersuchen ist, ob die einzelnen Immaterialgüterrechte und das lauterkeitsrechtliche Nachahmungsverbot in einer Anspruchskonkurrenz zueinander stehen, ob Anspruchsmehrheit oder absolute Sperrwirkung gegeben ist. Dazu sollen anhand von konkreten Beispielen aus der Rechtsprechung Fälle aufgezeigt werden, in denen eine Kollision der verschiedenen Schutzrechte auftritt. Dabei ist insbesondere auf das äußerst problematische Verhältnis zwischen dem zeitlich begrenzten designrechtlichen und dem ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz einzugehen.

Von Bedeutung ist des Weiteren die Frage, ob gemeinsame bzw. übergeordnete Prinzipien der Schutzrechte bestehen oder ob sie im Hinblick auf ihren unterschiedlichen Zweck unabhängig und selbstständig nebeneinander stehen. Es wird der Fragestellung nachgegangen, ob bzw. inwieweit der Designschutz als Vorstufe für einen dauerhaften Markenschutz eingesetzt werden kann und welche Strategien

11 Wilkoff/Bashee, Einl., S. LIXf.; Hasselblatt, GRUR 2013, 1118.

12 Fezer, MarkenG, § 3 Rn. 358.

hierfür in Betracht kommen. In diesem Zusammenhang ist weiter eine Auseinandersetzung mit der Problematik vorzunehmen, welche Widersprüche bei Schutzrechtskollisionen auftreten, insbesondere im Hinblick auf die Schutzdauer, und wie diese zu lösen sind. Dabei wird davon ausgegangen, dass die Lücke, die sich gegebenenfalls durch die Konkurrenz von Designschutz- und Markenschutz sowie Urheberrecht auftut, nicht durch das Unlauterkeitsrecht geschlossen werden sollte, um den Immaterialgüterrechtsschutz nicht zu weit auszudehnen.

C. Ablauf der Arbeit

Auf eine kurze Darstellung des Schutzes von Produktgestaltungen nach dem Designgesetz, dem Urhebergesetz, dem UWG sowie dem Markengesetz folgt ein Vergleich der Schutzrechte im Hinblick auf Produktgestaltungen (2. Teil). Dazu werden die Rechtsgrundlagen der einschlägigen Schutzrechte im Hinblick auf Schutzzweck, Schutzgegenstand, Schutzvoraussetzungen und Schutzzumfang sowie Ausgestaltung des Schutzes dargestellt und im Vergleich gegenübergestellt, sofern diese für eine Kollision der Schutzrechte von Bedeutung sind. Dazu werden Parallelen und Unterschiede beim Tatbestand und auf der Rechtsfolgenseite herausgearbeitet.

Anschließend behandelt die Arbeit das Verhältnis der Rechtsgrundlagen der Schutzrechte zueinander (3. Teil). Dabei wird jeweils nach den einzelnen Verhältnissen der einzelnen Schutzrechte zueinander unterschieden.

Nach der Darstellung des Meinungsbildes in Rechtsprechung und Literatur wird ein eigener Lösungsansatz auf der Grundlage des vorangegangenen detaillierten Vergleichs der Schutzrechte erarbeitet (4. Teil). Dabei wird auf die Anspruchsmehrheit oder absolute Sperrwirkung eingegangen und ein eigener Lösungsansatz für das Verhältnis des Designrechts zum Markenrecht und zum UWG erarbeitet.

Abschließend wird ein Fazit mit den Ergebnissen formuliert.

2. Teil: Schutzrechte in Bezug auf Produktgestaltungen

Im folgenden Teil der vorliegenden Arbeit wird der Designschutz mit dem Urheberrecht, dem Nachahmungsschutz des UWG und dem Markenschutz und in Bezug auf Produktgestaltungen verglichen. Dazu werden die Parallelen und Unterschiede zwischen den Rechten aufgezeigt.

A. Schutz von Produktgestaltungen

Zunächst geht es allgemein um die rechtlichen Grundlagen des Schutzes von Produktgestaltungen. Vorauszuschicken sind die Klärung des Begriffs und die Bestimmung der Funktionen des Designschutzes, bevor die vier Säulen des Designschutzes, die für Produktgestaltungen von Bedeutung sind, im Überblick dargestellt werden, um anschließend vertiefend auf den Schutzgegenstand und die Schutzvoraussetzungen bei Produktgestaltungen eingehen zu können.

I. Begriff und Funktionen der Produktgestaltung

1. Klärung des Begriffs Design

Produktgestaltung betrifft die Form bzw. das äußere Design eines Produkts. Ein Produkt ist alles, was auf Märkten zum Kauf angeboten wird, um Bedürfnisse von Kunden zu befriedigen und zur Nutzengewinnung beizutragen. So zielt der substanzielle Produktbegriff auf die physikalischen, chemischen und technischen Merkmale ab, die den

Grundnutzen darstellen.¹³ Hinzukommen muss nach dem erweiterten Produktbegriff ein Bündel von verschiedene Nutzeigenschaften. Danach besteht ein Produkt aus einem Leistungspaket, das neben den physischen Kernbestandteilen auch weitere materielle und immaterielle Leistungen (Dienstleistungen) enthält, durch die die umfassende Befriedigung funktionaler Kundenbedürfnisse angestrebt wird. Das Kernprodukt wird demnach erweitert um die Dimensionen Verpackung, äußeres Design, Produktfunktionalität und Qualität.¹⁴

Der Begriff Design ist rechtlich nicht eindeutig definiert. Traditionell wird unter Design die ornamentale oder ästhetische Gestaltung, die Formgebung eines nützlichen Produkts verstanden. Abgeleitet wird der Begriff Design von den italienischen „disegno“, was soviel wie Skizze oder Zeichnung bedeutet. Somit kann der Begriff Design im rechtlichen Sinne bestimmt werden als Entwurf für die Gestaltung eines Gegenstandes. Das Design ist damit losgelöst von dem zu gestaltenden Produkt und stellt ein Muster oder Modell, eine abstrakte Idee vom späteren Produkt dar.¹⁵

Das Design ist ein entscheidender Wettbewerbsfaktor, da die ästhetische Qualität der Gestaltung und die kreative Formgebung eines Erzeugnisses oder selbstständige Teile eines Erzeugnisses einen wesentlichen Kaufanreiz bilden. Die allgemeine Wertschätzung für gutes oder interessantes Design steigt täglich. Vor allem dann, wenn auf dem Markt mehrere Produkte vorhanden sind, die die gleiche funktionelle Leistungsfähigkeit bieten, stellt die gelungene Formgestaltung eines Produkts und seines Designs einen wesentlichen Faktor dafür dar, dass die Qualität sichtbar wird. Das originell formgestaltete Produkt hebt sich von anderen Produkten gleicher Art und Funktion ab und wird von potenziellen Abnehmern leichter identifiziert. Zugleich ermöglicht die Steigerung des Kaufanreizes durch das Design eines Produkts, dass neue Märkte erschlossen werden können.¹⁶

Dadurch, dass das Design mit dem Produkt identifiziert oder häufig sogar ein Teil des Produktes selbst wird, transportiert das Design ein bestimmtes Image. Damit wird das Design zu einem wichtigen

13 Homburg/Krohmer, Marketingmanagement, S. 557.

14 Homburg/Krohmer, Marketingmanagement, S. 557.

15 Pfeifer, Urheberrecht für Designer, S. 1.

16 Nirk, Geschmacksmusterrecht, Urheberrecht, Designlaw, S. 104.

Werbeträger für das herstellende Unternehmen. Im Bereich des Marketings verschafft das Design so einen wichtigen Wettbewerbsvorteil.¹⁷

Dabei stellt sich die Frage, was „gutes Design“ auszeichnet. Die Aufgabe der Formgestaltung eines Produkts besteht zunächst darin, die Funktion des Produkts zu erläutern und zu erleichtern (*"form follows function"*).¹⁸ Diese Aufgabe erfüllt ein gutes Design dann, wenn die Funktionalität gewährleistet ist und Missgriffe durch Kommunikation mit dem Benutzer vermieden werden. Demgegenüber handelt es sich um ein schlechtes Design (*"bad design"*), wenn das Produkt nicht "funktioniert" (z. B. Tülle und Henkel an einer Kanne sind auf der gleichen Seite angebracht, der Kaffee kann nicht aus der Tülle geschüttet werden, ohne zugleich über die einschenkende Hand zu laufen). Ein gutes Design liegt allerdings auch dann vor, wenn die Formgestaltung ein technisch anspruchsvolles Problem löst (z. B. Lego).¹⁹

2. Funktionen des Designschutzes

Die Funktionen des Designschutzes können nicht von der wirtschaftlichen Bedeutung, vor allem im Bereich des Absatzmarketings, losgelöst betrachtet werden. Das Designrecht schützt die schöpferische Leistung, die sich auf die äußere Form konzentriert. Das Design eines Produkts soll die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens erhalten bzw. erhöhen. Aus diesem Grund investieren die Unternehmen in zeit- und kostenintensive Entwicklungsprozesse und sind daran interessiert, die Kosten ihrer Bemühungen zu amortisieren. Dies kann jedoch nicht ohne Marktakzeptanz gelingen. Andererseits regt die absatzsteigernde Wirkung eines guten Designs andere Unternehmen, die ebenfalls einen Anteil am Markterfolg haben wollen, zur Nachahmung an. Dabei stehen die immateriellen Rechte am geistigen Eigentum des Herstellers in Konflikt zu dem freien Wettbewerb, der gerade zu einer funktionierenden und transparenten Innovationstätigkeit und Qualitätssteigerung anregen soll.²⁰

¹⁷ Nirk, Geschmacksmusterrecht, Urheberrecht, Designlaw, S. 104.

¹⁸ Pfeifer, Urheberrecht für Designer, S. 16.

¹⁹ Pfeifer, Urheberrecht für Designer, S. 16f.

²⁰ Nirk, Geschmacksmusterrecht, Urheberrecht, Designlaw, S. 106.

Diese gegensätzlichen Interessen sollen durch den Designschutz in Einklang gebracht werden, indem ein angemessener Ausgleich zwischen dem Leistungsschutz einerseits und der Wettbewerbsfreiheit andererseits hergestellt wird. Dabei verfolgt das Design im Wesentlichen drei Funktionen, die das wirtschaftliche Ziel haben, dem Produkt einen eigenständigen Wert zu verleihen oder seinen Nutzen zu erhöhen:

Zunächst hat das Design eine sogenannte Anmutungsfunktion. Die Formgestaltung soll einem Produkt eine optisch anmutende Gestalt verleihen. Dies betrifft vor allem die Gegenstände, bei denen unabhängig von ihrem Gebrauchswert allein wegen ihres gefälligen Aussehens ein Kaufanreiz geschaffen werden soll (z. B. Dekorationsgegenstände).²¹ Das Design hat in diesem Zusammenhang auch eine Transportfunktion, indem es ein bestimmtes Image darstellen soll. Durch eine originelle Gestaltung der Form können potenzielle Erwerber das gekennzeichnete Produkt identifizieren und von gleichartigen Produkten unterscheiden.²²

Des Weiteren dient die Gebrauchsfunktion eines Produkts der Verbesserung und der Erleichterung seiner Funktion und Nützlichkeit. Gutes Design verbindet Funktionalität und Ästhetik.²³ Bei der Gestaltung selbst ist die Ästhetik der Funktionalität untergeordnet (z. B. Möbel).²⁴

Die weiteren Funktionen des Designs können mit dem Begriff der Kommunikationsfunktion zusammengefasst werden. Durch eine außerordentliche Formgestaltung sendet ein Produkt visuelle Signale aus und erlangt dadurch eine Zeichen- und Symbolwirkung.²⁵ Außerdem werden die Einzigartigkeit des Anbieters und seine Unternehmensphilosophie kommuniziert. Der Verbraucher verbindet durch die Werbebotschaften das Zeichen oder Symbol mit dem Unternehmen.²⁶

21 *Pfeifer*, Urheberrecht für Designer, S. 5-7.

22 *Ohly*, GRUR 2007, 731.

23 *Ohly*, GRUR 2007, 731.

24 *Pfeifer*, Urheberrecht für Designer, S. 5-7.

25 *Ohly*, GRUR 2007, 731.

26 *Pfeifer*, Urheberrecht für Designer, S. 5-7.

II. Die vier Säulen des Designschutzes

Das Design als Formgestaltung wird durch das Designrecht (früher: Geschmacksmusterrecht) geschützt. Der Designschutz ist jedoch umfassender als der bloße Geschmacksmusterschutz. Die rechtlichen Schutzmöglichkeiten gegen eine Nachahmung hängen davon ab, welche Funktion des Designs betroffen ist. Zum Teil überschneiden sich die rechtlichen Schutzmöglichkeiten auch. Dabei wird Designschutz im Wesentlichen durch die vier Säulen des Designrechts, des Urheberrechts, des Lauterkeitsrechts sowie des Markenrechts gewährt.

1. Designrecht

Der Designschutz durch das deutsche und das europäische Design- bzw. Geschmacksmusterrecht betrifft die ästhetisch wirkenden Gestaltungen. Anknüpfungspunkt ist die immaterielle plastische oder flächige Form, die als Vorbild für die Fertigung körperlicher Erzeugnisse zu dienen geeignet ist.²⁷ Im Gegensatz dazu schützen die technischen Schutzrechte, also Patent und Gebrauchsmuster, lediglich die Gebrauchsfunktion.

a) Designgesetz und Geschmacksmuster-Richtlinie

Das Designgesetz ist ein eigenständiges gewerbliches Schutzrecht. Ursprünglich war der Schutz von Formgestaltungen im Gesetz betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen vom 11. Januar 1876 (Geschmacksmustergesetz), in Kraft getreten am 01. April 1876,²⁸ geregelt. Das Geschmacksmustergesetz in seiner alten Fassung hatte bis zu seiner grundlegenden Reformierung im Jahr 2004 Geltung. Durch das Geschmacksmustergesetz von 2004²⁹ wurde die Europäische Geschmacksmuster-Richtlinie (GRL)³⁰ in nationales Recht umgesetzt. Bereits 1990 war es zu einem Gesetzentwurf des Max-Planck-Instituts gekommen,

27 BGH GRUR 1967, 375 – *Kronleuchter*.

28 RGBl. S. 11.

29 Geschmacksmustergesetz (Gesetz über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen), Artikel 1 des Gesetzes vom 12.03.2004 (BGBl. I S. 390), in Kraft getreten am 19.03.2004 bzw. 01.06.2004.

30 Richtlinie 98/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1998 über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen, ABl. Nr. L 289 S. 28.

der der Ausgangspunkt für die Gesetzgebungsarbeiten auf europäischer Ebene war.³¹ Auf der Grundlage dieses Gesetzesentwurfs sah das Grünbuch der Europäischen Kommission von 1991 eine Harmonisierung und Angleichung der Geschmacksmustergesetze der EU-Mitgliedstaaten vor.³²

Die Gesetzesänderung des deutschen Geschmacksmustergesetzes von 2004 führte zu einer sehr viel umfangreicheren und vollständigeren Kodifizierung des Designschutzes.³³ Der Gesetzgeber wollte den Designschutz in Deutschland insgesamt verbessern und die Schutzrechtsinhaber stärken. Zu diesem Zweck sollten vor allem die strengen Anforderungen nach einer gewissen Gestaltungshöhe der äußeren Erscheinungsbilder von Produkten entfallen und in vermehrtem Umfang äußere Gestaltungsformen geschützt werden.³⁴ Bedeutsame Änderungen des bisherigen Geschmacksmusterrechts waren zudem die Verlängerung der Höchstschutzdauer eingetragener Geschmacksmuster von bisher 20 auf maximal 25 Jahre sowie der Übergang vom Nachahmungsschutz zu einem Schutz mit Sperrwirkung.³⁵ Demnach kann der Inhaber des Geschmacksmusters Dritten verbieten, das Design ohne seine Zustimmung zu benutzen, sofern der Rechtsverletzer das geschützte Geschmacksmuster positiv kennt.³⁶

Durch das Designgesetz, das mit Wirkung zum 01.01.2014 in Kraft getreten ist,³⁷ wurde das bisherige Geschmacksmustergesetz abgelöst. Hauptzweck der erneuten Gesetzesänderung war die Modernisierung des Geschmacksmustergesetzes.³⁸ Hierzu wurde die Bezeichnung „Geschmacksmuster“ an den modernen Sprachgebrauch angepasst und durch den Begriff „eingetragenes Design“ ersetzt. Damit sollte das

31 *Kur*, GRUR 2002, 661.

32 Grünbuch über den rechtlichen Schutz gewerblicher Muster und Modelle, Arbeitsdokument der Dienststellen der Kommission, Dok. III/F/5131/91, Juni 1991.

33 *Kur*, GRUR 2002, 661, 662.

34 Gesetzesbegründung, BT-Drucks. Nr. 15/1075.

35 *Kur*, GRUR 2002, 661.

36 Gesetzesbegründung, BT-Drucks. Nr. 15/1075.

37 Designgesetz (Gesetz über den rechtlichen Schutz von Design), Artikel 1 des Gesetzes vom 12.03.2004 (BGBl. I S. 390), in Kraft getreten am 19.03.2004 bzw. 01.06.2004, zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.10.2013 (BGBl. I S. 3830) m.W.v. 25.10.2013, Stand: 01.01.2014 aufgrund Gesetzes vom 10.10.2013 (BGBl. I S. 3799).

38 Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/13428.

Designrecht an den nationalen und internationalen Sprachgebrauch angepasst und für den Gesetzesadressaten verständlicher und transparenter gestaltet werden.³⁹ Des Weiteren wurden erstmals Regelungen zum Nichtigkeitsverfahren bezüglich einer Eintragung vor dem DPMA in das Designrecht aufgenommen.⁴⁰

Die europarechtliche Konzeption des Design- bzw. Geschmacksmusterrechts aufgrund der Richtlinie beruht darauf, dass die sogenannte Marketingfunktion des Designs gestärkt werden soll. Darunter ist die Fähigkeit des Musters zu verstehen, Produkten eine „Erlebnisqualität“ zu verleihen.⁴¹ Durch diese Ausrichtung des Schutzes des Designs wird das Zusammenspiel von Marke bzw. Geschmacksmuster und Marketing stärker betont, insbesondere im Hinblick auf die absatzwirtschaftliche Bedeutung des Designs. Die Betonung der Eigenständigkeit des Designschutzes im Verhältnis zum Urheberrecht und die Ausrichtung auf die Marketingfunktion des Designs führen dazu, dass der Designschutz wettbewerbliche Auswirkungen hat und sich für die Praxis Konsequenzen in Bezug auf Schutzgegenstand, Schutzvoraussetzungen und Schutzzinhalt des Designrechts ergeben.⁴²

Das Designgesetz in seiner geltenden Fassung stellt Formgestaltung unter Schutz. Es besteht ein wirtschaftliches Interesse an einem Schutz der äußeren Formgestaltung. Ein Design ist eine zweidimensionale oder dreidimensionale Erscheinungsform eines ganzen Erzeugnisses oder eines Teils davon, die sich insbesondere aus den Merkmalen der Linien, Konturen, Farben, der Gestalt, Oberflächenstruktur oder der Werkstoffe des Erzeugnisses selbst oder seiner Verzierung ergibt (§ 1 Nr. 1 DesignG). Geschützt wird ein eingetragenes Design, das neu ist und Eigenart besitzt (§ 2 Abs. 1 DesignG). Die Farb- und Formgestaltungen müssen geeignet und dazu bestimmt sein, geschmackliche Empfindungen des Betrachters anzusprechen.⁴³ Außerdem setzt der Schutz nach dem Designgesetz die Eintragung in das Register voraus (§ 27 Abs. 1 DesignG).

³⁹ Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/13428.

⁴⁰ Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/13428.

⁴¹ *Kur*, GRUR 2002, 661, 662.

⁴² *Kur*, GRUR 2002, 661, 662.

⁴³ *Ensthaler*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, S. 206.

Zum negativen Inhalt des Designs gehört, dass ein Dritter nicht unbefugt in den Schutzbereich eingreifen darf. § 38 DesignG bestimmt, dass ausschließlich der Rechtsinhaber das Nutzungsrecht hat. Bei Identität des benutzten Designs liegt also eine eindeutige Verletzung vor. Abgrenzungsfragen gibt es jedoch bei Abweichungen. Hierzu führt § 38 DesignG aus, dass der Schutz eines Designs sich gegen jedes Muster richtet, das beim informierten Benutzer keinen anderen Gesamteindruck erweckt. Relevant sind die maßgeblichen Merkmale für die Beurteilung, ob es Gemeinsamkeiten zwischen einem geschützten Design und einem angegriffenen Muster gibt. Bei einer Verletzung i.S.d. § 42 Abs. 1 DesignG wird also ein identisches Geschmacksmuster unbefugt von einem Dritten benutzt. Der Inhaber des Designs hat dann Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung oder bei Verschulden auch auf Zahlung von Schadensersatz. Anstelle des Schadensersatzes kann der Rechtsinhaber auch die Herausgabe des Gewinns verlangen. Des Weiteren gibt es den strafrechtlichen Schutz nach § 51 DesignG. Danach macht sich strafbar, wer ohne Zustimmung des Rechtsinhabers ein Design benutzt. Die entsprechenden Gegenstände können eingezogen werden (§ 51 Abs. 5 DesignG).⁴⁴

b) Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung

Auf europäischer Ebene wird das Designrecht durch die Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung (GGV)⁴⁵ bestimmt. Der europäische Verordnungsgeber wollte ein einheitliches System für die Erlangung eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters schaffen. Der Zweck dieser primärrechtlichen Regelung ist die Verleihung eines einheitlichen autonomen Schutzes mit einheitlicher gemeinschaftsweiter Wirkung für sämtliche EU-Mitgliedstaaten.⁴⁶ Das Gemeinschaftsgeschmacksmuster besteht gleichwertig neben dem durch das eingetragene Designrecht auf nationaler Ebene geschützten Design.⁴⁷ Gemein-

⁴⁴ *Ahrens*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 268, Abs. 468.

⁴⁵ Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12. Dezember 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl. Nr. L 003 vom 05.01.2002, S. 1.

⁴⁶ Erwägungsgrund (1) zu Verordnung (EG) Nr. 6/2002; *Schramm*, Der europaweite Schutz des Produktdesigns, S. 94ff.; *Ohly*, ZEuP 2004, 296, 299.

⁴⁷ *Ruhl*, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, Einl. Rn. 14; *Ohly*, GRUR 2007, 731, 732.

schaftsgeschmacksmusterverordnung sieht ein eingetragenes und ein nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster vor

Das eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster erfordert zunächst die Anmeldung beim Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) in Alicante (Art. 37 GGV). Die Bekanntmachung erfolgt gemäß Art. 49 GGV im Blatt für Gemeinschaftsgeschmacksmuster (Art. 73 Abs. 1 GGV). Geschützt wird die „Erscheinungsform eines Erzeugnisses oder eines Teils davon, wie sich insbesondere aus den Merkmalen der Linien, Konturen, Farben, in der Gestalt, Oberflächenstruktur und/oder der Werkstoffe des Erzeugnisses selbst und/oder seiner Verzierung ergibt“ (Art. 3 lit. a. GGV). Der Schutzzumfang richtet sich nach Art. 10 GGV. Der Geschmacksmusterschutz wird versagt, „wenn das beanstandete Geschmacksmuster das Ergebnis eines selbstständigen Entwurfs eines anderen Entwerfers ist“ (Art. 19 Abs. 2 GGV). Die Schutzdauer für das Gemeinschaftsgeschmacksmuster beträgt fünf Jahre ab dem Anmeldetag und kann bis zu einer Gesamtlaufrzeit von 25 Jahren verlängert werden (Art. 12 S. 2 GGV).⁴⁸

Das nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster entsteht durch öffentliches Zugänglichmachen. Für die Entstehung reicht es aus, dass das Muster lediglich in einem der EU-Mitgliedstaaten offenbart wird.⁴⁹ Damit hat der europäische Verordnungsgeber ein nicht eingetragenes Geschmacksmusterrecht geschaffen, welches neben dem registerrechtlichen Design nach dem deutschen Designgesetz existieren kann.⁵⁰ Die Schutzdauer beträgt drei Jahre (Art. 11 GGV). Die Ausweitung des Schutzes für nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster dient dazu, kurzlebigen Erzeugnissen einen Schutz ohne Eintragungsformalitäten zu gewähren. Dieser Schutz umfasst allerdings nur Nachahmungen und räumt kein ausschließliches Recht ein.⁵¹

Auch für das Gemeinschaftsgeschmacksmuster müssen die Voraussetzungen der Neuheit und der Eigenart erfüllt sein (Art. 4 GGV). Das Gemeinschaftsgeschmacksmuster ist neu, wenn der Öffentlichkeit vor dem Tag der Eintragung beim EUIPO oder DPMA (bzw. vor dem

48 *Bulling/Langöhrig/Hellwig*, Geschmacksmuster, Rn. 157.

49 *Ohly*, GRUR 2007, 731, 732.

50 *Gottschalk/Gottschalk*, GRUR Int 2006, 447, 461.

51 *Nirk*, Geschmacksmusterrecht, Urheberrecht, Designlaw, S. 6.

Tag des öffentlichen Zugänglichmachens beim nicht eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmuster) kein identisches Geschmacksmuster zugänglich gemacht worden ist (Art. 5 GGV).⁵² Eine Eigenart hat das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, wenn sich der Gesamteindruck, den es beim informierten Benutzer hervorruft, von dem Gesamteindruck unterscheidet, den ein anderes Geschmacksmuster bei diesem Benutzer hervorruft (Art. 6 GGV).

2. Urheberrecht

Die zweite Säule des Designschutzes ist das Urheberrecht. Das Urheberrecht ist ein Immaterialgüterrecht, das nicht dem gewerblichen Rechtsschutz zuzuordnen ist. Dennoch weist es vermögensrechtliche Bezüge auf (vgl. das Verwertungsrecht in § 16 UrhG).⁵³ Nach Art. 16 und 17 der Europäischen Geschmacksmusterrichtlinie 98/71/EG müssen andere Grundlagen für den Schutz von Formgebungen, insbesondere das Urheberrecht, grundsätzlich neben dem Designrecht anwendbar bleiben. Dabei ist es den nationalen Gesetzgebern der EU-Mitgliedstaaten überlassen, die urheberrechtliche Schutzwelle selbst festzulegen.⁵⁴

Im deutschen Recht ist es das Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzgesetze (Urheberrechtsgesetz – UrhG) vom 9. September 1965,⁵⁵ das durch die Gesetze vom 26. Oktober 2007 (sogenannter „Zweiter Korb“ der Urheberrechtsreform) und vom 13. Dezember 2007, in Kraft getreten am 1. Januar 2008, umfassend reformiert wurde. Damit erfolgte die Umsetzung der Europäischen Urheberrechts-Richtlinie⁵⁶ und die Anpassung des nationalen Urheberrechts an das digitale Zeitalter und an die neuen technischen Möglichkeiten.

Durch das Urheberrecht wird der Urheber geschützt. Nach § 7 UrhG ist der Urheber stets der Schöpfer eines Werkes. Werke sind gemäß § 2 Abs. 2 UrhG persönliche geistige Schöpfungen. Geschützte Werkar-

⁵² *Bulling/Langöhrig/Hellwig*, Geschmacksmuster, Rn. 60.

⁵³ *Götting*, GRUR 2006, 353; *Ohly*, JZ 2003, 454.

⁵⁴ *Kur*, GRUR 2002, 661, 669.

⁵⁵ BGBl. I 1965, S. 1273.

⁵⁶ Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. Nr. L 167/10 vom 22.06.2001.

ten sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 1-7 UrhG insbesondere Sprach- und Schriftwerke, Werke der Musik, Werke der bildenden Künste, Lichtbildwerke, Filmwerke und Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art. Die Schöpfung ist von der Persönlichkeit des Schaffenden und der Individualität des Werkes mit einer gewissen Gestaltungshöhe geprägt. Es muss sich um eine persönliche Schöpfung mit geistigem Gehalt handeln, die in einer Formgestaltung verkörpert ist und in der die Individualität des Schöpfers zum Ausdruck kommt.⁵⁷ Die Individualität des Werkes ist dann gegeben, wenn eine Andersartigkeit gegenüber schon vorhandenen Werken vorliegt sowie ein Abstand von der Masse des Alltäglichen und lediglich routinemäßigen Leistungen.⁵⁸

Das deutsche Urheberrecht basiert auf einem monistischen Konzept. Danach sind das wirtschaftlich ausgerichtete Immaterialgüterrecht und das persönlichkeitsrechtlich ausgerichtete Recht auf geistiges Eigentum untrennbar miteinander verbunden und Bestandteil eines einheitlichen Rechts gemischten Charakters.⁵⁹ Das Recht auf geistiges Eigentum beinhaltet das Recht zur Veröffentlichung (§ 12 UrhG), das Recht des Urhebers auf Anerkennung seiner Urheberschaft am Werk (§ 13 UrhG) und das Recht auf Unversehrtheit des Werks (§ 14 UrhG). Die Vermögensrechte am schöpferischen Werk umfassen das Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG), das Verbreitungsrecht (§ 17 UrhG), das Recht zur öffentlichen Aufführung oder Vorführung (§ 19 UrhG) und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG).⁶⁰

Bei den Werken der bildenden Kunst (Malen, Zeichnen, Grafiken, Bildhauerei, Baukunst) werden keine hohen Anforderungen an die Gestaltungshöhe gestellt. Erforderlich ist eine Schöpfung individueller Prägung, deren ästhetischer Gehalt einen solchen Grad erreicht, dass nach den im Leben herrschenden Anschauungen noch Kunst vorliegt.⁶¹ Geschützt werden auch Gegenstände der angewandten Kunst. Sie unterscheiden durch die serienmäßige und industrielle Herstellung

57 *Loewenheim* in Schricker/Loewenheim, § 2 Rn. 32.

58 BGH GRUR 1987, 704, 706 – *Warenzeichenlexika*.

59 *Hertin*, Urheberrecht, Rn. 18; *Ohly*, GRUR Int 2007, 704, 705.

60 *Ohly*, GRUR Int 2007, 704, 705.

61 BGH GRUR 1981, 517, 519 – *Rollhocker*.

von den reinen Kunstwerken und dienen einem Gebrauchszweck (z. B. Designermöbel).⁶²

Produktgestaltungen können dem urheberrechtlichen Schutz unterliegen, wenn es sich um reine Kunstwerke handelt, die nicht speziell für Gebrauchszwecke hergestellt wurden, da für diese Kategorie schöpferischer Werke die Anforderungen an die Gestaltungshöhe nicht besonders groß sind (Schutz der „kleinen Münze“ im Urheberrecht). Produktgestaltungen können aber auch als Gegenstände der angewandten Kunst Schutz genießen. Grundsätzlich ist aber davon auszugehen, dass Produktgestaltungen, die nicht zu dem Zweck hergestellt wurden, sie als Marke oder in der Werbung zu verwenden, eher den Urheberrechtsschutz genießen als Markenprodukte, die speziell für den Markeninhaber entwickelt wurden.⁶³ Das OLG Hamburg hat etwa dem Kinderhochstuhl *Tripp Trapp* das Urheberrecht zugesprochen, bei dem es sich um ein Werk der angewandten Kunst handelt, das zu Gebrauchszwecken entwickelt wurde.⁶⁴

Auf das Verhältnis des Designrechts zum Urheberrecht, insbesondere in Bezug auf die höhere Schutzwelle bei Werken der angewandten Kunst, bei denen ein deutliches Übertreten der Durchschnittsgestaltung erforderlich ist, um den Urheberrechtsschutz zu erlangen, wird in dieser Arbeit noch vertiefend eingegangen werden.

3. Lauterkeitsrecht

Darüber hinaus kann eine Produktgestaltung auch aus wettbewerbsrechtlichen Gründen geschützt sein. Der Begriff Wettbewerb hat seinen Ursprung in dem Wort "Konkurrenz", das so viel bedeutet wie „im Wettkampf zueinander stehen“. Von der Wortbedeutung her lässt sich der Begriff Wettbewerb wie folgt definieren: "Man bewirbt sich mit anderen um die Wette. Jeder Wettbewerber strebt (petit), eilt (court) nach demselben Zielpunkt."⁶⁵ Allgemein gesprochen ist damit das Streben mehrerer Subjekte gemeint, das auf dasselbe Ziel gerichtet ist. Die hieraus resultierenden Interessengegensätze führen dazu, dass die

62 Lettl, Urheberrecht, § 2 Rn. 81.

63 Ohly, GRUR Int 2007, 704, 708.

64 OLG Hamburg, ZUM-RD 2002, 181 – *Tripp-Trapp*.

65 Köhler in Köhler/Bornkamm, Einl. Rn. 1.1.

Konkurrenten sich schlimmstenfalls bekämpfen. Der wirtschaftliche Wettbewerb ist die Grundlage einer freien Marktwirtschaft.

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) dient dazu, die gewerbliche Leistung zu schützen, die sich in eigenartigen Erzeugnissen, im Ruf des Unternehmens, in geschäftlichen Bezeichnungen und Geschäftsgeheimnissen objektiviert. Es soll gewährleisten, dass der Wettbewerb, der durch einen Ausleseprozess gekennzeichnet ist, dem die Behinderung oder sogar Verdrängung der Mitbewerber immanent ist, in geordneten Bahnen verläuft und die "Regeln der Fairness" eingehalten werden.⁶⁶ Geschützt wird aber auch die laufende gewerbliche Betätigung und Entfaltung des Unternehmers gegen unlautere Wettbewerbshandlungen. Der Rechtsschutz des allgemeinen Wettbewerbsrechts wird durch offene Schutztatbestände gewährt, deren Verletzung zivilrechtliche Ansprüche und meist auch strafrechtliche Folgen nach sich zieht.⁶⁷

Liegt ein unlauterer Wettbewerbsverstoß vor, so kann der beeinträchtigte Wettbewerber Beseitigung und Unterlassungen (§ 8 UWG) sowie Schadensersatz (§ 9 UWG) nach zivilrechtlichen Grundsätzen verlangen. Unter bestimmten Voraussetzungen wird auch strafrechtlicher Schutz gewährleistet (vgl. § 18 UWG).

Bei der Nachahmung von Produktgestaltungen kann dem beeinträchtigten Wettbewerber ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz zustehen.⁶⁸ Der Vertrieb eines nachgeahmten Erzeugnisses kann wettbewerbswidrig sein, wenn das Produkt von wettbewerbsrechtlicher Eigenart ist und besondere Umstände hinzutreten, die die Nachahmung unlauter erscheinen lassen. Diese Komponenten stehen in einer Wechselwirkung zueinander: Je größer die wettbewerbliche Eigenart und je intensiver der Grad der Übernahme, desto geringere Anforderungen sind an die besonderen Umstände zu stellen, die die Wettbewerbswidrigkeit der Nachahmung begründen.⁶⁹

In den §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 3 UWG ist der sogenannte wettbewerbsrechtliche Nachahmungsschutz normiert. Danach genießen Waren und

66 Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 1 Rn. 2.

67 Meister, Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz gegen Produktpiraterie und Schutzrechts-Management, S. 46.

68 BGH, GRUR 2007, 795 – *Handtaschen*.

69 BGH GRUR 2004, 941, 942 – *Metallbett*; BGH GRUR 2006, 79 – *Jeans I*.

Dienstleistungen mit wettbewerblicher Eigenart Schutz gegen Nachahmung, wenn eine vermeidbare Herkunftstäuschung oder eine Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung gegeben ist. Die wettbewerbliche Eigenart ist die Eignung, auf die Herkunft oder Besonderheiten des Produkts hinzuweisen. Das vorwerfbare Verhalten ist das Anbieten einer Nachahmung. Betroffen ist im Gegensatz zum Geschmacksmusterrecht nicht das „Ob“, sondern das „Wie“ der Nachahmung.⁷⁰ Überschneidungen zwischen dem Geschmacksmusterrecht und dem Lauterkeitsrecht ergeben sich bei dem Schutz vor einer vermeidbaren Herkunftstäuschung durch Produktnachahmung sowie bei dem Schutz vor Rufausbeutung und Rufbeeinträchtigung (§ 4 Nr. 3 a, b UWG).

Die Rechtsprechung zum Schutz gegen Nachahmung außerhalb der spezialgesetzlichen Immaterialgüterrechte war in der Vergangenheit sehr schwankend. Das Reichsgericht gewährte ursprünglich einen weitreichenden Schutz gegen Nachahmung auf Grundlage von § 1 UWG a. F. (der damaligen Generalklausel des Gesetzes) und ebenfalls auf Grundlage von § 826 BGB.⁷¹ Der BGH hingegen lehnte zunächst einen UWG-Nachahmungsschutz grundsätzlich ab. Er dehnte jedoch den Schutz durch die Immaterialgüterrechte aus und entwickelte in diesem Rahmen den Schutz der „kleinen Münze“ im Urheberrecht.⁷² In den 60er-Jahren löste sich der BGH von seiner strikten Position und gewährte Schutz vor Leistungsübernahme auf Grundlage der Generalklausel, § 1 UWG a. F.⁷³ In der richtungsweisenden Entscheidung *Reprint*⁷⁴ entwickelte der BGH das heutige Prinzip des wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes, das jetzt in den §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 3 UWG normiert ist.

Produktgestaltungen sind Waren⁷⁵ und können als solche UWG-Nachahmungsschutz genießen. Besonderheiten bei den Voraussetzungen bestehen nicht. Die Rechtsprechung gewährte in der Vergangen-

70 Nirk, Geschmacksmusterrecht, Urheberrecht, Designlaw, S. 108.

71 RGZ 73, 294, 297 – *Schallplatten*; Sack, WRP 2005, 531, 536.

72 BGH GRGR 1953, 40, 41 – *Gold-Zack*.

73 BGH GRUR 1960, 614, 617 – *Figaros Hochzeit*; BGH GRUR 1960, 627, 630; BGH GRUR 1962, 470, 474 – *AKI*; BGH GRUR 1963, 575, 576 – *Vortragsabend*; BGH GRUR 1963, 633, 635 – *Rechenschieber*; BGH GRUR 1966, 503, 507 – *Apfel-Madonna*.

74 BGH GRUR 1969, 186 – *Reprint*.

75 *Sambuc* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 4 Nr. 3 Rn. 4; *Ohly* in Ohly/Sosnitza, § 4.3 Rn. 3/27; BGH GRUR 2001, 443, 445 – *Viennetta*.

heit z.B. Schutz für eine Jeanshose⁷⁶, einen Sandmalkasten⁷⁷, ein Lauf-
rad für Kinder⁷⁸, eine Gartenliege⁷⁹ etc.

4. Markenrecht

In enger Verbindung zum Designschutz hinsichtlich der Zuordnung zu
der betrieblichen Herkunft des Produkts steht auch der Markenschutz.

a) Markengesetz

Designschutz für Produktgestaltungen kann auch über den marken-
rechtlichen Schutz erfolgen. Das deutsche Markengesetz (MarkenG),⁸⁰
welches am 1. Januar 1995 in Kraft getreten ist, ist der Rechtsnachfol-
ger des bis dahin geltenden Warenzeichengesetzes (WZG). Dadurch
waren die Möglichkeiten des Markenschutzes durch eingetragene Wa-
renzeichen auf einen *Numerus clausus* von Markenformen beschränkt,
und zwar auf Wortzeichen, Bildzeichen und hieraus zusammengesetz-
te Zeichen.⁸¹ Aufgrund des neu eingeführten § 3 Abs. 1 MarkenG kann
Markenschutz nunmehr für eine Vielzahl von Zeichen erlangt werden.

Das Markenrecht gewährt dem Markeninhaber ein ausschließliches
Recht aufgrund des Erwerbs des Markenschutzes gemäß § 4 MarkenG
(positiver Inhalt). Dieser umfasst auch die nicht eingetragenen, aber
benutzten und bekannten Marken.

Die Regelungen des § 14 Abs. 2-7 MarkenG definieren den negati-
ven Inhalt des Markenschutzes. Damit wird der Markeninhaber einer
Produktgestaltung nicht gegen die Nachahmung des Produkts als sol-
che geschützt, sondern nur gegen eine markenmäßige Benutzung des
geschützten Zeichens.⁸² Gemäß § 14 Abs. 2 MarkenG ist es Dritten oh-
ne Zustimmung des Markeninhabers untersagt, ein identisches oder
ähnliches Zeichen zu verwenden, wenn für das Publikum die Gefahr
von Verwechselungen von Produkten oder Dienstleistungen mit der

76 BGH GRUR 2006, 79 – *Jeans I*.

77 BGH GRUR 2012, 1155 – *Sandmalkasten*.

78 BGH GRUR 2010, 80 – *LIKEaBIKE*.

79 BGH GRUR 2007, 984 – *Gartenliege*.

80 BGBl. I S. 3082; ber. 1995 I S. 156.

81 Tetzner, GRUR 1951, 65, 66.

82 Ohly, GRUR 2007, 731, 734.

geschützten Marke besteht. Dies gilt auch dann, wenn es zu Verwechslungen mit Marken kommen kann, die für andere Waren und Dienstleistungen verwendet werden als die des Verletzers.

§ 18 MarkenG regelt die Vernichtungs- und Rückrufansprüche sowie gemäß § 19 MarkenG das Auskunftrecht des Markeninhabers gegenüber dem Verletzer. Voraussetzung für die vorgenannten Ansprüche des Inhabers einer eingetragenen Marke auf Unterlassung, Schadensersatz, Vernichtung und Auskunft ist ihre ernsthafte Nutzung in den letzten fünf Jahren, sofern sie bereits fünf Jahre eingetragen ist (§§ 25, 26 MarkenG).

Die Definition der Marke ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes. Gemäß § 3 Abs. 1 MarkenG können als Marke alle Zeichen, insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, Hörzeichen, dreidimensionale Gestaltungen einschließlich der Form ihrer Ware oder ihrer Verpackung sowie sonstige Aufmachungen einschließlich Farbe und Farbzusammenstellungen geschützt werden, die geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Bei der Marke kommt es also hauptsächlich auf die Unterscheidungsfunktion an.

Nach § 3 Abs. 1 MarkenG werden auch dreidimensionale Gestaltungen und Formen markenrechtlich geschützt. Unter dem alten Warenzeichengesetz (WZG) hatte die Rechtsprechung ein Eintragungsverbot für dreidimensionale Marken entwickelt.⁸³ Damit ging die damalige Rechtsprechung über den Wortlaut des Gesetzes hinaus, der kein ausdrückliches Verbot formulierte.⁸⁴ Diese Rechtsprechung ist seit dem Inkrafttreten des Markengesetzes obsolet. Das heutige Markengesetz nennt als mögliche Markenarten ausdrücklich „dreidimensionale Gestaltungen einschließlich der Form einer Ware“ (§ 3 Abs. 1 MarkenG). Damit ist ein Schutz von Produktgestaltungen als dreidimensionale Zeichen grundsätzlich möglich. Allerdings stellt der Europäische Gerichtshof hohe Anforderungen an die Voraussetzungen für die Eintra-

83 BGH GRUR 1964, 454, 455 – *Palmolive*.

84 §§ 1ff. WZG in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 1968, zuletzt geändert durch Art. 48 Gesetz zur Reform des Markenrechts und zur Umsetzung der Ersten Richtlinie 89/104/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken vom 25.10.1994.

gung von Formmarken, da insoweit ein Allgemeininteresse an der Freiheit üblicher Produktionen besteht.⁸⁵

Im Unterschied zum Designrecht wird der Markenschutz unbefristet gewährt. Überschneidungen beider Rechtsgebiete können sich dann ergeben, wenn sich die Gestaltung vom bekannten Formenschutz deutlich abhebt.⁸⁶ Wichtiges Unterscheidungskriterium zum Designrecht ist die ästhetische Gestaltung des markierten Produkts. So kann es insbesondere an einer markenmäßigen Benutzung durch einen Dritten fehlen, wenn die angesprochenen Verkehrskreise die Produktgestaltung nur als ästhetische Gestaltung ansehen, nicht aber als Herkunftshinweis.⁸⁷ Damit steht im Markenrecht die Herkunfts- und Unterscheidungsfunktion im Vordergrund.

Besonderheiten beim Schutz von Produktgestaltungen bestehen bei den Ausschlussgründen des § 3 Abs. 2 MarkenG, der konkreten Unterscheidungskraft und beim Freihaltebedürfnis. Auf die Besonderheiten wird im Verlauf der Arbeit näher eingegangen.

b) Unionsmarkenverordnung

Die EU-Mitgliedstaaten haben außerdem die Vorgaben durch das europäische Primär- und Sekundärrecht zu beachten. Am 13. April 2009 trat die Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates über die Gemeinschaftsmarke vom 26. Februar 2009 (Gemeinschaftsmarkenverordnung)⁸⁸ in Kraft trat. Diese Verordnung wurde durch die Verordnung zur Änderung der Gemeinschaftsmarkenverordnung vom 16. Dezember 2015 modifiziert.⁸⁹ Die Gemeinschaftsmarkenverordnung heißt nunmehr Verordnung über die Unionsmarke (Unionsmarkenverordnung, UMV),

⁸⁵ EuGH GRUR 2003, 514 – *Linde, Winward, Rado*.

⁸⁶ *Nirk*, Geschmacksmusterrecht, Urheberrecht, Designlaw, S. 108.

⁸⁷ *Ohly*, GRUR 2007, 731, 734.

⁸⁸ Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke (kodifizierte Fassung), ABl. Nr. L 78/1 vom 24.03.2009. Diese Verordnung hat die vorherige Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates über die Gemeinschaftsmarke vom 20. Dezember 1993 (Gemeinschaftsmarkenverordnung), in Kraft getreten am 25. Juli 1996, ABl. Nr. L 11 vom 14.1.1994, S. 1ff. (BIPMZ 1994, S. 192ff.), gültig bis 12. April 2009, abgelöst.

⁸⁹ Verordnung (EU) 2015/2424 Verordnung (EU) 2015/2424 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2015 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates über die Gemeinschaftsmarke und der Verordnung (EG)

sowie auch die Gemeinschaftsmarke in Unionsmarke umbenannt wurde. Die Unionsmarkenverordnung hat allgemeine, unmittelbare und rechtsverbindliche Bedeutung in allen EU-Mitgliedstaaten, da die Rechte einer Unionsmarke auf nationaler Ebene durchsetzbar sein müssen.⁹⁰ Die Eintragung einer Marke beim EUIPO erzeugt einen EU-weiten Schutz der Marke. Es handelt sich dabei um ein EU-eigenes Markenrecht. Dieses ist vom nationalen Markenecht streng zu trennen.

Der Schutz der Formmarke folgt aus Art. 4 UMV. Danach können Unionsmarken „Zeichen aller Art sein, insbesondere Wörter, einschließlich Personennamen, oder Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, Farben, die Form oder Verpackung der Ware oder Klänge, soweit solche Zeichen geeignet sind Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.“

Erworben wird die Unionsmarke gemäß Art. 6 UMV durch Eintragung. Die Ausschließlichkeitsrechte für die Eintragung einer Unionsmarke sind in Art. 7 Abs. 1 UMV geregelt und gelten auch, wenn die Eintragungshindernisse nur in einem Teil der Europäischen Union vorliegen. Gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. b) UMV sind Marken von der Eintragung ausgeschlossen, die keine Unterscheidungskraft besitzen. Des Weiteren ist in Art. 7 Abs. 1 lit. c), Abs. 3 UMV festgelegt, dass Marken von der Eintragung ausgeschlossen sind, die „ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, welche im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geographischen Herkunft oder der Zeit der Herstellung der Ware oder der Erbringung der Dienstleistung oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Ware oder Dienstleistung dienen können“.

c) Markenrechts-Richtlinie

Die Markenrechts-Richtlinie⁹¹ (MMRL) gibt eine europäische Vereinheitlichung des Markenschutzrechts vor. Die Vorschriften des deutschen

Nr. 2868/95 der Kommission zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates über die Gemeinschaftsmarke und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2869/95 der Kommission über die an das Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle) zu entrichtenden Gebühren.

⁹⁰ *Ensthaler*, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 371.

⁹¹ Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken

MarkenG dienen der Umsetzung der zwingenden Vorgaben der Markenrechts-Richtlinie und der Anpassung des deutschen Markenrechts an die Vorgaben des EU-Rechts.⁹²

In Art. 2 MMRL werden Marken definiert als Zeichen, die sich grafisch darstellen lassen, insbesondere Wörter, einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen und die Form oder Aufmachung der Ware, soweit diese geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Nach den Erwägungsgründen der Markenrechts-Richtlinie sind die Eintragungshindernisse und Ungültigkeitsgründe betreffend die Marke selbst, wie fehlende Unterscheidungskraft, oder betreffend Kollisionen der Marke mit älteren Rechten, erschöpfend in den nationalen Gesetzen aufzuführen.

Allerdings schreibt Art. 3 Abs. 1 MMRL vor, in welchen Fällen Eintragungshindernisse für die Marke nach nationalem Recht vorliegen müssen. So liegt gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. b) MMRL ein absolutes Eintragungshindernis vor, wenn die einzutragende Marke konkret für den Einzelfall keine Unterscheidungskraft hat. Weiter sind gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. c) MMRL Marken von der Eintragung ausgeschlossen, „die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, welche im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge der Bestimmung des Wertes, der geographischen Herkunft oder der Zeit der Herstellung der Ware oder der Erbringung der Dienstleistung oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Ware oder Dienstleistung dienen können.“ Insoweit stimmt die Regelung in der Markenrechtsrichtlinie mit der Regelung in Art. 7 Abs. 1 lit. c), Abs. 3 UMV überein.

III. Schutzzweck der einzelnen Schutzrechte

Nachdem die vier Säulen der Gesetzesgrundlagen zum Schutz von Produktgestaltungen im Überblick vorgestellt wurden, ist auf den jewei-

(kodifizierte Fassung), ABl. Nr. L 299/25 vom 08.11.2008. Die Richtlinie (EU) 2015/2436 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2015 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken; ABl. Nr. L 336/1 vom 23.12.2015 ist in Deutschland noch nicht umgesetzt.

⁹² Ingerl/Rohnke, Einleitung, N 26.

ligen Schutzzweck der einzelnen Schutzrechte einzugehen, da sich hieraus später die Unterschiede und Überschneidungen im Anwendungsbereich der einzelnen Schutzrechte erklären und verdeutlichen lassen. Der Gesetzgeber hat bei der Ausarbeitung eines Gesetzes bestimmte Interessen oder Personengruppen im Blick, die er stärken möchte. Das ist der sogenannte Schutzzweck eines Rechts, der von großer Bedeutung ist, weil er für das Recht sinnstiftend ist und bei Auslegungsfragen den Maßstab vorgibt.

1. Designrecht

Der Schutzzweck des Designrechts ist in Erwägungsgrund Nr. 7 zur Gemeinschaftsgeschmacksmuster-Verordnung eindeutig formuliert. Danach fördert ein verbesserter Schutz gewerblicher Muster „nicht nur den Beitrag einzelner Entwerfer zu der herausragenden Gesamtleistung der Gemeinschaft auf diesem Gebiet, sondern ermutigt auch zur Innovation und zur Entwicklung neuer Erzeugnisse sowie zur Investition für ihre Herstellung.“⁹³ Zweck des Schutzes ist damit der Schutz von Innovationen und Investitionen im Bereich gewerblicher Designs.⁹⁴ Dieselbe Formulierung des Schutzzwecks findet sich in der Gesetzesbegründung zur Gesetzesreform des deutschen Designgesetzes. Hiernach soll der Schutz der Rechte am geistigen Eigentum dazu beitragen, dass die Unternehmen in Innovation und Forschung investieren.⁹⁵ Vor allem sollen auch kleine und mittelständische Unternehmen in der Lage sein, ihre eigenen Neuheiten zu schützen und fortzuentwickeln. Zudem soll durch die Steigerung des Innovationspotenzials gerade kreativer Einzel- und Kleinstunternehmen Nachhaltigkeit geschaffen werden.⁹⁶

Den Schutzzweck verwirklicht das Designrecht, indem es dem Entwerfer ein Ausschließlichkeitsrecht zugesteht und ihm dadurch ermöglicht, mit dem Muster einen angemessenen Ertrag zu erzielen.⁹⁷ So wird ein Anreiz geschaffen, den bestehenden Formenschatz weiterzu-

93 So auch EuGH GRUR 2009, 867 Rn. 78 – *FEIA/Cul de Sac*.

94 *Eichmann* in *Eichmann/v. Falckenstein/Kühne*, Allgemeines zum Designrecht Rn. 10.

95 Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/13428, S. 25.

96 Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/13428, S. 25.

97 Erwägungsgrund Nr. 10 a. E. zu der Richtlinie 2001/29/EG.

entwickeln und zu bereichern,⁹⁸ da sich die Zeit und die Kosten, die der Entwerfer investiert, amortisieren und sich sogar Gewinne erzielen lassen.

2. Urheberrecht

Als Recht des geistigen Eigentums soll das Urheberrecht die allgemeine Persönlichkeit des Urhebers schützen. In erster Linie geht es jedoch um den Schutz der persönlichen Beziehung zwischen Urheber und Werk.⁹⁹ Das Urheberrecht hat daher den Zweck, Schutz von Leistungen auf künstlerischem Gebiet zu gewährleisten. Das Urheberrecht ist somit das Recht zum Schutz der Urheber schöpferischer Werke auf dem Gebiet der Literatur, Wissenschaft und Kunst.¹⁰⁰ Nach diesem herkömmlichen individualistischen Ansatz besteht das Urheberrecht um des Urhebers willen. Es soll ein Anreiz für seine Tätigkeit und sein kulturelles Schaffen hergestellt werden.¹⁰¹

Andererseits gewährt das Urheberrecht jedoch auch Nutzungs- und Verwertungsrechte, die dem Nutzungsinteresse der Allgemeinheit an den hergestellten Kulturgütern dienen sollen. Daher ist es notwendig, einen wirtschaftlichen Anreiz für den Urheber zu schaffen, der Verwertung seiner Werke durch Dritte zuzustimmen. Das Interesse des Urhebers am Erhalt seines geistigen Eigentums sowie das Allgemeininteresse an der Nutzung von Kulturgütern müssen in Einklang gebracht werden. Das Urheberrecht ist daher zunehmend auf Nutzerinteressen ausgerichtet, was insbesondere in der Neufassung des Urheberrechts durch den „Zweiten Korb“ zum Ausdruck kommt.¹⁰² Die Herausforderungen der technologischen Entwicklungen machen eine auch ökonomische Betrachtungsweise des Urheberrechts erforderlich.¹⁰³

Dies hat zur Folge, dass sich ein kollektivistischer Ansatz im Vordringen befindet, der den Zweck des Urheberrechts im Verhältnis zwi-

⁹⁸ Eichmann in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, Allgemeines zum Designrecht Rn. 10f.

⁹⁹ Hertin, Urheberrecht, Rn. 20.

¹⁰⁰ Dreier/Schulze, Einl. Rn. 1.

¹⁰¹ Sucker, Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht, S. 14.

¹⁰² Sucker, Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht, S. 2.

¹⁰³ Sucker, Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht, S. 4, 7.

schen Gesellschaft und Werk begründet sieht.¹⁰⁴ Hiernach besteht der Zweck des Urheberrechts darin, die Bedürfnisse der Allgemeinheit nach kulturellen Gütern zu befriedigen und somit der Gesellschaft einen Nutzen zukommen zu lassen, da das Erreichen eines Maximums an Bedürfnisbefriedigung als gesellschaftlich wünschenswerter Idealzustand erachtet wird.¹⁰⁵ Das Urheberrecht dient folglich der Effizienzsteigerung der Gesellschaft und basiert auf dem Nutzen für das Gemeinwohl.¹⁰⁶ Der Zweck des Urheberrechts besteht nach dieser Auffassung in einer an marktpolitischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten ausgerichteten Zielsetzung, da es sich zu einem Bestandteil des Wirtschaftsrechts entwickelt hat.¹⁰⁷

3. Lauterkeitsrecht

Das UWG formuliert in § 1 UWG die sogenannte Schutzzwecktrias, wonach das UWG den Schutz eines unverfälschten Wettbewerbs im Interesse der Mitbewerber, der sonstigen Marktteilnehmer, insbesondere der Verbraucher und der Allgemeinheit sichert. Die Schutzzwecke stehen gleichrangig und selbstständig nebeneinander.¹⁰⁸

Das UWG als umfassende Regelung des Lauterkeitsrechts soll ein bestimmtes Marktverhalten bewirken. Es ist ein Marktverhaltensrecht.¹⁰⁹ Der Lauterkeitsschutz dient dazu, die gewerbliche Leistung zu schützen, die sich in eigenartigen Erzeugnissen, im Ruf des Unternehmens, in geschäftlichen Bezeichnungen und Geschäftsgeheimnissen objektiviert. Dazu stellt das UWG Regeln auf, die den Wettbewerb in geordnete Bahnen lenken.¹¹⁰ Die wettbewerbliche Betätigung des Unternehmers wird vor unlauteren Wettbewerbshandlungen geschützt. Der Schutz wird durch wettbewerbsrechtliche Handlungsverbote gewährleistet.

104 Sucker, Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht, S. 14.

105 Sucker, Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht, S. 16.

106 Sucker, Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht, S. 17f.

107 Loewenheim in Schriker/Loewenheim, Einl. Rn. 4, 19; Ohly, Urheberrecht als Wirtschaftsrecht, S. 141.

108 Köhler in Köhler/Bornkamm, § 1 Rn. 45f.

109 Ohly in Ohly/Sosnitza, Einf. A., Rn. 1f.; Köhler in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3.4.

110 Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 1 Rn. 2.

Der Zweck des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes ist der Schutz des Mitbewerbers davor, dass eine von ihm erbrachte Leistung unlauter ausgebeutet wird.¹¹¹ Damit ist der Mitbewerber der primäre Schutzadressat. Reflexartig werden auch die Verbraucher vor einer Irreführung über die betriebliche Herkunft von Produkten geschützt sowie das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb als fruchtbare Grundlage für Fortschritt und Entwicklung.¹¹² Nach Köhler dient § 4 Nr. 3 UWG nicht dem Schutz des Verbrauchers vor Irreführung durch Produktnachahmungen, sondern lediglich dem Schutz der individuellen Interessen der Hersteller und daneben dem Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.¹¹³

4. Markenrecht

Das Markenrecht schützt Marken und ermöglicht somit Unternehmen, ihre Waren zu kennzeichnen. Zum einen werden die Waren dadurch von den Waren anderer Unternehmen unterscheidbar, zum anderen kann die Marke ein bestimmtes Image verkörpern bzw. eine Botschaft in Bezug auf die Waren transportieren, die z. B. die Qualität des Produkts, die Unternehmenswerte, den Prestigewert der Waren, die Art der Herstellung oder die Materialien betrifft. Um eine Marke mit einem bestimmten Image zu versehen, muss das Unternehmen zunächst investieren. Der Markenschutz dient damit auch dem Schutz der Investitionen, die ein Unternehmen in Bezug auf eine Marke macht. Ein weiterreichender Schutzzweck ist dem Markenrecht nur schwer zuzusprechen. Ein Schutz der Verbraucher vor Irreführung oder ein Schutz des Marktes vor unlauterem Verhalten geschieht eher reflexartig.

Die Marke besitzt eine Qualitäts- und Herkunfts- bzw. Unterscheidungsfunktion. Der Zweck des Markenschutzes ist gemäß § 3 MarkenG, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Die Marke ist das produktidenti-

¹¹¹ Köhler in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3.2.

¹¹² BGH GRUR 2007, 984, 986 Rn. 23 – *Gartenliege*; BGH GRUR 2005, 519, 520 – *Vitamin-Zell-Komplex*.

¹¹³ Köhler in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3.4a.

fizierende Unterscheidungskennzeichen, das damit eine Herkunftsfunktion, eine Identifizierungsfunktion oder eine Kommunikationsfunktion erfüllt.¹¹⁴

IV. Zwischenergebnis

Das Designrecht schützt die ästhetische Formgestaltung eines Gebrauchsgegenstandes, die neu und eigenartig ist, und zwar losgelöst von dem zu schützenden Produkt. Das Design ist ein Muster oder Modell, die Idee von dem späteren Produkt. Es soll einen Kaufanreiz erzeugen und dient damit der Steigerung des Absatzes des Produkts. Bei den Abnehmern schafft das Design einen Wiedererkennungseffekt und dient der Identifizierung des Produkts.

Durch die Einbeziehung des wirtschaftlichen Aspekts bei der Produktgestaltung wird das Design nicht allein durch das Designrecht geschützt, welches ausdrücklich auf Formgestaltungen ausgerichtet ist, sondern auch durch das Markenrecht als weiteres Schutzrecht des gewerblichen Rechtsschutzes. Markenrechtlichen Schutz nach § 3 Abs. 1 MarkenG erlangt vor allem die Formmarke. Darüber hinaus werden Produktgestaltungen auch durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb geschützt. Insoweit gewährt § 4 Nr. 3 UWG Schutz vor der unlauteren Nachahmung fremder Leistungsergebnisse durch Mitbewerber am Markt. In Betracht kommt außerdem der Schutz des geistigen Eigentums aufgrund der schöpferischen Leistung durch das Urheberrecht (§ 2 Abs. 2 UrhG). Dabei ist vor allem das Verhältnis von Designrecht zu Urheberrecht besonders problematisch, wie noch aufzuzeigen sein wird.

Das Designrecht sowie das Markenrecht bezwecken zunächst den gewerblichen Rechtsschutz der jeweiligen Immaterialgüter. Das Design bzw. die Marke ist Resultat von Investitionen und Leistungen, sodass die Schutzrechte mittelbar auch deren Schutz bezwecken. Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz bezweckt allgemein die Wahrung

¹¹⁴ Eisenmann/Jautz, Grundriss Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rn. 231f.

des lauterer Wettbewerbs und schützt zu diesem Zweck bestimmte Leistungen mit wettbewerbllicher Eigenart vor unlauterer Ausbeutung.

Abstrakt schützen das Design- und Markenrecht sowie der UWG-Nachahmungsschutz jeweils bestimmte Investitionen bzw. Leistungen, die sich in einem Design, einer Marke oder einer Ware konkretisiert haben. Alle Schutzrechte fördern zumindest reflexartig den wirtschaftlichen Fortschritt, indem durch Investitions- und Leistungsschutz Anreize geschaffen werden, weitere Investitionen und Leistungen zu erbringen. Außerdem schützen sie (zumindest) ebenfalls reflexartig den unverfälschten Wettbewerb und die Allgemeinheit vor Täuschungen.

B. Schutzvoraussetzungen

Zu der grundlegenden Darstellung des Verhältnisses des Designrechts zu den übrigen Schutzrechten gehören auf der Tatbestandsseite der Schutzgegenstand und die formellen und materiellen Schutzvoraussetzungen der unterschiedlichen Schutzrechte im Hinblick auf Produktgestaltungen. Diese werden gegenübergestellt und hinsichtlich ihrer wesentlichen Kriterien verglichen. Dabei sind zunächst kurz die formellen Schutzvoraussetzungen voranzustellen, bevor näher auf die materiellen Schutzvoraussetzungen eingegangen wird.

I. Schutzgegenstand der einzelnen Schutzrechte

Die Schutzgegenstände der in Betracht kommenden Immaterialgüterrechte sowie des Nachahmungsschutzes durch das Recht des unlauteren Wettbewerbs sind hier konkret im Hinblick auf die Produktgestaltung zu untersuchen und anhand von Beispielen aus der Rechtsprechung zu konkretisieren.

Der sogenannte Schutzgegenstand ist das Objekt, auf das sich der Schutz bezieht. Der Schutzgegenstand bestimmt den Anwendungsbe- reich des Schutzrechts.

1. Designrecht

Schutzgegenstand des Designgesetzes ist das eingetragene Design. Das Designrecht schützt das äußere Erscheinungsbild, die Formgestaltung von Erzeugnissen. Da in Deutschland das Designrecht zum gewerblichen Rechtsschutz gehört, welcher seinerseits zum Recht des geistigen Eigentums gehört und damit einer urheberrechtlichen Konzeption folgt, ist der eigentliche Schutzgegenstand die „Formidee“.¹¹⁵ Diese wird in einem konkreten Erzeugnis, der Produktgestaltung, verkörpert.

Daher sind Schutzgegenstand des Designrechts gemäß § 2 Abs. 1 DesignG Designs, die neu sind und Eigenart haben. Der Begriff des Designs ist in § 1 Nr. 1 DesignG definiert als „zweidimensionale oder dreidimensionale Erscheinungsform eines ganzen Erzeugnisses oder eines Teils davon, die sich insbesondere aus den Merkmalen der Linien, Konturen, Farben, der Gestalt, Oberflächenstruktur oder der Werkstoffe des Erzeugnisses selbst oder seiner Verzierung ergibt“.

In § 1 Nr. 2 DesignG findet sich eine sehr weite Definition des Begriffs Erzeugnis als „jeder industrielle oder handwerkliche Gegenstand, einschließlich Verpackung, Ausstattung, grafischer Symbole und typografischer Schriftzeichen sowie Einzelteile, die zu einem komplexen Erzeugnis zusammengebaut werden sollen.“ Bereits der deutsche Begriff „Erzeugnis“ zeigt deutlich den weiten Anwendungsbereich des Designschutzes. Es ist jedoch nicht die nationale Regelung, sondern die Geschmacksmuster-Richtlinie maßgeblich. Die Richtlinie verwendet in den einzelnen Sprachen sogar noch weiterreichende Begriffe. In der englischen, französischen und spanischen Fassung wird der Begriff Produkt benutzt, der alle Unternehmensleistungen, inklusive Dienstleistungen, umfasst.¹¹⁶ Der weite Anwendungsbereich soll den Kreis der möglichen Schutzgegenstände so groß wie möglich machen.¹¹⁷ Dadurch sollen alle denkbaren wirtschaftlichen Werte erfasst werden.¹¹⁸ So sind neben den klassischen Produktgestaltungen auch

¹¹⁵ *Kur*, GRUR 2002, 661, 662.

¹¹⁶ *Vahlens* Großes Marketinglexikon, S. 1389.

¹¹⁷ *Kur*, GRUR 2002, 661, 663.

¹¹⁸ Kapitel 5.4.7 im Grünbuch der Kommission über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen v. 01.06.1991.

Lebensmittel¹¹⁹, Verpackungen¹²⁰ und Bauwerke¹²¹ grundsätzlich schutzfähige Objekte. In Einklang damit bestätigt die amtliche Begründung des Geschmacksmusterreformgesetzes, dass jede – insbesondere auf Form und Farbgebung beruhende – Erscheinungsform eines Erzeugnisses als Design (damals noch Geschmacksmuster) in Betracht kommt.¹²² Lediglich Computerprogramme sind definitionsgemäß nicht erfasst (§ 1 Nr. 2 DesignG).

Der weite Anwendungsbereich des Designschutzes findet seine Beschränkung in den Schutzvoraussetzungen der Neuheit und der Eigenart.

2. Urheberrecht

Schutzgegenstand des Urheberrechts ist das Werk. Ein Werk liegt nach § 2 Abs. 2 UrhG dann vor, wenn das Merkmal einer persönlichen geistigen Schöpfung erfüllt ist. Das Erfordert, dass es sich um eine geistige Schöpfung des Urhebers handelt, die einen geistigen Gehalt aufweist, in einer wahrnehmbaren Formgestaltung verkörpert ist und in der die Individualität der Urhebers zum Ausdruck kommt.¹²³ Eine geistige Schöpfung liegt vor, wenn das Werk Ergebnis einer menschlichen gestalterischen Tätigkeit ist.¹²⁴ Es muss sich um eine geistige Leistung handeln, um eine inhaltliche Gestaltung. Voraussetzung für eine geistige Leistung ist, dass die Tätigkeit das Ergebnis einer gewissen gedanklichen Anstrengung ist.¹²⁵ Die Individualität des Werkes ist dann gegeben, wenn eine Andersartigkeit gegenüber schon vorhandenen Werken vorliegt sowie ein Abstand von der Masse des Alltäglichen und lediglich routinemäßigen Leistungen.¹²⁶ Die Schöpfung ist von der Persönlichkeit des Schaffenden und der Individualität des Werkes mit einer gewissen Gestaltungshöhe geprägt.

119 *Beyerlein* in Günther/Beyerlein, § 1 Rn. 22.

120 *Beyerlein* in Günther/Beyerlein, § 1 Rn. 23.

121 *Beyerlein* in Günther/Beyerlein, § 1 Rn. 42.

122 Amtliche Begründung des Geschmacksmusterreformgesetzes, S. 69.

123 *Loewenheim* in Schricker/Loewenheim, § 2 Rn. 32ff.

124 *Loewenheim* in Schricker/Loewenheim, § 2 Rn. 38.

125 *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 55, 58.

126 BGH GRUR 1987, 704, 706 – Warenzeichenlexika.

Generell wird für den Urheberschutz auf den Grundsatz der sogenannten „Kleinen Münze“ abgestellt. Dieser Grundsatz besagt, dass selbst einfachste Leistungen noch die notwendige Schöpfungshöhe beinhalten, vorausgesetzt, dass in ihnen die geringste Individualität und Eigenständigkeit des Schöpfers zum Ausdruck kommt, sei es auch nur in der Feststellung, dass ein anderer Urheber dieselbe Sache eventuell anders dargestellt hätte.¹²⁷ Der Grundsatz der „kleinen Münze“ wird zum Teil im Schrifttum abgelehnt.¹²⁸ Jedoch ist die Anwendung dieses Abgrenzungsmerkmals notwendig, um auch die Werke mit geringer Individualität und Eigenständigkeit des Schöpfers, die der „kleinen Münze“ zuzuordnen sind, nicht schutzlos bleiben und ihnen insbesondere auch nicht der wettbewerbsrechtliche Schutz versagt bleibt.¹²⁹

3. Lauterkeitsrecht

Schutzgegenstand des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes ist die gewerbliche Leistung, die sich in eigenartigen Erzeugnissen, im Ruf des Unternehmens, in geschäftlichen Bezeichnungen und Geschäftsgeheimnissen objektiviert.

Speziell in Bezug auf den Leistungsschutz für Produktgestaltungen sind Waren und Dienstleistungen eines Mitbewerbers Schutzgegenstand des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes (§ 4 Nr. 3 UWG). Waren sind in erster Linie Sachen, Teile von Sachen und Verpackungen,¹³⁰ aber darüber hinaus auch unkörperliche Gegenstände wie Arbeitsergebnisse, Werbeslogans oder Fernsehformate.¹³¹ Dienstleistungen sind in der Praxis selten Gegenstand des wettbewerblichen Nachahmungsschutzes, Beispiel ist etwa die Erstellung eines Aktienindexes.¹³² Die Waren oder Dienstleistungen müssen von einem Mitbewerber sein. Daraus folgt, dass ein Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Hersteller des Originals und dem Nachahmer existieren muss.¹³³

127 Nordemann/Vinck in Fromm/Nordemann, § 2 UrhG, Rn. 13, 20.

128 OLG Köln ZUM 1994, 278; Schneider, GRUR 1986, 657, 661ff.

129 Loewenheim in Schricker/Loewenheim, § 2 Rn. 61ff.

130 Sambuc in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 4 Nr. 3 Rn. 40f.

131 Ohly in Ohly/Sosnitza, § 4,3 Rn. 3/27; Köhler in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3.21f.

132 OLG Frankfurt GRUR-RR 2007, 104 – DAX-Optionsscheine.

133 Ohly in Ohly/Sosnitza, § 4,3 Rn. 3/31; Köhler in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3.19.

Produktgestaltungen und auch Verpackungen lassen sich ohne Weiteres unter den Begriff der Ware subsumieren.¹³⁴ Im Weiteren beschränken sich daher die Ausführungen auf den Schutz von Waren.

4. Markenrecht

Schutzgegenstände des Markenrechts sind die Marke und andere Kennzeichen (vgl. § 1 MarkenG). Als Marke werden Zeichen mit abstrakter Unterscheidungseignung geschützt. Der Begriff des Zeichens ist im Markengesetz nicht definiert, sondern lediglich durch die umfassende, aber nicht abschließende Aufzählung in § 3 Abs. 1 MarkenG veranschaulicht. Daraus folgt, dass Zeichen eine Information in verkürzter Form vermitteln und sinnlich wahrnehmbar sind.¹³⁵ Die Aufzählung der Zeichenformen ist nur beispielhaft. Nach der Rechtsprechung des EuGH gibt es keine Zeichenform, die von vornherein nicht markenfähig ist.¹³⁶ Damit geht das Markengesetz von einem sehr weiten Bereich schutzfähiger Zeichenformen aus.

Dreidimensionale Gestaltungen einschließlich der Form einer Ware oder ihrer Verpackung sowie sonstige Aufmachungen einschließlich Farben und Farbzusammenstellungen sind in § 3 Abs. 1 MarkenG ausdrücklich als mögliche Zeichenformen genannt. Die damit beschriebenen dreidimensionalen Marken lassen sich untergliedern in selbstständige Formmarken und Formen von Ware oder ihrer Verpackung. Selbstständige Formmarken sind Zeichen, die durch die Warenform selbst bestimmt sind und die weder aus dem Produkt selbst noch aus dessen Verpackung bestehen.¹³⁷ Beispiele selbstständiger Formmarken sind die Kühlerfigur der Rolls-Royce-Automobile „Spirit of Ecstasy“, die auch als „Emily“ bekannt ist, sowie der körperliche „Goldpfeil“ als Anhänger an den Handtaschen des gleichnamigen Herstellers.

Die Gestaltung der Verpackung hingegen ist von Bedeutung, wenn sich die Verpackung der Ware eindeutig von der üblichen Verpackung

134 *Sambuc* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 4 Nr. 3 Rn. 40f.; *Ohly* in Ohly/Sosnitza, § 4.3 Rn. 3/27; BGH GRUR 2001, 443, 445 – Viennetta.

135 Ingerl/Rohnke, § 3 Rn. 6; BGH GRUR 2007, 148, 150 – *Tastmarke*.

136 EuGH GRUR 2002, 804, 807 – *Philips/Remington*.

137 Ingerl/Rohnke, § 8 Rn. 186.

ähnlicher Waren unterscheidet und eine herkunftshinweisende Funktion aufweist.¹³⁸

II. Formelle Schutzvoraussetzungen

Die formellen Schutzvoraussetzungen betreffen die Frage der Entstehung des Immaterialgüterrechts bzw. des wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes im Hinblick auf Produktgestaltungen. Zu untersuchen ist, ob neben der Formgestaltung des Produkts und den materiellen Schutzvoraussetzungen eine Registereintragung erforderlich ist, damit das Schutzrecht entstehen kann.

1. Designrecht

Das deutsche Designrecht ist ein Registerrecht; Voraussetzung des Designschutzes ist die Eintragung des Designs in das Musterregister, § 27 Abs. 1 DesignG. Die Eintragung erfolgt aufgrund der Anmeldung des Designs zum Register, das vom Deutschen Patent- und Markenamt, Dienststelle Jena, geführt wird (§ 11 Abs. 1 DesignG). Die Anmeldung muss einen Antrag auf Eintragung, Angaben zur Identität des Anmelders, eine zur Bekanntmachung geeignete Wiedergabe des Modells sowie eine Angabe der Erzeugnisse enthalten, in die das Geschmacksmuster aufgenommen oder bei denen es verwendet werden soll (§ 3 DesignV).¹³⁹

Der Prüfungsumfang des Deutschen Patent- und Markenamtes ergibt sich aus § 16 DesignG und umfasst nicht die materiellen Schutzvoraussetzungen der Neuheit und Eigenart. Das Design ist daher ein sogenanntes ungeprüftes Registerrecht. Auch erfolgt keine Sachprüfung dahin gehend, ob der Anmelder zu Anmeldungen berechtigt ist. Das DPMA prüft lediglich das Vorliegen der formellen Voraussetzungen und, ob es sich bei dem angemeldeten Gegenstand um ein Muster im Sinne von § 1 Nr. 1 DesignG handelt. Des Weiteren darf kein Eintra-

¹³⁸ OLG Köln, GRUR 2012, 7 – *Rittersport und Milka Schokolade*; OLG Köln, GRUR-RR 2014, 210 – *Mars und Bounty*.

¹³⁹ Verordnung zur Ausführung des Designgesetzes (Designverordnung – DesignV) vom 2. Januar 2014 (BGBl. I S. 18; BIPMZ 2014, 34).

gungshindernis gemäß § 18 DesignG vorliegen, es darf also kein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten gegeben sein.¹⁴⁰ Allerdings entsteht ein Designrecht nur, wenn auch die materiellen Voraussetzungen tatsächlich vorliegen.¹⁴¹

Die Registrierung ist ein Element der Immaterialgüterrechte. Sie dient der Rechtssicherheit, weil Umstände wie Inhaberschaft, Inhalt, Umfang, Rang und Dauer dokumentiert werden. Das macht das Recht im Rechtsverkehr besser handhabbar. Außerdem dient die Registrierung dem Rechtsfrieden, weil Dritte von der Existenz des Rechts Kenntnis nehmen und ihr Handeln danach ausrichten können. Des Weiteren kann sich jeder vom Stand der Entwicklung Kenntnis verschaffen und ihn sich zunutze machen.

Ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster setzt die Anmeldung und Registrierung beim EUIPO voraus. Das nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster entsteht mit öffentlichem Zugänglichmachen.

2. Urheberrecht

Das Urheberrecht an einem geschützten Werk entsteht *ipso iure* mit der Fertigstellung des Werks.¹⁴² Es bedarf also keiner Vereinbarung, Eintragung oder sonstiger formeller Entstehungsvoraussetzungen. Das Urheberrecht besteht über den Tod des Urhebers hinaus und erlischt erst siebenzig Jahre nach dessen Tod (§ 64 UrhG).

3. Lauterkeitsrecht

Der UWG-Nachahmungsschutz kennt kein Registrierungserfordernis. Wesentlich für den Schutz vor unlauteren geschäftlichen Handlungen ist die Teilnahme am Markt (vgl. § 1 S. 1 UWG). Erforderlich ist ein konkretes Wettbewerbsverhältnis. Mitbewerber ist gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG „jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht.“ Dabei reicht es aus,

¹⁴⁰ Eisenmann/Jautz, Grundriss gewerblicher Rechtsschutz, Rn. 213b.

¹⁴¹ Pagenkopf, GRUR 1999, 875, 877.

¹⁴² Lettl, Urheberrecht, § 2 Rn. 7.

dass sich Waren oder Leistungen gegenüberstehen, die einander nach der Verkehrsanschauung im Absatz behindern können.¹⁴³

Der Begriff der Lauterkeit leitet sich also von dem weiter gefassten Wettbewerbsbegriff ab. Eine einheitliche und konkrete Definition des Wettbewerbs besteht jedoch nicht. Ursprünglich wurde der Begriff Konkurrenz verwendet, der aus der lateinischen Sprache stammt (*concurrere*) und zusammenlaufen, sich auf einen Wettkampf einlassen, bedeutet.¹⁴⁴ Allgemein tritt Wettbewerb dann auf, wenn mehrere Personen das Erreichen eines bestimmten Ziels anstreben, aber nur einer der Teilnehmer dieses konkrete Ziel tatsächlich erreichen kann.¹⁴⁵ Im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsrecht meint der Begriff des Wettbewerbs den wirtschaftlichen Wettbewerb.¹⁴⁶

Ein Registrierungserfordernis oder dergleichen wäre für den UWG-Nachahmungsschutz nicht sachgerecht, weil der Nachahmungsschutz kein dauerhaftes subjektives Recht begründet, sondern lediglich (reflexartig) einen punktuellen Schutz der Waren gegen unlautere Nachahmung. Es besteht daher gar kein Registrierungsbedürfnis.

4. Markenrecht

Der Markenschutz entsteht mit der Eintragung der Marke im Markenregister, durch Benutzung eines Zeichens im geschäftlichen Verkehr mit Verkehrsdurchsetzung oder über die notorische Bekanntheit einer Marke (§ 4 Nr. 1-3 MarkenG).

a) Eintragung der Marke

Das förmliche Markenrecht entsteht gemäß § 4 Nr. 1 MarkenG mit der Eintragung der Marke in das Markenregister beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA). Die Registrierung dokumentiert das Zeichen sowie die Waren und Dienstleistungen, für die das Zeichen registriert wird.

¹⁴³ BGHZ 18, 175, 181f.; BGH NJW 1983, 2505 – Tonbandgerät.

¹⁴⁴ Wünsche, Wettbewerbsrecht, S. 8.

¹⁴⁵ Köhler in Köhler/Bornkamm, Einl. Rn. 1.1.

¹⁴⁶ Wünsche, Wettbewerbsrecht, S. 8.

Das Anmeldeverfahren gliedert sich in Anmeldeverfahren (§ 32 MarkenG), Prüfungs- und Entscheidungsverfahren (§ 36 MarkenG), Widerspruchsverfahren (§ 42 MarkenG) und gegebenenfalls Beschwerdeverfahren (§ 66 MarkenG). Gemäß § 32 Abs. 1 MarkenG ist die Anmeldung zur Eintragung in das Register beim DPMA einzureichen, und zwar unter Verwendung des vom DPMA herausgegebenen Formblatts (§ 2 Abs. 1 MarkenV).¹⁴⁷ Anmelden können eine Marke natürliche und juristische Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften nach § 7 MarkenG. Die Anmeldung muss Angaben zum Anmelder und gegebenenfalls zu seinem Vertreter, eine Angabe zur Form der Marke sowie eine Wiedergabe der Marke sowie das Verzeichnis der Waren und Dienstleistungen, für die die Marke eingetragen werden soll, enthalten (§ 3 Abs. 1 MarkenV).

Die Anmeldung dreidimensionaler Marken bereitet keine Schwierigkeiten: Der Markenmeldung müssen zwei übereinstimmende zweidimensionale grafische Wiedergaben der Marke beigelegt werden sowie eine Erklärung, die besagt, dass es sich um eine dreidimensionale Gestaltung handelt. Die Wiedergaben können bis zu sechs verschiedene Ansichten enthalten (§ 9 Abs. 1 MarkenV).

Die eingetragene Marke ist ein geprüftes Recht, weil der Registrierung eine umfassende Prüfung der Schutzvoraussetzungen vorangeht. Voraussetzung für die Entstehung der eingetragenen Marke ist, dass es sich um ein markenfähiges Zeichen nach § 3 MarkenG handelt, dass keine absoluten Schutzhindernisse bestehen, dass es sich nicht um ein Plagiat einer notorisch bekannten Marke handelt und dass keine relativen Schutzhindernisse vorliegen.

b) Verkehrsgeltung

Das Markenrecht kennt auch die nicht eingetragene Marke nach § 4 Nr. 2 MarkenG. Aufgrund der Gleichstellung finden die markenrechtlichen Vorschriften in gleichem Umfang auch auf nicht eingetragene Marken Anwendung.¹⁴⁸ Der Markenschutz entsteht aufgrund so-

¹⁴⁷ Verordnung zur Ausführung des Markengesetzes (Markenverordnung – MarkenV) vom 11. Mai 2004 (BGBl. I S. 872; BIPMZ 2004, 301) zuletzt geändert durch Artikel 3 der Verordnung vom 2. Januar 2014 (BGBl. I S. 18; BIPMZ 2014, 34).

¹⁴⁸ *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, § 58 Rn. 1f.

genannter Verkehrsgeltung. Ein Zeichen erlangt Verkehrsgeltung, indem es im geschäftlichen Verkehr benutzt wird. Durch die Benutzung im geschäftlichen Verkehr erlangt ein Zeichen die Eigenschaft, als Herkunftshinweis zu fungieren.¹⁴⁹ Fezer versteht die Verkehrsgeltung weiter und bezieht sie auf die Benutzung der Marke als Unterscheidungszeichen zur Identifikation von Unternehmensprodukten.¹⁵⁰ Das Zeichen kann demnach als Hinweis auf die Herkunftsidentität oder die Produktidentität der Waren Verkehrsgeltung erwerben.

Weil bei der nicht eingetragenen Marke naturgemäß kein Eintragungsverfahren stattfindet und daher das DPMA die absoluten Schutzhindernisse nicht prüft, werden diese im Rahmen der Feststellung der Verkehrsgeltung berücksichtigt. Bei Zeichen ohne konkrete Unterscheidungskraft, mit beschreibendem Charakter oder aus gebräuchlichen Bezeichnungen sind die Anforderungen an die Verkehrsgeltung höher.

Auch dreidimensionale Zeichen können Markenschutz aufgrund von Verkehrsgeltung erlangen.¹⁵¹ Allerdings ist es für Formmarken tatsächlich schwieriger, Verkehrsgeltung zu erlangen, als für die herkömmlichen Wort- und Bildzeichen. Dies ergibt sich schon daraus, dass bei der Beurteilung der Verkehrsgeltung innerhalb der beteiligten Verkehrskreise alle Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden und damit auch die von Haus aus regelmäßig geringe Unterscheidungskraft von Formmarken. Als Beispiele für Formmarken, die durch Verkehrsgeltung Markenschutz erlangt haben, sind die grüne Vierkantflasche des *Doornkaat*¹⁵² zu nennen, die *Adidas*-Streifenkennzeichnung¹⁵³ oder die *Aspirin*-Verpackung¹⁵⁴.

149 Ingerl/Rohnke, § 4 Rn. 11.

150 Fezer, MarkenG, § 4 Rn. 106.

151 Ingerl/Rohnke, § 4 Rn. 15.

152 BGH GRUR 1969, 541 – *Grüne Vierkantflasche*.

153 OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2003, 274, 275 – *Vier-Streifen-Kennzeichnung*.

154 OLG Frankfurt a. M. GRUR 2000, 1068, 1069 – *Erschöpfung der Ausstattungsmarke*.

III. Materielle Schutzvoraussetzungen

1. Designrecht

Schutzvoraussetzungen im Designrecht sind die Neuheit und die Eigenart des eingetragenen Designs (§ 2 Abs. 1 DesignG).

a) Neuheit

Ein Design muss neu sein, um Schutz beanspruchen zu können. Neuheit als Schutzvoraussetzung fördert die Entwicklung von Neuem und somit den Fortschritt im Design-Bereich. Damit schützt das Designrecht die Leistung und Investition in die Entwicklung sowie die Neuschöpfung von Designs. Ein Design gilt nach § 2 Abs. 2 S. 1 DesignG als neu, wenn vor dem Anmeldetag kein identisches Design offenbart worden ist. Designs gelten auch als identisch, wenn sie sich nur in unwesentlichen Einzelheiten unterscheiden (§ 2 Abs. 2 Satz 2 DesignG). Die Beurteilung der Neuheit bezieht sich auf den offenbarten (§ 5 DesignG) und folglich vorbekannten Formenschatz.¹⁵⁵ Für die Beurteilung wird der Gesamteindruck des angemeldeten Designs mit dem Gesamteindruck der jeweils nächstliegenden vorbekannten Designs verglichen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung ist der Anmeldetag (nach § 13 DesignG) bzw. Prioritätstag (nach §§ 13 Abs. 2, 14, 15 DesignG).

b) Eigenart

Das Designgesetz nennt die Eigenart in § 2 Abs. 1 DesignG ausdrücklich als Schutzvoraussetzung. Es ist die zentrale Schutzvoraussetzung des Designrechts.

aa) Begriff der Eigenart

Das Designgesetz definiert den Begriff der Eigenart. Nach § 2 Abs. 3 S. 1 DesignG hat ein Design Eigenart, „wenn sich der Gesamteindruck, den es beim informierten Benutzer hervorruft, von dem Gesamtein-

¹⁵⁵ Eichmann in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, § 2 Rn. 5, 9.

druck unterscheidet, den ein anderes Design bei diesem Benutzer hervorruft, das vor dem Anmeldetag offenbart worden ist.“ Die Definition des Begriffs der Eigenart basiert auf der Unterschiedlichkeit des Designs zum vorbekannten Formenschutz.¹⁵⁶ Sie bedeutet somit Unterscheidungsfähigkeit im Verhältnis zu ähnlichen Designs.

Der Begriff der Eigenart ist mit der Novellierung des alten Geschmacksmusterrechts aufgrund der Richtlinie 98/71/EG über den Schutz von Mustern und Modellen in den deutschen Gesetzestext eingezogen. Er hat den Begriff der Eigentümlichkeit abgelöst. Eigentümlichkeit war vor der Gesetzesnovelle im Jahr 2004 die maßgebliche Voraussetzung des damaligen Geschmacksmusterschutzes. Eigentümlichkeit erforderte, wie im Urheberrecht, eine bestimmte Gestaltungshöhe, die allerdings qualitativ hinter den Anforderungen des Urheberrechts zurückblieb. Darin äußerten sich die ursprüngliche Nähe des damaligen Geschmacksmusterrechts zum Urheberrecht und seine (eher untergeordnete) Bedeutung als Unterbau des Urheberrechts. Mit der steigenden wirtschaftlichen Bedeutung von Designs lag es nahe, die Eigenständigkeit des Designschutzes voranzutreiben.¹⁵⁷ Die Emanzipation erfolgte, als mit der Gesetzesnovelle 2004 die Begrifflichkeit der Eigentümlichkeit zu Eigenart geändert wurde.¹⁵⁸ Damit ging auch eine inhaltliche Änderung einher. Das deutsche Designrecht und die Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung erfordern heute keine qualitative Bewertung der schöpferischen Leistung.¹⁵⁹ Der BGH bestätigte die Änderung in der Entscheidung *Verlängerte Limousinen*, indem er auf den gleichlautenden gemeinschaftsrechtlichen Begriff der Eigenart in der Verordnung verwies und klarstellte, dass dieser keine Eigentümlichkeit und keine Gestaltungshöhe erfordere.¹⁶⁰ Auch gemäß der Literatur erfordern die Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung und das nationale Designrecht keine bestimmte Gestaltungs-

¹⁵⁶ Eichmann in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, § 2 Rn. 12, 15.

¹⁵⁷ Mahr, Designschutz, S. 50.

¹⁵⁸ Amtliche Begründung des Geschmacksmusterreformgesetzes, S. 68f.; Erwägungsgrund 13 der Richtlinie 98/71/EG; Kur, GRUR 2002, 661.

¹⁵⁹ Eichmann in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, § 2 Rn. 12, 14; Pagenkopf, GRUR 1999, 875, 876; Jestaedt, GRUR 2008, 19.

¹⁶⁰ GH GRUR 2010, 718, Rn. 32 – *Verlängerte Limousinen*.

höhe.¹⁶¹ Teile der Literatur beschreiben die Entwicklung zur Eigenständigkeit des Designrechts trefflich als „Design Approach“.¹⁶²

bb) Gesamteindruck

Die Eigenart bestimmt sich nach dem Gesamteindruck, den das Design beim informierten Benutzer hervorruft.¹⁶³ Der Gesamteindruck eines Designs beruht auf den verschiedenen Gestaltungsmerkmalen, aus denen sich das Design zusammensetzt.¹⁶⁴ Die einzelnen Gestaltungsmerkmale können unterschiedlich starken Einfluss auf den Gesamteindruck haben. So kann ein Gestaltungsmerkmal z. B. das gestalterische Hauptelement sein, weil es den Charakter der Gestaltung prägt,¹⁶⁵ während andere Gestaltungsmerkmale nur nebensächliche Einzelheiten betreffen.¹⁶⁶ Auch die Bewerbung und Präsentation beim Verkauf des von dem Design verkörperten Produkts, sowie seine Handhabung haben Einfluss darauf, welchen Gestaltungsmerkmalen größeres Gewicht zukommt.¹⁶⁷ Eine Besonderheit stellen technisch bedingte und funktionell bedingte Gestaltungsmerkmale dar. Gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 DesignG sind technisch bedingte Erscheinungsmerkmale vom Designschutz ausgeschlossen. Daher dürfen sie bei der Beurteilung des Gesamteindrucks nicht berücksichtigt werden. Dies gilt allerdings nur für Gestaltungsmerkmale, die ausschließlich technische Anforderungen erfüllen und keinen weiteren Gestaltungszweck haben. Der nicht technisch bedingte Überschuss wird in die Ermittlung des Gesamteindrucks einbezogen.¹⁶⁸ Für funk-

161 Stolz, GRUR-Prax 2010, 293; Eichmann, GRUR-Prax 2010, 279; Wandtke/Ohst, GRUR Int 2005, 91, 95; Berlit, GRUR 2004, 635, 636; Koschtial, GRUR Int 2003, 973, 974.

162 Kur, GRUR Int 1995, 185, 189; Fezer, MarkenG, § 3 Rn. 700; Koschtial, GRUR Int 2003, 973, 974; Ritscher, GRUR Int 1990, 559, 600; Mahr, Designschutz, S. 50.

163 Eichmann in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, § 2 Rn. 19, 21; Jestaedt, GRUR 2008, 19.

164 BGH GRUR 2001, 503, 505 – Sitz-Liegemöbel; BGH GRUR 1996, 767, 769 – Holzstühle.

165 BGH GRUR 1961, 640, 642 – Straßenleuchte.

166 BGH GRUR 1977, 602, 604 – Trockenrasierer; BGH GRUR 1975, 81, 85 – Dreifachkombinationsschalter.

167 BGH GRUR 2016, 803 Rn. 38ff. – Armbanduhr.

168 Eichmann in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, § 2 Rn. 22, 24f., 37; Kur, GRUR Int 1998, 353, 356.

tionell bedingte Gestaltungsmerkmale gilt dasselbe. Zwar sind sie nicht gesetzlich vom Designschutz ausgeschlossen, trotzdem beeinflussen sie nicht die Wahrnehmung des Gesamteindrucks.¹⁶⁹

Im Rahmen der Beurteilung des Gesamteindrucks spielt auch die Art und Weise eine Rolle, wie das Produkt benutzt wird. In der Entscheidung *Handtasche* hat das EuG zwei Handtaschen verglichen und im Rahmen des Gesamteindrucks berücksichtigt, dass die eine Handtasche in der Hand getragen wird wohingegen die andere Handtasche mit einem Riemen über die Schulter getragen wird.¹⁷⁰

Zur selbstständigen Schutzfähigkeit der Produktgestaltung gehört eine gewisse Eigenständigkeit und Geschlossenheit der Form, da erst dadurch ein von der Gesamtform unabhängiger Gesamteindruck der Unterkombination festgestellt und ein Vergleich mit einer entsprechenden angegriffenen Gestaltungsform vorgenommen werden kann.¹⁷¹ Als Beispiele können hier angeführt werden der Glaskörper einer Leuchte¹⁷² oder der Scherkopf eines Elektrorasierers.¹⁷³

cc) Einzelvergleich

Die Eigenart ist im Rahmen eines Einzelvergleichs mit den vorbekannten Designs zu ermitteln.¹⁷⁴ Dies ist eine Neuerung im Gegensatz zu dem Vorgehen vor der Designrechtsnovelle. Im damaligen Geschmacksmusterrecht wurde ein Muster im Wege eines Gesamtvergleichs allen vorbekannten Formen gegenübergestellt. Vergleichsobjekte sind heute alle einzelnen Designs mit älterem Zeitrang ohne weitere Anforderungen.¹⁷⁵ Insbesondere beschränkt die in der Anmeldung vorgenommene Erzeugnisangabe nicht die Designs, die als Vergleichsobjekte herangezogen werden können.¹⁷⁶

169 Klawitter, GRUR Prax 2016, 221 zur einem Gemeinschaftsgeschmacksmuster.

170 EuG GRUR-RR 2016, 324, Rn. 39 – *Handtasche*.

171 Nirk, Geschmacksmusterrecht, Urheberrecht und Designlaw, S. 37.

172 BGH GRUR 1981, 273 – *Leuchtenglas*.

173 BGH GRUR 1977, 602 – *Trockenrasierer*.

174 BGH GRUR 2010, 718, Rn. 32 – *Verlängerte Limousinen* Eichmann in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, § 2 Rn. 14.

175 Eichmann in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, § 2 Rn. 17.

176 Hartwig, GRUR 2016, 882, 890.

dd) Informierter Benutzer

Der maßgebliche Beurteilungshorizont für den Gesamteindruck ist die Sichtweise des informierten Benutzers. Der informierte Benutzer entspringt der GGRL¹⁷⁷ und ist zwingend auch im nationalen Designrecht anzuwenden. Es wurde mit Absicht nicht auf den „Durchschnittsverbraucher“ oder „Durchschnittskunden“ abgestellt, weil dieser am Markt regelmäßig mit einer sehr geringen Aufmerksamkeit agiert. Bei der Vielzahl der Gestaltungen ist es ihm kaum möglich, bei flüchtiger Betrachtung relativ ähnliche Designs voneinander abzugrenzen.¹⁷⁸

Daher wurde der Begriff des informierten Benutzers entwickelt, der keine reale Person ist. Er ist für den konkreten Fall von den Gerichten zu ermitteln. Der Benutzer ist eine Person, die den fraglichen Gegenstand bestimmungsgemäß als Endverbraucher nutzt.¹⁷⁹ Das Adjektiv „informiert“ beschreibt eine Person, die ein gewisses Interesse an den verschiedenen Gestaltungen in dem jeweils relevanten Designbereich hat. Sie ist gut informiert, kennt sämtliche vorbekannte Formen, hat sie geistig präsent und berücksichtigt sie bei der Bewertung der Eigenart.¹⁸⁰ Die Figur des informierten Benutzers ist zwischen einem Durchschnittsverbraucher und einem Designexperten einzuordnen.¹⁸¹

ee) Grad der Eigenart

Die Eigenart des Designs kann unterschiedlich stark ausgeprägt bzw. hoch sein. Man spricht in diesem Zusammenhang vom Grad der Eigenart. Aus § 2 Abs. 3 S. 2 DesignG ergibt sich, dass der Grad der Eigenart wiederum mit Blick auf den Grad der Gestaltungsfreiheit beurteilt wird. Damit kann indirekt die gestalterische Leistung des Designs Berücksichtigung finden.¹⁸² Für den Grad der Eigenart ist also maßgeblich, wie viel Designvielfalt in einem bestimmten Design- oder Pro-

177 Erwägungsgrund Nr. 13 und Art. 5 Abs. 1 der GGRL.

178 *Koschtial*, GRUR Int 2003, 973, 975.

179 *Jestaedt*, GRUR 2008, 19, 20.

180 EuGH GRUR 2013, 178, Rn. 53 – *Neuman u. a./Banea Grupo*; *Jestaedt*, GRUR 2008, 19, 20; *Eichmann*, GRUR Int 1996, 859, 863; *Eichmann* in *Eichmann/v. Falckenstein/Kühne*, § 2 Rn. 27ff.

181 EuGH GRUR 2013, 178, Rn. 53 – *Neuman u. a./Banea Grupo*.

182 BGH GRUR 2010, 718, Rn. 32 – *Verlängerte Limousinen*.

duktbereich vorhanden ist. Je weiter der gestalterische Spielraum ist, desto niedriger ist der Grad der Eigenart, der aus einem bestimmten Unterschied resultiert. Bei einem engen Gestaltungsspielraum führt ein entsprechender Unterschied zu einem höheren Grad an Eigenart. Der Spielraum, der dem Entwerfer eines Designs offen steht, wird zum einen durch gattungsspezifische Anforderungen und zum anderen auch durch die gegebene Designdichte beschränkt. Sind nämlich auf einem bestimmten Gebiet eine hohe Zahl vorbekannter Designs, die untereinander nur noch einen geringen Abstand halten, dürfen die Anforderungen an die Eigenart nicht zu hoch gestellt werden, sondern es ist von einem eher geringen Gestaltungsspielraum auszugehen, damit überhaupt neue schutzfähige Designentwicklungen möglich sind.¹⁸³

Das Gesetz bestimmt nicht, wie unterschiedlich die betrachteten Designs sein müssen bzw. wie hoch der Grad an Eigenart sein muss. Erwägungsgrund Nr. 13 der GGRL spricht von einer „deutlichen“ Unterscheidung. Diese Formulierung ist jedoch nicht in den Gesetzestext gelangt. Daraus ergibt sich für die Auslegung, dass einerseits keine zu hohe Schwelle für die Schutzgewährung beabsichtigt ist, andererseits aber auch nicht jede marginale Abweichung Unterschiedlichkeit begründet.¹⁸⁴

ff) Beurteilungszeitpunkt

Die Beurteilung der Eigenart erfolgt auf der Grundlage einer Momentaufnahme des Designs, des vorbekannten Formenschatzes und des Grades der Gestaltungsfreiheit zum Zeitpunkt der Entstehung des Designschutzes.¹⁸⁵ Das Schutzrecht entsteht mit der Eintragung in das Register, § 27 Abs. 1 DesignG. Weil das Design zu diesem Zeitpunkt auch neu sein muss, darf es vor der Eintragung nicht veröffentlicht worden sein. Es existiert daher regelmäßig keine Zeitspanne vor der Entstehung des Designrechts und der Beurteilung der Eigenart, in der das Design bereits am Markt ist. Das Design wird zeitgleich mit bzw. sogar vor seiner Markteinführung hinsichtlich seiner Eigenart beurteilt.

¹⁸³ OLG Frankfurt a.M. GRUR 2015, 890, 891 – *Möbelgriff*.

¹⁸⁴ *Eichmann* in *Eichmann/v. Falckenstein/Kühne*, § 2 Rn. 18.

¹⁸⁵ *Eichmann* in *Eichmann/v. Falckenstein/Kühne*, § 38 Rn. 20, 32ff.

Etwas anders liegt der Fall, wenn die Neuheitsschonfrist nach § 6 DesignG in Anspruch genommen wird. Die Neuheitsschonfrist bewirkt, dass in den zwölf Monaten vor dem Prioritätstag neuheitsschädliche Vorbeschreibungen oder Vorbenutzungen des sodann angemeldeten Designs unberücksichtigt bleiben, unter der Voraussetzung, dass die Vorbekanntmachung ausschließlich vom Entwerfer, seinem Rechtsnachfolger oder von bestimmten Dritten veranlasst worden ist und gerade diesen Gegenstand betrifft.¹⁸⁶ So kann getestet werden, ob ein Design gefällt und auf dem Markt Absatz finden wird. Die Neuheitsschonfrist verhindert lediglich, dass das Design selbst neuheitsschädlicher Formenschatz wird. Es gewährt aber keinen Schutz vor der Veröffentlichung neuheitsschädlicher Gestaltungen Dritter innerhalb der Zwölfmonatsfrist.¹⁸⁷ Designs, die unter Inanspruchnahme der Neuheitsschonfrist auf dem Markt sind und an denen erst später durch Registrierung ein Designrecht begründet wird, erleben eine Zeitspanne zwischen Offenbarung am Markt und Beurteilung ihrer Eigenart. Es ist möglich, dass in dieser Zeit eine Veränderung der Eigenart erfolgt. Marktveränderungen, insbesondere die Offenbarung naher Designs, können den Grad der Eigenart verringern. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt ist auch bei der Inanspruchnahme einer Neuheitsschonfrist die rechtsbegründende Eintragung in das Register.

Das Europäische Gericht (EuG) stellt allerdings bei der Beurteilung der Eigenart auf einen abweichenden Beurteilungszeitpunkt ab. In der Entscheidung *Grupo Promer* nimmt das Gericht zum Grad der Gestaltungsfreiheit Stellung, der bei der Beurteilung der Eigenart zu berücksichtigen ist, und stellt fest, dass die Gestaltungsfreiheit erheblich eingeschränkt sei.¹⁸⁸ Das Gericht stützt diese Feststellung auf die Betrachtung des Marktes zum Zeitpunkt des Anmeldetags des streitigen (jüngeren) Designs bzw. des in Anspruch genommenen Prioritätstages.¹⁸⁹ *Hartwig* äußert in seiner Anmerkung zu dem Urteil Bedenken gegen den Ansatz des EuG, da es hiernach auf den Zeitpunkt der Gestaltung dieses Musterankommen soll.¹⁹⁰ Wäre dies zutreffend, so könnte sich der Schutzzum-

186 v. Falckenstein in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, § 6 Rn. 4ff.

187 v. Falckenstein in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, § 6 Rn. 2.

188 EuG GRUR-RR 2010, 189 – *Grupo Promer*.

189 EuG GRUR-RR 2010, 189, Rn. 70 – *Grupo Promer*.

190 *Hartwig*, Anmerkung zu EuG GRUR-RR 2010, 189, 194.

fang des Designs dadurch ändern, dass sich der Formenschutz seit seiner Eintragung erweitert hat. Dies hätte zur Folge, dass der Designschutz gerade bei solchen Mustern entfallen kann, die eine besondere Eigenart haben und gerade deswegen eine Fülle ähnlicher Muster nach sich ziehen und dadurch zu einer Erweiterung der Formenvielfalt beitragen.¹⁹¹ Dieses Ergebnis wäre aber widersinnig und würde dem Gesetzeszweck widersprechen, der gerade die Eigenart eines Designs schützen will.

2. Urheberrecht

Urheber genießen nach § 1 UrhG Schutz für ihre Werke der Literatur, Wissenschaft oder Kunst. Voraussetzung hierfür ist die persönliche geistige Schöpfung (§ 2 Abs. 2 UrhG).

a) Geistige Schöpfung

Ein Werk im urheberrechtlichen Sinne liegt dann vor, wenn nach § 2 Abs. 2 UrhG das Merkmal einer persönlichen geistigen Schöpfung erfüllt ist. Eine gesetzliche Definition der geistigen Schöpfung gibt es nicht. Der Werkbegriff ist daher durch Auslegungsmerkmale zu bestimmen. Die Schöpfung ist von der Persönlichkeit des Schaffenden und der Individualität des Werkes mit einer gewissen Gestaltungshöhe geprägt. Es muss sich einerseits um eine menschlich-gestalterische Tätigkeit handeln.¹⁹² Und andererseits muss der menschliche Geist im Werk zum Ausdruck kommen. Das Werk muss etwas kommunizieren, einen Gedanken, eine Gefühl oder eine sonstige geistige Botschaft.¹⁹³

Im Gesetz sind in § 2 Abs. 1 Nr. 1-6 UrhG bestimmte geschützte Werkkategorien aufgezählt, die auf jeden Fall zu den durch das Urheberrecht geschützten Werken gehören. Dies sind vor allem Schriftwerke und Computerprogramme, Musikwerke, Lichtbilder und Filmwerke. Unter § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG fallen Werke der bildenden Künste einschließlich der Werke der Baukunst und der angewandten Kunst und Entwürfe solcher Werke. Geschützt werden auch Gegenstände der angewandten Kunst, die sich durch die serienmäßige und industrielle

¹⁹¹ BGH GRUR 2011, 142 – *Untersetzer*; BGH GRUR 1961, 635, 638 – *Stahlrohrstuhl I*.

¹⁹² *Loewenheim* in Schricker/Loewenheim, § 2 Rn. 38.

¹⁹³ *Loewenheim* in Schricker/Loewenheim, § 2 Rn. 45f.

Herstellung von den reinen Kunstwerken unterscheiden und die einem Gebrauchszweck dienen (z. B. Designermöbel).¹⁹⁴

b) Gestaltungshöhe

In dem Werk muss der geistige Inhalt in einer bestimmten Form Ausdruck gefunden haben. Dabei muss die Formgebung so weit fortgeschritten sein, dass sie den individuellen Geist auszudrücken vermag.¹⁹⁵ Generell wird im Urheberrecht auf den Grundsatz der sogenannten „kleinen Münze“ abgestellt¹⁹⁶. Dieser Grundsatz besagt, dass selbst einfachste Leistungen noch die notwendige Schöpfungshöhe beinhalten, vorausgesetzt, dass in ihnen die geringste Individualität und Eigenständigkeit des Schöpfers zum Ausdruck kommt, sei es auch nur in der Feststellung, dass ein anderer Urheber dieselbe Sache eventuell anders dargestellt hätte.¹⁹⁷

Bei den Werken der bildenden, der sog. „zweckfreien“ Kunst (Malen, Zeichnen, Grafiken, Bildhauerei, Baukunst) werden keine höheren Anforderungen an die Gestaltungshöhe gestellt. Erforderlich ist eine Schöpfung individueller Prägung, deren ästhetischer Gehalt einen solchen Grad erreicht, dass nach den im Leben herrschenden Anschauungen noch Kunst vorliegt.¹⁹⁸ Bei der angewandten Kunst gelten besondere Anforderungen an die Gestaltungshöhe. Hier wird die „kleine Münze“ nicht geschützt. Vielmehr ist erforderlich, dass das Werk durchschnittliche Gestaltungen deutlich überragt.¹⁹⁹

Eine Produktgestaltung kann damit nach Urheberrecht geschützt sein, sofern es einen höheren Grad an Gestaltungshöhe aufweist. Der BGH stellte in seiner bisherigen Rechtsprechung auf die künstlerische Leistung eines Werks ab.²⁰⁰ Allerdings ist die unterschiedliche Bewertung der Gestaltungshöhe von Werken der bildenden, zweckfreien

194 Lettl, Urheberrecht, § 2 Rn. 81.

195 Reh binder/Peukert, Urheberrecht, Rn. 149.

196 Teilweise wird der Schutz der „kleinen Münze“ abgelehnt, so OLG Köln ZUM 1994, 278.

197 Nordemann/Vinck in Fromm/Nordemann, § 2 UrhG, Rn. 13, 20.

198 BGH GRUR 1981, 517, 519 – Rollhocker.

199 BVerfG GRUR 2005, 410 – *Laufendes Auge*; BGH GRUR 2004, 941, 942 – *Metallbett*; Ohly, GRUR 2007, 731, 733.

200 BGH GRUR 2012, 58, 61 – *Seilzirkus*.

Kunst und Werken der angewandten Kunst dogmatisch fragwürdig, da auch Werke, die einem Gebrauchszweck dienen, eine ästhetische Wirkung haben und eine künstlerische Leistung darstellen können.²⁰¹ Und auch Werke der bildenden Kunst können einem Gebrauchszweck dienen, sodass die Unterscheidung schwierig zu treffen ist. Das Kriterium der künstlerischen Leistung kann für die Beurteilung nicht herangezogen werden, da auch ein Werk der Gebrauchskunst eine künstlerische Leistung beinhalten und somit von der ästhetischen Wirkung nicht getrennt werden kann.²⁰²

Im Zusammenhang mit der Umsetzung der Geschmacksmuster-Richtlinie lässt sich die bisherige Rechtsprechung des BGH mit der Anforderung eines höheren Grads an Schöpfungshöhe für Produktgestaltungen nicht mehr aufrechterhalten.²⁰³ Im Schrifttum wird zum Teil eine designerspezifische Absenkung der urheberrechtlichen Gestaltungshöhe verlangt.²⁰⁴ Demzufolge hat der BGH zwischenzeitlich seine strenge Rechtsprechung zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Werken der angewandten Kunst zu Gebrauchszwecken in Mode, Grafik oder Industrie aufgegeben und den Designschutz erweitert.²⁰⁵ Es komme nicht mehr auf eine bestimmte Gestaltungshöhe des Designs an, sondern nur noch auf die Unterschiedlichkeit des Musters.²⁰⁶ Damit sei der enge Bezug des Designrechts zum Urheberrecht beseitigt worden.

3. Lauterkeitsrecht

Das allgemeine Verbot des unlauteren Wettbewerbs nach der General Klausel des § 3 UWG erfasst alle geschäftlichen Handlungen, die den anständigen Gepflogenheiten im Handel, Gewerbe, Handwerk oder selbstständiger beruflicher Tätigkeit zuwiderlaufen.²⁰⁷ Konkretisiert wird das Lauterkeitsrecht durch die in § 4 UWG beispielhaft aufge-

201 Wöhrn in Wandtke, Urheberrecht, Kapitel 2, Rn. 7, 50ff.

202 Wöhrn in Wandtke, Urheberrecht, Kapitel 2, Rn. 44.

203 OLG Köln, ZUM 2011, 52, 54 – *Cremetiegel*; Wandtke in Wandtke, Urheberrecht, Kapitel 1, Rn. 77.

204 Zentek, WRP 2010, 73; Wandtke in Wandtke, Urheberrecht, Kapitel 1, Rn. 77.

205 BGH GRUR 2014, 175 – *Geburtstagszug*.

206 BGH GRUR 2014, 175 – *Geburtstagszug*.

207 Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 1 Rn. 7.

führten Tatbestände. Hierzu gehört insbesondere der Nachahmungsschutz nach § 4 Nr. 3 UWG. Der wettbewerbsrechtliche Nachahmungsschutz gewährt kein absolutes Ausschließlichkeitsrecht wie die Schutzrechte des gewerblichen Rechtsschutzes. Dennoch ist das Wettbewerbsrecht als ergänzender Leistungsschutz in der Praxis von erheblicher Bedeutung.²⁰⁸ Dabei geht es um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sich die grundsätzlich vom Gesetz vorgesehene Nachahmungsfreiheit als unlautere Geschäftshandlung darstellt.

a) Eigenart

Umstritten ist, ob zu den wesentlichen Schutzvoraussetzungen des UWG-Nachahmungsschutzes nach § 4 Nr. 3 UWG auch die Eigenart der zu schützenden Ware oder Dienstleistung gehört.²⁰⁹

aa) Begriff der Eigenart im Wettbewerbsrecht

Die Vorschrift des § 4 Nr. 3 UWG führt den Begriff der Eigenart nicht ausdrücklich auf. Es wird jedoch überwiegend als eine ungeschriebene Voraussetzung des UWG-Nachahmungsschutzes angesehen, dass die Waren wettbewerbsliche Eigenart aufweisen müssen.²¹⁰ Die Voraussetzung wurde von der Rechtsprechung zu § 1 UWG a. F. entwickelt. Bereits das Reichsgericht befasste sich in der Entscheidung *Puppenjunge* mit dem Einwand, die nachgeahmte Ware sei bloße Massenware und daher nicht schutzwürdig.²¹¹ In derselben Entscheidung betont das Gericht, dass in dem streitgegenständlichen Puppenjungen ein „eigenartiger Gedanke von gewissem besonderem Reiz Ausdruck finde.“²¹² Eine erste Konkretisierung des Merkmals erfolgte noch durch das Reichsgericht in der Entscheidung *Huthaken*.²¹³ Der BGH präziserte das Merkmal weiter, bis es die heutige Bedeutung erreicht hatte. Allerdings bewirkt bereits die Rechtssetzungsbefugnis der Gemeinschaft, dass die nationalen Gerichte europarechtskonform auslegen müssen.

²⁰⁸ *Lehmann-Schmidtke*, Das Erfordernis der wettbewerbslichen Eigenart, S. 45f.

²⁰⁹ *Sambuc*, GRUR 1986, 130.

²¹⁰ *Sambuc*, GRUR 1986, 130.

²¹¹ RG GRUR 1927, 132, 134 – *Puppenjunge*.

²¹² RG GRUR 1927, 132, 133 – *Puppenjunge*.

²¹³ RG GRUR 1928, 289, 292 – *Huthaken*.

So beeinflusst z. B. das europäische Verbraucherleitbild des durchschnittlich informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers die Auslegung der wettbewerblichen Eigenart, da der BGH das europäische Verbraucherleitbild als Beurteilungshorizont übernommen hat.

Die Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf zur UWG-Novelle 2004 erwähnt die wettbewerbliche Eigenart ausdrücklich und macht damit deutlich, dass durch die Gesetzesnovelle keine Veränderung hinsichtlich der alten Rechtslage gewollt war.²¹⁴ Somit kann auch auf Rechtsprechung und Literatur zur alten Gesetzesfassung zurückgegriffen werden.

bb) Bedeutungsinhalt

Ein Produkt hat wettbewerbsrechtliche Eigenart, wenn die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale dazu geeignet sind, die angesprochenen Verkehrskreise auf die betriebliche Herkunft oder die Besonderheiten des Produkts hinzuweisen.²¹⁵ Die wettbewerbsrechtliche Eigenart muss das Produkt vom allgemein Üblichen abheben und individualisierend herausstellen. Anfangs knüpfte die Rechtsprechung an eine gewisse Gütevorstellung des Verkehrs an.²¹⁶ Hierbei handelte es sich um eine qualitative Bewertung des Produkts an sich. Die Abwendung vom Qualitätserfordernis erfolgte mit der Entscheidung *Ovalpuderdose*, in der der BGH zwischen Herkunfts- und Gütevorstellungen unterschied und diese als Voraussetzungen voneinander trennte.²¹⁷ Gleichzeitig ersetzte das Gericht das Wort „Güte“ durch „Besonderheit“.²¹⁸ Damit war die wertende Betrachtung obsolet und ein Ver-

214 Begründung Regierungsentwurf UWG zu § 4 Nr. 9, BT-Drucks 15/1487, S. 18; Wiebe in MünchKomm, UWG, § 4 Nr. 9 Rn. 76.

215 BGH GRUR 2002, 629, 632 – *Blendseigel*; BGH GRUR 2006, 79, 81 – *Jeans I*; BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahnen*; BGH GRUR 2008, 1115, 1117 – *ICON*; BGH GRUR 2000, 521, 523 – *Modulgerüst*; BGH GRUR 2007, 339, Rn. 28f. – *Stufenleitern*; BGH GRUR 2006, 79, 81 – *Jeans II*; BGH GRUR 1986, 673 675 – *Beschlagprogramm*; Nordemann in Götting/Nordemann, § 4 Nr. 3 Rn. 3.32.

216 BGH GRUR 1969, 292, 293 – *Buntstreifensatin II*; BGH GRUR 1968, 419, 422 – *feuerfest*; BGH GRUR 1967, 315, 317 – *skaicubana*.

217 BGH WRP 1976, 370, 372 – *Ovalpuderdose*; ebenso in BGH GRUR 1977, 547, 550 – *Kettenkerze*; und BGH GRUR 1979, 119, 119 – *Modeschmuck*.

218 So in BGH GRUR 1977, 547, 550 – *Kettenkerze*.

gleich mit den Marktverhältnissen wurde der neue Maßstab. Heute ist gemäß BGH maßgeblich, inwieweit sich das Produkt durch seine Eigenart „von den üblichen Durchschnittserzeugnissen abhebt.“²¹⁹

Im UWG-Lauterkeitsrecht wird die Eigenart im Zusammenhang mit dem nachgeahmten Arbeitsergebnis gesehen. Damit stellt nicht die Gestaltungshöhe das maßgebliche Kriterium für die Schutzwürdigkeit dar, sondern vielmehr die Eignung der Gestaltungselemente.²²⁰ Die heute erforderliche Eignung als Hinweis auf die betriebliche Herkunft bzw. die Besonderheiten kann sich aus der konkreten Ausgestaltung oder aus bestimmten Merkmalen des Produkts ergeben.²²¹ Häufig begründen ästhetische Gestaltungsmerkmale die Eigenart des Produkts.²²² Technische Merkmale können auch Eigenart begründen, wenn es sich nicht um gemeinfreie, weil zum Stand der Technik gehörende, technische Lösungen handelt, oder um technisch notwendige Ausgestaltungen.²²³ Die Eigenart kann sich aber auch aus der Kennzeichnung des Produkts ergeben.²²⁴ Als Besonderheit, auf die hingewiesen wird, kommt z. B. eine überdurchschnittlich individuelle schöpferische Gestaltung im ästhetischen Bereich in Betracht.²²⁵ Die Gestaltung muss nicht zwangsläufig originell sein, auch eine schlichte oder puristische Gestaltung kann wettbewerbliche Eigenart begründen.²²⁶

Teilweise wird angenommen, dass in Fällen der Herkunftstäuschung die wettbewerbliche Eigenart des Produkts in der Eignung, auf die betriebliche Herkunft hinzuweisen, bestehen muss und es nicht ausreicht, wenn die Eigenart darin besteht, auf die Besonderheiten des

219 BGH WRP 1976, 370, 372 – *Ovalpuderdose*.

220 *Lehmann-Schmidtke*, Das Erfordernis der wettbewerblichen Eigenart, S. 45f., 69f., 265f.; *Kur*, GRUR 1990, 1, 8.

221 BGH GRUR 2006, 79 Rn. 21 – *Jeans I*; BGH GRUR 2007, 339, Rn. 26 – *Stufenleitern*; BGH GRUR 2007, 795, Rn. 25 – *Handtaschen*; BGH GRUR 2008, 1115, Rn. 20 – *ICON*.

222 BGH GRUR 1984, 453, 453f. – *Hemdblusenkleid*; BGH GRUR 1985, 876, 877 – *Tchibo/Rolex*.

223 *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rn. 3.28ff.; BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahn*.

224 *Götting/Hetmank* in *Fezer*, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 53, BGH GRUR 2001, 251, 253 – *Messerkennzeichnung*.

225 BGH GRUR 1984, 453, 454 – *Hemdblusenkleid*; OLG München GRUR 1995, 275, 276 – *Parka-Modell*.

226 BGH GRUR 2012, 1155, Rn. 34 – *Sandmalkasten*.

Produkts hinzuweisen.²²⁷ Erst die Eignung als Herkunftshinweis führt zu der Vorstellung der Verbraucher, anstelle einer Nachahmung das „Original“ vor sich zu haben.²²⁸ Ergibt sich die Unlauterkeit jedoch aus einer Rufausbeutung oder Rufbeeinträchtigung, ist die Variante der Eigenart beliebig.

Allgemein üblichen Waren fehlt die wettbewerbliche Eigenart. Produkte, die von den Mitbewerbern ebenso hergestellt werden, haben nicht die Eignung, auf die Herkunft oder die Besonderheiten derselben hinzuweisen, weil sie gar keine Vorstellung in diesem Sinne auslösen.²²⁹ Häufig sind Produkte des täglichen Bedarfs und Massenwaren nur wenig unterschiedlich und der Verkehr nimmt daher nur das generische Produkt wahr.²³⁰ Er interessiert sich nicht für die Herkunft solcher Produkte.²³¹

Die wettbewerbliche Eigenart begründet die wettbewerbsrechtliche Schutzwürdigkeit.²³² Der BGH zog in der Entscheidung *vitra programm* eine Parallele zwischen der wettbewerblichen Eigenart und der wettbewerblichen Schutzwürdigkeit, indem er die Begriffe synonym verwendete.²³³ Der Tatbestand des UWG-Leistungsschutzes enthält neben der wettbewerblichen Eigenart weitere Schutzvoraussetzungen. Im Ergebnis ist die Eigenart aber das entscheidende Kriterium bei der Frage der Schutzwürdigkeit.

cc) Neuheit und Bekanntheit

Neuheit ist keine Voraussetzung für wettbewerbliche Eigenart. Es ist aber tatsächlich der Fall, dass neuen Gestaltungen eher wettbewerbliche Eigenart zukommt.²³⁴ Die Eignung kann sich auch daraus ergeben, dass

227 Ohly in Ohly/Sosnitza, § 4.3 Rn. 3/33 und 3/37; Eck in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 56 Rn. 49; OLG Hamburg GRUR-RR 2006, 94, 96 – *Gipfrespitze*; andere Ansicht BGH GRUR 1984, 453, 454 – *Hemdblusenkleid*; BGH GRUR 2007, 984, Rn. 24 – *Gartenliege*.

228 *Sambuc*, GRUR 1986, 130, 138.

229 *Sambuc* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 4 Nr. 3 Rn. 79.

230 BGH GRUR 2001, 443, 444f. – *Viennetta*.

231 BGH GRUR 2007, 339, 342 – *Stufenleitern*.

232 *Nemeczek*, WRP 2010, 1315, 1315.

233 BGH GRUR 1984, 597, 598 – *vitra programm*.

234 *Sambuc* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 4 Nr. 3 Rn. 90f.

in der Gestaltung bekannte Elemente ungewöhnlich kombiniert oder ausgewählt und zusammengestellt werden.²³⁵ Aber auch bekannte, überdurchschnittlich individuelle schöpferische Gestaltungen im ästhetischen Bereich können Eigenart begründen.²³⁶

Nach herrschender Meinung ist auch die Bekanntheit keine zwingende Voraussetzung.²³⁷ Denn der Schutz soll nicht nur den am Markt etablierten Produkten zukommen, sondern auch neuen Erzeugnissen, die anfangs keine Verkehrsbekanntheit genießen.²³⁸ Allerdings stützt sich der UWG-Nachahmungsschutz in der Praxis häufig auf die Herkunftstäuschung. Hinsichtlich der Herkunftstäuschung führte der BGH in der Entscheidung *Puppenausstattungen* aus, dass der „ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz gegen eine vermeidbare Herkunftstäuschung nicht nur zur Voraussetzung (hat), dass das nachgeahmte Erzeugnis wettbewerbliche Eigenart besitzt, sondern in aller Regel auch, dass es bei den maßgeblichen Verkehrskreisen eine gewisse Bekanntheit erlangt hat.“²³⁹ Anderenfalls könne die Gefahr einer Herkunftstäuschung in aller Regel bereits begrifflich nicht bestehen.

Zwar betrifft die Aussage die Herkunftstäuschung und nicht die wettbewerbliche Eigenart. Die Herkunftstäuschung steht aber in engem Zusammenhang mit der wettbewerblichen Eigenart, weil sie erfordert, dass die Gestaltung des Produkts als Herkunftshinweis geeignet ist. Nach dieser Rechtsprechung des BGH setzt der Schutz gegen eine vermeidbare Herkunftstäuschung die Bekanntheit des Produkts voraus.²⁴⁰ Daraus kann aber nicht allgemein gefolgert werden, dass auch wettbewerbliche Eigenart Bekanntheit voraussetzt.²⁴¹

Andererseits kann bei einem Produkt, das von Haus aus keine wettbewerbliche Eigenart besitzt, diese durch Bekanntheit begründet

235 BGH GRUR 2006, 79, 81 – *Jeans*; BGH GRUR 1982, 305, 307 – *Büromöbelprogramm*.

236 Köhler in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3.32.

237 Köhler in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3.24.

238 Köhler in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3.25.

239 BGH GRUR 2005, 166, 167 – *Puppenausstattungen*; ebenso z. B. BGH GRUR 2002, 275, 276 – *Noppenbahn*.

240 Götting/Hetmank in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 61; BGH GRUR, 204, 941, 943 – *Metallbett*; BGH GRUR 2005, 600, 602 – *Handtuchklemmen*.

241 BGH GRUR 2001, 251, 253 – *Messerkennzeichnung*.

werden.²⁴² Außerdem kann Bekanntheit den Grad der Eigenart steigern.²⁴³ Für diesen Zweck kommen z. B. Werbemaßnahmen in Betracht.

dd) Beurteilungshorizont

Der Beurteilungshorizont ist der Eindruck des Verbrauchers. Das wettbewerbsrechtliche Verbraucherleitbild geht von einem durchschnittlich informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher aus.²⁴⁴ Das Verbraucherleitbild wurzelt im Gemeinschaftsrecht und ist das Ergebnis des Bestrebens nach einem hohen Schutzniveau für Verbraucher in der Europäischen Union. Es orientiert sich nicht an einem stets aufmerksamen und verständigen Idealverbraucher, sondern berücksichtigt, dass der Verbraucher nicht immer mit aller Aufmerksamkeit agiert. Der Durchschnittsverbraucher übersieht Dinge und ist gelegentlich flüchtig in seiner Betrachtung. Die Fähigkeiten des Durchschnittsverbrauchers sind davon abhängig, welche Verbrauchergruppe Adressat der Ware ist. Soziale, kulturelle und sprachliche Eigenschaften, das Alter sowie die Erfahrung mit Wirtschaftsvorgängen beeinflussen das Verbraucherleitbild.²⁴⁵

Der BGH hat in verschiedenen Entscheidungen ein inhaltlich deckungsgleiches Leitbild entwickelt, das lediglich begrifflich vom europarechtlichen Verbraucherleitbild divergiert.²⁴⁶ In der Entscheidung *Klemmbausteine III* sprach der BGH von einem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher.²⁴⁷ Der BGH hat sein Leitbild hinsichtlich der Aufmerksamkeit des Durchschnittsverbrauchers konkretisiert und einen situationsbezogenen Ansatz entwickelt. Danach hängen die Anforderungen an die Aufmerksamkeit davon ab, in welcher Situation der Verbraucher Adressat von

²⁴² *Sambuc* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 4 Nr. 3 Rn. 86f.

²⁴³ BGH GRUR 2001, 251, 253 – *Messerkennzeichnung*.

²⁴⁴ EuGH NJW 1998, 3183, 3184 – *Gut-Springenheide*; EuGH NJW 2000, 1173, 1174 – *Lifting*; BGH GRUR 2005, 349, 352 – *Klemmbausteine III*.

²⁴⁵ *Lettl*, Wettbewerbsrecht, § 1 Rn. 86.

²⁴⁶ *Lettl*, Wettbewerbsrecht, § 1 Rn. 90ff.

²⁴⁷ BGH GRUR 2005, 349, 352 – *Klemmbausteine III*; ebenso in BGH GRUR 2003, 249, 249 – *Preis ohne Monitor*; BGH GRUR 2007, 802, 804 – *Testfotos III*.

geschäftlichem Handeln wird.²⁴⁸ Bei Anschaffungen, die teuer oder aufwendig sind oder bei denen Sicherheit ein relevanter Aspekt ist, wird sich der Durchschnittsverbraucher regelmäßig besser informieren als beim Erwerb von günstigen, leicht ersetzbaren Waren.

ee) Beurteilungszeitpunkt

Bei der Beurteilung der Eigenart wird auf den Zeitpunkt des Anbietens der Nachahmung abgestellt.²⁴⁹ Der Zeitpunkt der Nachahmungshandlung selbst ist nicht maßgeblich.²⁵⁰ Das Anbieten ist der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt, weil der Nachahmungsschutz an das Anbieten das Unrechtsverhalten anknüpft. Außerdem spielt der gerichtlich geltend gemachte Anspruch eine Rolle. Bei einer Klage auf Unterlassung muss die wettbewerbliche Eigenart am Tag der letzten mündlichen Verhandlung noch vorliegen.²⁵¹ Bei einer Klage auf Schadensersatz ist es erforderlich, dass im Zeitraum, für den Schadensersatz beansprucht wird, Eigenart besteht.²⁵²

Wenn die Nachahmung angeboten wird, ist das Produkt meist seit einiger Zeit auf dem Markt, daher liegt eine Zeitspanne zwischen dem Markteintritt des Produkts und der Beurteilung seiner Eigenart. In dieser Zeit kann sich der Grad der Eigenart der Ware verändern, er kann steigen oder sinken. Die Umstände dafür können in der Ware selbst begründet sein oder sich aus dem Marktgeschehen ergeben. Zum Beispiel führt die Werbung für ein Produkt dazu, dass seine Bekanntheit steigt; je bekannter eine Ware ist, umso eher erachtet der Verkehr das Produkt oder Merkmale des Produkts als Hinweis auf die Herkunft. So kann der Hersteller einer Ware durch Werbe- und Marketingmaßnahmen die Bekanntheit seiner Ware steigern und dadurch Einfluss auf die wettbewerbliche Eigenart nehmen. Andererseits kann die ursprüngliche wettbewerbliche Eigenart einer Ware verloren gehen, weil der Hersteller keinerlei Marketing betreibt. Sie kann auch gänzlich erlöschen, wenn die

248 Lettl, Wettbewerbsrecht, § 1 Rn. 93; BGH GRUR 2000, 619, 621 – *Orient-Teppichmuster*; BGH GRUR 2003, 626, 627 – *Umgekehrte Versteigerung II*.

249 Köhler in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3.26; BGH GRUR 1985, 876, 878 – *Tchibo/Rolux I*; Ohly in Ohly/Sosnitza, § 4.3 Rn. 3/35.

250 Ohly in Ohly/Sosnitza, § 4.3 Rn. 3/35.

251 *Sambuc* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 4 Nr. 3 Rn. 97.

252 *Sambuc* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 4 Nr. 3 Rn. 97.

konkrete Ausgestaltung des Produkts oder seiner Merkmale aufgrund der Entwicklung der Verhältnisse auf dem Markt nicht mehr geeignet ist, auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen.²⁵³

ff) Interessenabwägung im Einzelfall

Die Beurteilung, ob wettbewerbliche Eigenart zur Schutzwürdigkeit der nachgeahmten Ware führt, ist im Wege einer Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen.²⁵⁴ Dazu erfolgt eine Gesamtwürdigung der Umstände und Interessen des konkreten Falls.²⁵⁵ Von Bedeutung sind hier im Wesentlichen auf der einen Seite die Nachahmungsfreiheit und das Freihaltebedürfnis zugunsten der Mitbewerber, auf der andern Seite das Schutzbedürfnis des Produkts und des Herstellers. Im Rahmen der Beurteilung werden verschiedene Kriterien herangezogen, abhängig vom Produkt z. B. die Gestaltungshöhe, die Neuheit, Lizenzierungserfordernisse, Markterschließung sowie Mühen- und Kostenaufwand.²⁵⁶ Durch die Interessenabwägung wird sichergestellt, dass der UWG-Nachahmungsschutz nur Waren zuteilwird, die unter Berücksichtigung der Interessen der Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit schutzwürdig sind. Zwar steht bei § 4 Nr. 3 UWG der Schutz des Mitbewerbers im Vordergrund,²⁵⁷ weil aber der Leistungsschutz ein Bestandteil des UWG ist und somit auch den lautereren Wettbewerb bezweckt, müssen die Interessen der übrigen Marktteilnehmer Berücksichtigung finden.

gg) Wettbewerbliche Eigenart einer Produktgestaltung

Beim Schutz von Produktgestaltungen nach den §§ 3, 4 Nr. 3 a) oder b) UWG kann sich die Eigenart der Produktgestaltung aus der Eignung als Herkunftshinweis oder der Eignung als Hinweis auf die Besonderheiten des Produkts ergeben. Dazu müssen sich die Gesamtge-

²⁵³ Ohly in Ohly/Sosnitza, § 4.3 Rn. 3/35.

²⁵⁴ Götting/Hetmank in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 63, 88; Lettl, Wettbewerbsrecht, § 5 Rn. 41.

²⁵⁵ Götting/Hetmank in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 63, 88.

²⁵⁶ Götting/Hetmank in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 63, 88, 115f.

²⁵⁷ Nordemann in Götting/Nordemann, § 4 Nr. 3 Rn. 3.5.

staltung oder einzelne Gestaltungsmerkmale das Produkt vom allgemein Üblichen abheben und individualisierend herausstehen.

In der Entscheidung *Einkaufswagen III* hat der BGH dem Original-Einkaufswagen eine gesteigerte wettbewerbliche Eigenart zugesprochen, da das Gesamtdesign des Untergestells den Original-Einkaufswagen deutlich von anderen Einkaufswagen abhebe.²⁵⁸ Die bestehenden Unterschiede zwischen Original und Nachahmung fielen nach Ansicht des BGH bei einer Gesamtbetrachtung nicht auf. Dennoch sah das Gericht hier keine unlautere Ausnutzung des Rufs des Herstellers. Vielmehr sei dem Interesse des Wettbewerbers an einer optischen Kompatibilität mit dem Original-Einkaufswagen Rechnung zu tragen. Zwar bestehe in der Regel kein sachlich gerechtfertigter Grund zu einer (fast) identischen Übernahme ästhetischer Gestaltungsmerkmale, mit denen die angesprochenen Verkehrskreise Herkunftsvorstellungen verbinden. Den Wettbewerbern sei vielmehr ein Ausweichen auf andere Gestaltungsformen und damit ein Abstand zum Original möglich und zumutbar. Doch bestehe vorliegend wegen eines Ersatz- oder Erweiterungsbedarfs ein Interesse an der Verfügbarkeit auch in der äußeren Gestaltung kompatibler Konkurrenzprodukte.²⁵⁹

Die Rechtsprechung hat wettbewerbliche Eigenart allerdings bei den folgenden Produktgestaltungen bejaht: Luxusuhren²⁶⁰, in Wellen geschichtetes Speiseeis²⁶¹, Möbelstücke²⁶², Handtaschen²⁶³, die Gestaltung einer Pollerleuchte²⁶⁴ und die Gestaltung eines Pflegebetts²⁶⁵. Die Eigenart kann sich aber auch aus technischen Merkmalen ergeben. So bejahte der BGH in der Entscheidung *Modulgerüst*, deren Gegenstand ein Baugerüst war, die wettbewerbliche Eigenart des Produkts aufgrund der technischen Merkmale der Gerüstknoten.²⁶⁶

258 BGH GRUR 2013, 1052 – *Einkaufswagen III*.

259 BGH GRUR 2013, 1052 – *Einkaufswagen III*.

260 BGH GRUR 1985, 876, 878 – *Tchibo/Rolex I*.

261 BGH GRUR 2001, 443, 444 – *Viennetta*.

262 OLG Köln GRUR-RR 2008, 166, 168 – *Bigfoot*; BGH GRUR 1987, 903, 905 – *Le Corbusier-Möbel*.

263 BGH GRUR 2007, 795, Rn. 26 – *Handtaschen*; OLG Frankfurt GRUR-RR 2015, 381 – *Falttasche*.

264 BGH GRUR 2002, 629, 632 – *Blendsegel*.

265 BGH GRUR 2003, 359, 360 – *Pflegebett*.

266 BGH GRUR 2000, 521, 523 – *Modulgerüst*.

b) Nachahmung und Anbieten

Das vorwerfbare Verhalten des wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes ist das Anbieten einer Nachahmung. Das Nachahmen setzt voraus, dass der Nachahmer das Original kennt und es als Vorbild benutzt.²⁶⁷ Eine parallele Entwicklung oder Schöpfung ist nicht umfasst.²⁶⁸

Bei der Nachahmung werden unterschiedlich intensive Stufen unterschieden. Am intensivsten ist die sogenannte „unmittelbare Übernahme“, die auch „identische Nachbildung“ genannt wird. Dabei wird das Original unverändert und ohne eigene Leistung mittels technischer Vervielfältigungsverfahren direkt übernommen.²⁶⁹ Weicht die Nachahmung geringfügig ab, erweckt aber immer noch den gleichen Gesamteindruck, ist sie eine sogenannte „fast identische Nachahmung“. Sie ist wie die unmittelbare Übernahme zu behandeln, weil auch hier der Nachahmende keine eigene Leistung erbringt.²⁷⁰ Die am wenigsten intensive Form der Übernahme ist die „nachschaffende Nachahmung“. Dabei dient das Original lediglich als Vorlage und die Nachahmung beinhaltet eine gewisse Eigenleistung.²⁷¹ Das Original ist aber auch bei einer nachschaffenden Nachahmung erkennbar, weil die wesentlichen Elemente übernommen werden und erkennbar sind.

Das Herstellen der Nachahmung für sich betrachtet ist allerdings noch nicht tatbestandsmäßig, sondern erst das Anbieten der Nachahmung. Das Anbieten ist unabhängig von dem Herstellen der Nachahmung und es ist nicht erforderlich, dass der Anbieter Kenntnis vom Original oder vom Umstand des Nachahmens hat.²⁷² Anbieten wird weit verstanden und umfasst alle Handlungen, die auf den Vertrieb des Produkts gerichtet sind.

267 Köhler in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3, 34.

268 Ohly in Ohly/Sosnitza, § 4.3 Rn. 3/46.

269 Götting/Hetmank in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 67; BGH GRUR 1959, 240, 242 – *Nelkenstecklinge*; BGH GRUR 1999, 923, 927 – *Tele-Info-CD*.

270 Götting/Hetmank in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 68; BGH GRUR 2000, 521, 524 – *Modulgerüst*; BGH GRUR 1999, 751, 753 – *Güllepipen*; GRUR 1999, 1106, 1108 – *Rollstuhlnachbau*.

271 Götting/Hetmank in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 69.

272 Ohly in Ohly/Sosnitza, § 4.3 Rn. 3/46.

Die Nachahmung von Produktgestaltungen weist meist eine hohe Intensität auf. Wenn es sich nicht um einen Fall der unmittelbaren Übernahme handelt, ist die Übernahme zumindest fast identisch. Bei der Nachahmung von Produktgestaltungen legt es der Nachahmer meist darauf an, dass die Nachahmung mit dem Original verwechselt wird oder zumindest stark an das Original angelehnt ist. Bereits aus diesem Grund ist eine enge Orientierung am Original erforderlich. Für das Anbieten von Produktgestaltungen ergeben sich keine Besonderheiten.

c) Besondere, die Unlauterkeit begründende Umstände

§ 4 Nr. 3 UWG enthält drei Tatbestandsalternativen, bei deren Vorliegen die Nachahmung unlauter ist. Die Aufzählung ist nicht abschließend.²⁷³ In besonderen Ausnahmefällen können auch andere wettbewerbswidrige Verhaltensweisen die Unlauterkeit der Nachahmung begründen. Die alte Rechtsprechung hat dies bei (systematischer) Behinderung von Mitbewerbern (damals noch unter § 1 UWG a.F.) angenommen und wurde darin von der neuen Rechtsprechung zu § 4 Nr. 3 UWG bestätigt.²⁷⁴

aa) Vermeidbare Herkunftstäuschung

Nach § 4 Nr. 3 a) UWG ist die Nachahmung von Produkten unlauter, wenn sie eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeiführt. Der Unlauterkeitstatbestand besteht aus den beiden Komponenten der Gefahr einer Herkunftstäuschung und deren Vermeidbarkeit.

Die Gefahr einer Herkunftstäuschung ist gegeben, wenn die angesprochenen Verkehrskreise den Eindruck gewinnen können, dass die Nachahmung vom Hersteller des Originals oder einem mit ihm geschäftlich oder organisatorisch verbundenen Unternehmen stammt.²⁷⁵

273 Begründung Regierungsentwurf UWG zu § 4 Nr. 9, BT-Drucks. 15/1487, S. 18; BGH GRUR 2004, 941, 943 – *Metallbett*.

274 BGH GRUR 1960, 244, 246 – *Simili-Schmuck*; BGH GRUR 2007, 795, 799 – *Handtaschen*, dort allerdings abgelehnt.

275 BGH GRUR 1988, 385, 387 – *Wäsche-Kennzeichnungsbänder*.

Eine Herkunftstäuschung setzt voraus, dass sich der Verkehr überhaupt Gedanken über die Herkunft der Waren macht. Es ist nicht ausreichend, dass er die Waren lediglich verwechselt.²⁷⁶ Teilweise wird in der Literatur die Auffassung vertreten, die Herkunftstäuschung erfordere, dass sich die wettbewerbliche Eigenart des Originals aus dessen Eignung auf die betriebliche Herkunft des Produkts hinzuweisen ergebe.²⁷⁷ Tatsächlich wird der Umstand meist gegeben sein. Durch diese enge Verbindung von Herkunftstäuschung und wettbewerblicher Eigenart kommt dem Merkmal der Herkunftstäuschung geringe Bedeutung zu. Denn für den Fall, dass ein Produkt Eigenart besitzt, weil es geeignet ist, auf seine betriebliche Herkunft hinzuweisen, und wenn dieses Produkt nachgeahmt wird, liegt in der Regel auch eine Herkunftstäuschung vor.

Vermeidbar ist die Herkunftstäuschung dann, wenn sie durch geeignete Maßnahmen ausgeschlossen werden kann.²⁷⁸ Eine unvermeidbare Herkunftstäuschung ist nicht unlauter. Daher ist die Übernahme technischer Merkmale häufig nicht unlauter. Denn die Übernahme von Merkmalen, die den allgemein zugänglichen Stand der Technik darstellen und eine technische Aufgabe lösen, ist nicht vermeidbar, wenn keine andere Gestaltungsmöglichkeit existiert bzw. sinnvoll ist.²⁷⁹

Die Gefahr einer Herkunftstäuschung ist tatsächlich ausgeschlossen, wenn Umstände und Merkmale vorliegen, die es für den Verkehr klar und eindeutig machen, dass die Nachahmung nicht von dem Hersteller des Originals stammt bzw. von einem verbundenen Unternehmen. In Betracht kommt z. B. ein eklatanter Preisunterschied oder ein abweichender Vertriebsweg. Auch eine deutlich unterschiedliche Herstellerkennzeichnung räumt die Gefahr aus.²⁸⁰

In Bezug auf Produktgestaltungen ist die vermeidbare Herkunftstäuschung eine häufig einschlägige Tatbestandsvariante. Das Tatbestandsmerkmal der Herkunftstäuschung folgt bei Produktgestaltungen

²⁷⁶ *Sambuc*, Der UWG-Nachahmungsschutz, Rn. 84 und Rn. 89ff.; BGH GRUR 1963, 152, 155f. – *Rotaprint*.

²⁷⁷ *Ohly* in *Ohly/Sosnitza*, § 4.3 Rn. 3/52.

²⁷⁸ BGH GRUR 2001, 443, 445 – *Viennetta*; BGH GRUR 2000, 521, 525 – *Modulgerüst*.

²⁷⁹ BGH GRUR 2005, 600, 603 – *Handtuchklemmen*; BGH GRUR 2002, 820, 822 – *Bremszangen*; *Sambuc* in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, § 4 Nr. 3 Rn. 121ff.; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rn. 3.49.

²⁸⁰ BGH GRUR 2001, 251, 254 – *Messerkennzeichnung*.

meist daraus, dass die Gestaltung dazu geeignet ist, auf die betriebliche Herkunft des Produkts hinzuweisen. Die Herkunftstäuschung ist regelmäßig vermeidbar, weil gerade die besonderen und wirtschaftlich erfolgreichen Gestaltungen nachgeahmt werden und auch eine andere Gestaltung hätte gewählt werden können. Es werden regelmäßig die Produktgestaltungen nachgeahmt, die sich als wirtschaftlich erfolgreich erwiesen haben, weil sie gefällig oder ausgefallen sind oder sich auf andere vorteilhafte Weise von den übrigen gleichartigen Produkten abheben. In diesen Fällen begründet die Gestaltung regelmäßig die wettbewerbliche Eigenart des Produkts. Häufig ergibt sich die Eigenart aus der Eignung als Herkunftshinweis. Die Nachahmung solcher Produkte begründet regelmäßig die Gefahr einer vermeidbaren Herkunftstäuschung, § 4 Nr. 3 a) UWG.²⁸¹

Es gibt eine Vielzahl von Beispielen in der Rechtsprechung für Produktgestaltungen, die nach § 4 Nr. 3 a) UWG Schutz gegen Nachahmung genießen. Der BGH hat z. B. für die Elemente eines Büromöbelprogramms Nachahmungsschutz gewährt.²⁸² Ebenso hat der BGH Schutz gegen Herkunftstäuschung für eine Vakuumpumpe²⁸³, ein Metallbettgestell²⁸⁴, dreibeinige Gartenliegen²⁸⁵, eine Fassadengestaltung²⁸⁶ und einen Rollstuhl²⁸⁷ bejaht. Das OLG Düsseldorf gestand den Schutz auch den Elementen des Gartenschlauchsystems *Gardena* zu.²⁸⁸

bb) Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung

Die Nachahmung ist nach § 4 Nr. 3 b) UWG unlauter, wenn die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausgenutzt oder beeinträchtigt wird. Diese Tatbestandsalternative

281 Rohnke, FS Erdmann, S. 455, 456; Stieper, WRP 2006, 291, 299; Heep, Lauterkeitsrechtlicher Schutz vor Herkunftstäuschung und Rufausbeutung im Verhältnis zum Geschmacksmuster- und Kennzeichenrecht, S. 77; Bornkamm, GRUR 2005, 97, 102; Bulling/Langöhrig/Hellwig, Geschmacksmuster, XVIII Rn. 1097.

282 BGH GRUR 1982, 305 – *Büromöbelprogramm*.

283 BGH GRUR 1996, 210 – *Vakuumpumpen* (allerdings mit dem Hinweis auf eine mögliche Verwirkung).

284 BGH GRUR 2004, 941 – *Metallbett*.

285 BGH GRUR 2007, 984 – *Gartenliege*.

286 BGH GRUR 1977, 614 – *Gebäudefassade*.

287 BGH GRUR 1999, 1106, 1108 – *Rollstuhlnachbau*.

288 OLG Düsseldorf GRUR 1990, 207 – *Gardena*.

schützt den guten Ruf.²⁸⁹ Er ist das Ergebnis von Investitionen in Forschung, Entwicklung oder Marketing und soll dem zukommen, der die entsprechende Investition erbracht hat. Unlauterkeit nach dieser Variante erfordert, dass das nachgeahmte Produkt Wertschätzung genießt und diese unangemessen ausgenutzt oder beeinträchtigt wird. Wertschätzung setzt eine gewisse Bekanntheit voraus, weil es sich dabei generell um positive Assoziationen, wie z. B. Qualitätsvorstellung, Exklusivität, Prestige, Sportlichkeit oder Modernität, handelt.²⁹⁰

Die Ausnutzung der Wertschätzung, auch als „Rufausbeutung“ bezeichnet, besteht in einem Imagetransfer.²⁹¹ Der angesprochene Verkehr überträgt die positiven Vorstellungen von Qualität, Prestige, Exklusivität etc. des Originals auf die Nachahmung. Bei der Beeinträchtigung der Wertschätzung, auch Rufbeeinträchtigung genannt, nimmt der Ruf des Originalprodukts durch die Nachahmung Schaden. Das kann z. B. auf dem Umstand beruhen, dass die Nachahmung von minderwertiger Qualität ist²⁹² oder dass die Exklusivität des Originalprodukts durch massenhafte Nachahmung zunichte gemacht wird.²⁹³

Die Rufausbeutung/-beeinträchtigung ist unlauter, wenn sie unangemessen ist. Unangemessenheit ist eine Wertungsfrage und bemisst sich nach den Gesamtumständen des Einzelfalls.²⁹⁴ Es werden die Interessen des Originalherstellers mit den Interessen der Allgemeinheit und anderer Wettbewerber unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Nachahmungsfreiheit gegeneinander abgewogen.

Die Nachahmung von Produktgestaltungen ist häufig bereits nach § 4 Nr. 3 a) UWG unlauter. Aus diesem Grund sind Gerichtsentscheidungen, in denen Produktgestaltungen Schutz gegen Rufausbeutung oder Rufbeeinträchtigung zugesprochen wurde, selten. In den meisten Fällen der Herkunftstäuschung ist auch eine Rufausbeutung gegeben,

289 Ohly in Ohly/Sosnitzer, § 4.3 Rn. 3/65.

290 BGH GRUR 1998, 830, 833 – *Les-Paul-Gitarren*; BGH GRUR 1985, 876, 878 – *Tchibo/Rolux I*.

291 BGH GRUR 2005, 349, 353 – *Klemmbausteine III*; BGH GRUR 1909, 500, 502 – *Beta Layout*; Ohly in Ohly/Sosnitzer, § 4.3 Rn. 3/66f.

292 BGH GRUR 1987, 903, 905 – *Le-Corbusier-Möbel*; GRUR 2000, 521, 526f. – *Modulgerüst*.

293 BGH GRUR 1985, 876, 878 – *Tchibo/Rolux I*; BGH GRUR 2007, 795, 799 – *Handtaschen*.

294 Köhler in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3.51a; Ohly in Ohly/Sosnitzer, § 4.3 Rn. 3/68.

weil mit der Herkunftstäuschung ein Imagetransfer einhergeht. In der Praxis fußen die Entscheidungen meist auf der Herkunftstäuschung.²⁹⁵ Zu erwähnen sind hier beispielhaft die *Kelly-Bag*-Handtaschen der Firma *Hermès*²⁹⁶, chirurgische Instrumente²⁹⁷, ein Faltrollstuhl²⁹⁸, die *Les-Paul*-Gitarre der Firma *Gibson*²⁹⁹ und *Rolex*-Uhren.³⁰⁰

cc) Unredliche Erlangung von Unterlagen und Kenntnissen

§ 4 Nr. 3 c) UWG besagt, dass eine Nachahmung unter dem Umstand unlauter ist, dass der Nachahmer die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen unredlich erlangt hat. Die Erlangung ist unredlich, wenn sie strafrechtlich relevant ist oder wenn sie auf Täuschung oder Vertrauensmissbrauch im Verhältnis zum berechtigten Kenntnisinhaber beruht.

Die Unlauterkeitsvariante ist relevant, wenn die Nachahmung der Ware spezielle Kenntnisse erfordert, z. B. im technischen oder chemischen Bereich. Die Nachahmung von Produktgestaltungen erfordert selten besondere Kenntnisse, da die äußere Gestaltung leicht ersichtlich ist. Daher ist § 4 Nr. 3 c) UWG beim Schutz von Produktgestaltungen wenig relevant.

d) Wechselwirkung zwischen den Tatbestandsvoraussetzungen

Es besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerbsrechtlichen Eigenart, der Intensität der Nachahmung und den besonderen wettbewerbsrechtlichen Umständen.³⁰¹ Je stärker ein Element ausgeprägt ist, desto geringere Anforderungen werden an das Vorliegen der anderen Elemente gestellt.³⁰² Falls ein Element allerdings gar

²⁹⁵ *Sambuc*, GRUR 1986, 130, 137f.

²⁹⁶ BGH GRUR 2007, 795 – *Handtaschen*.

²⁹⁷ OLG Köln GRUR-RR 2006, 278 – *Arbeitselement für Resektoskopie*.

²⁹⁸ BGH GRUR 1999, 1106 – *Rollstuhlnachbau*.

²⁹⁹ BGH GRUR 1998, 830 – *Les-Paul-Gitarren*.

³⁰⁰ BGH GRUR 1985, 876 – *Tchibo/Rolux*.

³⁰¹ *Nordemann* in Götting/Nordemann, § 4 Nr. 3 Rn. 3.91; BGH GRUR 2008, 1115, 1117 – *ICON*; BGH GRUR 2008, 793, 795 – *Rillenkoffer*; BGH GRUR 2007, 984, 985 – *Gartenliege*; BGH GRUR 2007, 795, 797 – *Handtaschen*; BGH GRUR 2001, 443, 445 – *Viennetta*.

³⁰² *Eck* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 56 Rn. 37.

nicht gegeben ist, ist die Handlung nicht unlauter.³⁰³ Die Wechselwirkung ermöglicht eine Gesamtbeurteilung der Einzelfallumstände und involvierten Interessen.³⁰⁴

4. Markenrecht

Voraussetzung für die Entstehung des Markenschutzes für Produktgestaltungen ist die Markenfähigkeit, es dürfen keine absoluten Ausschlussgründe vorliegen, ebenso keine relativen Eintragungshindernisse. Dabei ist vor allem auf die Besonderheiten bei der Formmarke einzugehen.

a) Markenfähigkeit

Der Markenschutz hängt zunächst von der abstrakten Schutzfähigkeit des Zeichens ab. Die Marke dient der Kennzeichnung von Waren oder Dienstleistungen. Die Markenfähigkeit wird durch § 3 Abs. 1 MarkenG und durch die entsprechenden Bestimmungen in Art. 2 MRRL sowie Art. 4 UMV geregelt.

aa) Markenformen

Die allgemeine Definition der Marke ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes. Gemäß § 3 Abs. 1 MarkenG können als Marke alle Zeichen, insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, Hörzeichen, dreidimensionale Gestaltungen einschließlich der Form ihrer Ware oder ihrer Verpackung sowie sonstige Aufmachungen einschließlich Farbe und Farbzusammenstellungen geschützt werden, die geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Ausdrücklich geschützt werden die Formmarken, die durch die Warenform selbst bestimmt sind und die weder aus dem Produkt selbst noch aus dessen Verpackung bestehen.³⁰⁵

303 Nordemann in Götting/Nordemann, § 4 Nr. 3 Rn. 3.91.

304 Nordemann in Götting/Nordemann, § 4 Nr. 3 Rn. 3.91.

305 Ingerl/Rohnke, § 8 Rn. 186; siehe oben 2. Teil B. I. 4.

bb) Abstrakte Unterscheidungskraft

Die Markenfähigkeit eines Zeichens setzt weiter voraus, dass kein Ausschlussstatbestand vorliegt. Dabei ist zunächst allgemein auf § 3 Abs. 1 MarkenG abzustellen, wonach die abstrakte Schutzfähigkeit von der Unterscheidungsfähigkeit des Zeichens bzw. der Produktgestaltung abhängt. Die abstrakte Unterscheidungseignung eines Zeichens ist grundlegende Voraussetzung für den Schutz als Marke nach § 3 Abs. 1 MarkenG, denn sie betrifft die grundsätzliche Eignung des Zeichens, als Herkunftshinweis zu dienen. Abstrakte Unterscheidungseignung bedeutet, dass das Zeichen geeignet sein muss, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden, ohne dass es auf die konkret angemeldeten Waren oder Dienstleistungen ankommt.³⁰⁶ Marken werden geschützt, weil sie Unternehmensprodukte identifizieren. Ein Zeichen, dem die Eignung bereits abstrakt fehlt, ist nicht schutzwürdig.

Für die abstrakte Unterscheidungskraft ist es ausreichend, dass das Zeichen in einem beliebigen, theoretisch vorstellbaren Fall zur Unterscheidung geeignet wäre.³⁰⁷ Die abstrakte Unterscheidungskraft wird nur sehr selten verneint. Denkbar ist dies lediglich bei außergewöhnlichen Markenformen, bei denen zweifelhaft ist, ob der Verkehr sie überhaupt als Kennzeichen versteht.³⁰⁸

cc) Sondervorschrift für Formmarken

Auch Produktgestaltungen müssen als Formmarken abstrakte Unterscheidungskraft aufweisen. § 3 Abs. 2 MarkenG regelt drei Ausschlussgründe der Markenfähigkeit. Die Vorschrift knüpft an die Formgestaltung des Zeichens an und setzt sie in Beziehung zu Eigenschaften der betreffenden Ware. Die Vorschrift soll vermeiden, dass durch das Markenrecht zeitlich unbegrenzter Schutz für Formen von Waren erlangt wird, die nicht der Kennzeichnung und Unterscheidung der Waren

³⁰⁶ Fezer, MarkenG, § 3 Rn. 316; Ingerl/Rohnke, § 3 Rn. 10; EuGH GRUR 2004, 858, 859 – *Heidelberger Bauchemie*; EuGH GRUR 2003, 604, 606 – *Libertel*; BGH GRUR 2008, 71, 71 – *Fronthauhe*; BGH GRUR 2004, 507, 508 – *Transformatorengehäuse*.

³⁰⁷ Ingerl/Rohnke, § 3 Rn. 10.

³⁰⁸ Ingerl/Rohnke, § 3 Rn. 10; Guth, Mitt. 2003, 97, 98 in Bezug auf Riechmarken.

dienen, sondern auf artbedingten, technisch bedingten oder wertbedingten Eigenschaften beruhen. Der Ausschluss der Markenfähigkeit kann nicht durch Verkehrsgeltung oder Verkehrsdurchsetzung überwunden werden.³⁰⁹ Es handelt sich daher um ein absolutes Verbot.

Der EuGH hat in Bezug auf einen mit Schokolade überzogenen Waffelriegel entschieden, dass die drei Ausschlussgründe unabhängig nebeneinander stehen. Einer Formmarke wird nur dann kein Schutz zuteil, wenn alle Merkmale, die die Marke ausmachen, also die gesamte Formmarke von einem Ausschlussgrund erfasst ist.³¹⁰

(1) Art der Ware

Erstens sind Zeichen, die ausschließlich aus einer Form bestehen, die durch die Art der Ware selbst bedingt ist, nicht markenfähig, § 3 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Die artbedingte Form einer Ware ergibt sich aus ihren äußeren Gattungsmerkmalen, also aus den Merkmalen, die die Ware aufweisen muss, um den Zweck dieser Art von Ware zu erfüllen.³¹¹ Dabei gilt ein objektiver Maßstab und nur ergänzend ist danach zu fragen, welche Formelemente ein Verwender der Ware erwartet, um die Ware entsprechend ihrem gewöhnlichen Verwendungszweck zu gebrauchen. *Ingerl/Rohnke* veranschaulichen das am Beispiel einer Tasse.³¹² Die Gattungsmerkmale einer Tasse sind ein Gefäß und ein Henkel. Ein zweiter Henkel an einer Tasse wäre kein Gattungsmerkmal, weil eine Tasse mit einer Hand am Henkel gegriffen wird, um das Gefäß zum Mund zu führen. Ein zweiter Henkel ist daher nicht artbedingt, um die Tasse als solche zu benutzen. Anders ist es jedoch bei einer Suppenschüssel, die ihrer Art nach zwei Henkel hat, damit sie mit beiden Händen gegriffen werden kann.

Der BGH bejahte eine ausschließlich artbedingte Form in der Entscheidung *Legosteine* und versagte den Schutz für die bekannten Spielbausteine.³¹³ Er bezeichnete die quadratische Grundform der Spiel-

309 Ingerl/Rohnke, § 3 Rn. 38; *Lewalter/Schrader*, GRUR 2005, 476, 477.

310 EuGH GRUR 2015, 1198 Rn. 51 – *Nestlé/Cadbury*.

311 Ingerl/Rohnke, § 3 Rn. 47; BGH GRUR 2001, 334, 335 – *Gabelstapler*.

312 Ingerl/Rohnke, § 3 Rn. 48.

313 BGH GRUR 2010, 231, Rn. 28 – *Legosteine*.

bausteine als „Grundform dieser Warengattung“ und verneinte daraufhin den Schutz für den Spielstein im Ganzen, weil die übrigen Gestaltungselemente nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG nicht markenfähig waren.

Abgesehen von der Entscheidung *Legosteine* hat der BGH in der überwiegenden Zahl der Fälle einen Ausschluss wegen der Artbedingtheit der Form verneint. In Bezug auf die *ROCHER-Kugel* entschied der BGH, dass die Kugelform mit einer unregelmäßigen rasperigen Oberfläche keine artbedingte Form für eine Praline sei.³¹⁴ Auch die *Milchschnitte* hat nach dem BGH keine artbedingte Form.³¹⁵ In beiden Urteilen stützte der BGH seine Entscheidung darauf, dass sich für die in Rede stehenden Produkte gar keine gattungsmäßige Form herausgebildet habe.³¹⁶

In der Entscheidung *Gabelstapler* lehnte der BGH wegen einer Reihe nicht artbedingter Gestaltungselemente (der ein abgerundetes Fünfeck darstellende Fahrerinnenrahmen, die durchweg abgerundeten Kantenlinien und das rundlich ausgeprägte Heck) den Ausschluss nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ab.³¹⁷ Der BGH führte aus, abstrakte Unterscheidungskraft erfordere, dass die Marke kein funktionell notwendiger Bestandteil der Ware sei.³¹⁸ Das ist erfüllt, wenn sie über die technisch bedingte Grundform hinausgehende nicht technische Elemente aufweist, die zwar nicht physisch, aber doch gedanklich von der Ware abstrahierbar sind und die Identifizierungsfunktion der Marke erfüllen können.³¹⁹ Tatsächlich ist die Anforderung erfüllt, wenn die Produktgestaltung auch zumindest ein nicht technisch bedingtes, frei wählbares Gestaltungselement aufweist.³²⁰ In der Entscheidung *Gabelstapler* war das frei gewählte Gestaltungselement eines rundlich ausgeprägten Hecks ausreichend.³²¹ Die Entscheidung zeigt, dass Produktgestaltungen ohne größere Schwierigkeiten abstrakte Unterschei-

³¹⁴ BGH GRUR 2010, 138 – *ROCHER-Kugel*.

³¹⁵ BGH GRUR 2008, 510 – *Milchschnitte*.

³¹⁶ BGH GRUR 2010, 138 – *ROCHER-Kugel*; BGH GRUR 2008, 510 – *Milchschnitte*.

³¹⁷ BGH GRUR 2001, 334, 335 – *Gabelstapler I*.

³¹⁸ BGH GRUR 2001, 334, 335 – *Gabelstapler*; ebenso in BGH GRUR Int 2001, 462, 463 – *Stabtaschenlampen*.

³¹⁹ BGH GRUR 2001, 334, 335 – *Gabelstapler*; *Sambuc*, GRUR 2009, 333, 334.

³²⁰ *Rohnke*, FS Erdmann, S. 455, 460.

³²¹ BGH GRUR 2001, 334, 335 – *Gabelstapler*.

dungskraft aufgrund ihrer Gestaltung zukommt. Die Rechtsprechung hat dies inzwischen wiederholt bestätigt.³²² Auch die Literatur geht bei Produktgestaltungen von grundsätzlich markenfähigen Zeichen aus.³²³

In Bezug auf eine *Stabtaschenlampe* verneinte der BGH den Ausschlussgrund nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, weil die Lampe über eine Reihe von Gestaltungsmerkmalen verfüge, die weder durch die Art der Ware bedingt noch technisch oder wertbedingt seien.³²⁴ Die Taschenlampe wies unter anderem den zylinderförmigen Schaft, den zylinderförmig gegenüber dem Schaft vergrößerten Kopf, den konischen Übergang zwischen Schaft und Taschenlampenkopf, die Dreiteilung des Taschenlampenkopfes durch zwei umlaufende Einkerbungen sowie zwei umlaufende Riffelungen im mittleren Kopfteil der Taschenlampe auf, so der BGH. Diese Merkmale ermöglichten weder eine technische Wirkung noch erzielten sie bestimmte Eigenschaften.³²⁵

(2) Technische Wirkung

Zweitens sind Formen, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich sind, vom Markenschutz ausgeschlossen (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG). Der Ausschlussgrund verhindert, dass die technischen Wirkungen einer Form über die technischen Schutzrechte Patent und Gebrauchsmuster hinaus durch das Markenrecht monopolisiert werden. Denn es besteht ein allgemeines Interesse daran, dass technische Lösungen oder Eigenschaften zumindest nach Ablauf von Patent- und Gebrauchsmusterschutz von allen Wettbewerbern für ihre Waren benutzt werden können.³²⁶ Die Wirkung der Gestaltung muss technischer Art sein und nicht ästhetischer oder sensorischer. Die Bandbreite der technischen Wirkungen ist groß. Alles, was der Verkehr als techni-

322 BGH GRUR 2010, 138, 139 – *ROCHER-Kugel*; BGH GRUR 2003, 332, 333 – *Abschlussstück*; BGH GRUR 2006, 679, 680 – *Porsche Boxster*; BGH GRUR 2004, 502, 503 – *Gabelstapler II*; EuGH GRUR 2002, 804, 806 – *Philips/Remington*.

323 Ingerl/Rohnke, § 3 Rn. 32f.; Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 52 Rn. 20; Kirschneck in Ströbele/Hacker, § 3 Rn. 29; Lange, Marken- und Kennzeichenrecht, § 3 Rn. 501; Köhler, GRUR 2009, 445, 445.

324 BGH GRUR 2004, 506, 507 – *Stabtaschenlampen II*.

325 BGH GRUR 2004, 506, 507 – *Stabtaschenlampen II*.

326 EuGH GRUR 2002, 804, 809 – *Philips/Remington*.

sche Wirkung wahrnimmt, ist von der Markenfähigkeit ausgeschlossen. Es ist auch unerheblich, ob es eine Form gibt, mit der die gleiche technische Wirkung erzielt werden kann.³²⁷ *Lewalter/Schrader* nennen die Gummiimprägnierung an einem Besenstiel zur Erhöhung der Rutschfestigkeit als Beispiel einer technischen Wirkung.³²⁸

Der BGH hat den Markenschutz selten wegen technisch bedingter Form versagt. Eine Ausnahme ist die Entscheidung *Legosteine*.³²⁹ Der Schutzausschlussgrund bezog sich auf die zwei symmetrischen Reihen aus jeweils vier flachen, glatten und zylindrischen Noppen an der Oberfläche. Diese Noppen seien, laut BGH, ausschließlich technisch bedingt, weil sie als Kupplungselemente dienten. Der BGH verneinte die technische Erforderlichkeit der Ausgestaltung in Bezug auf ein Transformatorengehäuse wegen der konkreten Anordnung und Ausgestaltung der Lüftungsschlitze in den Gehäuseseiten, der Einkerbungen der Seitenwände und der besonderen Form der Oberseite des Gehäuses.³³⁰ Der BGH erachtet weiter die Form eines Automobils³³¹, einer Motorhaube³³², einer Cremeschnitte³³³ und einer Stabtaschenlampe³³⁴ nicht als erforderlichlich zur Erreichung einer technischen Wirkung.

(3) Wesentlicher Wert

Drittens sind Formen, die der Ware einen wesentlichen Wert verleihen, von der Markenfähigkeit ausgeschlossen (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG). Damit ist nicht gemeint, dass alle gestalterischen oder ästhetischen Elemente, die den Wert der Ware beeinflussen, nicht schutzfähig sind. Der BGH legt den Ausschlussgrund dahin gehend aus, dass eine Form nicht markenfähig ist „wenn der Verkehr allein in dem ästhetischen Gehalt der Form den wesentlichen Wert der Ware sieht und es deshalb von vornherein als ausgeschlossen angesehen werden kann, dass der

327 EuGH GRUR 2002, 804, 809 – *Philips/Remington*.

328 *Lewalter/Schrader*, GRUR 2005, 476, 477.

329 BGH GRUR 2010, 231, Rn. 24 – *Legosteine*.

330 BGH GRUR 2004, 507, 509 – *Transformatorengehäuse*.

331 BGH GRUR 2006, 679, 681 – *Porsche Boxster*.

332 BGH GRUR 2008, 71, 72 – *Fronthaube*.

333 BGH GRUR 2008, 510, 511 – *Milchschnitte*.

334 BGH GRUR 2004, 506, 507 – *Stabtaschenlampen II*.

Form neben ihrer ästhetischen Wirkung zumindest auch die Funktion eines Herkunftshinweises zukommen kann.“³³⁵ Gestaltungen, bei denen dies der Fall ist, sind z. B. Werke der reinen, zweckfreien Kunst, wie Gemälde oder Skulpturen, weil hier die Formgestaltung den Wert der Ware ihrem Wesen nach ausmacht.

Der BGH beschränkt die Anwendung des § 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG auf Formen, die allein aus der ästhetischen Gestaltung ihren Wert herleiten. Das sind überwiegend Gegenstände der reinen Kunst, die keinen weiteren Gebrauchszweck haben.³³⁶ Daher ist dieser Ausschlussgrund bei Produktgestaltungen grundsätzlich nicht einschlägig, weil die Produkte auch einen Gebrauchszweck haben.

Die Ausschlussstatbestände sind eher eng. Sie greifen nur bei Zeichen, die ausschließlich aus den aufgezählten Formen bestehen. Allerdings genügt nicht jede Ergänzung schutzfähiger Formelemente. Der EuGH hat klargestellt: Um dem Ausschluss wegen technisch bedingter Form zu entkommen, müsse das Zeichen nicht nur um unwesentliche Elemente erweitert werden, damit es dennoch insgesamt markenfähig sei.³³⁷ Die Ausschlussgründe wegen ausschließlich artbedingter und wertbedingter Formen schließen lediglich die Grundformen der betreffenden Waren aus; zusätzliche Gestaltungsmerkmale verhindern die Anwendung der Ausschlussgründe.

b) Absolute Schutzhindernisse

Die Herkunfts- und Unterscheidungsfunktion steht im deutschen Markenrecht im Vordergrund. Dies ergibt sich speziell aus § 3 Abs. 1 MarkenG, wonach die Marke geeignet sein muss, Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens von denen eines anderen Unternehmens zu unterscheiden. Des Weiteren schreiben die Regelungen in § 8 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 bis 3 MarkenG vor, welche Eintragungshindernisse für Marken bestehen, die die Herkunftsfunktion nicht erfüllen.³³⁸

335 BGH GRUR 2010, 138, 139 – *ROCHER*-Kugel; BGH GRUR 2008, 71, 72 – *Fronthaube*; BPatG MarkenR 2004, 153, 156 – *Kelly-Bag*.

336 BGH GRUR 2008, 71, 72 – *Fronthaube*; Ingerl/Rohnke, § 3 Rn. 59; BGH GRUR 2010, 138, Rn. 19 – *ROCHER*-Kugel.

337 EuGH GRUR 2002, 804, 809 – *Philips/Remington*.

338 Ingerl/Rohnke, Einleitung, N 72.

Danach sind bestimmte Zeichen von der Eintragung ausgenommen. Bei Formmarken greift aber bereits im Rahmen der Markenfähigkeit die Sondervorschrift des § 3 Abs. 2 MarkenG ein. Die Prüfung der absoluten Schutzhindernisse nach § 8 Abs. 2 MarkenG wird dadurch aber nicht entbehrlich. Daher ist bei Produktgestaltungen eine zweistufige Prüfung erforderlich.

aa) Grafische Darstellbarkeit

§ 8 Abs. 1 MarkenG schließt alle Zeichen von der Eintragung aus, die sich nicht grafisch darstellen lassen. Der EuGH hat in der Entscheidung *Sieckmann* genauere Anforderungen an die grafische Darstellbarkeit aufgestellt.³³⁹ Danach muss das Zeichen mithilfe von Figuren, Linien oder Schriftzeichen genau identifizierbar sein. Die grafische Darstellung der Marke im Register muss in sich abgeschlossen, leicht zugänglich und verständlich sein. Die Darstellung muss außerdem Gegenstand einer ständigen und sicheren Wahrnehmung, also dauerhaft, sein. Und schließlich muss das Darstellungsmittel eindeutig und objektiv sein.³⁴⁰

Nach den Anforderungen des EuGH an die grafische Darstellbarkeit, denen sich auch der BGH angeschlossen hat,³⁴¹ und nach der Markenverordnung³⁴² sind visuell wahrnehmbare Zeichen weitestgehend unproblematisch. Bei dreidimensionalen Marken werden nach § 9 MarkenV mindestens zwei, höchstens sechs zweidimensionale Abbildungen des Zeichens zur Darstellung verwendet, die durch eine Beschreibung ergänzt werden können, in der der Anmelder angibt, dass nicht die Abbildung das begehrte Zeichen ist, sondern eine dreidimensionale Gestaltung.

³³⁹ EuGH GRUR 2003, 145, 147f. – *Sieckmann*.

³⁴⁰ EuGH GRUR 2003, 145, 147f. – *Sieckmann*.

³⁴¹ BGH GRUR 2007, 148, 149f. – *Tastmarke*; BGH GRUR 2007, 55, 56 – *Farbmarke gelb/grün II*; BPatG GRUR 2005, 594, 595 – *Hologramm*.

³⁴² Verordnung zur Ausführung des Markengesetzes (MarkenV).

bb) Konkrete Unterscheidungskraft

Nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG sind Zeichen von der Eintragung ausgeschlossen, die keine konkrete Unterscheidungskraft für die (konkret) angemeldeten Waren besitzen. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH kommt einem Zeichen konkrete Unterscheidungskraft zu, wenn es geeignet ist, die Waren, für die die Eintragung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Waren somit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.³⁴³ Sinnentsprechend definiert der BGH die konkrete Unterscheidungskraft als die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, vom Verkehr als Unterscheidungsmittel für die von der Marke erfassten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens gegenüber solchen anderer Unternehmen aufgefasst zu werden.³⁴⁴

Die konkrete Unterscheidungskraft beurteilt sich nach der Auffassung der maßgeblichen Verkehrskreise. Die maßgeblichen Verkehrskreise setzen sich aus den normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchern der in Rede stehenden Waren zusammen.³⁴⁵ Das Maß an Unterscheidungskraft kann unterschiedlich hoch sein. Originelle und außergewöhnliche Zeichen haben einen höheren Grad an Unterscheidungskraft als Zeichen, die unauffällig oder ähnlich einer Sachbeschreibung sind. Weder das Markengesetz noch die Markenrechts-Richtlinie oder die Unionsmarkenverordnung bestimmen den erforderlichen Grad an Unterscheidungskraft. EuGH³⁴⁶ und BGH³⁴⁷ setzen einen großzügigen Maßstab an und legen den Wortlaut des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG („... jegliche Unter-

343 EuGH GRUR 1999, 723, 727 – *Chiemsee*; EuGH GRUR 2010, 228, 229 – *Audi*; EuGH GRUR 2008, 339, 342 – *Develey*; EuGH GRUR 2006, 229, 232 – *BioID*; EuGH GRUR 2004, 943, 944 – *SAT.1*; EuGH GRUR 2004, 428, *Henkel (Waschmittelflasche)*; EuGH GRUR 2003, 604, 608 – *Libertel*.

344 Vgl. z. B. BGH GRUR 2009, 952, 953 – *DeutschlandCard*; BGH GRUR 2009, 949, 949 – *My World*; BGH GRUR 2008, 1093, 1094 – *Marlene-Dietrich-Bildnis*; BGH GRUR 2006, 850, 854 – *FUSSBALL WM 2006*; BGH GRUR 2005, 417, 418 – *BerlinCard*; BGH GRUR 2004, 683, 684 – *Farbige Arzneimittelkapsel*; BGH GRUR 2002, 1070, 1070f. – *Bar jeder Vernunft*; BGH GRUR 1999, 1089, 1091 – *YES*.

345 Ingerl/Rohnke, § 8 Rn. 73.

346 EuGH GRUR Int 2004, 631, 632 – *Henkel (Dreidimensionale Tablettenform I)*.

347 BGH GRUR 2008, 1093, 1094 – *Marlene-Dietrich-Bildnis*; BGH GRUR 2006, 850, 854 – *FUSSBALL WM 2006*.

scheidungskraft ...“) dahin gehend aus, dass bereits ein Mindestmaß an Unterscheidungskraft ausreichend ist, damit das Zeichen als Marke eintragungsfähig ist.³⁴⁸

Für Produktgestaltungen als dreidimensionale Marken ergeben sich Besonderheiten.³⁴⁹ Der EuGH hat zwar entschieden, dass für alle Markenformen grundsätzlich die gleichen Maßstäbe in Bezug auf die konkrete Unterscheidungskraft gelten. Das Gericht hat aber weiter festgelegt, dass die Verkehrskreise, nach deren Auffassung sich die Unterscheidungskraft bemisst, Produktgestaltungen tatsächlich in der Regel nicht ohne Weiteres als Herkunftshinweise ansehen.³⁵⁰ Somit muss im Einzelfall positiv festgestellt werden, dass der Verkehr die Produktgestaltung als Herkunftshinweis versteht.³⁵¹ Daher kommt einer Produktgestaltung in der Regel Unterscheidungskraft zu, wenn es sich um eine von der Norm oder dem Üblichen erheblich abweichende Gestaltung handelt, die vom Verkehr als Herkunftshinweis wahrgenommen wird.³⁵² Die lediglich neue Kombination von typischen Gestaltungselementen, die Abwandlung von Grundformen oder die Variante einer üblichen Form ist regelmäßig nicht ausreichend.³⁵³

Der BGH ist im Einklang mit dem Ansatz des EuGH.³⁵⁴ Er hat drei Hauptkriterien herausgearbeitet, nach denen sich richtet, ob der Verkehr eine dreidimensionale Gestaltung als Herkunftshinweis ansieht. Das ist zunächst die Üblichkeit dreidimensionaler Gestaltungen als Herkunftshinweis in der Branche des betreffenden Produkts, weil bei einigen Warengruppen, wie z. B. bei Süßwaren, eine Formmarke näherliegend ist (*Toblerone*, *Lindt Goldhase*, *Ferrero Rocher*, *Milch-Schnitte*), andere Bereiche aber eine Formmarke gar nicht erwarten

348 *Friedmann*, GRUR Int. 2014, 1195, 1199.

349 *Sambuc*, GRUR 2009, 333, 334f.

350 EuGH GRUR 2003, 514, 517 – *Linde*; EuGH GRUR 2003, 604, 608 – *Libertel*; EuGH GRUR 2006, 1022, 1023 – *Storck* (*Bonbonverpackung*); EuGH GRUR 2004, 428, 431 – *Henkel* (*Waschmittelflasche*).

351 EuGH GRUR 2004, 428, 431 – *Henkel* (*Waschmittelflasche*).

352 EuGH GRUR Int 2008, 43, 45 – *Henkel* (*rot-weiße rechteckige Tablette*); EuGH GRUR 2008, 339, 342 – *Develey*; EuGH GRUR 2004, 428, 431 – *Henkel* (*Waschmittelflasche*).

353 Ingerl/Rohnke, § 8 Rn. 187.

354 BGH GRUR 2006, 679, 681 – *Porsche Boxster*; BGH GRUR 2008, 71, 73 – *Fronthaube*.

lassen, wie der Dienstleistungssektor. Weiter ist von Bedeutung, wie ungewöhnlich, ausgefallen oder auffällig die verwendete Form von Haus aus ist. Und schließlich ist der Grad der (vor allem durch Benutzung gesteigerten) Kennzeichnungskraft des dreidimensionalen Zeichens für die Beurteilung wichtig. Es besteht kein Unterschied zwischen Waren-Formmarken und Warenverpackungs-Formmarken, wenn der Verkehr die Verpackung der Warenform gleichsetzt, weil die Ware nur in der Verpackung am Wirtschaftsverkehr teilnimmt,³⁵⁵ wie z. B. Waschmittel und Alkohol.

Der EuGH hat einer schlichten zylindrischen Glasflasche mit einem zylindrischen Schraubverschluss, der denselben Durchmesser hat, wie die Glasflasche selbst, als Formmarke für Getränke jegliche Unterscheidungskraft (im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b UMV) abgesprochen. Allerdings hat der EuGH in dieser Entscheidung den Aspekt der Branchenüblichkeit nicht diskutiert, weil es sich dabei um eine Tatsachenwürdigung handele, die nicht seiner Prüfung unterliege.³⁵⁶

cc) Freihaltungsbedürfnis

§ 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG regelt das Eintragungshindernis der beschreibenden Angaben. Marken sind beschreibend und damit nicht eintragungsfähig, wenn sie ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung, des Wertes, der geografischen Herkunft, der Zeit der Herstellung der Waren oder der Erbringung der Dienstleistungen oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen dienen können. Das Schutzhindernis hat das im Allgemeininteresse liegende Ziel, beschreibende Angaben freizuhalten, weil ihre Monopolisierung dem Anmelder einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil bringen würde.³⁵⁷ Daher spricht man bei § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG auch von „Freihaltungsbedürfnis“.

Das absolute Schutzhindernis der beschreibenden Angaben findet auch auf Formmarken und somit Produktgestaltungen Anwendung,

355 Ingerl/Rohnke, § 8 Rn. 191.

356 EuGH BeckRS 2015, 80606 Rn. 96 – *Zylindrische Flasche*.

357 Ströbele in Ströbele/Hacker, § 8 Rn. 265.

wie der EuGH im Rahmen der Vorlageentscheidung *Linde* ausdrücklich festgestellt hat.³⁵⁸ Der BGH dehnt das Allgemeininteresse an der Freihaltung beschreibender Angaben mit Blick auf dreidimensionale Zeichen sehr weit aus, um die Gestaltungsfreiheit bei Produkten zu sichern.³⁵⁹ Er wertet Produktgestaltungen als beschreibend, wenn sie durch ihre Formgebung die Form des Produktes als solche beschreiben. So bejahte der BGH in der Entscheidung *Käse in Blütenform II* § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG in Bezug auf einen Weichkäse in Blütenform, weil sich die angemeldete Marke darin erschöpft, die äußere Form der Ware – hier also des Käses – wiederzugeben, und es sich damit um ein Zeichen handelt, das Eigenschaften der beanspruchten Ware, und zwar deren äußere Gestaltung, beschreibt.³⁶⁰ Ebenso bejahte der BGH in der Entscheidung *Porsche Boxster* das Schutzhindernis bei der zur Marke angemeldeten Form des Autos *Porsche Boxster*, weil sich die angemeldete Marke darin erschöpft, die äußere Form der Ware – hier des Autos – wiederzugeben, und somit Eigenschaften der beanspruchten Ware, nämlich die äußere Gestaltung, beschreibt.³⁶¹

Diese Entwicklung wird von der Literatur aus zwei Gründen kritisch beurteilt.³⁶² Zum einen sei der BGH nicht konform mit der Rechtsprechung des EuGH. In der Entscheidung *Linde* habe der EuGH das Freihaltungsinteresse hinsichtlich einer Formmarke zwar bejaht, allerdings beschreibe die Form dort gleichzeitig auch Merkmale der Ware.³⁶³ Die Rechtsfortbildung durch den BGH entbehre daher einer europarechtlichen Grundlage. Zum anderen habe der BGH systemwidrig ein außergesetzliches Schutzhindernis geschaffen, indem er Formmarken, die aus der Form der Ware selbst bestehen, den Markenschutz verwehrt.³⁶⁴ Die absoluten Schutzhindernisse bilden eine abschließende Aufzählung von Ausnahmen zum gesetzlichen Eintragungsanspruch nach § 8 Abs. 2 MarkenG. Die Ausnahmen zu einem

358 EuGH GRUR 2003, 514, 518 – *Linde*.

359 BGH GRUR 2008, 1000, 1001 – *Käse in Blütenform II*; BGH GRUR 2008, 71, 74 – *Fronthaube*; BGH GRUR 2006, 679, 682 – *Porsche Boxster*.

360 BGH GRUR 2008, 1000, 1001 – *Käse in Blütenform II*.

361 BGH GRUR 2006, 679, 682 – *Porsche Boxster*, allerdings Überwindung des Eintragungshindernisses aufgrund Verkehrsdurchsetzung bejaht.

362 Ingerl/Rohnke, § 8 Rn. 199; *Ströbele* in Ströbele/Hacker, § 8 Rn. 425.

363 EuGH GRUR 2003, 514 – *Linde*.

364 Ingerl/Rohnke, § 8 Rn. 199.

allgemeinen Grundsatz seien eng auszulegen und einer Erweiterung durch richterliche Rechtsfortbildung nicht zugänglich. Als alternative Vorgehensweise ließe sich das Anliegen des BGH sachgerechter im Rahmen der Unterscheidungskraft berücksichtigen.³⁶⁵

dd) Verkehrsdurchsetzung

Ein Zeichen kann unter Umständen trotz entgegenstehender Schutzhindernisse eingetragen werden. In § 8 Abs. 3 MarkenG ist festgelegt, dass die Schutzhindernisse der mangelnden konkreten Unterscheidungskraft, der Angaben mit beschreibendem Charakter und der üblich gewordenen Bezeichnungen durch sogenannte Verkehrsdurchsetzung überkommen werden können. Dazu ist erforderlich, dass sich die Marke vor dem Zeitpunkt der Entscheidung über die Eintragung infolge von Benutzung für die Waren oder Dienstleistungen, für die sie angemeldet worden ist, in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt hat. Nimmt ein Zeichen diese Hürde, wird es eingetragen und steht den gewöhnlichen Registermarken i. S. d. § 4 Nr. 1 MarkenG gleich.³⁶⁶

Die Anwendung ist auf die absoluten Schutzhindernisse § 8 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 MarkenG beschränkt. Ein anderes Eintragungshindernis oder die mangelnde grafische Darstellbarkeit (§ 8 Abs. 1 MarkenG) sowie die Markenfähigkeit an sich (§ 3 Abs. 1 MarkenG) können nicht mittels Verkehrsdurchsetzung überkommen werden.³⁶⁷

§ 8 Abs. 3 MarkenG setzt Art. 3 Abs. 3 MRRL in nationales Recht um. Abweichend von der Richtlinie und Verordnung spricht das Markengesetz nicht von „Unterscheidungskraft“, sondern führt den unter dem Warenzeichengesetz eingeführten und verwendeten Begriff der „Verkehrsdurchsetzung“ fort. Eine inhaltliche Abweichung ist damit nicht beabsichtigt. Der Gesetzgeber wollte, dass die alte Rechtsprechung zum Warenzeichengesetz unter einer einheitlichen Begrifflichkeit fortgeführt werden kann.³⁶⁸ Die Auslegung des Begriffs hat jedoch richtlinienkonform zu erfolgen und richtet sich daher nach den Vorga-

³⁶⁵ Ingerl/Rohnke, § 8 Rn. 199.

³⁶⁶ BGH GRUR 2006, 701, 702 – *Porsche* 911.

³⁶⁷ EuGH GRUR 2007, 970, 971 – *Benetton Group*; EuGH GRUR 2002, 804, 809 – *Philips/Remington*.

³⁶⁸ Ingerl/Rohnke, § 8 Rn. 313.

ben des EuGH zur Unterscheidungskraft. In der Entscheidung *Chiemsee*³⁶⁹ hat sich der EuGH umfassend mit der Unterscheidungskraft befasst und grundlegende Beurteilungskriterien aufgestellt. In dieser Entscheidung hat der EuGH auch begründet, weshalb Unterscheidungskraft bzw. Verkehrsdurchsetzung die Schutzhindernisse überkommen kann. Das Zeichen wandelt nämlich seine Qualität, es erlangt eine neue Bedeutung, die nicht mehr nur beschreibend ist.³⁷⁰

Verkehrsdurchsetzung setzt voraus, dass das Zeichen nach Auffassung der maßgeblichen Verkehrskreise als Marke benutzt worden ist.³⁷¹ Die Rechtsprechung hat hier verschiedene Merkmale herausgearbeitet, die für bzw. gegen eine markenmäßige Benutzung sprechen.³⁷² Weiter müssen die Verkehrskreise das markenmäßig benutzte Zeichen einem bestimmten Unternehmen zuordnen können.³⁷³ Außerdem muss sich das Zeichen in den maßgeblichen Verkehrskreisen durchgesetzt haben. Dazu stellt der EuGH fest, dass jedenfalls ein erheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise die Ware aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen muss.³⁷⁴ Diese Durchsetzung muss sich auf das gesamte Bundesgebiet beziehen.³⁷⁵ Ob dann tatsächlich Verkehrsdurchsetzung erreicht ist, also, ob das Zeichen in der Lage ist, Waren oder Dienstleistungen als aus einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen, ist schließlich im Wege einer Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Maßgebliche Kriterien der Gesamtschau hat der EuGH in der Entscheidung *Chiemsee* festgelegt.³⁷⁶ Danach sind für die Verkehrsdurchsetzung von Bedeutung: der Marktanteil, die Intensität, die geografische Verbreitung und die Dauer der Benutzung dieser Marke, der Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke, der Teil der beteiligten Verkehrskreise, der die Ware aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmensstand erkennt, sowie Erklärungen

369 EuGH GRUR 1999, 723 – *Chiemsee*.

370 EuGH GRUR 1999, 723, 727 – *Chiemsee*.

371 EuGH GRUR 2002, 804, 808 – *Philips/Remington*.

372 BPatG GRUR 2005, 948, 954f. – *FUSSBALL WM 2006*; EuGH GRUR Int 2006, 842, 845f. – *Storck (Form eines Bonbons II)*; BGH GRUR 2006, 760, 762 – *LOTTO*.

373 EuGH GRUR 2002, 804, 808 – *Philips/Remington*.

374 EuGH GRUR 1999, 723, 727 – *Chiemsee*.

375 BGH GRUR 1988, 211, 211f. – *Wie hammas denn*.

376 EuGH GRUR 1999, 723 – *Chiemsee*.

von Industrie- und Handelskammern oder von anderen Berufsverbänden.³⁷⁷ Die nationale Rechtsprechung steht im Einklang mit dem Ansatz der umfassenden Abwägung und Berücksichtigung aller Faktoren des EuGH.³⁷⁸

Um die Eintragungshindernisse durch Verkehrsdurchsetzung zu überwinden, gelten für Formmarken grundsätzlich dieselben Kriterien wie für andere Zeichenformen, keine strengeren Anforderungen.³⁷⁹ Allerdings hat der EuGH anerkannt, dass es für untypische Markenformen, wie die Waren-Formmarken, tatsächlich schwieriger sein kann, dieselben rechtlichen Anforderungen zu erfüllen.³⁸⁰ So muss die markenmäßige Benutzung des Zeichens positiv festgestellt werden, weil es näherliegend ist, dass der Verkehr eine Produktgestaltung eher als lediglich funktional oder dekorativ erachtet. Bezüglich des erforderlichen Grades an Verkehrsdurchsetzung befolgt der BGH die europarechtlichen Vorgaben und lässt auch für Formmarken eine Verkehrsdurchsetzung von 50 % genügen, wie er es regelmäßig bei anderen Markenformen macht.³⁸¹ In der bereits erwähnten Entscheidung *Porsche Boxster* hat der BGH geurteilt, dass die Eintragungshindernisse durch Verkehrsdurchsetzung überkommen sind.³⁸²

c) Relative Schutzhindernisse

Schließlich dürfen dem Markenschutz keine relativen Schutzhindernisse entgegenstehen. Die relativen Eintragungshindernisse werden nicht von Amts wegen geprüft, sondern müssen vom Rechtsinhaber im Widerspruchs- oder Löschungsverfahren vorgebracht werden.³⁸³ Im Markenrecht gibt es das relative Schutzhindernis kollidierender identischer und ähnlicher Zeichen nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 und

377 EuGH GRUR 1999, 723, 727 – *Chiemsee*.

378 BGH GRUR 2010, 138, 141f. – *ROCHER-Kugel*; BGH GRUR 2009, 954, 956 – *Kinder III*.

379 Ingerl/Rohnke, § 8 Rn. 318; EuGH GRUR 2003, 514, 517 – *Linde*; EuG GRUR Int 2003, 944, 946 – *Zigarrenform*.

380 EuGH GRUR 2003, 514, 516f. – *Linde*.

381 BGH GRUR 2010, 138, 142f. – *ROCHER-Kugel*; BGH GRUR 2008, 510, 512 – *Milchschnitte*; BGH GRUR 2007, 780, 782f. – *Pralinenform*.

382 BGH GRUR 2006, 679, 682 – *Porsche Boxster*.

383 Ahrens, Gewerblicher Rechtsschutz, Rn. 609.

Nr. 2 MarkenG. Die Vorschrift löst die Kollisionsfälle zwischen zwei Zeichen auf der Grundlage des Prioritätsprinzips. Das Prioritätsprinzip ist in § 6 Abs. 1 MarkenG gesetzlich verankert und besagt, dass das prioritätsältere Recht Vorrang vor einem jüngeren Recht hat.

aa) Identitätsschutz

Gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 MarkenG liegt ein relatives Schutzhindernis vor, wenn die neue Marke mit einer Marke mit älterem Rang identisch ist oder die Waren oder Dienstleistungen in der neuen Marke mit den Waren oder Dienstleistungen der älteren Marke identisch sind. Insoweit besteht Identitätsschutz.³⁸⁴ Die Vorschrift regelt die Kollision mit einem älteren identischen Zeichen bei Warenidentität (Identitätsschutz).

bb) Verwehlungsschutz

Darüber hinaus besteht auch ein Verwehlungsschutz. Und zwar darf bei der neuen Marke keine Identität oder Ähnlichkeit mit einer Marke mit älterem Zeitraum bestehen, auch keine Identität oder Ähnlichkeit der Ware oder Dienstleistung der neuen Marke mit den Waren oder Dienstleistungen der älteren Marke. Für das Publikum darf nicht die Gefahr von Verwehlungen bestehen (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG).

Verwehlungsgefahr besteht, wenn der Verkehr zwei Marken wegen ihrer Identität oder Ähnlichkeit bzw. der Identität oder Ähnlichkeit der angemeldeten Waren oder Dienstleistungen zu verwechseln droht oder der Verkehr die Marken gedanklich in Verbindung bringen könnte. Die Verwehlungsgefahr wird für den Einzelfall anhand der drei Hauptfaktoren Waren-/Dienstleistungsähnlichkeit, Zeichenähnlichkeit und Kennzeichnungskraft der älteren Marke beurteilt. Die drei Faktoren stehen in einem wechselbezüglichen Verhältnis.³⁸⁵ Ein höherer Grad eines Faktors kann einen schwächeren Grad eines anderen Faktors ausgleichen. Weil die Verwehlungsgefahr in der Zeichen- und Warenähnlichkeit begründet liegt, ist die Grenze der Wechselwir-

³⁸⁴ Ahrens, Gewerblicher Rechtsschutz, Rn. 609.

³⁸⁵ Fezer, MarkenG, § 14 Rn. 252.

kung erreicht, wenn gar keine Zeichen- oder Warenähnlichkeit vorliegt.³⁸⁶

Unter Kennzeichnungskraft versteht man die Eignung eines Zeichens, sich dem Publikum aufgrund seiner Eigenart und seines gegebenenfalls durch Benutzung erlangten Bekanntheitsgrades als Marke einzuprägen, d. h. als Zeichen erkannt, in Erinnerung behalten und wiedererkannt zu werden.³⁸⁷ Der Grad der Kennzeichnungskraft bestimmt den Schutzzumfang des Zeichens; hohe Kennzeichnungskraft bewirkt einen größeren Schutzzumfang gegen Verwechslungsgefahr.³⁸⁸ Die Kennzeichnungskraft ist keine stabile Größe, sondern kann durch intensive Verwendung des Zeichens gesteigert und ebenso durch die Benutzung von Drittzeichen geschwächt werden.³⁸⁹ Die Rechtsprechung hat für die Kennzeichnungskraft die folgenden Beurteilungskriterien entwickelt: die Eigenschaften, die die Marke von Haus aus besitzt, der von der Marke gehaltene Marktanteil, die Intensität, geografische Verbreitung und Dauer ihrer markenmäßigen Benutzung, der Werbeaufwand, der Anteil der beteiligten Verkehrskreise, der die Waren oder Dienstleistungen aufgrund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennt, bis hin zu Erklärungen von IHKs oder anderen Berufsverbänden.³⁹⁰ Die Faktoren sind nicht abschließend und müssen im Einzelfall umfassend geprüft werden.³⁹¹

Warenähnlichkeit liegt nach dem EuGH vor, wenn zwischen den betreffenden Waren eine so enge Beziehung besteht, dass sich den Abnehmern, wenn sie an den Waren dasselbe Zeichen angebracht sehen, der Schluss aufdrängt, dass die Waren von demselben Unternehmen stammen. Die Ähnlichkeit der Waren ist unter Berücksichtigung aller

386 EuGH GRUR 1998, 922, Rn. 22 – *Canon*; Ingerl/Rohnke, § 14 Rn. 435 mit weiteren Nachweisen.

387 Ingerl/Rohnke, § 14 Rn. 497; EuGH GRUR Int 1999, 734, 736 – *Lloyd*.

388 EuGH GRUR 1998, 387, 390 – *Springende Raubkatze*; BGH GRUR 2001, 158, 160 – *Drei-Streifen-Kennzeichnung*.

389 Ingerl/Rohnke, § 14 Rn. 498.

390 EuGH GRUR Int 1999, 734, 735 – *Lloyd*; EuGH GRUR 2005, 763, 764 – *Nestlé/Mars*; BGH GRUR 2009, 672, 674 – *OSTSEE-POST*; BGH GRUR 2007, 1071, 1072 – *Kinder II*.

391 BGH GRUR 2004, 235, 237 – *Davidoff II*; BGH GRUR 2002, 1067, 1068f. – *DKV/OKV*.

Umstände des Einzelfalls zu beurteilen.³⁹² Dem hat sich auch der BGH angeschlossen.³⁹³

Für die Bestimmung der Zeichenähnlichkeit stellt der EuGH auf den Grad der Ähnlichkeit in Bild, Klang und Bedeutung ab, er analysiert die Faktoren zunächst einzeln und dann in einer Gesamtschau in Bezug auf die angemeldeten Waren.³⁹⁴ Beurteilungsmaßstab ist die Auffassung der maßgeblichen Verkehrskreise, die die Waren regelmäßig nicht gleichzeitig wahrnehmen und daher auf ihr Erinnerungsvermögen angewiesen sind.³⁹⁵ Bei Produktgestaltungen, also Warenformmarken, beurteilt sich die Ähnlichkeit nach Form und Sinngehalt der Zeichen.³⁹⁶ Die Beurteilung der Ähnlichkeit kann nur auf Merkmale mit herkunftshinweisender Bedeutung gestützt werden.³⁹⁷ Daher sind Gestaltungselemente, die für sich betrachtet nicht schutzfähig sind, nicht dazu geeignet, Zeichenähnlichkeit zu begründen. Auch die Grundform oder das Motiv der Gestaltung ist nicht ausschlaggebend, sondern die konkrete Ausgestaltung durch Form, Farbe und weitere Gestaltungselemente, wie der BGH in Bezug auf die dreidimensionale Form eines sitzenden Hasen entschied.³⁹⁸

Die Gefahr, dass zwei Marken gedanklich in Verbindung miteinander gebracht werden, stellt kein alternatives relatives Schutzhindernis zur Verwechslungsgefahr dar, sondern konturiert den Begriff der Verwechslungsgefahr.³⁹⁹ Daher genügt es nicht, wenn der Verkehr lediglich eine gedankliche Verbindung zwischen den Zeichen herstellt, ohne dass Verwechslungsgefahr besteht. Vielmehr muss sich aufdrängen, dass die Zeichen aufgrund ihres Sinngehalts und ihrer Zeichenbildung aufeinander bezogen sind.⁴⁰⁰

392 EuGH GRUR Int 1994, 614, 615 – *Ideal Standard II*; EuGH GRUR 1998, 922, 923 – *Canon*.

393 BGH GRUR 1999, 245, 246 – *LIBERO*.

394 EuGH GRUR Int 1999, 734, 736 – *Lloyd*; EuGH GRUR 1998, 387, 388ff. – *Springende Raubkatze*.

395 EuGH GRUR Int 2007, 718, 721 – *Alcon*; BGH GRUR 2004, 235, 237 – *Davidoff II*.

396 Ingerl/Rohnke, § 14 Rn. 849.

397 BGH GRUR 2007, 780, 784 – *Pralinenform*; BGH GRUR 2003, 332, 335 – *Abschlussstück*.

398 BGH GRUR 2007, 235, 237f. – *Goldhase*.

399 EuGH GRUR 1998, 387, 389 – *Sabel*.

400 BGH GRUR 2004, 779, 782 – *Zwilling/Zweibrüder*; BGH GRUR 2006, 60, 63 – *coccodrillo*.

Der BGH und andere obere Gerichte haben die Verwechslungsgefahr in den folgenden Fällen bejaht: für Schokoladenhasen aufgrund der konkreten Form, der Farbe und der Gestaltungselemente wie einer roten Schleife und einem goldenen Glöckchen,⁴⁰¹ für die *Underberg*-Fläschchen in Papier,⁴⁰² für die *Hermès* Handtasche *Kelly Bag*, deren Gesamteindruck bestimmt ist durch alle besonderen, zur Herkunftskennzeichnung geeigneten Gestaltungselemente,⁴⁰³ und für *Duplo*-Riegel, wegen des Gesamteindrucks durch Form und Oberflächenprägung trotz geringfügig anderer Abmessungen und Oberflächenprägung des kollidierenden Produkts⁴⁰⁴ und für den *Bounty*-Schokoladenriegel aufgrund hochgradig bildlicher Ähnlichkeit.⁴⁰⁵ Hingegen verneinte die Rechtsprechung Verwechslungsgefahr z. B. in den folgenden Fällen: für Schokoladenriegel in Goldbarren-Aufmachung mit der Aufschrift „Feodora“ gegenüber einer ebenso ausgestalteten dreidimensionalen Marke mit und ohne Wortbestandteil „Goldkern“,⁴⁰⁶ für Kleberstifte aufgrund von Unterschieden in Formdetails, Farbverteilung und Farbgewichtung sowie Wortelementen,⁴⁰⁷ für Wurst in Kleeblattform und Wurstscheiben mit ebenfalls achtfachen, aber lang gezogenen und gleichmäßigen Einkerbungen wegen des verhältnismäßig nur geringen Gestaltungsspielraums,⁴⁰⁸ für kleine zitronenförmige Plastikfläschchen aufgrund unterschiedlicher Wortzeichen⁴⁰⁹ und für Kugelschreiber wegen derer unterschiedlich gestalteten Kappen.⁴¹⁰

cc) Ähnlichkeitsschutz

Ein relatives Schutzhindernis liegt auch dann vor, wenn eine Ähnlichkeit der neuen Marke mit einer älteren Marke besteht, die ältere Marke im Inland bekannt ist und die Benutzung der eingetragenen Marke die

401 BGH GRUR 2007, 235, 238 – *Goldhase*.

402 OLG Hamburg GRUR-RR 2007, 35, 36 – *Portionsflasche*.

403 OLG Köln BeckRS 2006, 12663 – *Kulthandtaschen*.

404 OLG Köln GRUR-RR 2006, 325, 326 – *Duplo*.

405 BGH GRUR 2016, 197, Rn. 37, 39ff. – *Bounty*.

406 BGH GRUR 2003, 712 – *Goldbarren*.

407 BPatG GRUR 2007, 599 – *UHU stic*.

408 OLG Köln GRUR-RR 2006, 9 – *Wurst in Kleeblatt-Form*.

409 OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2004, 134 – *Plastikzitrone*.

410 LG Köln ZUM-RD 2000, 25, 34 – *Duofold*.

Unterscheidungskraft oder Wertschätzung der bekannten Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise beeinträchtigen würde (§ 9 Abs. 1 Nr. 3 MarkenG).

IV. Vergleich der wesentlichen Merkmale

Auf der Grundlage der Darstellung der einzelnen Tatbestände der Schutzvoraussetzungen der jeweiligen Leistungsrechte und im Hinblick auf die im 3. Teil vorzunehmende Untersuchung des Spannungsverhältnisses zwischen den einzelnen Schutzrechten in Bezug auf Produktgestaltungen ist hier ein grundlegender Vergleich der wesentlichen Merkmale der Schutzvoraussetzungen durchzuführen.

1. Designrecht und Urheberrecht

Das Designrecht wird häufig als das kleine Urheberrecht bezeichnet.⁴¹¹ Es galt lange Zeit als „Auffangdesignschutzrecht“, da auch das Designrecht grundsätzlich Gestaltungen der angewandten Kunst schützt.⁴¹² Allerdings bestehen Unterschiede in der Gestaltungshöhe und in der Ausgestaltung der Schutzschranken, da die geistige Schöpfung von der Persönlichkeit des Schaffenden und der Individualität des Werkes mit einer gewissen Gestaltungshöhe geprägt ist. So kann beispielsweise eine eigenpersönliche Schöpfung vorliegen, die nicht die Anforderungen an die Gestaltungshöhe nach dem Urheberrecht erfüllt, der aber dennoch designrechtlicher Schutz zukommen kann.⁴¹³ Andererseits kann zwar bei einer Produktgestaltung die urheberrechtliche Gestaltungshöhe erreicht sein, aber die gewerbliche Verwertbarkeit fehlt, die im Designrecht als Bestandteil des gewerblichen Rechtsschutzes erforderlich ist.

Produktgestaltungen unterlagen nach der bisherigen Rechtsprechung dann dem urheberrechtlichen Schutz, wenn es sich um reine Kunstwerke handelte, die nicht speziell für Gebrauchszwecke herge-

⁴¹¹ Wandtke in Wandtke, Urheberrecht, Kapitel 1, Rn. 77.

⁴¹² Wöhrn in Wandtke/Ohst, Handbuch Medienrecht, § 5 Rn. 105.

⁴¹³ Loewenheim in Schricker/Loewenheim, Einl. Rn. 54f. und § 2 Rn. 182f.; Kur, FS Schricker, S. 503, 510.

stellt wurden. Denn für Gebrauchsgegenstände wurde nach der Rechtsprechung verlangt, dass sie eine deutlich überdurchschnittliche Gestaltungshöhe aufweisen. Dies galt sogar noch nach der Reform des Geschmacksmustergesetzes von 2004 und bis zu der Entscheidung des BGH *Geburtstagszug*.⁴¹⁴ Danach bestand zwischen Urheberrecht und Designrecht nur ein gradueller und kein wesentlicher Unterschied, weshalb beide Rechte zueinander in ein Stufenverhältnis gesetzt wurden.⁴¹⁵ Die urheberrechtliche Gestaltungshöhe wurde bei Produktgestaltungen sogar noch höher angesetzt, da Erzeugnisse der angewandten Kunst, die über das Alltägliche hinausgehen, bereits durch das Designrecht geschützt wurden.⁴¹⁶ Überschneidungen können sich demnach bei Designs als Form der angewandten Kunst ergeben, die die strengen Anforderungen an die Gestaltungshöhe des Urheberrechts erfüllen.

Seit der *Geburtstagszug*-Entscheidung des BGH sind die Anforderungen an die urheberrechtliche Gestaltungshöhe abgesenkt worden auf das designerspezifische Niveau. Damit kommt es nicht mehr auf eine bestimmte Gestaltungshöhe des Designs an, sondern nur noch auf dessen Unterschiedlichkeit.⁴¹⁷ Mit Einführung der europäischen Geschmacksmusterverordnung ist der enge Bezug des Designrechts zum Urheberrecht beseitigt worden. Es kommt für die Unterscheidung nun nicht mehr auf den Grad der Schöpfungshöhe an, sondern auf die Tatbestandsvoraussetzungen der Neuheit und Eigenart. Damit soll die Gestaltungsfreiheit des Entwerfers des Designs mit Berücksichtigung finden.⁴¹⁸

Nimmt man noch den wettbewerbsrechtlichen Lauterkeitsschutz der Produktgestaltung hinzu und stellt diesen dem urheberrechtlichen Schutz und dem Designschutz gegenüber, so wird im UWG-Lauterkeitsrecht die Eigenart im Zusammenhang mit dem nachgeahmten Arbeitsergebnis gesehen. Damit stellt nicht die Gestaltungshöhe das

⁴¹⁴ BGH NJW 2014, 469- *Geburtstagszug*; *Zentek*, WRP 2010, 73, 75.

⁴¹⁵ BVerfG GRUR 2005, 410; BGH GRUR 1995, 581, 582 – *Silberdistel*; *Loewenheim* in Schricker/Loewenheim, § 2 Rn. 182.

⁴¹⁶ BGH GRUR 1993, 34; *Kur*, Die Alternativen zum Schutz durch das Urheberrecht in Deutschland, S. 194f.

⁴¹⁷ *Wandtke* in Wandtke, Urheberrecht, Kapitel 1, Rn. 77.

⁴¹⁸ BGH WRP 2011, 718, 720 – *Verlängerte Limousinen*; BGH WRP 2011, 100, 102 – *Untersetzer*.

maßgebliche Kriterium für die Schutzwürdigkeit dar, sondern vielmehr die Eignung der Gestaltungselemente.⁴¹⁹

2. Designrecht und Lauterkeitsrecht

Im Vergleich des Designrechts zum Lauterkeitsrecht zeigt sich die besondere Problematik der Eigenart der Produktgestaltung. Dieses Merkmal bestimmt in gravierender Weise das Verhältnis des Designrechts zum wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz. Daher fällt der Vergleich dieser beiden Schutzrechte umfassender aus.

a) Neuheit des Designs

Die Neuheit des Designs ist weder im Urheberrecht, beim UWG-Nachahmungsschutz noch im Markenrecht eine Schutzvoraussetzung. Die Neuheit als Schutzvoraussetzung fördert die Entwicklung von Neuem und den Fortschritt im Bereich Design. Damit schützt das Designrecht die Leistung und Investition in die Entwicklung sowie die Neuschöpfung von neuen Designs. Im Urheberrecht, Markenrecht und im UWG-Leistungsschutz wird nicht die Leistung geschützt, etwas Neues zu schöpfen; vielmehr sind andere Leistungen Schutzgegenstand. Die weiteren Tatbestandsmerkmale nach den §§ 3, 4 Nr. 3 UWG, die Nachahmungsintensität, die Unlauterkeitsumstände und die Wechselwirkung, haben im Designrecht keine Entsprechung. Das Markenrecht hat ebenfalls eigene Voraussetzungen; ebenso das Urheberrecht, das auf die geistige Schöpfung abstellt.

b) Eigenart des Designs

Beim Designrecht sowie beim UWG-Nachahmungsschutz ist Eigenart eine Schutzvoraussetzung. Der Vergleich der designrechtlichen Eigenart mit der wettbewerbslichen Eigenart offenbart gewisse Übereinstimmungen.⁴²⁰ Gleichwohl sind die Begriffe nicht deckungsgleich, wie der

419 *Lehmann-Schmidtke*, Das Erfordernis der wettbewerbslichen Eigenart, S. 45f., 69f., 265f.; *Kur*, GRUR 1990, 1, 8.

420 *Nemeczek*, WRP 2010, 1315, 1315f.; *Kur*, GRUR 2002, 661, 665; *Wandtke/Ohst*, GRUR Int 2005, 91, 95; *Ohly* in *Ohly/Sosnitzer*, § 4.3 Rn. 3/36 und § 4.3 Rn. 3/33.

BGH in der Entscheidung *Elektrische Gebäckpresse* anmerkt.⁴²¹ Das alte Geschmacksmusterrecht setzte die Eigentümlichkeit des fraglichen Musters voraus. Vor diesem Hintergrund war es einhellige Ansicht in Literatur und Rechtsprechung, dass sich die geschmacksmusterrechtliche Eigentümlichkeit nicht mit der wettbewerbsrechtlichen Eigenart deckt.⁴²² Argument war, dass das Geschmacksmusterrecht eigenpersönliche Schöpfungstätigkeit verlangt,⁴²³ was im Wettbewerbsrecht nicht gefordert wird. Im jetzigen Designrecht ist die Eigentümlichkeit der Eigenart gewichen und es hat sich ein inhaltlicher Wandel vollzogen. Daher muss das Verhältnis zwischen designrechtlicher Eigenart und wettbewerbsrechtlicher Eigenart neu geklärt werden.

aa) Funktion

Funktion meint hier die Aufgabe der Eigenart als Voraussetzung für den Schutz nach dem Designrecht bzw. für den UWG-Nachahmungsschutz. In beiden Rechten ist die Eigenart die maßgeblich Voraussetzung bei der Bestimmung der Schutzwürdigkeit des Schutzgegenstandes.⁴²⁴ Die jeweilige Hürde bewirkt, dass nicht jedes Produkt in den Schutzbereich fällt,⁴²⁵ denn der Markt soll nicht blockiert werden. Damit besteht eine Parallele zwischen der designrechtlichen und der wettbewerbsrechtlichen Eigenart: Sie sind das maßgebliche Kriterium der Schutzwürdigkeit des Schutzgegenstandes.

Im Designrecht überrascht diese Funktion der Eigenart nicht, weil die Immaterialgüterrechte Güter aufgrund bestimmter Eigenschaften pauschal schützen. Beim wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz

421 BGH GRUR-RR, 2012, 47 – *Elektrische Gebäckpresse*; Nemeček, WRP 2010, 1315, 1316.

422 BGH GRUR 1985, 876, 877 – *Tchibo/Rolux*; BGH WRP 1976, 370, 372 – *Ovalpuderdose*; BGH GRUR 1984, 597, 598 – *vitra programm*; BGH GRUR 1966, 97, 100 – *Zündaufsatz*; Bauer in Furler, DesignG, 4. Aufl., § 1 Rn. 31; Bopp, GRUR 1997, 34, 35; Buddeberg in Gerstenberg/Buddeberg, DesignG, 3. Aufl., S. 55f.; Nirk/Kurtze, DesignG, Einf. Rn. 84; Eichmann in Eichmann/v. Falckenstein, GeschmMG, 1. Aufl., E. Rn. 15; v. Gamm, Geschmacksmustergesetz, Einf. Rn. 23, 26; Götting in Hubmann/Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, 6. Aufl., § 50, I, 1.

423 Eichmann in Eichmann/v. Falckenstein, GeschmMG, 1. Aufl., § 1 Rn. 24.

424 Nemeček, WRP 2010, 1315, 1315.

425 Ohly in Ohly/Sosnitza, § 4.3 Rn. 3/32; Wiebe in MünchKomm, UWG, § 4 Nr. 9 Rn. 77.

hingegen ist die Eigenart als schutzauslösendes Merkmal etwas Systemfremdes.⁴²⁶ Das Wettbewerbsrecht schützt vor unlauteren Verhaltensweisen. Die Eigenart liegt in der Ware selbst begründet und steht in keinem Zusammenhang mit dem Verhalten des Nachahmers. Hier wird deutlich, dass der Nachahmungsschutz nach dem UWG nicht lediglich Verhaltensunrecht reguliert.

bb) Bedeutungsinhalt

Die Eigenart im Designrecht bedeutet Unterscheidbarkeit vom vorbekannten Formenschatz, die wettbewerbliche Eigenart meint die Eignung, auf die Herkunft oder die Besonderheiten des Produkts hinzuweisen. Beide Voraussetzungen beinhalten eine wertende Beurteilung;⁴²⁷ Im Designrecht wird der Abstand des Designs zum vorbekannten Formenschatz bewertet, während im Wettbewerbsrecht die Eignung als Herkunftshinweis bzw. als Hinweis auf die Besonderheiten des Produkts bewertet wird.

Bei beiden Rechten hat die Rechtsprechung zunächst eine gewisse Güte bzw. Qualität gefordert, die das Produkt für sich betrachtet aufweisen musste. Die Abwendung von einem Qualitätserfordernis erfolgte im Designrecht durch eine Gesetzesnovelle 2004 und im Wettbewerbsrecht durch die Entscheidung *Ovalpuderdose*.⁴²⁸ Heute werden das Design mit dem vorbekannten Formenschatz und das Produkt mit den am Markt befindlichen anderen Produkten verglichen. Durch die Beurteilung des Designs bzw. des Produkts im Rahmen eines Vergleichs mit den vorbekannten Designs bzw. dem Markt hat die Beurteilung der Eigenart einen Bezugspunkt erhalten. Das schafft Rechtssicherheit, weil die Beurteilung damit weniger vom Verständnis und von der Auffassung des Gerichts abhängt und vorhersehbarer wird.

Die designrechtliche Eigenart basiert auf dem Gesamteindruck, den das Design erzeugt. Auch beim Nachahmungsschutz ist der Gesamteindruck des Produkts maßgeblich. Dabei kann einzelnen Gestaltungsmerkmalen über- oder unterdurchschnittlicher Einfluss auf den Gesamteindruck zukommen. Außerdem bleiben bei beiden Rechten

426 Wiebe in MünchKomm, UWG, § 4 Nr. 9 Rn. 77.

427 Kur, GRUR 2002, 661, 665.

428 BGH WRP 1976, 370, 372 – *Ovalpuderdose*.

Merkmale außer Betracht, die aus technischen oder funktionellen Gründen gemeinfrei sind. Beim Nachahmungsschutz kommt eine Interessenabwägung im Einzelfall hinzu, ob das Produkt schutzwürdig ist. Im Designrecht findet keine Interessenabwägung statt. Auch die Berücksichtigung der Gestaltungsfreiheit ist kein Pendant zu einer Interessenabwägung, weil sich die Gestaltungsfreiheit nicht auf den konkreten Verletzungsfall bezieht und keine Interessen berücksichtigt werden.

In der Literatur wird das Verhältnis der beiden Merkmale unterschiedlich beschrieben. Teilweise erachtet die Literatur die wettbewerbliche Eigenart als Produkt oder „Zwischending“ aus designrechtlicher Eigenart und markenrechtlicher Kennzeichnungskraft.⁴²⁹ Nach *Nemeczek* kann das Vorliegen designrechtlicher Eigenart ein Indiz für wettbewerbliche Eigenart sein.⁴³⁰ Teilweise wird vage von Parallelen oder der Nähe des Nachahmungsschutzes zu den Immaterialgüterrechten gesprochen.⁴³¹ Die Urteile des BGH aus diesem Bereich zeigen, dass auch dieser bei der wettbewerblichen Eigenart Überlegungen anstellt, die von der designrechtlichen Eigenart herrühren. So wird in der Entscheidung *Jeans* die wettbewerbliche Eigenart einer Jeanshose durch eine als neu empfundene Kombination bekannter Gestaltungselemente begründet.⁴³² Auch der Umgang mit technisch bedingten Merkmalen beim UWG-Nachahmungsschutz und im Designrecht ist nach dem BGH gleich.⁴³³

cc) Beurteilungshorizont

Im Designrecht wird die Beurteilung der Eigenart vom Horizont eines informierten Benutzers aus vorgenommen. Die Beurteilung der wettbewerblichen Eigenart erfolgt dagegen aus der Sicht des Durchschnittsverbrauchers.

429 *Ohly*, FS Ullmann, S. 795, 797; *Ohly* in *Ohly/Sosnitzer*, § 4.3 Rn. 3/33.

430 *Nemeczek*, WRP 2010, 1315, 1316.

431 *Ohly*, FS Ullmann, S. 795, 797.

432 BGH GRUR Int 2006, 334, 337 – *Jeans*.

433 BGH GRUR 2010, 1125, 1127 – *Femur-Teil* zum UWG; BGH GRUR 2010, 718, 221 – *Verlängerte Limousinen* zum DesignG.

Bereits die Bezeichnungen „informierter Benutzer“ und „Durchschnittsverbraucher“ lassen ein Gefälle erkennen. Der Durchschnittsverbraucher bleibt in Bezug auf Kenntnisse und Aufmerksamkeit hinter dem informierten Benutzer zurück. In einem Stufenverhältnis ausgedrückt, steht der Durchschnittsverbraucher an unterster Stelle, darüber der informierte Benutzer, der jedoch seinerseits hinter einem (Design-)Experten zurückbleibt. Das unterschiedliche Beurteilungsniveau ist sinnvoll. Ein nur durchschnittlicher oder sogar flüchtiger Betrachter als Beurteilungshorizont im Designschutz würde dazu führen, dass nur Designs mit erheblicher Eigenart, die sich also erheblich vom vorbekannten Formenschatz unterscheiden, Schutz zukäme. Es ist jedoch nicht gewollt, dass ein Design in hohem Maße unterschiedlich sein muss. Der noch in den Erwägungsgründen des Gesetzgebers genannte „deutliche Unterschied“ ist nicht in den Gesetzestext aufgenommen worden.⁴³⁴ Daher herrscht Einigkeit, dass das Maß erforderlicher Eigenart nicht zu hoch angesetzt werden darf. Einer aufmerksamen Person, die die vorhandenen Designs kennt, fällt es leichter, Unterschiede im fraglichen Design zu erkennen.

Im UWG wird ein Durchschnittsverbraucher als Beurteilungshorizont herangezogen, der auch dem tatsächlichen Verbraucher entspricht. Wenn dieser keine Eigenart in der fraglichen Ware sieht, also keine Vorstellung von der Herkunft oder den Besonderheiten der Ware hat, muss die Ware auch nicht davor geschützt werden, dass die Vorstellung missbraucht wird. Die Beurteilungshorizonte weichen also voneinander ab.

dd) Beurteilungszeitpunkt

Der Grad der wettbewerblichen Eigenart wird zu dem Zeitpunkt bestimmt, in dem das Original durch Anbieten einer Nachahmung verletzt wird. Zu diesem Zeitpunkt ist das Produkt meist seit einiger Zeit auf dem Markt, während dieser Zeitspanne kann sich der Grad der Eigenart der Ware verändern. Die designrechtliche Eigenart hingegen wird im Zeitpunkt der Rechtsbegründung beurteilt. Es wurde auch aufgezeigt, dass das EuG diesen Ansatz nicht teilt, sondern stattdessen

⁴³⁴ Erwägungsgrund Nr. 13 zur GGRL.

auf den Zeitpunkt der Begründung des jüngeren (streitigen) Designs abstellt.⁴³⁵

Weil das Design zum Zeitpunkt der rechtsbegründenden Eintragung neu sein muss, ist es vor der Eintragung regelmäßig noch nicht veröffentlicht. Es liegt daher keine Zeitspanne zwischen der Veröffentlichung des Designs und der Beurteilung der Eigenart. Aber auch in dem Fall, dass das Design vor Eintragung am Markt veröffentlicht wird, so z. B. bei einer Veröffentlichung unter Inanspruchnahme der Neuheitsschonfrist des § 6 DesignG, kann sich der Grad der Eigenart des Designs nur bedingt verändern. Da die Eigenart einzig auf der Unterscheidbarkeit zum vorbekannten Formenschatz beruht, kann sie nicht durch Maßnahmen gesteigert werden, die das Design betreffen. Werbemaßnahmen und Ähnliches können die Bekanntheit oder Beliebtheit eines Produkts beeinflussen, sie können aber nicht bewirken, dass die Gestaltung des Produkts andersartig wird. Möglich ist lediglich eine Veränderung des vorbekannten Formenschatzes. Der Formenschatz kann durch die Veröffentlichung weiterer Designs verdichtet werden, was dazu führt, dass sich die Eigenart möglicherweise verringert. Eine Ausdünnung des vorbekannten Formenschatzes ist nicht denkbar.

Es kann als Ergebnis festgehalten werden, dass die designrechtliche Eigenart und die wettbewerbliche Eigenart zu unterschiedlichen Zeitpunkten beurteilt werden. Des Weiteren hat sich gezeigt, dass die wettbewerbliche Eigenart veränderbar ist, während der Grad der Eigenart im Designrecht eine unveränderliche Größe ist. Die Veränderung ist kein Prüfungsmerkmal des UWG-Nachahmungsschutzes. Der Grad der Eigenart wird aufgrund einer Momentaufnahme im konkreten Verletzungsfall beurteilt. Der Grad wettbewerblicher Eigenart ist das Ergebnis der Veränderung bis zu diesem Zeitpunkt. Es ist jedoch für das Ergebnis unerheblich, ob es das Resultat einer Steigerung oder einer Senkung ist oder durch welche Maßnahmen und Umstände die Veränderung eingetreten ist. Die Veränderung der wettbewerblichen Eigenart ist daher ein Vorgang, der zwar tatsächlich stattfindet, aber im Rahmen der rechtlichen Betrachtung keine weitere Bedeutung hat. Ähnlich liegt es im Designrecht. Es wird eine Momentaufnahme in

435 Siehe oben 2. Teil B. III. 1. b) ff).

dem Zeitpunkt der Rechtsbegründung vorgenommen und die Eigenart beurteilt.

Im Ergebnis ist es also von wenig rechtlicher Bedeutung, ob sich der Grad der Eigenart verändern kann, weil es für die rechtliche Prüfung der Voraussetzungen nur auf einen Moment ankommt. Im Wettbewerbsrecht werden die vorgenommenen Maßnahmen häufig im Prozess dargelegt. Allerdings dient die Darlegung dem Zweck, den resultierenden Grad an Eigenart zu begründen, und nicht dem, den Prozess der Entwicklung darzustellen.

ee) Nationale bzw. gemeinschaftsrechtliche Begrifflichkeit

Das deutsche Designgesetz setzt die Richtlinie 98/71/EG um, welche die Eigenart als Voraussetzung des Designschutzes vorgibt (Art. 3 Nr. 2, 19 GGRL). Nach Erwägungsgrund Nr. 9 der Richtlinie soll durch die Einführung der Eigenart (und der Neuheit) erreicht werden, dass die Voraussetzungen für ein eingetragenes Design in allen Mitgliedstaaten identisch sind. Lediglich eine einheitliche Begrifflichkeit ist dafür nicht ausreichend. Die Begrifflichkeit muss in allen Mitgliedstaaten auch einheitlich definiert sein. Die Richtlinie gibt in Erwägungsgrund Nr. 13 die Bedeutung der Eigenart vor, indem sie besagt: „Die Eigenart eines Musters sollte danach beurteilt werden, inwieweit sich der Gesamteindruck, den der Anblick des Musters beim informierten Benutzer hervorruft, deutlich von dem unterscheidet, den der vorbestehende Formschatz bei ihm hervorruft, und zwar unter Berücksichtigung der Art des Erzeugnisses, bei dem das Muster benutzt wird oder in das es aufgenommen wird, und insbesondere des jeweiligen Industriesektors und des Grades der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bei der Entwicklung des Musters.“ Eine verbindliche Definition enthält Art. 5 GGRL. Danach hat ein Muster dann Eigenart, „wenn sich der Gesamteindruck, den es beim informierten Benutzer hervorruft, von dem Gesamteindruck unterscheidet, den ein anderes Muster bei diesem Benutzer hervorruft, das der Öffentlichkeit vor dem Tag seiner Anmeldung zur Eintragung oder, wenn eine Priorität in Anspruch genommen wird, am Prioritätstag zugänglich gemacht worden ist.“ Die designrechtliche Eigenart ist damit ein gemeinschaftsrechtlich vorgegebener Begriff.

Gemeinschaftsrechtliche Begriffe müssen gemeinschaftsweit einheitlich und richtlinienkonform ausgelegt werden. Die nationalen Gerichte sind verpflichtet, das nationale Recht am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten, um das Ziel der Richtlinie zu erreichen.⁴³⁶ Die Auslegung muss sich am Text und an den Erwägungsgründen der Richtlinie orientieren.⁴³⁷ Auslegungsfragen, die sich nicht anhand der Richtlinie lösen lassen, sind nach Maßgabe des Art. 267 AEUV dem EuGH im Vorabentscheidungsverfahren vorzulegen. Die Auslegung durch den EuGH ist für die nationalen Gerichte bindend.

Die wettbewerbliche Eigenart hat ihren Ursprung nicht im Gemeinschaftsrecht. Zwar hat der europäische Gesetzgeber im Bereich des Wettbewerbsrechts die Rechtssetzungsbefugnis (Art. 2, Art. 3 Abs. 1 lit b), Art. 5 AEUV), er hat von der Befugnis jedoch nicht umfassend Gebrauch gemacht, sondern nur Teilbereiche reguliert. Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die wettbewerbliche Eigenart eine nationale Begrifflichkeit ist, die europarechtskonform ausgelegt wird. Die designrechtliche Eigenart hingegen ist ein europäischer Rechtsbegriff, Definition, Bedeutung und Auslegung ergeben sich unmittelbar aus dem Europarecht.

3. Designrecht und Markenrecht

Der nachfolgende Vergleich des Designrechts zum Markenrecht bezieht sich auf das Verhältnis der designrechtlichen Schutzvoraussetzung zu den relativen Schutzhindernissen des Markenschutzes der Identität oder Ähnlichkeit bzw. der Verwechslungsgefahr nach dem Prioritätsgrundsatz.

Zwischen der designrechtlichen Eigenart und dem relativen Schutzhindernis nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG besteht insofern eine Parallele, als Zeichen im Sinne des Markenrechts ein Schutzhindernis entgegensteht, wenn ein prioritätsälteres gleiches und verwechslungsfähiges Zeichen existiert. Die vorbekannten Designs sind mit den prioritätsälteren Marken vergleichbar. Im Designrecht liegt ein „Kollisionsfall“

436 Eichmann in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, Allgemeines zum Designrecht Rn. 17; EuGH NJW 2004, 3547, 3549; EuGH NJW 1984, 2021, 2022.

437 EuGH GRUR 2007, 228, 229 – *Nokia/Wärdell*; EuGH GRUR 2009, 867, 869 – *FEIA/Cul de Sac*.

vor, wenn das jüngere Design keinen anderen Gesamteindruck als das ältere Design erzeugt, weil es gleich oder in gewissem Maße ähnlich ist. Im Markenrecht schützen der Identitätsschutz vor der Anmeldung gleicher Zeichen und der Verwechslungsschutz vor der Anmeldung ähnlicher Zeichen. Allerdings werden im Markenrecht Zeichen für bestimmte Waren und Dienstleistungen registriert. Bei beiden Schutzrechten steht also Identität oder Ähnlichkeit mit älteren Designs bzw. Marken dem Schutz entgegen.

Die Ausgestaltung ist allerdings unterschiedlich. Im Designrecht ist die Eigenart eine Schutzvoraussetzung. Wenn kein abweichender Gesamteindruck gegeben ist, entsteht erst gar kein Designrecht. Ein dennoch eingetragenes Design ist nichtig (§ 33 DesignG) und wird aus dem Register gelöscht (§ 36 Abs. 1 Nr. 5 DesignG). Im Markenrecht ist der Kollisionsfall als relatives Schutzhindernis ausgestaltet. Es kann ein Markenrecht begründet werden, obwohl ein älteres identisches oder ähnliches Zeichen entgegensteht. Nur wenn das relative Schutzhindernis geltend gemacht wird, kommt es nicht zur Eintragung bzw. zur Löschung des Zeichens.

Beide Ausgestaltungen haben die Wirkung, dass im Kollisionsfall das ältere Recht besteht. Die Regelungen unterscheiden sich hinsichtlich der Disponibilität ihrer Wirkung. Im Designrecht ist die Wirkung nicht disponibel. Ein älteres gleiches Design führt automatisch dazu, dass der jüngeren Anmeldung kein Schutz zukommt. Im Markenrecht ist die Wirkung der Kollision disponibel. Wenn das ältere Markenrecht nicht geltend gemacht wird, bleibt die Kollision ohne Auswirkung. Der Unterschied hängt mit dem unterschiedlichen Zweck der beiden Immaterialgüterrechte zusammen. Im Markenrecht gehört es nicht zum Wesen des Zeichens, dass es anders ist als die bereits existierenden Zeichen, es soll lediglich Ware oder Dienstleistung unterscheiden. Es ist denkbar, dass ein Zeichen diese Funktion erfüllt, obwohl bereits ein identisches oder ähnliches Zeichen existiert. Das kann z. B. der Fall sein, wenn der Verkehr traditionell an das Nebeneinander der Zeichen gewöhnt ist.

Im Ergebnis ist das relative Schutzhindernis kollidierender identischer und ähnlicher Zeichen nur bedingt mit der designrechtlichen Eigenart vergleichbar.

4. Markenrecht und Lauterkeitsrecht

Weiterhin befasst sich die Untersuchung mit den Unterscheidungsmerkmalen der Verkehrsgeltung und der konkreten Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 MarkenG im Vergleich zur wettbewerbsrechtlichen Eigenart.

a) Verkehrsgeltung

Sowohl bei der markenrechtlichen Verkehrsdurchsetzung als auch bei der markenrechtlichen Verkehrsgeltung führt die Benutzung im Verkehr dazu, dass ein Zeichen trotz mangelnder Voraussetzungen Markenschutz erlangt. Es bestehen insoweit konzeptionelle Parallelen. Die Verkehrsgeltung ersetzt das Erfordernis der Eintragung und die Verkehrsdurchsetzung überwindet (bestimmte) absolute Eintragungshindernisse. Daher hat die Verkehrsdurchsetzung mit der wettbewerbsrechtlichen Eigenart gemeinsam, dass der Verkehr die Produktgestaltung als Hinweis wahrnimmt. Der entscheidende Unterschied ist, dass die Verkehrsdurchsetzung eine hohe Hürde darstellt, während die wettbewerbsrechtliche Eigenart schneller bejaht wird. Außerdem setzt die wettbewerbsrechtliche Eigenart keine Benutzung oder Bekanntheit voraus, wie es bei der markenrechtlichen Verkehrsdurchsetzung unentbehrlich ist.

Im Vergleich stimmt kein markenrechtliches Merkmal mit der wettbewerbsrechtlichen Eigenart überein.⁴³⁸ Es gibt aber partielle Übereinstimmungen und Verquickungen.⁴³⁹ So ist die wettbewerbsrechtliche Eigenart ein Indiz dafür, dass ein Zeichen konkrete Unterscheidungskraft hat, weil es tatsächlich so ist, dass eigenartige Zeichen einen höheren Grad an Unterscheidungskraft haben.⁴⁴⁰ Auch ist die wettbewerbsrechtliche Eigenart der konkreten Unterscheidungskraft inhaltlich sehr nah.

Wettbewerbsrechtliche Eigenart und markenrechtliche Verkehrsgeltung beinhalten gleichermaßen, dass der Verkehr die Produktgestal-

438 Fezer, MarkenG, § 4 Rn. 36; Köhler, GRUR 2009, 445, 446; Büscher, GRUR 2009, 230, 234.

439 Fezer, MarkenG, § 3 Rn. 528; Büscher, GRUR 2009, 230, 232.

440 Lange, Marken- und Kennzeichenrecht, § 3 Rn. 501.

tung als Hinweis wahrnimmt. Dem tritt *Ohly* mit einem Verweis auf die Rechtsprechung entgegen.⁴⁴¹ In der Entscheidung *Noppenbahnen* stellte der BGH fest, dass nachgeahmte Erzeugnisse bei einer Herkunftstäuschung neben wettbewerbsrechtlicher Eigenart auch eine gewisse Bekanntheit bei den maßgeblichen Verkehrskreisen erlangt haben müssen.⁴⁴² Der BGH führte weiter aus, dass Verkehrsgeltung dazu nicht erforderlich ist. Es genüge, dass das Erzeugnis bei nicht unerheblichen Teilen der angesprochenen Verkehrskreise eine solche Bekanntheit erreicht hat, dass sich in relevantem Umfang die Gefahr der Herkunftstäuschung ergeben kann, wenn Nachahmungen vertrieben werden.⁴⁴³ Damit bringt der BGH zum Ausdruck, dass an die Bekanntheit, die Voraussetzung für eine Herkunftstäuschung ist, geringere Anforderungen zu stellen sind als an die Verkehrsgeltung im Markenrecht. Sehr ähnlich formulierte der BGH in den Entscheidungen *Jeans I*⁴⁴⁴ und *Stufenleitern*⁴⁴⁵. Es lässt sich der Schluss ziehen, dass weder die wettbewerbsrechtliche Eigenart noch die für eine Herkunftstäuschung erforderliche Bekanntheit die hohen Anforderungen der Verkehrsgeltung erfüllen müssen. *Köhler* geht noch weiter und sagt, dass die wettbewerbsrechtliche Eigenart nicht erfordert, dass der Hersteller des Originals damit bereits einen wettbewerbsrechtlichen Besitzstand durch Verkehrsbekanntheit erlangt hat.⁴⁴⁶ Auch Erzeugnissen, die neu am Markt sind, soll es möglich sein, wettbewerbsrechtliche Eigenart zu haben. Mit diesem Ansatz ist die markenrechtliche Verkehrsgeltung, die durch Benutzung entsteht, nicht vereinbar. Im Markenrecht erlangt das Zeichen die Verkehrsgeltung aufgrund von Benutzung und somit erworbener Bekanntheit. Die wettbewerbsrechtliche Eigenart hingegen setzt keine Benutzung oder Bekanntheit in dem Maß voraus. Die Umstände, die die Eigenart begründen, können der Gestaltung an sich innewohnen, wie z. B. Originalität.

441 *Ohly* in *Ohly/Sosnitzer*, § 4.3 Rn. 9/36.

442 BGH GRUR 2002, 275, 277 – *Noppenbahnen*.

443 BGH GRUR 2002, 275, 277 – *Noppenbahnen*.

444 BGH GRUR 2006, 79, 82 – *Jeans I*.

445 BGH GRUR 2007, 339, 343 – *Stufenleitern*.

446 *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rn. 3.25.

b) Konkrete Unterscheidungskraft

Die konkrete Unterscheidungskraft bezieht sich auf die angemeldeten Waren und ist bereits aus diesem Grund eher mit der wettbewerbsrechtlichen Eigenart vergleichbar. Auch inhaltlich liegt sie nicht weit entfernt. Wettbewerbsrechtliche Eigenart ist die Eignung, auf die Herkunft oder die Besonderheiten des Produkts hinzuweisen. Markenrechtliche konkrete Unterscheidungskraft ist die Eignung, die konkret angemeldeten Waren eines bestimmten Anbieters von den Waren anderer Anbieter zu unterscheiden. In beiden Fällen handelt es sich um die Eignung als Hinweis.⁴⁴⁷ Die Unterscheidung der Waren im Markenrecht beruht auf der Herkunft der Waren aus einem bestimmten Betrieb. Dabei ist kein konkreter Betrieb in Bezug genommen, sondern ein Unternehmen, das die Markenrechte innehat. Im Wettbewerbsrecht kann die Eigenart auch darin liegen, dass das Produkt geeignet ist, auf die Herkunft hinzuweisen. In diesem Fall überschneiden sich die wettbewerbsrechtliche Eigenart und die konkrete Unterscheidungskraft. Die wettbewerbsrechtliche Eigenart geht jedoch darüber hinaus und kann auch darin begründet sein, dass die Produktgestaltung auf die Besonderheiten des Produkts hinweist.

Trotz Parallelen unterscheiden sich die wettbewerbsrechtliche Eigenart und die konkrete Unterscheidungskraft voneinander. Hier sind drei Aspekte zu nennen: Die Eigenart wurzelt darin, dass sich das Produkt aus der Masse hervorhebt. Sie liegt in den besonderen, originellen, vom Gängigen abweichenden Gestaltungsmerkmalen begründet, die das Produkt individualisierend herausstellen. Im Markenrecht hingegen ist es nicht erforderlich, dass eine Marke eigenartig ist, um unterscheidungskräftig zu sein. Auch bei Formmarken dürfen keine strenger Anforderungen gestellt werden. Daher müssen auch Formmarken, die aus der Gestaltung eines Produkts bestehen, keine im wettbewerbsrechtlichen Sinne eigenartige Gestaltung haben. In der Entscheidung *SWATCH* stellte der BGH ausdrücklich fest, dass die besondere Eigenart kein zwingendes Erfordernis für das Vorliegen von Unterscheidungskraft sei.⁴⁴⁸ Ebenso beurteilte der BGH in der Entscheidung *Likörflasche* die Revisionsentscheidung dahin gehend als rechtsfehler-

⁴⁴⁷ Büscher, GRUR 2009, 230, 232.

⁴⁴⁸ BGH GRUR 2001, 413, 415 – *SWATCH*.

haft, dass dort gerade für dreidimensionale Marken die Eigenart der Gestaltung für die konkrete Unterscheidungskraft gefordert wurde.⁴⁴⁹ Die Literatur steht mit dieser Absicht des BGH in Einklang.⁴⁵⁰

Als nächster Unterscheidungspunkt sind die unterschiedlich hohen Anforderungen zu nennen. Während im Markenrecht jede noch so geringe Unterscheidungskraft genügt, um das Schutzhindernis zu überwinden,⁴⁵¹ ist die wettbewerbsrechtliche Anforderung bereits ihrer Natur nach höher. Die Eigenart muss einen solchen Grad erreichen, dass das Produkt aus der Masse der Waren herausgehoben wird.

Schließlich hat sich das Bundespatentgericht in seinem Beschluss vom 10. März 2010 mit dem Verhältnis von wettbewerbsrechtlicher Eigenart und konkreter Unterscheidungskraft befasst und für den Bereich der Formmarken festgestellt, dass die Unterscheidungskraft gemessen an dem Sinn des Schutzhindernisses enger ist als die Voraussetzung der wettbewerbsrechtlichen Eigenart.⁴⁵² Das Gericht begründet die Feststellung damit, dass die absoluten Schutzhindernisse dazu dienen, die schutzwürdigen Interessen der Allgemeinheit und insbesondere der Mitbewerber an einem ausreichenden Gestaltungsfreiraum und das Individualinteresse des Anmelders am Markenschutz miteinander in Einklang zu bringen. Bei Formmarken, die aus einer Produktgestaltung bestehen, ist zu berücksichtigen, dass der Markenschutz einem Schutz der Produktgestaltung selbst gleichkommt. Für einen solchen „Produktschutz“ gibt es spezielle Gesetze, wie das Patent-, Gebrauchs- oder Designrecht, die eine zeitliche Beschränkung vorsehen. Damit zeitlich unbegrenzter Schutz von Produktgestaltungen durch das Markenrecht keine systemwidrigen Züge annimmt, muss im Rahmen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG eine sorgfältige Interessenabwägung erfolgen. Das Patentgericht darf hier nicht in der Weise falsch verstanden werden, dass es die Anforderungen an Formmarken gegenüber andere Markenformen anhebt. Es wird lediglich dem Umstand Rechnung getragen, dass der Schutz von Gestaltungen primär nicht Sache des Markenrechts ist und dieser Umstand bei der Interessenabwägung bedacht wird. Diese Überlegungen sind nicht

449 BGH GRUR 2001, 56, 57 – *Likörflasche*.

450 Köhler, GRUR 2009, 445, 446.

451 Ingerl/Rohnke, § 8 Rn. 110.

452 BPatG BeckRS 2010, 08179.

auf den UWG-Nachahmungsschutz zu übertragen. Weil das UWG keinen zeitlich unbegrenzten Schutz gewährt, sondern von Verletzungsfall zu Verletzungsfall über den Schutz neu entschieden wird, ist hier die Gefahr einer systemwidrigen Entwicklung hin zum zeitlich unbegrenzten Schutz von Produktgestaltungen nicht gegeben.

V. Zwischenergebnis

Die Ausführungen in diesem Kapitel haben gezeigt, dass Produktgestaltungen nicht nur dem Schutz durch das Designrecht unterliegen, welches ausdrücklich die Formen von Erzeugnissen schützt, also die Formidee, die durch die Produktgestaltung verkörpert wird, sondern auch durch das Urheberrecht, welches vor allem für das Industriedesign von Bedeutung ist, durch das Markenrecht für die Formmarke sowie den unlauteren Wettbewerb hinsichtlich der Eigenart im Zusammenhang mit der Nachahmung und anderen, die Unlauterkeit begründenden Umstände.

Der Schutzgegenstand bestimmt dabei jeweils den Anwendungsbereich des betreffenden Schutzrechts. Im Designrecht wird im Wesentlichen auf das äußere Erscheinungsbild eines Produkts abgestellt. Hier gilt ein weiterer Anwendungsbereich, der allerdings durch die Schutzvoraussetzungen der Neuheit und Eigenart eine Einschränkung erhält. Im Urheberrecht stellt das Werk das Schutzobjekt dar, sofern das Merkmal einer persönlichen geistigen Schöpfung erfüllt ist (§ 2 Abs. 2 UrhG). Es muss sich um eine geistige Leistung handeln, um eine inhaltliche Gestaltung. Im wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz kommt es auf die gewerbliche Leistung an, auf die Eigenart von Erzeugnissen. Speziell in Bezug auf Produktgestaltungen sind Waren und Dienstleistungen eines Mitbewerbers Schutzgegenstand des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes (§ 4 Nr. 3 UWG). Schutzgegenstände des Markenrechts sind hingegen die Marke und andere Kennzeichen mit abstrakter Unterscheidungseignung, insbesondere die dreidimensionale Formgestaltung, also die Formmarke (vgl. § 1 MarkenG).

Die Schutzvoraussetzungen sind auf den jeweiligen Schutzgegenstand und Schutzzweck der Rechte zugeschnitten. In formeller Hinsicht ist für den Designschutz die Eintragung in das Musterregister erforder-

lich (§ 27 Abs. 1 DesignG). Auch das förmliche Markenrecht entsteht durch Eintragung, und zwar im Markenregister (§ 4 Nr. 1 MarkenG), allerdings kann eine Marke auch durch die Verkehrsgeltung entstehen. Für das Urheberrecht sind keine formellen Schutzvoraussetzungen notwendig. Es entsteht *ipso jure* mit Fertigstellung des Werks. Auch der UWG-Nachahmungsschutz kennt kein Registrierungserfordernis.

Die materiellen Schutzvoraussetzungen von Produktgestaltungen unterscheiden sich zum Teil erheblich, zum Teil gibt es Überschneidungen oder zumindest Parallelen. Im Designrecht werden die Neuheit und Eigenart der Produktgestaltung gefordert. Dafür ist der Gesamteindruck beim informierten Betrachter charakteristisch, die durch die Eigenständigkeit und Geschlossenheit der Form gebildet werden, sowie der Einzelvergleich. Abzustellen ist auf den Gestaltungsgrad, der durch die Designvielfalt, den gestalterischen Spielraum in einem bestimmten Design- oder Produktbereich bestimmt wird.

Im Urheberrecht kommt es dagegen auf die persönlich geistige Schöpfung an. Bei Werken der angewandten Kunst bzw. bei der künstlerischen Leistung der Gebrauchskunst wird nicht mehr entscheidend auf die Gestaltungshöhe des Designs abgestellt, sondern auf die Unterschiedlichkeit des Musters.

Das Lauterkeitsrecht gewährt für Produktgestaltungen den Nachahmungsschutz nach § 4 Nr. 3 UWG. Dazu gehört auch die wettbewerbsrechtliche Eigenart der zu schützenden Ware, die durch eine Hinweisfunktion an die angesprochenen Verkehrskreise in Bezug auf die betriebliche Herkunft oder die Besonderheiten des Produkts charakterisiert wird. Häufig begründen ästhetische Gestaltungsmerkmale die Eigenart des Produkts. Neuheit und Bekanntheit sind hingegen keine zwingenden Voraussetzungen des Lauterkeitsschutzes. Dafür sind aber die besonderen Schutzvoraussetzungen nach dem UWG zu beachten, nämlich die vermeidbare Herkunftstäuschung und Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Wertschätzung sowie die unredliche Erlangung von Unterlagen und Kenntnissen.

Im Markenrecht gelten abgestufte Schutzvoraussetzungen. Zunächst ist die Markenfähigkeit von Formmarken grundsätzlich zu bejahen. Sie müssen aber eine abstrakte Unterscheidungskraft besitzen. Nicht markenfähig sind Zeichen, die ausschließlich aus einer Form bestehen, die durch die Art der Ware selbst bedingt ist (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG),

Formen, die zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich sind (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG), sowie Formen, die der Ware einen wesentlichen Wert verleihen (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG). Absolute Schutzhindernisse, die bereits eine Eintragungsfähigkeit verhindern, sind die grafische Darstellbarkeit, die fehlende konkrete Unterscheidungskraft sowie das Freihaltebedürfnis nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. Hiernach besteht ein absolutes Eintragungshindernis, wenn eine Marke lediglich aus beschreibenden Angaben besteht. Diese sollen dem Anmelder nicht durch eine Monopolisierung einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil verschaffen. Trotz entgegenstehender Eintragungshindernisse kann aber eine Formmarke im Wege der Verkehrsdurchsetzung Schutz genießen. Da die Herkunfts- und Unterscheidungsfunktion im deutschen Markenrecht im Vordergrund steht, existieren weiterhin die relativen Schutzhindernisse nach § 9 Abs. 1 MarkenG: Identitätsschutz, Verwechslungsschutz und Ähnlichkeitsschutz.

Der Vergleich der Merkmale der einzelnen Schutzrechte hat erbracht, dass sich Designrecht und Urheberrecht im Hinblick auf Produktgestaltungen nicht mehr, wie es der früheren Rechtsprechung entsprach, durch ihre Gestaltungshöhe unterscheiden. Die Gestaltungsfreiheit soll Berücksichtigung finden, daher kommt es nunmehr wesentlich auf die Eigenart und Neuheit des Designs an. Designrecht und Lauterkeitsrecht erfordern beide das Merkmal der Eigenart der Produktgestaltung. Allerdings bleibt festzuhalten, dass die designrechtliche und die wettbewerbsrechtliche Eigenart unterschiedliche Schutzvoraussetzungen beschreiben. Dabei gibt es einige Überschneidungen. So können sich beide Schutzvoraussetzungen aus der äußeren Gestaltung eines Produkts ergeben. Die Eigenart gilt als Schutzvoraussetzung des Designrechts, nicht aber auch des Markenrechts. Hier wird der Schutz gegen identische und ähnliche Zeichen gewährleistet. Markenrecht und UWG schließlich unterscheiden sich im Hinblick auf Produktgestaltungen durch die konkrete Unterscheidungskraft einerseits und die wettbewerbsrechtliche Eigenart andererseits voneinander. Im Markenrecht ist es nicht erforderlich, dass eine Marke eigenartig ist, um unterscheidungskräftig zu sein. Daher müssen auch Formmarken, die aus der Gestaltung eines Produkts bestehen, keine im wettbewerbsrechtlichen Sinne eigenartige Gestaltung haben. Im Lauterkeitsrecht

hingegen muss die Eigenart einen solchen Grad erreichen, dass das Produkt aus der Masse der Waren herausgehoben wird.

C. Schutzfrist

Die Schutzfrist beschreibt die Zeitspanne, mit deren Ablauf das Schutzrecht erlischt. Davon kann die Schutzdauer abweichen, also der Zeitraum, in dem der Schutz besteht und tatsächlich ausgeübt werden kann.

I. Designrecht

Die Schutzfrist des Designs beträgt nach § 27 Abs. 2 DesignG 25 Jahre ab dem Anmeldetag. Mit Ablauf der Frist erlischt das Schutzrecht. Davon ist die Zeitspanne zu unterscheiden, in der das Designrecht tatsächlich ausgeübt werden kann und die erst mit der Eintragung beginnt.⁴⁵³

Die 25-jährige Schutzfrist gibt dem Entwerfer ausreichend Gelegenheit, seinen Entwurf angemessen zu verwerten. Es handelt sich um einen „gesetzlich typisierten Amortisationszeitraum“ für die Investitionen, die der Entwerfer getätigt hat.⁴⁵⁴ Außerdem sind Designs häufig Ausdruck des Zeitgeists und verlieren als solche ohnehin mit der Zeit ihren Wert.⁴⁵⁵ Es ist daher nicht erforderlich, dem Entwerfer das Monopolrecht länger zuzugestehen.

II. Urheberrecht

Auch der Urheberrechtsschutz besteht nur für eine bestimmte Zeit.⁴⁵⁶ Der Zweck des Urheberrechts besteht darin, dem geistigen Schöpfer eines Werks eine Gegenleistung für die Verwertung seines Werks zu gewähren. Der Schutz ist jedoch nur zeitlich begrenzt, da das Wesen einer geistigen Schöpfung es erfordert, das Werk nach Ablauf einer

⁴⁵³ V. Falckenstein in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, § 27 Rn. 3.

⁴⁵⁴ Ohly, GRUR 2007, 731, 735.

⁴⁵⁵ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 5 Rn. 43.

⁴⁵⁶ Lettl, Urheberrecht, § 7 Rn. 2.

bestimmten Dauer für die Allgemeinheit zugänglich zu machen und vergütungsfrei verwerten zu dürfen.⁴⁵⁷ Die Regelschutzfrist gemäß § 64 UrhG sieht vor, dass das Urheberrecht 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers erlischt. Der Urheberschutz beginnt jedoch nicht erst mit dem Tod des Urhebers, sondern bereits mit der Schöpfung des Werks. Daher sind für die Bestimmung der Schutzdauer die Lebenszeit des Urhebers und die 70-jährige Schutzfrist zu addieren.⁴⁵⁸

Für die Berechnung der Schutzfrist ist § 69 UrhG maßgeblich. Hiernach beginnt die Frist mit dem Ablauf des Kalenderjahres, in dem das für den Beginn der Frist maßgebende Ereignis eingetreten ist. Dies ist der Beginn des Jahres, das auf das Jahr des Todes des Urhebers folgt.⁴⁵⁹

Bei einer Produktgestaltung werden in der Regel mehrere Urheber gemeinsam beteiligt sein. Gemäß § 8 UrhG liegt eine Miturheberschaft vor, wenn mehrere ein Werk gemeinsam geschaffen haben, ohne dass sich ihre Anteile gesondert verwerten lassen. In einem solchen Fall kommt es für die Berechnung der Schutzfrist auf den Tod des längstlebenden Miturhebers an (§ 65 Abs. 1 UrhG). Das Urheberrecht erlischt sieben Jahre nach dem Tode des längstlebenden Miturhebers.

III. Lauterkeitsrecht

Schwieriger zu bestimmen ist der zeitliche Umfang des UWG-Nachahmungsschutzes. Es gibt keine gesetzliche Regelung über die zeitliche Dauer des Leistungsschutzes nach den §§ 3, 4 Nr. 3 UWG und somit keine gesetzliche Befristung. Grundsätzlich besteht der Schutz fort, solange das Verhalten des Verletzers als unlauter beurteilt wird.⁴⁶⁰ *Emmerich* gibt deutlich die Meinung in Literatur und Rechtsprechung

⁴⁵⁷ *Lettl*, Urheberrecht, § 7 Rn. 2.

⁴⁵⁸ *Lettl*, Urheberrecht, § 7 Rn. 5.

⁴⁵⁹ *Dreier/Schulze*, § 65 UrhG, Rn. 4.

⁴⁶⁰ BGH GRUR 1985, 294, 296 – *Füllanlage*; BGH GRUR 1999, 751, 754 – *Güllepippen*; BGH GRUR 2004, 941, 943 – *Metallbett*; *Götting/Hetmank* in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 121; *Ohly* in *Ohly/Sosnitza*, § 4.3 Rn. 3/81; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rn. 3.70.

wieder, wenn er sagt, der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz bedürfe – darüber bestehe Einigkeit – einer zeitlichen Begrenzung.⁴⁶¹

1. Unmittelbarer Leistungsschutz

Die Rechtsprechung differenziert danach, ob ein Fall des sogenannten unmittelbaren Leistungsschutzes oder des mittelbaren Leistungsschutzes vorliegt. Beim unmittelbaren Leistungsschutz unter den Voraussetzungen der Generalklausel nach § 3 UWG ist das Produkt als solches Gegenstand des wettbewerbsrechtlichen Schutzes, weil sich die Schutzwürdigkeit aus seiner wettbewerbsrechtlichen Eigenart ergibt. Die Nachahmungsumstände und weitere die Wettbewerbswidrigkeit begründende Umstände, wie die Herkunftstäuschung oder die Rufausbeutung, sind beim unmittelbaren Leistungsschutz nicht erforderlich. Die Fälle, in denen Produkten aufgrund ihrer Eigenart der UWG-Schutz unmittelbar zuteilwird, sind dem Sonderschutz strukturähnlich.⁴⁶² Da der Gesetzgeber bei den Sonderschutzrechten in der Regel eine zeitliche Begrenzung vorgesehen hat, um das Individualinteresse an dem Monopolrecht auf der einen Seite und das allgemeine Interesse an einem freien Wettbewerb auf der anderen Seite auszugleichen, kann auch der unmittelbare Leistungsschutz nach dem UWG nicht völlig unbegrenzt gewährt werden.⁴⁶³ Der Interessenausgleich ist hier vorzunehmen, um einen Wertungswiderspruch zwischen dem unmittelbaren UWG-Leistungsschutz und dem sondergesetzlichen Leistungsschutz zu vermeiden.

Für Modeartikel hat der BGH in der Entscheidung *Modeneuheiten* eine allgemeine Begrenzung der Schutzdauer anerkannt und auf die relevante Saison beschränkt.⁴⁶⁴ Der BGH begründete die zeitliche Begrenzung hier sehr fallbezogen damit, dass der wettbewerbsrechtliche Schutz entsprechend dem kurzlebigen Schutzbedürfnis zeitlich zu begrenzen ist.⁴⁶⁵ In der Entscheidung *Notenstichbilder* versagte der BGH

461 *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, § 11 Rn. 50; ebenso *Keller*, FS Erdmann, S. 595, 611; *Eck* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 56 Rn. 211; *Lettl*, Wettbewerbsrecht, § 5 Rn. 70.

462 *Eck* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 56 Rn. 211.

463 Zum Schutz von Modeneuheiten *Ohly* in *Ohly/Sosnitza*, § 4,3 Rn. 3/82.

464 BGH GRUR 1973, 478, 480 – *Modeneuheiten*; ebenso in BGH GRUR 1986, 895, 896 – *Hemdblusenkleid*.

465 BGH GRUR 1973, 478, 480 – *Modeneuheiten*.

einen UWG-Schutz im Bereich persönlicher geistiger Schöpfungen über die Schutzfrist des Urheberrechts hinaus.⁴⁶⁶ Und für Leistungen im technischen Bereich verwies der BGH in der Entscheidung *Rollen-Clips* auf die Laufzeit des Patentschutzes.⁴⁶⁷ In der Entscheidung *Klemmbausteine III* stellte der BGH klar, dass der Schutz gegen das Einschieben in eine fremde Serie einer zeitlichen Begrenzung unterliegt.⁴⁶⁸ Bei der Entscheidung handelt es sich um den Fall, dass Schutz gewährt wird, weil ein Leistungsergebnis eigenartig und damit schutzwürdig ist, ein spezielles Sonderschutzrecht aber aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen die Leistung nicht oder nicht ausreichend schützt. Auch in diesen Fällen ist eine zeitliche Begrenzung, orientiert am jeweils naheliegenden Sonderschutzrecht, geboten.⁴⁶⁹ Im Ergebnis gewährt die Rechtsprechung keinen zeitlich unbegrenzten Schutz, wenn er maßgeblich auf der wettbewerbsrechtlichen Eigenart beruht, weil in diesem Fall die Sachlage den Sonderschutzrechten ähnlich ist und im Wertungseinklang mit diesen ein Ausgleich zwischen Monopolrecht und Wettbewerbsbeschränkung herzustellen ist.

2. Mittelbarer Leistungsschutz

Handelt es sich hingegen um UWG-Nachahmungsschutz nach den § 4 Nr. 3 UWG, kann nicht generell eine Parallele zu den Sonderschutzrechten gezogen werden. Es muss der Einzelfall betrachtet werden, und nur dann, wenn Umstände vorliegen, die denen eines Sonderschutzrechtes gleichkommen, kann auch hinsichtlich der Schutzfrist eine Parallele gezogen werden.⁴⁷⁰ Wenn ein Fall markenrechtliche Züge aufweist, scheidet eine zeitliche Begrenzung, wie bei der Marke, daher eher aus. Bei Fallkonstellationen mit Ähnlichkeiten zum Designschutz spricht viel für eine Begrenzung der Schutzdauer. Die sonderschutzrechtlichen Fristen stellen maximal einen groben Rahmen dar. Ziel des UWG-Nachahmungsschutzes ist ein angemessener Interessenausgleich, und daher ist die Frage nach der Dauer des wettbe-

466 BGH GRUR 1986, 895, 896 – *Notenstichbilder*.

467 BGH GRUR 1990, 528, 530 – *Rollen-Clips*.

468 BGH GRUR 2005, 349, 352 – *Klemmbausteine III*.

469 BGH GRUR 2005, 349, 352 – *Klemmbausteine III*.

470 Eck in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 56 Rn. 215.

werksrechtlichen Leistungsschutzes „nur im Einzelfall im Rahmen einer Gesamtwürdigung unter Abwägung der betroffenen Interessen zu beantworten.“⁴⁷¹ Dabei spielen die Amortisationsmöglichkeit und die Belohnungsgesichtspunkte eine entscheidende Rolle.⁴⁷² Dem Berechtigten müssen über eine angemessene Zeit die Früchte seiner Arbeit gesichert werden, um den Arbeits- und Kosteneinsatz wettzumachen.⁴⁷³

Der Ansatz, dem UWG-Nachahmungsschutz generell gewisse zeitliche Grenzen zu setzen, stößt in der Literatur nicht nur auf Zustimmung.⁴⁷⁴ Götting/Hetmank kritisieren die Entwicklung z. B. mit dem Argument, dass damit die unterschiedlichen Ansatzpunkte der Immaterialgüterrechte und des Leistungsschutzes missachtet würden.⁴⁷⁵

Man kann die Frage nach der zeitlichen Begrenzung dahin gehend beantworten, dass für den Einzelfall zu entscheiden ist, ob der Schutz zeitlich begrenzt ist und wie die Begrenzung aussieht. Mit diesem Verständnis wird eine zeitliche Begrenzung nicht generell bejaht, aber dennoch als Aspekt des Schutzes berücksichtigt.⁴⁷⁶

IV. Markenrecht

Eine Marke ist zunächst für die Dauer von zehn Jahren, beginnend mit dem Tag der Anmeldung, geschützt, § 47 Abs. 1 MarkenG. Die Schutzdauer kann gemäß § 47 Abs. 2 MarkenG um jeweils zehn Jahre verlängert werden und ist daher grundsätzlich zeitlich nicht begrenzt. Damit weicht das Markenrecht von den übrigen Immaterialgüterrechten ab, die mit Ablauf einer bestimmten Schutzfrist erlöschen.⁴⁷⁷ Es gibt im Markenrecht keine Befristung des Schutzes, weil die Marke kein Leistungsergebnis ist, das es zu amortisieren gilt. Die Marke ist ein Unter-

471 BGH GRUR 2003, 356, 358 – *Präzisionsmessgeräte*, ebenso Köhler in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3.70; Eck in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 56 Rn. 213.

472 Götting/Hetmank in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 118, 119.

473 Götting/Hetmank in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 118.

474 Erdmann, FS Vieregge, S. 197, 206.

475 Götting/Hetmank in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 119.

476 So auch Erdmann, FS Vieregge, S. 197, 206.

477 Fezer, MarkenG, § 47 Rn. 1.

nehmenszeichen und muss dem Inhaber grundsätzlich so lange zur Verfügung stehen, wie er davon Gebrauch machen möchte.⁴⁷⁸

V. Zwischenergebnis

Die Schutzrechte stimmen in Bezug auf die Schutzfrist nicht überein. Aber gerade der Umgang der Rechtsprechung mit der Abweichung zeigt, wie nahe die Rechte sich doch sind. Das Designrecht hat eine Schutzfrist von 25 Jahren. Das Markenrecht kann durch Verlängerungen zeitlich unbegrenzt bestehen, das Urheberrecht besteht zu Lebzeiten unbegrenzt und dauert sogar über den Tod des Urhebers hinaus, um der Bedeutung von Kunstwerken für die Allgemeinheit Rechnung zu tragen. Für den wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz ist keine zeitliche Begrenzung normiert. Beim unmittelbaren Leistungsschutz nach dem UWG gelten jedoch die zeitlichen Schutzfristen der entsprechenden Sonderschutzrechte. Beim UWG-Nachahmungsschutz wird im Einzelfall über eine zeitliche Begrenzung entschieden.

Die Regelung im Designrecht ist eine Amortisationsfrist und dient dem Schutzzweck der Innovations- und Investitionsförderung. Der zeitlich unbegrenzte Markenschutz weicht vom System des Immaterialgüterrechts ab, weil die Marke mit ihren Funktionen als Unternehmenszeichen unbefristet bestehen soll. Die Frage nach einer Schutzfrist des UWG-Leistungsschutzes offenbart das schwierige Verhältnis zu den Immaterialgüterrechten im Allgemeinen und zum Marken- und Designschutz im Besonderen. Der unmittelbare Leistungsschutz ist nach Rechtsprechung und Literatur strukturgleich mit den Immaterialgüterrechten. In der Entscheidung *Klemmbausteine III* brachte der BGH klar zum Ausdruck, dass der UWG-Schutz von Leistungen als solcher einem sondergesetzlichen Immaterialgüterrecht gleichkommt.⁴⁷⁹ Es ergingen bereits andere Entscheidungen in diesem Sinne, die allerdings die Eindeutigkeit vermissen lassen.⁴⁸⁰ Die Literatur wer-

478 Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 5 Rn. 44.

479 BGH GRUR 2005, 349, 352 – *Klemmbausteine III*.

480 BGH GRUR 1986, 895, 896 – *Notenstichbilder*.

tet den unmittelbaren Leistungsschutz ebenfalls dementsprechend.⁴⁸¹ Aber auch beim mittelbaren Leistungsschutz wird bei der Schutzdauer der Zusammenhang mit den Immaterialgüterrechten deutlich. Es ist wohl herrschende Meinung in der Literatur, dass auch beim mittelbaren Leistungsschutz die Immaterialgüterrechte nicht ohne Einfluss sind.⁴⁸² Allerdings kann nicht pauschal auf die Schutzfristen der Sonderschutzrechte verwiesen werden. Es ist eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen. Wenn diese ergibt, dass der Sachverhalt dem eines Sonderschutzrechtes ähnelt, sind die Wertungen der Schutzfrist zu übertragen. Im Ergebnis führt der Ansatz dazu, dass hinsichtlich des zeitlichen Schutzzumfangs die Wertungen und Überlegungen der Sonderschutzrechte auch beim UWG-Nachahmungsschutz zum Tragen kommen.

Wenn der zeitliche Schutzzumfang des Nachahmungsschutzes sich an den Immaterialgüterrechten orientiert, wie verhält es sich dann mit Schutzgegenständen, bei denen mehrere Immaterialgüterrechte einschlägig sind? Bei der Produktgestaltung können das Designrecht und das Markenrecht Anwendung finden. Es kommt erschwerend hinzu, dass gerade das Markenrecht in Bezug auf die Schutzdauer kein typisches Immaterialgüterrecht ist, weil keine Schutzfrist existiert. Es ist daher relevant, ob sich der zeitliche Schutzzumfang am Marken- oder Designschutz orientiert. Es ist hier wohl naheliegend, auf das Verhältnis zwischen Design- und Markenrecht abzustellen. Die beiden Schutzrechte stehen unabhängig nebeneinander. In ähnlicher Weise sollte bei einer Produktgestaltung, die Design- und Markenschutz genießt, beim UWG-Nachahmungsschutz ebenfalls der zeitliche Schutzzumfang zum einen in Parallelwertung zum Designrecht und zum anderen in Anlehnung an markenrechtlichen Schutz bestimmt werden. Dieser Ansicht entsprechen die Ausführungen von *Ohly*, wonach auch im ästhetischen Bereich die Schutzdauer des Designrechts die Nachahmung begrenzen, ein weitergehender Schutz unter markenrechtlichen Gesichtspunkten aber unberührt bleiben soll.⁴⁸³

481 Sack, FS Erdmann, S. 714ff.; Schulze, Anmerkung zu BGH GRUR 1986, 895 – *Notenstichbilder*.

482 *Ohly* in *Ohly/Sosnitza*, § 4.3 Rn. 3/81f.

483 *Ohly* in *Ohly/Sosnitza*, § 4.3 Rn. 3/81f.

D. Verletzungshandlung

Der Schutz für Produktgestaltungen bietet dem Entwerfer, Schöpfer bzw. Inhaber des Schutzrechts oder dem Mitbewerber Schutz vor unberechtigter Inanspruchnahme des Designs. Eine Rechtsverletzung erfordert eine Verletzungshandlung, also eine Handlung, die als widerrechtlicher Eingriff in das Schutzrecht beurteilt wird. Dies führt auf der Rechtsfolgenseite zu Konsequenzen. Im Folgenden wird betrachtet, welche Verletzungshandlungen nach den einzelnen Schutzrechten sanktioniert werden und inwieweit diese sich unterscheiden. Von Bedeutung ist des Weiteren, wer den Schutz als Berechtigter in Anspruch nehmen kann und gegen wen sich jeweils die Schutzansprüche richten.

I. Designrecht

Das Designgesetz beschreibt zunächst das Verhalten, das eine Rechtsverletzung begründet und gewährt dem Inhaber ein subjektives Ausschließlichkeitsrecht. Die Ausgestaltung des Ausschließlichkeitsrechts erfolgt in Abschnitt 8 des Designgesetzes, §§ 42 ff. DesignG.

1. Verletzungshandlung

Die Verletzungshandlung im Designrecht ist die Benutzung eines verletzenden Designs (§ 38 Abs. 1 DesignG). Das Gesetz führt in § 38 Abs. 1 Satz 2 DesignG die Herstellung, das Anbieten, das Inverkehrbringen, die Einfuhr, die Ausfuhr, den Gebrauch und den Besitz eines solchen Erzeugnisses zu den genannten Zwecken beispielhaft als Benutzungsformen auf. Die Aufzählung ist nicht abschließend. Es ist vielmehr jede Art der Benutzung erfasst, die sich als normale Verwendung des Designs darstellt.⁴⁸⁴ Daher ist der Bereich der erfassten Verhaltensweisen sehr groß. Der Zweck der Benutzungshandlung spielt nur beim Besitz eine Rolle. Der Besitz ist eine Verletzungshandlung, wenn er zum Zwecke einer widerrechtlichen Benutzung erfolgt.

⁴⁸⁴ Eichmann in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, § 38 Rn. 48.

Die Nachahmung einer Produktgestaltung ist keine beispielhaft normierte Verletzungshandlung. Das ist dem Umstand geschuldet, dass der Begriff des Nachahmens in Bezug auf das Designrecht nicht exakt passt. *Nachahmen* beschreibt eine „nachmessende Gestaltung“⁴⁸⁵. „Nachmessendes Gestalten“ impliziert, dass das Herstellen mit Bezug auf eine Vorlage geschieht. Ein Bezug auf eine Vorlage erfordert zumindest die Kenntnis von der Vorlage. Im Designrecht ist keine Kenntnis der Vorlage, also des eingetragenen Designs, erforderlich. Ein „Nachahmen“ ohne „Bezug auf eine Vorlage“ ist lediglich ein Herstellen. Das Herstellen eines Designs, das das eingetragene Design aufnimmt, ist eine beispielhaft normierte Verletzungshandlung. Herstellen beschreibt den Vorgang der körperlichen Anfertigung von Erzeugnissen, unabhängig von Verfahren und Anzahl.⁴⁸⁶ Bei Schutz von Produktgestaltungen ist das Herstellen regelmäßig die einschlägige Verletzungshandlung. Daneben ist das Anbieten und Inverkehrbringen relevant, um die nachgelagerten Absatzstufen zu erfassen.

2. Anspruchsberechtigter und Anspruchsverpflichteter

Die Ansprüche im Designrecht stehen dem Verletzten zu, § 42 Abs. 1 DesignG. Der Verletzte ist der materiell berechtigte Inhaber. Im Designrecht gilt der in das Register Eingetragene als berechtigter Inhaber.⁴⁸⁷

Der Anspruchsgegner ist laut Gesetz der Verletzer, der das eingetragene Design rechtsverletzend benutzt hat. Neben dem unmittelbaren Täter sind nach den allgemeinen Regeln über unerlaubte Handlungen der Mittäter, der Anstifter und der Gehilfe ebenfalls Verletzer und werden wie Täter behandelt.⁴⁸⁸ Mit der Figur des Störers hat die Rechtsprechung den Kreis der Personen, die auf Unterlassung und Beseitigung in Anspruch genommen werden können, erweitert.⁴⁸⁹ Störer ist, wer, ohne als Täter oder Teilnehmer beteiligt zu sein, in anderer Weise willentlich und adäquat kausal zu einer Rechtsverletzung beigetragen

⁴⁸⁵ Duden, S. 2674.

⁴⁸⁶ Eichmann in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, § 38 Rn. 52.

⁴⁸⁷ Eichmann in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, § 42 Rn. 9.

⁴⁸⁸ Eichmann in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, § 42 Rn. 4f.

⁴⁸⁹ Eichmann in Eichmann/Kur, § 11 Rn. 23.

hat.⁴⁹⁰ Um die Erweiterung der Haftung nicht über alle Maßen auf Dritte auszudehnen, setzt die Störerhaftung die Verletzung einer Prüfungspflicht voraus.⁴⁹¹

II. Urheberrecht

1. Verletzungshandlung

Im Urheberrecht ist nicht definiert bzw. positiv beschrieben, welche Handlungen im Einzelnen als Verletzungshandlung anzusehen sind. Vielmehr geht das UrhG von der generellen Urheberrechtsverletzung durch den Gebrauch des Werks eines Urhebers aus. Die Rechte des Urhebers erfahren Einschränkungen durch die inhaltlichen Schranken gemäß §§ 44a bis 63a UrhG sowie durch die gesetzlich erlaubten Handlungen, die ohne Zustimmung des Urhebers durchgeführt werden dürfen und die ihre Rechtfertigung in den Grundrechten und anderen verfassungsmäßig garantierten Rechten finden (z. B. Kommunikationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG).⁴⁹²

Die Urheberrechtsverletzungen ergeben sich jeweils im Umkehrschluss aus den positiv im Gesetz definierten Urheberpersönlichkeitsrechten und den Verwertungsrechten. Bei einer Verletzung des Urheberrechtspersönlichkeitsrechts sieht § 97 Abs. 1 UrhG einen Anspruch des Verletzten auf Unterlassung und Schadensersatz vor. Das Urheberrechtspersönlichkeitsrecht umfasst das Recht zur Erstveröffentlichung (§ 12 UrhG), das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft bzw. auf Namensnennung (§ 13 UrhG) sowie das Recht gegen Entstellungen des Werks (§ 14 UrhG). Die Verwertungsrechte an dem urheberrechtlich geschützten Werk sind in §§ 15-23 UrhG geregelt und beinhalten insbesondere die Vervielfältigung, Verbreitung und Ausstellung sowie

490 BGH GRUR 1997, 313, 315 – *Architektenwettbewerb*; BGH GRUR 2002, 618, 619 – *Meißner Dekor*.

491 *Eichmann* in Eichmann/Kur, § 11 Rn. 65; *Eichmann* in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, § 42 Rn. 8; BGH GRUR 2008, 702, Rn. 50 – *Internetversteigerung III*; BGH GRUR 2009, 1093 Rn. 18 – *Focus Online*.

492 *Lettl*, Urheberrecht, § 11 Rn. 11ff.

die Bearbeitung und Umgestaltung durch Dritte, denen der Urheber die Nutzung bzw. Verwendung gestattet hat.

Ohne Zustimmung des Urhebers darf ein Werk nur benutzt werden, wenn ein anderer in freier Benutzung dieses Werks ein selbstständiges Werk geschaffen hat (sog. freie Benutzung, § 24 UrhG).

2. Anspruchsberechtigter und Anspruchsverpflichteter

Anspruchsberechtigter bei Urheberrechtsverletzungen ist zum einen der Urheber selbst oder sein Rechtsnachfolger, beispielsweise sein Erbe, sofern der Urheber selbst bereits verstorben ist. Zum anderen kommt auch der Nutzungsrechtsinhaber als Anspruchsberechtigter in Betracht, sofern es um die Verletzung von Verwertungsrechten an dem urheberrechtlich geschützten Werk geht.

III. Lauterkeitsrecht

Die Rechtsfolgen einer wettbewerbswidrigen Handlung sind allgemein in Kapitel 2 des UWG geregelt. Die wettbewerbsrechtlichen Tatbestände begründen keine subjektiven Rechte. Der Schutz ist dadurch ausgestaltet, dass dem Verletzten einzelne Abwehransprüche zuerkannt werden.

1. Verletzungshandlung

Zunächst muss es sich um eine geschäftliche Handlung handeln, damit der Anwendungsbereich des UWG überhaupt eröffnet ist. Der Begriff der geschäftlichen Handlung ist in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG legal definiert. Danach ist jedes Verhalten erfasst, das zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. Das Verhalten kann positives Tun sowie Unter-

lassen im geschäftlichen Verkehr sein.⁴⁹³ Die früher erforderliche subjektive Förderungsabsicht wurde im Rahmen der Novelle 2008 durch einen objektiven Zusammenhang ersetzt.⁴⁹⁴

Weiter muss die Verletzungshandlung die Anforderungen der einzelnen Tatbestände erfüllen. Beim Nachahmungsschutz nach § 4 Nr. 3 UWG besteht die Verletzungshandlung im Anbieten einer Nachahmung. Anbieten ist weit zu verstehen und umfasst neben dem Angebot zum Verkauf auch jede Vertriebshandlung einschließlich der Werbung.⁴⁹⁵ In der Entscheidung *Alt Luxemburg* fasste der BGH auch das Ausliefern der Nachahmungen an Zwischenhändler unter die Verletzungshandlung des Anbietens.⁴⁹⁶ Das Herstellen von Nachahmungen ist keine Verletzungshandlung, obwohl es notwendige Voraussetzung des Anbietens ist.⁴⁹⁷

2. Anspruchsberechtigter und Anspruchsverpflichteter

Nach dem UWG ist jeder Mitbewerber Anspruchsberechtigter, § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG. Allerdings ist bei Verstößen, die lediglich die individuellen Interessen eines bestimmten Mitbewerbers betreffen, der Kreis der Anspruchsberechtigten auf den betroffenen Mitbewerber beschränkt.⁴⁹⁸ In den meisten Fällen des wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes ist nur das Individualinteresse eines konkreten Mitbewerbers verletzt, nämlich das Interesse des Herstellers des Originals. Verbände oder Kammern haben dann grundsätzlich kein Recht darauf, die Ansprüche geltend zu machen.⁴⁹⁹

Dem könnte man entgegenhalten, dass § 4 Nr. 3 UWG neben dem Individualinteresse des Originalherstellers auch die Allgemeinheit vor

493 *Sosnitza* in Ohly/Sosnitza, § 2 Rn. 8; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, § 2 Rn. 11; BGH GRUR 2000, 1076, 1077 – *Abgasemissionen*.

494 *Sosnitza* in Ohly/Sosnitza, § 2 Rn. 26f.

495 *Sack* GRUR 2015, 442, 444; *Götting/Hetmank* in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 65.

496 BGH GRUR 2003, 892, 893 – *Alt Luxemburg*.

497 *Köhler* in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3.39; *Götting/Hetmank* in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 65, 136.

498 *Büch* in Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, Kap. 13 Rn. 12; BGH GRUR 2011, 1593, Rn. 51 – *Creation Lamis*.

499 *Götting/Hetmank* in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 134; *Köhler* in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3.86; *Ohly* in Ohly/Sosnitza, § 4.3 Rn. 3/84; *Sambuc* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § 4 Nr. 3 Rn. 205.

einer Herkunftstäuschung schützt. Allerdings ist das Interesse der Allgemeinheit, vor einer Herkunftstäuschung geschützt zu werden, anerkanntermaßen nicht der primäre Schutzzweck des Leistungsschutzes.⁵⁰⁰ Eine Anspruchsberechtigung von Verbänden und Mitbewerbern kann sich aber daraus ergeben, dass Verbraucherinteressen berührt sind, weil die nachgeahmten Waren von besonders minderer Qualität sind, weil Sicherheitsrisiken bestehen oder weil sich die Nachahmung schwerpunktmäßig als Irreführung nach § 5 UWG bzw. Nr. 13 Anh. zu § 3 Abs. 3 UWG gestaltet.⁵⁰¹ Händler der Originalware sind ebenfalls nicht anspruchsberechtigt. Der Nachahmungsschutz sichert primär die Interessen des Originalherstellers und daher muss es diesem alleine obliegen, ob und wie er gegen Nachahmungen seiner Produkte vorgeht.⁵⁰² Diese Sichtweise ist im Einklang mit der Rechtsprechung.⁵⁰³

Die Ansprüche richten sich gegen jeden, der die unlautere Handlung des Anbietens vornimmt.⁵⁰⁴ Das sind in der Regel der Hersteller, der Importeur und der Händler.⁵⁰⁵ Die Grundsätze der Störerhaftung finden auch im UWG Anwendung und erweitern den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch auf Personen, die willentlich und adäquat kausal zur Verletzung eines geschützten Gutes oder zu einer verbotenen Handlung beigetragen haben.⁵⁰⁶

500 BGH GRUR 1994, 630, 634 – *Cartier-Armreif*; BGH GRUR 1991, 223, 225 – *Finnischer Schmuck*; BGH GRUR 1988, 620, 621 – *Vespa-Roller*; Köhler in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3.2; Andere Ansicht: Sack, GRUR 2015, 442, 443.

501 Götting/Hetmank in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 134; Köhler in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3.86.

502 Köhler in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3.86; Köhler, GRUR 2009, 445, 450f.; Götting/Hetmank in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 134.

503 BGH GRUR 2005, 519, 520 – *Vitamin-Zell-Komplex*; BGH GRUR 1994, 630, 634 – *Cartier-Armreif*; BGH GRUR 1991, 223, 224 – *Finnischer Schmuck*.

504 Götting/Hetmank in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 135.

505 Götting/Hetmank in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 135; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 11 Rn. 47f.

506 Köhler in Köhler/Bornkamm, § 8 Rn. 2.2ff.

IV. Markenrecht

Im Markenrecht normiert § 14 MarkenG die Verletzungshandlungen sowie die daraus folgenden Rechte und Ansprüche.

1. Verletzungshandlung

Im Markenrecht ist die Verletzungshandlung die Benutzung eines Zeichens als Marke im geschäftlichen Verkehr. Die Handlungsform der Benutzung ist im Markenrecht nicht legal definiert, sondern lediglich durch eine Liste von Beispielen in § 14 Abs. 3 MarkenG näher bestimmt. Die Beispiele werden noch um einen Katalog vorbereitender Benutzungshandlungen in § 14 Abs. 4 MarkenG erweitert. Da es sich jedoch in beiden Fällen um beispielhafte, nicht abschließende Aufzählungen handelt, kommt im Ergebnis jede Benutzungshandlung als Verletzungshandlung in Betracht.⁵⁰⁷ Eine verletzendende Benutzung setzt weiter voraus, dass das Zeichen als Marke (markenmäßig im engeren Sinne) für Waren oder Dienstleistungen (Waren-/Dienstleistungsbezug) benutzt wird.

Die markenmäßige Benutzung erfordert nach dem EuGH, dass die Benutzung die Funktionen der Marke beeinträchtigt.⁵⁰⁸ Der BGH geht entsprechend von einer markenmäßigen Benutzung aus, wenn das Zeichen jedenfalls auch der Unterscheidung der Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen dient.⁵⁰⁹ Die Anforderung ist nicht erfüllt, wenn das Zeichen ausschließlich als Firma, Handelsname oder Gesellschaftsbezeichnung benutzt wird.⁵¹⁰ In diesem Zusammenhang kann die Abgrenzung zur beschreibenden Benutzung des Zeichens schwierig sein. Insbesondere bei Formmarken kann die markenmäßige Benutzung, die sich nach der Anschauung des Verkehrs richtet, fraglich sein, weil die Gestaltung

⁵⁰⁷ Fezer, MarkenG, § 14 Rn. 837.

⁵⁰⁸ EuGH GRUR 2003, 55, Rn. 51 – *Arsenal Football Club*.

⁵⁰⁹ BGH GRUR 2008, 793, Rn. 15 – *Rillenkoffer*; BGH GRUR 2003, 332, 333 – *Abchlussstück*; BGH GRUR 2009, 1055, Rn. 49 – *airdsl* mit weiteren Nachweisen.

⁵¹⁰ Ingerl/Rohnke, § 14 Rn. 117; EuGH GRUR 2007, 971, Rn. 21 – *Céline*; BGH GRUR 2008, 254, Rn. 22 – *THE HOME STORE*; BGH GRUR 2008, 1002, Rn. 22 – *Schuhpark*, BGH GRUR 2009, 772, Rn. 48 – *Augburger Puppenkiste*.

z. B. auch technische Erfordernisse erfüllt und daher nicht als Herkunftshinweis aufgefasst wird. Dieser Überlegung entspricht das Markenschutzhindernis des § 3 Abs. 2 MarkenG, das bestimmte dreidimensionale Gestaltungen grundsätzlich vom Markenschutz ausnimmt.

Bei Formmarken besteht ebenfalls das Problem, dass die Ausgestaltung als rein ästhetisch, dekorativ oder funktional verstanden werden kann.⁵¹¹ Bei der Nachahmung von Produktgestaltungen wird die Nachahmung regelmäßig eine markenmäßige Benutzung des Zeichens sein, weil bereits das Original Markenschutz genießt und somit vom Verkehr als Marke wahrgenommen wird. Schließlich muss die Verletzungshandlung im geschäftlichen Verkehr erfolgen. Nach der Rechtsprechung des EuGH setzt das eine Benutzung „im Zusammenhang mit einer auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichteten kommerziellen Tätigkeit und nicht im privaten Bereich“ voraus.⁵¹² Der BGH ist der Rechtsprechung gefolgt.⁵¹³

2. Anspruchsberechtigter und Anspruchsverpflichteter

Im Markenrecht ist der Inhaber der Marke zur Geltendmachung der Ansprüche berechtigt (§ 14 MarkenG).⁵¹⁴

Anspruchsgegner ist der unmittelbar handelnde Verletzer. Weil es sich bei der Markenverletzung um eine unerlaubte Handlung handelt, sind Mittäter, Anstifter und Gehilfen gleichfalls Verletzer.⁵¹⁵ Der Störer kann im Markenrecht auf Unterlassung und Beseitigung, aber nicht auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden.⁵¹⁶

⁵¹¹ Köhler, GRUR 2009, 445, 446.

⁵¹² EuGH GRUR 2003, 55, Rn. 40 – *Arsenal Football Club*; EuGH GRUR 2010, 445, Rn. 50 – *Google France und Google*; EuGH GRUR 2007, 971, Rn. 17 – *Céline*; EuGH GRUR 2007, 318, Rn. 18 – *Adam Opel*.

⁵¹³ BGH GRUR 2009, 871, Rn. 23 – *Ohrclips*; BGH GRUR 2007, 780, Rn. 20 – *Pralinenform*.

⁵¹⁴ Ingerl/Rohnke, Vorbemerkung zu §§ 14 – 19d, Rn. 10.

⁵¹⁵ Ingerl/Rohnke, Vorbemerkung zu §§ 14 – 19d, Rn. 25.

⁵¹⁶ Fezer, MarkenG, § 14 Rn. 987.

IV. Zwischenergebnis

Im Designrecht ist die Verletzungshandlung die Benutzung eines verletzenden Designs, im Markenrecht ist es die markenmäßige Benutzung eines verletzenden Zeichens, im geschäftlichen Verkehr und beim Nachahmungsschutz ist es das Anbieten einer Nachahmung. Im Urheberrecht besteht ein Nutzungs- und Änderungsverbot, sofern der Urheber oder sein Rechtsnachfolger nicht in die Nutzung des urheberrechtlich geschützten Werks durch Dritte zugestimmt hat.

Das Designrecht und das Markenrecht gehen terminologisch von derselben Verletzungshandlung, dem Benutzen, aus. Aus der übereinstimmenden Begrifflichkeit kann aber nicht ohne Weiteres eine inhaltliche Deckungsgleichheit gefolgert werden, weil es systematisch nicht zwingend ist, dass derselbe Begriff in unterschiedlichen Gesetzen bedeutungsgleich ist. Beide Gesetze beinhalten einen nicht abschließenden Beispielkatalog. Die aufgelisteten Beispiele stimmen nicht überein. Allerdings handelt es sich jedes Mal um eine nicht abschließende beispielhafte Aufzählung und erfasst sind auch alle weiteren Benutzungshandlungen. Für den Bereich der Nachahmung von Produktgestaltungen kann festgestellt werden, dass das Designrecht und das Markenrecht dieselben in Betracht kommenden Handlungen als Verletzungshandlungen sanktionieren, nämlich das Herstellen, die Ein- und Ausfuhr sowie den Vertrieb. Beim UWG-Nachahmungsschutz hingegen ist allein das Anbieten die sanktionierte Verletzungshandlung. Das Herstellen der Nachahmung ist nicht erfasst.⁵¹⁷ Darin besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem UWG-Nachahmungsschutz und den Immaterialgüterrechten.⁵¹⁸

Die Begründung für diesen Unterschied liegt im Wesen der Rechte. Den Immaterialgüterrechten liegt die Entscheidung des Gesetzgebers zugrunde, einigen speziellen immateriellen Gütern umfassenden sondergesetzlichen Schutz zukommen zu lassen. Der umfassende Schutz wird unter anderem dadurch gewährleistet, dass jede Benutzung einen Abwehranspruch begründet. Der wettbewerbsrechtliche Schutz hingegen bezweckt nicht den generellen Schutz eines immateri-

⁵¹⁷ Köhler in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3.80.

⁵¹⁸ Ohly in Ohly/Sosnitza, § 4.3 Rn. 3/50.

ellen Guts, sondern den Schutz des lauterer Wettbewerbs. Dieser wird nach § 4 Nr. 3 UWG durch das Anbieten einer Nachahmung verletzt. Andere Handlungen im Zusammenhang mit Nachahmungen hat der Gesetzgeber nicht als grundsätzliche Bedrohung des lauterer Wettbewerbs beurteilt und daher nicht sanktioniert. Die unterschiedlichen Verletzungshandlungen spiegeln das unterschiedliche Wesen wider, den Schutz eines Immaterialguts auf der einen Seite, bei dem jede Benutzung sanktioniert werden muss, und den Schutz des lauterer Wettbewerbs durch die Sanktionierung einzelner Handlungen auf der anderen Seite.

Die Verletzungshandlung im Markenrecht muss im geschäftlichen Verkehr erfolgen. Das wettbewerbsrechtliche Anbieten muss gleichzeitig eine geschäftliche Handlung sein. Die Formulierungen sind nicht identisch und ihre Bedeutung ist nicht inhaltsgleich. Die Begrifflichkeit „im geschäftlichen Verkehr“ im Markenrecht ist enger als die geschäftliche Handlung des UWG. Daher überschneiden sich die Begriffe in dem Sinn, dass jede Handlung im geschäftlichen Verkehr i. S. d. Markenrechts auch immer eine geschäftliche Handlung nach dem UWG ist.⁵¹⁹ Im Fall einer nachgeahmten Produktgestaltung ist der geschäftliche Bezug auch in der engeren Variante der Handlung im geschäftlichen Verkehr regelmäßig gegeben. Die markenrechtliche Verletzungshandlung erfordert schließlich eine markenmäßige Benutzung des verletzenden Zeichens. Ein Pendant dazu findet sich weder im Designrecht noch im Schutz nach dem UWG.

Die unterschiedlichen Verletzungshandlungen führen im Ergebnis dazu, dass der Schutz nach § 4 Nr. 3 UWG wesentlich enger ist als der design- und markenrechtliche Schutz. Praktisch bedeutet das, dass der Schutz deckungsgleich ist, soweit es um den Vertrieb nachgeahmter Produktgestaltungen geht. Die Herstellung der verletzenden Gestaltung ist nur im Design- und Markenrecht sanktioniert.

Anspruchsberechtigter ist im Design-, Marken- und Wettbewerbsrecht der Verletzte. Der Verletzte ist der Inhaber des Immaterialgüterrechts bzw. der Hersteller des Originals. Darüber hinaus weist das Wettbewerbsrecht neben dem Verletzten auch weiteren Personen eine Anspruchsberechtigung zu. Die Erweiterung des Kreises der Berech-

⁵¹⁹ Ingerl/Rohnke, § 14 Rn. 67.

tigten ist beim wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz nur bedingt relevant. Der Kreis wird regelmäßig auf den konkreten Hersteller beschränkt, weil die Verfolgung der Rechtsverletzung dem Hersteller des Originals zustehen soll. Nur unter bestimmten Bedingungen wird von diesem Grundsatz abgewichen. Das Vorgehen zeigt erneut, wie der UWG-Schutz an das Vorbild der Immaterialgüterrechte angepasst wird.⁵²⁰

Der Vergleich der Verletzungshandlungen und der Abwehransprüche hat viele Gemeinsamkeiten zwischen dem Designrecht, dem Markenrecht und dem wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz aufzeigt. Es zeigt sich erneut die Nähe des UWG-Nachahmungsschutzes zu den Immaterialgüterrechten.⁵²¹

⁵²⁰ Nemeček, WRP 2010, 1315, 1318.

⁵²¹ Götting/Hetmank in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 134.

3. Teil: Spannungsverhältnis der Schutzrechte in Bezug auf Produktgestaltungen

Im 2. Teil dieser Arbeit wurde grundlegend der Schutz von Produktgestaltungen nach dem Designrecht, dem Urheberrecht, dem Markenrecht und aufgrund des UWG-Nachahmungsschutzes dargestellt und hinsichtlich der wesentlichen Kriterien in Bezug auf Produktgestaltungen miteinander verglichen. In diesem 3. Teil wird auf dieser Grundlage das Spannungsverhältnis des Designschutzes, des Urheberschutzes, des Markenschutzes und des wettbewerbsrechtlichen Lauterkeitsschutzes herausgearbeitet und veranschaulicht. Dazu bedarf es zunächst der vertieften Darstellung des Umfangs des Schutzes von Produktgestaltungen nach den verschiedenen Schutzrechten. Daran anschließend behandelt dieses Kapitel zunächst allgemein das Verhältnis zwischen dem UWG-Nachahmungsschutz und den Immaterialgüterrechten. Es werden die Problematik des Verhältnisses und die Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur erläutert. Die drei folgenden Abschnitte befassen sich mit dem Verhältnis zwischen jeweils designrechtlichem und urheberrechtlichem, wettbewerbsrechtlichem und markenrechtlichem Schutz. Im darauffolgenden Abschnitt erfolgt eine Stellungnahme mit kritischen Gedanken zu den verschiedenen Ansätzen in Rechtsprechung und Literatur.

A. Ausgestaltung des Schutzes

Im folgenden Abschnitt wird gegenübergestellt, wie der Schutz nach dem Designgesetz, dem Urhebergesetz, dem UWG und dem Markengesetz ausgestaltet ist. Dazu werden jeweils die Rechtsnatur und der Schutzzumfang und die Schutzdauer betrachtet, um daraus im nachfolgenden Abschnitt B. die Stärken und Schwächen der Schutzrechte in Theorie und Praxis herauszuarbeiten. Diese vertiefende Untersuchung

trägt weiter dazu bei, das Spannungsfeld aufzuzeigen, in dem die Schutzrechte in Bezug auf Produktgestaltungen zueinander stehen.

I. Rechtsnatur der Schutzausgestaltung

Die Rechtsnatur spiegelt den Schutzzweck wider. Die Immaterialgüterrechte, die eine bestimmte Leistung schützen und dadurch fördern wollen, gewähren mit einem subjektiven und absoluten Recht eine umfassend geschützte Rechtsposition. Der UWG-Schutz ist ein Verbot unlauteren Nachahmungsverhaltens und gewährt daher Ansprüche gegen die konkrete Nachahmungshandlung und keine Rechtsposition darüber hinaus.

1. Schutzrecht

Das Designrecht, aber auch das Urheberrecht und das Markenrecht gehören dem Immaterialgüterrecht an und begründen jeweils ein subjektives, absolutes Recht. Sie sind daher rechtlich als Schutzrechte des geistigen Eigentums einzuordnen.⁵²²

Der Designschutz ist dual ausgestaltet, mit einem Benutzungs- und einem Verbotungsrecht (§ 38 Abs. 1 DesignG). Das Benutzungsrecht gewährt dem Inhaber das ausschließliche Recht, das Design zu benutzen. Von dem eingetragenen Designrecht geht eine absolute Sperrwirkung aus (vgl. § 38 Abs. 2 DesignG). Das Benutzungsrecht im Designrecht fußt auf dem Prioritätsprinzip. Das Recht, das Design zu benutzen, kann durch spätere Eintragungen nicht beeinträchtigt werden. Mit dem Benutzungsrecht kann Angriffen prioritätsjüngerer Rechte entgegengetreten werden, auch ohne dass die Löschung des jüngeren Rechts herbeigeführt wird.

Als zweite Komponente gewährt das Design ein Verbotungsrecht. Der Rechtsinhaber kann die Benutzung seines Designs verbieten. Das Markenrecht normiert lediglich ein Verbotungsrecht. Ob dem Markeninhaber neben dem Verbotungsrecht auch ein Benutzungsrecht aus der Marke zusteht, ist gesetzlich nicht geregelt. In Rechtsprechung

⁵²² Ohly, GRUR 2010, 487.

und Literatur herrscht Uneinigkeit. Früher hat die überwiegende Meinung ein Benutzungsrecht verneint.⁵²³ Heute hat sich das Meinungsbild gewandelt. In der Literatur finden sich zahlreiche befürwortende Stimmen.⁵²⁴ In diese Richtung gehend kann man die Aussage des BGH in der Entscheidung *Hotel Adlon* verstehen, ein Markeninhaber sei vorbehaltlich älterer Rechte Dritter grundsätzlich „berechtigt“, eine Marke auch firmenmäßig zu verwenden.⁵²⁵ Das Benutzungsrecht ist allerdings von sehr geringer praktischer Bedeutung.

2. Leistungsschutz

Der Nachahmungsschutz ist anders ausgestaltet. Der Nachahmungsschutz im Rahmen des wettbewerbsrechtlichen Lauterkeitsrechts ist Leistungsschutz. Die Rechtsordnung gewährt einer Person, die ein immaterielles Gut gestaltet hat, das subjektive Recht, gegen die Übernahme dieser Leistung durch andere vorzugehen. Im Gegensatz zu den Schutzrechten des geistigen Eigentums knüpft der nur mittelbare Leistungsschutz an zusätzliche Unlauterkeitsmerkmale an, so insbesondere an das Hervorrufen einer Verwechslungsgefahr gemäß § 4 Nr. 3 UWG.⁵²⁶

Sofern die Voraussetzungen des Nachahmungsschutzes erfüllt sind, resultiert daraus kein Recht für den Inhaber oder Erbringer der Leistung, sondern es liegt ein Wettbewerbsverstoß vor. Der Wettbewerbsverstoß begründet ein gesetzliches Schuldverhältnis. Ein gesetzliches Schuldverhältnis gewährt zumindest einem Beteiligten einen Anspruch gegen den anderen Beteiligten, hat aber keine absolute Geltung gegen jedermann. Das Schuldverhältnis bei einem Verstoß gegen den UWG-Leistungsschutz umfasst ein Bündel von Ansprüchen auf Unterlassung, Beseitigung, Schadensersatz und abhängige Hilfsansprüche. Der Unterschied bringt die Intention des Gesetzgebers zum Ausdruck, dass im Rahmen des Wettbewerbsrechts kein Schutz von Leistungen generell erfolgen soll, sondern das Wettbewerbsrecht auch beim Nach-

523 Ingerl/Rohnke, § 14 Rn. 8.

524 Pahlow, MarkenR 2006, 97ff.; Becker, WRP 2010, 467, 469; Eichmann, MarkenR 2003, 10, 22; Fezer, MarkenG, § 14 Rn. 12; Starck, FS Markenamt, S. 291, 298f.

525 BGH GRUR 2002, 967, 970 – *Hotel Adlon*.

526 Ohly, GRUR 2010, 487, der übrigens die Schutzrechte des geistigen Eigentums als unmittelbare Leistungsrechte bezeichnet und den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz als mittelbares Leistungsrecht.

ahmungsschutz darauf beschränkt ist, Verhaltensweisen zu regulieren. Dazu ist das Bündel von Ansprüchen gegen den Verletzer ausreichend.

II. Schutzzumfang

Der Schutzzumfang beschreibt den Bereich, innerhalb dessen der Schutzgegenstand geschützt ist. In diesem Bereich werden unerlaubte Nutzungen, Verwendungen, Veränderungen, Nachahmungen und Anlehnungen von Produktgestaltungen als Verletzungen qualifiziert und der Berechtigte kann dagegen vorgehen. Dabei kann es zu Überlagerungen („overlap“) zwischen dem Designrecht, dem Urheberrecht, dem UWG-Nachahmungsschutz und dem Markenrecht kommen.⁵²⁷ Im 2. Teil wurde bereits dargelegt, wie sich die einzelnen Tatbestandsmerkmale teilweise überschneiden können (z. B. die Schutzvoraussetzung der Eigenart im Designrecht und im Lauterkeitsrecht oder die Gestaltungshöhe bzw. Unterscheidbarkeit im Designrecht und im Urheberrecht). In diesem Kapitel und Abschnitt geht es darum, den Schutzzumfang der einzelnen Schutz- und Leistungsrechte vertiefend darzustellen und vor allem die problematischen Punkte herauszuarbeiten, aufgrund derer es zu solchen Überlagerungen kommen kann.

1. Designrecht

Bei der Bestimmung des Schutzzumfangs von Designs muss darauf geachtet werden, dass Rechtsprechung und Literatur aus der Zeit vor 2004 auf der alten Rechtslage vor der Geschmacksmusterrechtsreform basieren. Weil diese Rechtslage lange Zeit die Rechtsentwicklung geprägt hat, erfolgt zunächst eine kurze Darstellung zum Schutzzumfang nach dem alten Geschmacksmusterrecht. Anschließend wird die neue Rechtslage umfassend erörtert und ein Bezug zu den Entwicklungen vor 2004 hergestellt. Dadurch soll die zunehmende Stärkung der Gestaltungsfreiheit im Designrecht verdeutlicht werden.

⁵²⁷ Ohly, GRUR 2007, 731.

a) Entwicklungen vor der Geschmacksmusterrechtsreform 2004

Es hat bis 1975 gedauert, bis sich ein Gericht zum ersten Mal mit dem Schutzzumfang eines Geschmacksmusters befasst hat. In der BGH-Entscheidung *Gemäldewand* sprach das Berufungsgericht von einem „engen Schutzbereich“ und der BGH übernahm diese Formulierung.⁵²⁸ In der Entscheidung *Haushaltsschneidemaschine I*, die zwei Jahre später erging, machte der BGH eine unmittelbare Aussage zum Schutzzumfang und stellte fest, dass die Bestimmung des Schutzzumfangs für die Beurteilung einer Verletzung notwendig sei.⁵²⁹ Der BGH stellte grundlegend fest, dass der Schutzzumfang vom Grad der Eigentümlichkeit abhängig sei. Je größer die dem Geschmacksmuster zugrunde liegende schöpferische Leistung sei, desto weiter sei sein Schutzzumfang. Diese Korrelation bestand bereits als allgemeiner Grundsatz,⁵³⁰ sie war jedoch bisher lediglich aus urheberrechtlichen Entscheidungen zu Gegenständen der angewandten Kunst abgeleitet worden.⁵³¹ In derselben Entscheidung führte der BGH aus, dass die Beurteilung des Schutzzumfangs unter Gesamtwürdigung der auf dem betroffenen Gebiet geleisteten geschmacklichen Vorarbeit und des vorhandenen Formenschatzes erfolgen müsse.⁵³²

b) Der Schutzzumfang nach der Gesetzesreform 2004

Im reformierten Designrecht hat der Schutzzumfang in § 38 Abs. 2 DesignG eine ausdrückliche Regelung erfahren. Danach umfasst der Schutzbereich alle Designs, die beim informierten Benutzer keinen anderen Gesamteindruck erwecken. Diese Formulierung erfasst identische Designs und Designs mit einem gewissen Maß an Ähnlichkeit.⁵³³ Ist das beanstandete Design nicht identisch, sondern lediglich ähnlich, muss der Schutzzumfang bestimmt werden. Wenn das beanstandete Design in den Schutzzumfang fällt, ist es eine Verletzung und der Inhaber des prioritätsälteren Rechts kann dagegen vorgehen.

528 BGH GRUR 1976, 261, 263 – *Gemäldewand*.

529 BGH GRUR 1978, 168, 169 – *Haushaltsschneidemaschine I*.

530 Eichmann in Eichmann/v. Falckenstein, 2. Aufl., § 5 Rn. 11.

531 BGH GRUR 1958, 500, 502 – *Mecki-Igel*.

532 BGH GRUR 1978, 168, 169 – *Haushaltsschneidemaschine I*.

533 Eichmann in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, § 38 Rn. 6.

Der Schutzzumfang bestimmt sich nach dem Gesamteindruck, den das Design beim informierten Benutzer erzeugt⁵³⁴. Die Figur des informierten Benutzers ist dieselbe wie bei der Beurteilung der Eigenart,⁵³⁵ also der bestimmungsgemäße Endverbraucher mit einem gewissen Interesse an den verschiedenen Gestaltungen im jeweiligen Designbereich.⁵³⁶ Der Gesamteindruck ergibt sich, wie bei der Beurteilung der Eigenart, aus den verschiedenen Gestaltungsmerkmalen.⁵³⁷

aa) Schutzzumfang und der Grad der Gestaltungsfreiheit

Gemäß § 38 Abs. 2 S. 2 DesignG hat die Beurteilung des Schutzzumfangs unter Berücksichtigung des Grades der Gestaltungsfreiheit zu erfolgen. Es herrscht Einigkeit darüber, wie das Verhältnis zwischen Schutzzumfang und Gestaltungsfreiheit aussieht: Ein geringer Grad an Gestaltungsfreiheit führt dazu, dass bereits Designs mit geringen Unterschieden einen abweichenden Gesamteindruck hervorrufen können, die Eigenart also schneller bejaht wird.⁵³⁸ Die Erleichterung wird dadurch ausgeglichen, dass diese Designs nur einen geringen Schutzzumfang genießen. Umgekehrt müssen Designs in Bereichen mit großer Gestaltungsfreiheit erhebliche Unterschiede aufweisen, um beim informierten Benutzer einen abweichenden Gesamteindruck zu erzeugen. Erfüllt ein Design diese Voraussetzung, genießt es dafür einen größeren Schutzzumfang.⁵³⁹ Zusammengefasst führen ein hoher Grad an Gestaltungsfreiheit zu einem großen Schutzzumfang und ein niedriger Grad an Gestaltungsfreiheit zu einem geringen Schutzzumfang.

Die Abhängigkeit des Schutzzumfangs vom Grad der Gestaltungsfreiheit wird damit begründet, dass in Bereichen mit geringem Gestal-

534 Beyerlein in Günther/Beyerlein, § 38 Rn. 26.

535 Eichmann in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, § 38 Rn. 16; Ruhl, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, Art. 10 Rn. 16f.; Jestaedt, GRUR 2008, 19, 20.

536 Siehe oben 2. Teil B. III. 1. b) dd).

537 Siehe oben 2. Teil B. III. 1. b) bb).

538 BGH GRUR 2013, 285, Rn. 31 – *Kinderwagen II*; BGH GRUR 2012, 512, Rn. 24 – *Kinderwagen*; BGH GRUR 2011, 142, 144 – *Untersetzer*; OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2008, 333 – *Weinkaraffe*; Eichmann in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, § 38 Rn. 22f.; Jestaedt, GRUR 2008, 19, 22; Ruhl, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, Art. 10 Rn. 39.

539 Eichmann in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, § 38 Rn. 34; Jestaedt, GRUR 2008, 19, 22.

tungsspielraum, in denen entweder bereits eine hohe Designdichte besteht oder aufgrund technischer oder anderer Vorgaben die Gestaltungsmöglichkeiten eingeschränkt sind, der informierte Benutzer sensibilisierter ist und den Designs mehr Aufmerksamkeit widmet.⁵⁴⁰ Daher fallen ihm geringere Unterschiede eher auf. In einem Designbereich mit einem hohen Grad an Gestaltungsfreiheit betrachtet der informierte Benutzer die Designs flüchtiger und nimmt Unterschiede weniger wahr.

bb) Beurteilung des Grads der Gestaltungsfreiheit

Hartwig führt aus, dass der Grad der Gestaltungsfreiheit unabhängig von der Erzeugnisangabe (im Rahmen der Anmeldung des Designs) zu Beurteilen ist. Die Erzeugnisangabe oder Klassifikation des Designs hat keine beschränkt Wirkung auf diesen Produkt- oder Industriezweig.⁵⁴¹

Soweit herrscht Einigkeit. Die Einigkeit endet jedoch beim maßgeblichen Beurteilungsrahmen für den Grad der Gestaltungsfreiheit und bei der Frage danach, ob der Beurteilungsrahmen derselbe ist wie im Zusammenhang mit der Eigenart, bei der ebenfalls der Grad der Gestaltungsfreiheit berücksichtigt wird. Es kommen grundsätzlich zwei Zeitpunkte in Betracht: der Zeitpunkt der Begründung bzw. des Entwerfens des älteren Designs sowie der Zeitpunkt des Entwerfens des jüngeren, vermeintlich verletzenden Designs.

(1) Meinungsstand in der Literatur

Nach *Eichmann* wird der Grad der Gestaltungsfreiheit beim Schutzzumfang aufgrund anderer Gegebenheiten bestimmt als der Grad der Gestaltungsfreiheit im Rahmen der Eigenart.⁵⁴² Nicht der Zeitpunkt der Rechtsbegründung des älteren Designs und die Gestaltungsfreiheit dieses Entwerfers seien maßgeblich, sondern der Gestaltungsspielraum des Entwerfers des jüngeren, beanstandeten Designs in dem Moment,

⁵⁴⁰ *Jestaedt*, GRUR 2008, 19, 22.

⁵⁴¹ *Hartwig*, GRUR 2016, 882, 890.

⁵⁴² *Eichmann* in *Eichmann/v. Falckenstein/Kühne*, § 38 Rn. 31.

in dem er das jüngere Design entwirft.⁵⁴³ Zwischen der Begründung des älteren Designs und dem Entwerfen des jüngeren Designs könnten Gestaltungen offenbart werden, die den Gestaltungsspielraum einengen.⁵⁴⁴ *Eichmann* bringt zur Begründung seines Ansatzes an, dass es mit der Dynamik des Designgeschehens unvereinbar wäre, nur die Gestaltungen einzubeziehen, die im Zeitpunkt des Prioritätstages des älteren Designs bereits vorhanden waren. *Eichmann* betont, dass sich dem Gesetzeswortlaut nicht entnehmen lässt, ob der Gestaltungsspielraum und davon abhängig der Schutzzumfang statische Größen sein müssen.⁵⁴⁵

Auch *Beyerlein* geht davon aus, dass auf das Entwerfen des prioritätsjüngeren Designs abzustellen ist.⁵⁴⁶ Er differenziert aber: Hinsichtlich technisch oder funktionell bedingter Vorgaben oder anderer vorgegebener Merkmale müssen für den Entwerfer des älteren und des jüngeren Designs dieselben Gegebenheiten gelten. Für den Gestaltungsspielraum, der sich aufgrund offenkundiger Designs ergibt, ist der Zeitpunkt des Entwurfs des jüngeren Designs entscheidend, unter Berücksichtigung der Möglichkeit, dass sich die Gestaltungsfreiheit verändern kann.⁵⁴⁷

Ruhl stimmt insofern mit *Eichmanns* Ansatz überein, als er auf die Gestaltungsfreiheit des Entwerfers des jüngeren Designs abstellt.⁵⁴⁸ Allerdings ist *Ruhl* der Auffassung, dass es für die Beurteilung der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers des jüngeren Designs auf die Umstände am Prioritätstag des älteren Designs ankomme. Er argumentiert, dass der Schutzzumfang eines Designs zum Prioritätstag feststehen sollte.⁵⁴⁹

Hartwig stellt zunächst fest, dass der Entwerfer bei der Beurteilung der Eigenart und des Schutzzumfangs identisch ist.⁵⁵⁰ Zur Begründung stellt *Hartwig* auf den Wortlaut ab. Die Formulierungen bezüglich der Eigenart (§ 2 Abs. 3 DesignG) und des Schutzzumfangs (§ 38 Abs. 2 De-

543 *Eichmann* in Eichmann/v. Falckenstein/, § 38 Rn. 31.

544 *Eichmann* in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, § 38 Rn. 31.

545 *Eichmann* in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, § 38 Rn. 31.

546 *Beyerlein* in Günther/Beyerlein, § 38 Rn. 31.

547 *Beyerlein* in Günther/Beyerlein, § 38 Rn. 31.

548 *Ruhl*, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, Art. 10 Rn. 39.

549 *Ruhl*, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, Art. 10 Rn. 39.

550 *Hartwig*, GRUR-RR 2009, 201, 203.

signG) seien identisch (bis auf das Wort „sein“) und daher sei auch der Entwerfer als identische Figur zu verstehen. Weil es sich um den identischen Entwerfer handle, müsse auch der Grad der Gestaltungsfreiheit in Bezug auf Eigenart und Schutzzumfang auf der Grundlage derselben Gegebenheiten erfolgen.⁵⁵¹ Die maßgeblichen Gegebenheiten sind nach *Hartwig* diejenigen, die zum Prioritätszeitpunkt existieren, auch wenn er erkennt, dass sich der Formschatz tatsächlich erweitern oder verringern kann.⁵⁵² Seine Ansicht basiert ebenfalls auf dem Gedanken, dass der Schutzzumfang eines Designs zum Prioritätszeitpunkt feststehen muss.

(2) Rechtsprechung der Landes- und Oberlandesgerichte

Die Rechtsprechung der Landes- und Oberlandesgerichte zum Grad der Gestaltungsfreiheit ist wenig einheitlich. Die Entscheidungen vermitteln teilweise den Eindruck, dass eine Sensibilisierung für den Entwerfer des älteren Designs auf der einen Seite und den Entwerfer des jüngeren Designs auf der anderen Seite mit möglicherweise unterschiedlichen Gegebenheiten gar nicht besteht und daher auch nicht zwischen ihnen differenziert wird.⁵⁵³ Es wird nicht erläutert, welcher Zeitpunkt für den Grad der Gestaltungsfreiheit in Bezug auf den Schutzzumfang maßgeblich sein soll. Teilweise wird, wohl bewusst, auf den Entwerfer des älteren Designs und dessen Gestaltungsspielraum abgestellt.⁵⁵⁴ Andererseits sind auch Entscheidungen ergangen, die vermuten lassen, dass auf den Entwerfer des jüngeren Designs abgestellt wurde, um den Grad der Gestaltungsfreiheit für den Schutzzumfang zu beurteilen.⁵⁵⁵

⁵⁵¹ *Hartwig*, GRUR-RR 2009, 201, 203.

⁵⁵² *Hartwig*, GRUR-RR 2009, 201, 203.

⁵⁵³ LG Düsseldorf BeckRS 2009, 23513; OLG Düsseldorf BeckRS 2008, 03359; OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2009, 16 – *Plastik-Untersetzer*.

⁵⁵⁴ LG Braunschweig BeckRS 2009, 23512; OLG Hamburg BeckRS 2009, 08346; OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2009, 16, 18.

⁵⁵⁵ OLG Köln BeckRS, 2009, 27748.

(3) BGH-Entscheidung „Untersetzer“

Der BGH sprach in seiner Entscheidung *Untersetzer* vom 19. Mai 2010 klärende Worte zum Grad der Gestaltungsfreiheit, der beim Schutzzumfang zu berücksichtigen ist.⁵⁵⁶ Die Entscheidung erging zu einem Design, das ein Untersetzer aus verchromten Metallstäben war. Der BGH stellte in Abweichung zum Großteil der Literatur fest, dass für die Beurteilung des Grades der Gestaltungsfreiheit beim Schutzzumfang – ebenso wie bei der Eigenart – der Entwerfer des Klagedesigns, also des älteren Designs, maßgeblich sei.⁵⁵⁷ Der BGH folgte für den Beurteilungszeitpunkt und die maßgeblichen Gegebenheiten: „Für die Beurteilung des Gestaltungsspielraums des Entwerfers und damit des Schutzzumfangs eines eingetragenen Designs ist demzufolge der Zeitpunkt der Anmeldung dieses Designs zur Eintragung maßgeblich.“⁵⁵⁸

Der BGH stützte seine Ansicht auf die folgende Argumentation: Wenn man auf den Zeitpunkt und Gestaltungsspielraum des Entwerfers des jüngeren Designs abstellen würde, könnte sich der Grad der Gestaltungsfreiheit dadurch verändern, dass weitere Designs offenbart wurden oder der Fortschritt Anforderungen entfallen lässt. Der BGH folgte weiter, dass dies zu dem widersinnigen Ergebnis führe, dass der Schutz gerade bei solchen Designs binnen kurzer Zeit entfallen könnte, die wegen ihrer besonderen Eigenart die Gestaltung einer Fülle ähnlicher Designs nach sich ziehen.⁵⁵⁹

Der BGH geht in seiner Entscheidung sehr pragmatisch vor. Der Diskussion in der Literatur um den zutreffenden Beurteilungszeitpunkt begegnet er, indem er das kritische Moment vorverlagert. Nicht der Entwerfer des jüngeren Designs soll die maßgebliche Perspektive sein, sondern der Entwerfer des eingetragenen Designs wird als Referenz festgelegt. Die Begründung des BGH ist ergebnisorientiert. Das Gericht setzt sich nicht mit dem Wortlaut der Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung auseinander, wo es in Art. 10 Abs. 2 GGV „Entwicklung seines Geschmacksmusters“ heißt. Es befasst sich auch nicht

⁵⁵⁶ BGH GRUR 2011, 142, 144ff. – *Untersetzer*.

⁵⁵⁷ BGH GRUR 2011, 142, 144 – *Untersetzer*.

⁵⁵⁸ BGH GRUR 2011, 142, 144 – *Untersetzer*.

⁵⁵⁹ BGH GRUR 2011, 142, 144 – *Untersetzer*.

mit Sinn und Zweck oder Systematik der Vorschrift und geht nicht auf die widersprechende Literatur ein.

(4) Entscheidungen des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt und des Gerichts der Europäischen Union

Die Rechtsprechung des BGH erscheint im Lichte der Entscheidungen des damaligen Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (HABM) und des Gerichts der Europäischen Union problematisch.

Das damalige HABM hat in der Nichtigkeitsentscheidung *Julius Sämann Ltd v Jees SRO* vom 7. November 2007 über den Gesamteindruck von Lufterfrischern in Form von Duftbäumen entschieden.⁵⁶⁰ Bei der Beurteilung des Schutzzumfangs und des dafür maßgeblichen Grads der Gestaltungsfreiheit stellte das HABM auf den Entwerfer des jüngeren Musters ab.⁵⁶¹ Das HABM bemerkte, dass dieser die Freiheit habe, jedwede Form zu wählen, ohne dass sie aus technischen Gründen oder dergleichen einer bestehenden Form ähneln müsse. In der Nichtigkeitsentscheidung *Prodir SA v. Dariusz Libera* in Bezug auf Kugelschreiber hat das HABM beim Grad der Gestaltungsfreiheit ebenfalls auf den Entwerfer und die Gegebenheiten beim Entwurf des jüngeren Designs abgestellt.⁵⁶²

Mit der Entscheidung *Grupo Promer* hatte das EuG über *Pogs/Rappers* zu entscheiden.⁵⁶³ Zum Schutzzumfang verweist das Gericht auf die Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung, nach der der Schutzzumfang unter Berücksichtigung des Grades der Gestaltungsfreiheit zu bestimmen ist. An zwei Stellen der Entscheidung geht das EuG davon aus, dass die Gestaltungsfreiheit des Entwerfers des jüngeren Designs die maßgebliche Referenz darstellt.⁵⁶⁴ Eine Begründung dieser Position sucht man in der Entscheidung vergebens. *Hartwig* weist in

⁵⁶⁰ HABM Nichtigkeitsentscheidung v. 7. November 2007 – *Julius Sämann Ltd v Jees SRO*.

⁵⁶¹ HABM Nichtigkeitsentscheidung v. 7. November 2007, Rn. 22 – *Julius Sämann Ltd v Jees SRO*.

⁵⁶² HABM Nichtigkeitsentscheidung v. 30. November 2007, Rn. 13, 15 – *Prodir SA v. Dariusz Libera*.

⁵⁶³ EuG GRUR-RR 2010, 189 – *Grupo Promer*.

⁵⁶⁴ EuG GRUR-RR 2010, 189 Rn. 52 und 70 – *Grupo Promer*.

seiner Anmerkung zu dem Urteil darauf hin, dass sich das EuG, indem es auf das jüngere Design abstellt, im Ergebnis für einen fluktuierenden Schutzzumfang ausspricht.⁵⁶⁵

Der EuGH hat noch nicht zum Grad der Gestaltungsfreiheit, der beim Schutzzumfang zu berücksichtigen ist, entschieden. Es bleibt daher abzuwarten, ob er sich dem Ansatz des EuG anschließen wird und das jüngere Design als relevant erachtet oder ob er, wie der BGH, das prioritätsältere Design als maßgeblich beurteilt.

(5) BGH-Entscheidung „Kinderwagen II“

Hinsichtlich der Beurteilung des Grads der Gestaltungsfreiheit hat der BGH mittlerweile in der Entscheidung *Kinderwagen II* seine Kriterien zur Bestimmung des designrechtlichen Schutzzumfangs konkretisiert: Die maßgeblichen Kriterien sind hiernach die Musterdichte, die Gestaltungsfreiheit des Entwerfers, die Ausnutzung der Gestaltungsfreiheit und der Abstand zum vorbekannten Formenschatz.⁵⁶⁶ Die Musterdichte und die Gestaltungsfreiheit können sich hiernach lediglich auf den Schutzzumfang auswirken. Erst die Ausnutzung des Gestaltungsspielraums und der damit verbundene hohe Abstand des Klagemusters zum Formenschatz würden zu dem weiten Schutzzumfang führen.⁵⁶⁷ Durch die Betonung des Erfordernisses des Abstands zum vorbekannten Formenschatz erfolgt eine klare Abgrenzung zur Musterdichte. Dadurch werden neben der Gestaltungsfreiheit auch die Anstrengungen berücksichtigt, die ein Entwerfer unternommen hat, um das Design seines Produkts vom Vorbekannten abzugrenzen.⁵⁶⁸

(6) Stellungnahme

Beim Grad der Gestaltungsfreiheit sind zwei Punkte zu unterscheiden. Der erste betrifft die Frage, ob der Entwerfer des jüngeren oder der

⁵⁶⁵ EuG GRUR-RR 2010, 189, 194 – *Grupo Promer*.

⁵⁶⁶ BGH GRUR 2013, 285, 287 – *Kinderwagen II*.

⁵⁶⁷ BGH GRUR 2013, 285, 287 – *Kinderwagen II*.

⁵⁶⁸ Anm. Lazaridis, GB 2/2013, 99, zu BGH GRUR 2013, 285, 287 – *Kinderwagen II*.

Entwerfer des älteren Designs maßgeblich ist. Der zweite Punkt schließt daran an und betrifft die Frage, welcher Zeitpunkt und welche Gegebenheiten den Grad der Gestaltungsfreiheit des Entwerfers bestimmen. Vor diesem Hintergrund ergeben sich drei Positionen. Erstens kann auf den Entwerfer des prioritätsälteren Designs und auf den Zeitpunkt sowie die Gegebenheiten zu diesem Zeitpunkt, also zum Prioritätszeitpunkt, abgestellt werden. Zweitens kann der Entwerfer des jüngeren Designs herangezogen werden, aber für die Beurteilung kann gleichwohl auf die Verhältnisse zum Prioritätszeitpunkt des älteren Designs abgestellt werden. Drittens können der Entwerfer des jüngeren Designs und die Gegebenheiten zu diesem Zeitpunkt maßgeblich sein.

Die dritte Position ist abzulehnen. Das tragende Argument für diese Position, dass das dynamische Designgeschehen Berücksichtigung finden soll, überzeugt im Ergebnis nicht. Die Ansicht befürwortet einen veränderbaren Schutzzumfang. Ein veränderbarer Schutzzumfang kann jedoch zur folgenden Problematik führen: Bei einem Schutzzumfang, der abnimmt, kann es dazu kommen, dass ein Design, das als Verletzung beurteilt wird, bei einer späteren Überprüfung nicht mehr vom Schutzzumfang erfasst wird. Andererseits kann es auch dazu kommen, dass ein Design, das ursprünglich den Schutzbereich eines älteren Designs respektiert hat, zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlich im Schutzzumfang liegt. Ein veränderbarer Schutzzumfang bringt Unsicherheiten mit sich. Das Design, als absolutes Recht von jedermann zu beachten, muss jedoch einen eindeutigen Schutzzumfang haben. Die Argumente und Überlegungen gegen die dritte Position sprechen gleichzeitig für die erste Position, die einen fixierten Schutzbereich beinhaltet. Die zweite Position erweckt den Eindruck einer „vermittelnden Lösung“, indem sie den Entwerfer des jüngeren Designs mit den Beurteilungsmaßgaben zum Zeitpunkt des Entwurfs des älteren Designs kombiniert. Warum einerseits der Entwerfer des jüngeren Designs, andererseits aber die Umstände beim Entwurf des älteren Designs entscheidend sein sollen, bleibt unbegründet.

Letztendlich erscheint der Ansatz des BGH in der Entscheidung *Untersetzer*, mit einem Schutzzumfang, der im Prioritätszeitpunkt feststeht, vorzuzugswürdig.

cc) Einfluss der Eigentümlichkeit auf den Schutzzumfang

Unter dem alten Geschmacksmustergesetz war der Schutzzumfang von der musterrechtlichen Eigentümlichkeit abhängig. Der Designschutz setzt heute keine Eigentümlichkeit mehr voraus.⁵⁶⁹ Weil die Eigentümlichkeit als Voraussetzung entfallen ist, darf ihr weder auf der Tatbestandsseite noch auf der Rechtsfolgendeite unmittelbar Einfluss zukommen. Ist es dennoch möglich, dass sich die Eigentümlichkeit mittelbar auch im neuen Recht wiederfindet?

Ein Einfallstor könnte der informierte Benutzer sein, aus dessen Perspektive der Gesamteindruck beurteilt wird. Beurteilen ist das Wahrnehmen eines Sachverhalts. Der Sachverhalt umfasst auch die Eigentümlichkeit des Designs. Über die Wahrnehmung des informierten Benutzers könnte die Eigentümlichkeit möglicherweise in die Beurteilung des Gesamteindrucks und damit des Schutzzumfangs einfließen. Allerdings widersprechen diese Überlegungen dem Verständnis vom informierten Benutzer. Der informierte Benutzer ist keine natürliche Person, sondern beschreibt einen fiktiven Betrachtungshorizont. Der informierte Benutzer ist fähig, ein Design zu betrachten, mit dem vorbekannten Formenschatz zu vergleichen und dabei lediglich auf den Gesamteindruck, den das Design aufgrund seiner Eigenartigkeit erzeugt, abzustellen. Der informierte Benutzer ist in der Lage, andere Aspekte als die Eigenart völlig unberücksichtigt zu lassen. Er blendet die Eigentümlichkeit, die Präsenz am Markt, Marketingmaßnahmen und andere Faktoren aus. Über den informierten Benutzer gelangt die Eigentümlichkeit nicht in das neue Designrecht.

Das Ergebnis ist richtig. Die Abkehr von der Eigentümlichkeit bezweckte, das Design in seinem Wesen zu verändern. Die gesetzgeberische Entscheidung darf nicht durch eine mittelbare Berücksichtigung der Eigentümlichkeit unterlaufen werden. Daher findet die Eigentümlichkeit auch nicht auf einem anderen Weg Einzug in den Schutzzumfang.

569 BGH GRUR 2010, 718 – *Verlängerte Limousinen*.

dd) Verhältnis zwischen Grad der Eigenart und Schutzzumfang

Da die Eigentümlichkeit von der Eigenart als Schutzvoraussetzung abgelöst wurde, stellt sich die Frage, ob die Eigenart die Eigentümlichkeit auch in ihrem Verhältnis zum Schutzzumfang abgelöst hat. Ist der Schutzzumfang größer, je höher der Grad an Eigenart eines Designs ist?

In der Literatur und in der Rechtsprechung werden unterschiedliche Ansätze vertreten. *Ruhl* vertritt die Ansicht, dass der Schutzzumfang eines Designs nicht von dessen Grad an Eigenart abhängt.⁵⁷⁰ Zum einen gebe es gar kein „Mehr“ oder „Weniger“ an Eigenart. Ein Design habe Eigenart, sei also unterscheidbar vom vorbekannten Formenschatz, oder auch nicht. Zum anderen würde die Berücksichtigung der Eigenart sogar zu einem Wertungswiderspruch führen. Denn bei der Bestimmung des Grades der Eigenart sei nach Art. 6 Abs. 2 GGV (bzw. § 2 Abs. 3 S. 2 DesignG) auch der Grad der Gestaltungsfreiheit zu berücksichtigen, wobei ein geringer Grad an Gestaltungsfreiheit zu einem hohen Grad an Eigenart führe.⁵⁷¹ Der Grad der Gestaltungsfreiheit sei auch beim Schutzzumfang zu berücksichtigen, wobei hier ein geringer Gestaltungsspielraum zu einem geringen Schutzzumfang führe. Wenn ein geringer Gestaltungsspielraum einerseits einen hohen Grad an Eigenart und andererseits einen geringen Schutzzumfang bewirke, könne nicht gleichzeitig ein hoher Grad an Eigenart zu einem großen Schutzzumfang beitragen, so *Ruhl*.⁵⁷²

Der österreichische Oberste Gerichtshof hat in der Entscheidung *Febreze* hingegen eine Abhängigkeit des Schutzzumfangs von der Eigenart des Designs hergestellt.⁵⁷³ Das Gericht stützt seine Entscheidung darauf, dass in Art. 10 Abs. 1 und 6 Abs. 1 GGV die gleiche Terminologie in Bezug auf den Schutzzumfang und die Eigenart verwendet wird und daher auch eine spiegelbildliche Beurteilung zu erfolgen habe.⁵⁷⁴

Auch *Wandtke* und *Ohst* gehen in ihrem gemeinsamen Aufsatz zur Reform des deutschen Geschmacksmustergesetzes ohne weitere Begründung von einer Korrelation zwischen Eigenart und Schutzzumfang

⁵⁷⁰ *Ruhl*, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, Art. 10 Rn. 36f.

⁵⁷¹ *Ruhl*, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, Art. 6 Rn. 43.

⁵⁷² *Ruhl*, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, Art. 6 Rn. 43.

⁵⁷³ Österreichischer Oberster Gerichtshof GRUR Int 2008, 523, 525 – *Febreze*.

⁵⁷⁴ Österreichischer Oberster Gerichtshof GRUR Int 2008, 523, 525 – *Febreze*.

aus.⁵⁷⁵ *Koschtial* spricht ebenfalls von einer Wechselwirkung zwischen dem Maß der Eigenart und dem Schutzzumfang.⁵⁷⁶ Ebenso spricht *Hartwig* von einem reziproken Verhältnis zwischen Eigenart und Schutzzumfang.⁵⁷⁷

Jestaedt hingegen stellt in seinem Aufsatz zum Schutzbereich des Designs nach dem neuen Designgesetz keine unmittelbare Beziehung zwischen dem Grad der Eigenart und dem Schutzzumfang her.⁵⁷⁸ Auch wenn er nicht ausdrücklich eine solche Beziehung verneint, ist für ihn seit der Gesetzesreform lediglich der Grad der Gestaltungsfreiheit beim Schutzzumfang zu berücksichtigen. *Eichmann* hat seine Ansicht dahingehend geändert, dass er nun ausdrücklich sagt, auf den Grad der Eigenart komme es nicht an.⁵⁷⁹ *Eichmann* begründet seine Ansicht damit, dass die Eigenart nicht aufgrund eines Gesamtvergleichs mit allen vorbekannten Gestaltungen, sondern aufgrund eines Einzelvergleichs mit jeder einzelnen vorbekannten Gestaltung ermittelt werde.⁵⁸⁰

In der Berufungsentscheidung *Untersetzer* aus dem Jahr 2008 entschied das OLG Frankfurt a. M., dass es für den Schutzzumfang eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters von Bedeutung sei, woraus sich die Eigenart im Einzelnen ergebe, womit es zumindest eine mittelbare Korrelation zwischen dem Grad der Eigenart und dem Schutzzumfang hergestellt hat.⁵⁸¹ In der Revisionsentscheidung korrigierte der BGH das Urteil des OLG Frankfurt a. M. in einigen Punkten und machte umfassende Ausführungen zum Schutzzumfang eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters.⁵⁸² Die Ausführungen betreffen zwar das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, gelten aber ebenso für das deutsche Designgesetz. Der BGH äußerte sich in der Entscheidung eindeutig zum Verhältnis von Schutzzumfang und Grad der Eigenart und begründet seine Position ausführlich. Danach hänge der Schutzzumfang nicht vom Grad der Eigenart ab. Der Schutzzumfang eines Designs erstreckte sich auf je-

⁵⁷⁵ *Wandtke/Ohst*, GRUR Int 2005, 91, 99.

⁵⁷⁶ *Koschtial*, GRUR Int 2003, 973, 977.

⁵⁷⁷ *Hartwig*, GRUR-RR 2009, 201, 201.

⁵⁷⁸ *Jestaedt*, GRUR 2008, 19.

⁵⁷⁹ *Eichmann* in *Eichmann/v. Falckenstein/Kühne*, § 38 Rn. 33.

⁵⁸⁰ *Eichmann* in *Eichmann/v. Falckenstein/Kühne*, § 38 Rn. 33.

⁵⁸¹ OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2009, 16, 16 – *Untersetzer*.

⁵⁸² BGH GRUR 2011, 142, 144 – *Untersetzer*.

des Design, das keinen anderen Gesamteindruck erwecke. Für den Schutzzumfang komme es daher nicht darauf an, wie weit das Design von dem vorbekannten Formenschatz abweiche (Grad der Eigenart), sondern lediglich darauf, ob der Gesamteindruck des Designs mit dem des beanstandeten Designs übereinstimme oder anders sei. Parallel dazu komme es auch nicht darauf an, wie viel Eigenart dem Design zukomme.⁵⁸³ Der BGH führte noch einen zweiten Umstand an, der begründet, warum der Schutzzumfang nicht von der Eigenart abhängt. Der Grad der Eigenart ergebe sich aus Einzelvergleichen des Designs mit dem vorbekannten Formenschatz. Bei diesen Vergleichen seien, abhängig von den gegenübergestellten vorbekannten Designs, unterschiedliche Gestaltungsmerkmale von Bedeutung. Die Merkmale, aus denen sich die Eigenart eines Designs ergebe, resultieren also aus einem Vergleich mit dem Vorbekannten. Sie seien für den Vergleich des Gesamteindrucks des Designs mit dem angegriffenen Design daher grundsätzlich ohne Bedeutung.⁵⁸⁴ Mit der Entscheidung hat der BGH klargestellt, dass die Eigenart den Schutzzumfang nicht beeinflusst.⁵⁸⁵

Bis jetzt ist noch keine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zu dieser Frage ergangen. In dem Verfahren *Untersetzer* verneinte der BGH die Entscheidungserheblichkeit und damit auch eine Vorlagepflicht nach Art. 267 AEUV (ex Art. 234 EGV), weil das Berufungsgericht den Schutzzumfang im Ergebnis zutreffend bestimmt habe.⁵⁸⁶ Es bleibt also abzuwarten, ob der EuGH einen anderslautenden Ansatz verfolgen wird.

2. Urheberrecht

Den Schutzzumfang des Urheberrechts bestimmt § 1 UrhG, wonach literarische, künstlerische und wissenschaftliche Werke geschützt werden. Das Konzept des geschützten Werks ist in § 2 Abs. 2 UrhG als persönliche geistige Schöpfung definiert. Erforderlich ist eine individuelle Leistung, das heißt, das Werk muss sich vom herkömmlichen heraus-

⁵⁸³ BGH GRUR 2011, 142, 144 – *Untersetzer*.

⁵⁸⁴ BGH GRUR 2011, 142, 144 – *Untersetzer*.

⁵⁸⁵ So auch OLG Hamburg GRUR-RR 2013, 138, 140 – *Totenkopfflasche*.

⁵⁸⁶ BGH GRUR 2011, 142 – *Untersetzer*.

heben und über die reine geschäftsmäßige Herstellung oder das reine Handwerk hinausgehen.⁵⁸⁷ Der Urheberrechtsschutz basiert auf einer monistischen Konzeption, wonach wirtschaftliche Rechte mit moralischen Rechten verknüpft und Bestandteil eines einzigen monolithischen Persönlichkeitsrechts sind.⁵⁸⁸ Der Schutzzumfang bestimmt sich demzufolge nach der persönlichen und geistigen Leistungsfähigkeit des Urhebers.

3. Lauterkeitsrecht

Beim wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz gibt es keinen feststehenden Schutzzumfang, weil der Schutzzumfang sich für den Einzelfall aus einer Gesamtschau aller Tatbestände und widerstreitenden Interessen ergibt.⁵⁸⁹ Außerdem besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Intensität der Nachahmung und den besonderen wettbewerblichen Umständen. Trotzdem spricht ein hoher Grad an Eigenart grundsätzlich für einen großen Schutzzumfang.

Weil alle Tatbestandsumstände und widerstreitenden Interessen in die Gesamtschau einfließen und den Schutzzumfang beeinflussen, entspricht der Schutzzumfang dem Tatbestand. Eine Nachahmung verletzt das Original, wenn die Nachahmung als unlauter beurteilt wird. Das wiederum ist der Fall, wenn die Schutzvoraussetzungen erfüllt sind. Daher entspricht der Schutzzumfang den Schutzvoraussetzungen.

In der Entscheidung *Meine Bank* hat das LG Hamburg die Gesamtwürdigung im Rahmen der Unlauterkeitsumstände vorgenommen.⁵⁹⁰ Ebenso geht *Ohly* vor und nimmt eine umfassende Würdigung aller Einzelfallumstände im Rahmen der Unlauterkeitsumstände vor.⁵⁹¹ Für das Ergebnis ist es ohne Auswirkung, ob eine abschließende Gesamtwürdigung als separater Prüfungspunkt oder im Rahmen eines Tatbestandsmerkmals erfolgt. Beide Ansätze berücksichtigen alle relevanten

587 *Ohly*, GRUR Int. 2007, 704.

588 *Ohly*, GRUR Int. 2007, 704.

589 *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rn. 3.69.

590 LG Hamburg NJOZ 2009, 4987, 4991 – *Meine Bank*.

591 *Ohly* in *Ohly/Sosnitza*, § 4.3 Rn. 3/58.

Tatumstände, die dadurch zur Beurteilung des Schutzzumfangs beitragen.

4. Markenrecht

Der Schutzzumfang einer Marke ergibt sich aus den Verletzungstatbeständen des § 14 Abs. 2 MarkenG.

a) Verwechslungsgefahr

Das Markenrecht gewährt jeder Marke Identitätsschutz und Verwechslungsschutz. Bekannten Marken gewährt es einen erweiterten Schutz gegen die Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft oder der Wertschätzung der Marke. Für den Schutz von Produktgestaltungen ist der Identitäts- und Verwechslungsschutz von Bedeutung, während der erweiterte Schutz lediglich eine untergeordnete Rolle spielt. Die Nachahmung einer Produktgestaltung, die die Unterscheidungskraft oder Wertschätzung einer Marke ausnutzt oder beeinträchtigt, wird regelmäßig ebenfalls eine Verwechslungsgefahr begründen.

Der Umfang des Schutzbereichs richtet sich nach der Frage, ob zwischen der geschützten älteren Marke und dem streitigen jüngeren Zeichen die Gefahr einer Verwechslung besteht. Der EuGH tendiert dazu, eine konkrete Gefahr zu verlangen, das heißt, dass die konkrete Verkaufssituation (Darbietung der Waren) eine Verwechslungsgefahr begründen muss. Der BGH hingegen stellt auf eine abstrakte Verwechslungsgefahr ab.⁵⁹² In beiden Fällen ist der zentrale Begriff bei der Beurteilung des Schutzzumfangs somit derjenige der Verwechslungsgefahr.⁵⁹³ Dabei handelt es sich um einen durch die Markenrechts-Richtlinie vorgegebenen gemeinschaftsrechtlichen Begriff. Der EuGH ist bestrebt, mit seinen Entscheidungen eine grundsätzlich normative Ausrichtung des Verwechslungsschutzes vorzugeben und einheitliche Beur-

⁵⁹² Sack, GRUR 2013, 4.

⁵⁹³ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 55 Rn. 14; Erwägungsgrund Nr. 11 der Markenrechts-Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marke.

teilungsmaßstäbe zu entwickeln, um eine strukturierte Prüfung der Verwechslungsgefahr sicherzustellen.⁵⁹⁴ Der BGH hat die Rechtsprechung des EuGH in allen wesentlichen Punkten rezipiert.⁵⁹⁵

b) Beurteilungshorizont und maßgeblicher Zeitpunkt

Ob Verwechslungsgefahr vorliegt, ist aus der Sicht eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers der Waren zu beurteilen.⁵⁹⁶

Der Beurteilungszeitpunkt hängt von dem geltend gemachten Anspruch ab. Bei Unterlassungsansprüchen muss die Verwechslungsgefahr zum Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung vorliegen. Bei Ansprüchen, die sich auf einen Zeitraum beziehen, so z. B. auf Schadensersatz oder Auskunft, muss die Verwechslungsgefahr über die gesamte Zeitspanne hinweg gegeben sein.

c) Faktoren und Umfang der Beurteilung

Nach EuGH und BGH fließen in die Beurteilung des Schutzzumfangs grundsätzlich alle Faktoren des Einzelfalls ein.⁵⁹⁷ Die Praxis bleibt hinter der großzügigen Formulierung zurück. *Ingerl/Rohnke* bezeichnen die Formulierung daher als Leerformel.⁵⁹⁸ Die drei Merkmale, die tatsächlich in jedem Fall in die Prüfung einfließen und bei der Beurteilung eine gewichtige Rolle spielen, sind die Zeichenähnlichkeit, die Waren-/Dienstleistungsähnlichkeit und die Kennzeichnungskraft der älteren Marke.

Der EuGH leitet den Prüfungssatz aus Erwägungsgrund Nr. 11 der Markenrechts-Richtlinie ab. Vergleicht man den Prüfungssatz jedoch mit der Formulierung des Erwägungsgrundes, fällt eine Diskrepanz auf. Während die Rechtsprechung von der Berücksichtigung „aller“

594 *Ingerl/Rohnke*, § 14 Rn. 366.

595 *Ingerl/Rohnke*, § 14 Rn. 381.

596 BGH GRUR 2000, 506, 508 – *ATTACHÉ/TISSERAND*; *Ingerl/Rohnke*, § 14 Rn. 456.

597 EuGH GRUR 1998, 387, Rn. 22 – *Springende Raubkatze*; ‚relevante Umstände‘ seit EuGH GRUR Int 2000, 899, Rn. 40 – *Marca Mode*; BGH GRUR 2009, 766, Rn. 26 – *Stofffährchen*, mit weiteren Nachweisen.

598 *Ingerl/Rohnke*, § 14 Rn. 415.

Umstände des Einzelfalls respektive aller relevanten Umstände spricht, spricht Erwägungsgrund Nr. 11 von einer „Vielzahl“ von Umständen.

Ingerl/Rohnke nehmen diese Abweichung zum Anlass, den Ansatz der Rechtsprechung zu kritisieren: Der Ansatz der Rechtsprechung vermittele den irreführenden Eindruck, dass tatsächlich jeder beliebige Einzelfallumstand auf Kläger- oder Beklagtenseite für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr eine Rolle spielen oder sogar eine umfassende Interessenabwägung vorgenommen werden könne. Als Beispiele werden die Einwände angeführt, eine Verwechslungsgefahr bestehe nicht, weil die Nachahmung zu einem wesentlich geringeren Preis angeboten werde oder weil offensichtlich sei, dass es sich um eine Nachahmung handele.⁵⁹⁹ Nach *Ingerl/Rohnke* ist es jedoch gerade der Vorzug des markenrechtlichen Verwechslungsschutzes, dass nicht jeder Umstand in die Beurteilung einfließt und auch keine umfassende Interessenabwägung erfolgt, sondern normative Regeln und Vorgaben die Beurteilung bestimmen. So schneidet das Prioritätsprinzip alle Argumente zeitlicher Rangfolge ab. Der Benutzungszwang bestimmt im Umkehrschluss, dass eine Nichtbenutzung in den ersten fünf Jahren nach Rechtsbegründung kein Umstand ist, der negativ ins Gewicht fällt.⁶⁰⁰ *Ingerl/Rohnke* warnen davor, dass der Prüfungsmaßstab der Rechtsprechung den Bereich des Markenschutzes verlässt und zu einer Bewertung des wettbewerblichen Gesamtverhaltens ausartet.⁶⁰¹ Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr müsse sich auf die Umstände beschränken, die unmittelbar in den Kennzeichen begründet liegen.

Im Ergebnis ist die Rechtsprechung wohl tatsächlich im Einklang mit dem Ansatz von *Ingerl/Rohnke*.⁶⁰² Der EuGH hat durch die „relevanten“ Umstände eine Korrektur vorgenommen. Auch die Formulierungen des BGH, wie etwa in der Entscheidung *Pralinenform*, zeigen eine deutliche Auswahl der relevanten Beurteilungsumstände: „Falls sich im weiteren Verfahren ergibt, dass die Bekl. die angegriffene Pralinenform markenmäßig benutzt hat, wird bei der Beurteilung der Markenähnlichkeit nur von dieser Pralinenform als solcher auszugehen sein“ und „Auf außerhalb der Kennzeichnung liegende Begleitumstän-

⁵⁹⁹ *Ingerl/Rohnke*, § 14 Rn. 417.

⁶⁰⁰ *Ingerl/Rohnke*, § 14 Rn. 417.

⁶⁰¹ *Ingerl/Rohnke*, § 14 Rn. 417.

⁶⁰² So auch *Ingerl/Rohnke*, § 14 Rn. 419.

de kann es daher bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr grundsätzlich nicht ankommen.⁶⁰³

Die Hauptfaktoren Zeichenähnlichkeit, Waren-/Dienstleistungsähnlichkeit und Kennzeichnungskraft der älteren Marke, die somit in sachgerechter Weise die Verwechslungsgefahr ausmachen, wurden im Rahmen der Verwechslungsgefahr bereits erläutert. Zwischen den drei Faktoren besteht eine Wechselwirkung. Die Wechselwirkung steht in Einklang mit der Markenrechts-Richtlinie, weil dort jeweils der „Grad der unterschiedlichen Faktoren“ aufgeführt ist. In der Rechtsprechung von EuGH und BGH ist die Wechselwirkung anerkannt.⁶⁰⁴

III. Zwischenergebnis

Hinsichtlich der Rechtsnatur der Schutzrechte in Bezug auf Produktgestaltungen ist zwischen dem unmittelbaren Leistungsschutz durch Schutzrechte des Immaterialgüterrechts, die aber auch wirtschaftliche Aspekte mit einbeziehen, und dem mittelbaren Leistungsschutz in Form des lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutzes zu unterscheiden. Dabei stehen sich Benutzungs- und Verbotungsrechte einerseits und das Verbot der Nachahmung gegenüber. Allerdings ist die Nachahmung nur dann verboten, wenn zusätzlich die besonderen Voraussetzungen des Lauterkeitsrechts erfüllt sind.

Nur das Designgesetz verwendet den Begriff des Schutzzumfangs explizit. Aber auch im Markenrecht hat sich die Bezeichnung etabliert. Der Schutzzumfang des Designrechts umfasst die Gestaltungsfreiheit und den Abstand zum vorbekannten Formenschatz, während es um Urheberrecht nur um den Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts geht, sofern eine unerlaubte Nachahmungs- oder Verwertungshandlung vorliegt. Nur wenn Verletzungshandlungen die Verwertungsrechte des Urhebers betreffen, greift der Urheberschutz in Form von Beseitigungs- und Schadensersatzansprüchen ein.

603 BGH GRUR 2007, 780, Rn. 38 – *Pralinenform*.

604 EuGH GRUR Int 2000, 899, Rn. 40 – *Marca Moda*; EuGH GRUR Int 1999, 734, Rn. 21 – *Lloyd*; EuGH GRUR 1998, 922, Rn. 19 – *Canon*; BGH GRUR 2009, 766, Rn. 26 – *Stofffährchen*; BGH GRUR 2008, 1002, Rn. 23 – *Schuhpark*; BGH GRUR 2010, 235, Rn. 15 – *AIDA/AIDU*.

Beim UWG-Leistungsschutz kommt es für die Bewertung auf die Gesamtschau aller Tatumstände sowie der widerstreitenden Interessen der Wettbewerber an. Der Grad der wettbewerbsrechtlichen Eigenart, die Intensität der Nachahmung und die besonderen wettbewerbsrechtlichen Umstände sind Kriterien für die Bestimmung des Schutzzumfangs im Einzelfall.

Der Schutzzumfang nach dem Markenrecht ergibt sich aus den Verletzungstatbeständen in § 14 Abs. 2 MarkenG. Maßgeblich kommt es auf den Identitätsschutz und das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr an. Für die Beurteilung des Schutzzumfangs sind alle Umstände des Einzelfalls mit einzubeziehen, die unmittelbar in dem Kennzeichen, konkret also der Formmarke, begründet liegen. Außerhalb der Kennzeichnung des Produkts liegende Umstände finden keine Beachtung.

B. Spannungsfeld der Schutzrechte

Die Darstellung des Schutzzumfangs hat viele Gemeinsamkeiten zwischen dem Designrecht, dem Urheberrecht, dem Markenrecht und dem wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz aufgezeigt. Es zeigt sich erneut die Nähe des UWG-Nachahmungsschutzes zu den Immaterialgüterrechten.⁶⁰⁵ Es sind aber auch Unterschiede und Überschneidungen erkennbar. Diese gilt es, nachfolgend herauszuarbeiten.

I. Stärken und Schwächen der Schutzrechte in Theorie und Praxis

Auf die wesentlichen Kriterien komprimiert lassen sich die Stärken und Schwächen der Schutzrechte in Theorie und Praxis im Hinblick auf Produktgestaltungen wie folgt zusammenfassen:

Das Designrecht schützt die Produktform als solche und setzt niedrige Anforderungen an die Schutzvoraussetzungen. Dafür ist aber die Schutzfrist mit 25 Jahren relativ kurz bemessen.⁶⁰⁶ Im Rahmen des Urheberschutzes von Industriedesigns bestanden bis vor Kurzem hohe

⁶⁰⁵ Götting/Hetmank in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 134.

⁶⁰⁶ Ohly, GRUR 2007, 731, 732.

Anforderungen an die Gestaltungshöhe, die aber mittlerweile durch die Rechtsprechung an das Designrecht angeglichen wurden.

Demgegenüber gilt beim UWG-Nachahmungsschutz der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit. Der Schutz des Lauterkeitsrechts wird nur gegen das „Wie“ der Nachahmung gewährt. Es müssen also weitere Unlauterkeitselemente hinzukommen, die eine Handlung als unlauter erscheinen lassen, und damit mittelbarer Leistungsschutz gewährt wird. In der Praxis hat sich der UWG-Nachahmungsschutz als Quasi-Immaterialgüterrecht erwiesen.⁶⁰⁷ So werden insbesondere identische Interessen der Wettbewerber geschützt.⁶⁰⁸

Die Stärken der Formmarke sind darin zu sehen, dass diese gegen Nachahmungen durch immaterialgüterrechtliche Sanktionen geschützt wird und dass der Schutz keiner zeitlichen Begrenzung unterliegt.⁶⁰⁹ Allerdings weist der Markenschutz auch bedeutende Schwächen auf. So stellen insbesondere das Erfordernis der konkreten Unterscheidungskraft sowie das Freihaltebedürfnis erhebliche Hürden für die Eintragung von Formmarken dar. Häufig muss zusätzlich der Nachweise der Verkehrsdurchsetzung erbracht werden. Des Weiteren muss eine markenmäßige und verwechslungsfähige Benutzung der Marke vorliegen.⁶¹⁰

II. Postulate im Spannungsfeld

Das Spannungsfeld zwischen dem Designrecht, dem Urheberrecht, dem lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz und dem Markenrecht in Bezug auf Produktgestaltungen entsteht dadurch, dass widerstreitende Schutzrichtungen bestehen, die Schutzvoraussetzungen und der Schutzzumfang der einzelnen Schutzrechte sich aber teilweise überlappen. Die Unterschiede und Überschneidungen sind nachfolgend deutlich herauszustellen und die Postulate, die sich im Spannungsfeld daraus ergeben, werden aufgezeigt.

607 Krüger, GRUR 2016, 664, 668 mit weiteren Nachweisen.

608 Ohly, GRUR 2007, 731, 732.

609 Friedmann, GRUR Int. 2014, 1195.

610 Ohly, GRUR 2007, 731, 733f.

1. Unterschiede und Überschneidungen beim Schutzzumfang

Beim Schutz von Produktgestaltungen überschneiden sich das Designrecht, der Nachahmungsschutz und das Markenrecht. Der Schutz ist aber jeweils unterschiedlich ausgestaltet. Daher kann es sein, dass der eine Schutz den anderen zeitlich überdauert oder der eine Schutzzumfang größer ist als der andere. Die Ausgestaltung der einzelnen Schutzrechte ist eine Entscheidung des Gesetzgebers und spiegelt die Wertung wider, ob und wie ein Gut Schutz genießen soll. Indem Produktgestaltungen dreifach Schutz zukommt, der unterschiedlich ausgestaltet ist, werden die einzelnen Wertungsentscheidungen möglicherweise unterlaufen. Die Begrenzung des designrechtlichen Schutzes auf 25 Jahre verliert mit Blick auf den zeitlich nicht begrenzten UWG-Schutz an Bedeutung. Der Schutzzumfang nach dem Design- und Markenrecht ist irrelevant, wenn der UWG-Schutz für den konkreten Nachahmungsfall einen weiteren Schutzzumfang bietet.

Beim UWG-Nachahmungsschutz entspricht der Schutzzumfang der Schwelle zur unlauteren Nachahmung. Der Schutzzumfang beschreibt bei allen Schutzrechten einen Bereich, in dem andere identische und auch nicht identische Designs, Waren und Marken als Verletzungen beurteilt werden. Damit gewährt der Schutzzumfang, dass andere Designs, Waren und Marken einen gewissen Abstand zu dem Schutzobjekt einhalten. Erst dadurch kann der Verbraucher eine bestimmte Produktgestaltung erkennen und diese von anderen Produktgestaltungen unterscheiden. Daraus resultiert der wirtschaftliche Wert des Schutzobjekts. Gleichzeitig blockieren die Schutzrechte in dem Umfang, in dem sie Schutz gewähren, den Wettbewerb. Daher bewirkt der Schutzzumfang den Interessenausgleich zwischen einem möglichst effektiven und umfassenden Schutz und dem Interesse an einem freien Wettbewerb ohne Blockaden.

Der Umfang der Umstände, die bei der Beurteilung des Schutzzumfangs eine Rolle spielen, ist sehr unterschiedlich. Während im Designrecht lediglich zwei Faktoren, nämlich der Gesamteindruck und der Grad der Gestaltungsfreiheit, betrachtet werden, finden im Markenrecht die drei Hauptfaktoren der Zeichen- und der Warenähnlichkeit sowie die Kennzeichnungskraft der Marke Berücksichtigung. Beim

Nachahmungsschutz erfolgt sogar eine Bewertung aufgrund aller Umstände des Einzelfalls.

Im Markenrecht und beim UWG-Nachahmungsschutz gibt es eine Wechselwirkung zwischen den Umständen, die den Schutzbereich bestimmen. In dieser Hinsicht verhalten sich das Markenrecht und das Wettbewerbsrecht also ähnlich.⁶¹¹ Die verschiedenen Umstände können einander ausgleichen; wenn ein Umstand aber gar nicht gegeben ist, liegt keine Verletzung vor. Die Wechselwirkung folgt aus der Anzahl der Umstände, die für den Schutzzumfang von Bedeutung sind. Im Markenrecht und im UWG-Nachahmungsschutz sind es jeweils drei Hauptelemente. Die Wechselwirkung stellt die Beziehung zwischen den Elementen her und ergibt im Ergebnis den Schutzzumfang.

Im Designrecht besteht ein Verhältnis zwischen dem Schutzzumfang und dem Grad der Gestaltungsfreiheit. Es handelt sich dabei aber nicht um eine ähnliche Wechselwirkung wie im Markenrecht, weil sich die beiden Merkmale nicht ausgleichen. Das Verhältnis ist vielmehr eine Relation, bei der beide Elemente jeweils zu- oder abnehmen. Für den wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz ergibt sich ein sehr flexibler und situationsadäquater Schutzzumfang, weil eine Gesamtwürdigung der konkreten Einzelfallumstände erfolgt.

Im Markenrecht folgt eine gewisse Flexibilität und Situationsadäquanz daraus, dass die Kennzeichnungskraft der Marke einfließt und über dieses Merkmal wiederum diverse Umstände berücksichtigt werden können. Außerdem ist der Schutzzumfang situationsadäquat, weil das ältere Zeichen und das jüngere Zeichen bei der Beurteilung, ob eine Verletzung vorliegt, einander gegenübergestellt werden. Im Designrecht ergibt sich Situationsadäquanz lediglich daraus, dass die fraglichen Designs einander gegenübergestellt werden, um die Verletzung zu beurteilen. Für den Grad der Gestaltungsfreiheit, der den Schutzzumfang mitbestimmt, sind die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Entwurfs des älteren Designs maßgeblich. Weil das Designrecht und das Markenrecht nur bedingt die konkrete Verletzungssituation berücksichtigen, können besondere Umstände, wie z. B. eine gezielte oder systematische Verletzung, marken- und designrechtlich nur schwer erfasst werden.

⁶¹¹ Nordemann in Götting/Nordemann, § 4 Nr. 3 Rn. 3.91.

Es ist nicht möglich, eine generelle Aussage darüber zu treffen, welches Schutzrecht den größeren Schutzzumfang hat. Wenn die Umstände der lauterkeitsrechtlichen Abwägung günstig liegen, schützen die §§ 3, 4 Nr. 3 UWG auch gegen eine lediglich nachschaffende Übernahme, die vom Original weiter entfernt sein kann. Andererseits kann der designrechtliche Schutzzumfang sehr groß sein, wenn in einem Bereich ein hoher Grad an Gestaltungsfreiheit herrscht. Im Markenrecht kann sich ein großer Schutzzumfang z. B. aus einer starken Kennzeichnungskraft ergeben.

In allen Rechten erstreckt sich der Schutz über den Identitätsschutz hinaus auch auf nicht identische Designs, Waren und Zeichen. Der designrechtliche Schutzzumfang wird aufgrund von zwei Faktoren beurteilt. Es gibt keine Wechselwirkung, sondern lediglich ein relatives Verhältnis. Der Schutzzumfang reagiert nur bedingt flexibel auf den konkreten Verletzungsfall. Der markenrechtliche Schutzzumfang ergibt sich maßgeblich aus drei Elementen, die in einem Wechselverhältnis stehen. Weil die Kennzeichnungskraft der älteren Marke ein maßgebliches Element ist, ist eine gewisse Situationsadäquanz gegeben. Der Schutzzumfang des UWG-Nachahmungsschutzes folgt aus einer Gesamtschau aller relevanten Umstände des Einzelfalls und ist daher flexibel und dem konkreten Verletzungsfall angepasst.

2. Unterschiede und Überschneidungen bei der sanktionierten Verletzungshandlung

Ein bedeutsamer Unterschied zwischen Designschutz und Nachahmungsschutz besteht hinsichtlich der sanktionierten Verletzungshandlung. Während bei Designs und Marken jede Benutzung eine widerrechtliche Handlung darstellt, richtet sich der Schutz nach den §§ 3, 4 Nr. 3 UWG ausdrücklich gegen das Anbieten von Nachahmungen. Das Anbieten umfasst den Vertrieb der Nachahmung. Eine weite Auslegung des Begriffs auf weitere (auch vorgelagerte) Handlungen verbietet sich aus zwei Gründen. Der erste Grund ist die Regelungstechnik des UWG. Das UWG normiert einzelne Handlungsverbote. Jedes Handlungsverbot basiert auf der Entscheidung des Gesetzgebers, gerade diese Handlung als unlauter zu bewerten. Mit § 4 Nr. 3 UWG hat der Gesetzgeber das Anbieten von Nachahmungen als wettbe-

werbsschädlich bestimmt. Den Tatbestand auf andere Handlungen auszudehnen würde die gesetzgeberische Entscheidung unterlaufen. Der zweite Grund gegen eine weite Auslegung ist, dass § 4 Nr. 3 UWG kein Immaterialgüterrecht begründet. Zwar kann nicht bestritten werden, dass § 4 Nr. 3 UWG immaterialgüterrechtliche Züge aufweist. So zum Beispiel die Voraussetzung der wettbewerblichen Eigenart, die bewirkt, dass nur schutzwürdige Leistungen vor Nachahmung geschützt werden.

Die Schutzwürdigkeit der Leistung als Anknüpfungspunkt ist eigentlich ein Element aus dem Immaterialgüterrecht und stellt im UWG, das die Vorwerfbarkeit im Verhalten sucht, einen Fremdkörper dar. Trotzdem begründet § 4 Nr. 3 UWG keinen Immaterialgüterrechtsschutz. Der Gesetzgeber hat mit der Vorschrift keine abstrakte Interessenabwägung zugunsten des Schutzes eines bestimmten immateriellen Guts getroffen, sondern einen punktuellen Schutz ermöglicht, mit dem auf Einzelfälle reagiert werden kann.⁶¹² Das Anbieten als sanktioniertes Verhalten ist völlig ausreichend. Den Tatbestand auf weitere Handlungsformen zu erweitern, würde das Produkt über Gebühr schützen und im Gegenzug den Wettbewerb über Gebühr beeinträchtigen. Insbesondere in Anbetracht dessen, dass das UWG Marktverhaltensregeln aufstellt, ist es sachgerecht, auf Handlungen abzustellen, die Auswirkungen auf den Markt haben. Mit dem Anbieten findet die Nachahmung Zugang zum Markt. Vorgelagerten Handlungen fehlt die unmittelbare Wirkung auf den Markt. Außerdem begründet das Anbieten eine Zäsur, weil damit die Nachahmung potenziell die Sphäre des Nachahmers verlässt und Dritten zugänglich wird. Wirtschaftlich betrachtet wird an dieser Stelle Gewinn generiert. Mit dem Anbieten hat der Gesetzgeber mit Bedacht eine Handlung gewählt, die rechtlich gut erfassbar ist, unmittelbar auf den Markt wirkt und das wirtschaftliche Potenzial der Nachahmung erfasst.

Teilweise wird bei der Begründung auch Bezug auf die Immaterialgüterrechte genommen. Der Gleichlauf von Nachahmungsschutz und Design- und Markenrecht ist keineswegs zwingend. Im Gegenteil, die Argumentation ist bei näherer Betrachtung durchaus fragwürdig. § 4 Nr. 3 UWG schützt auch die Interessen der Verbraucher, nicht

⁶¹² Götting/Hetmank in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 1.

irreführt zu werden, sowie das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb. Hinsichtlich der Schutzsubjekte und deren Interessen besteht im UWG grundsätzlich Gleichrangigkeit.⁶¹³ Wenn durch eine unlautere Wettbewerbshandlung mehrere Schutzsubjekte betroffen sind, stehen deren Interessen parallel nebeneinander.⁶¹⁴ Nur in dem Fall, dass die Interessen widerstreiten, ist eine Abwägung vorzunehmen.⁶¹⁵ Es ist daher fraglich, ob überhaupt davon gesprochen werden kann, dass ein Wettbewerbstatbestand einem Interesse primär und anderen nur nachrangig dient, wenn die Interessen in Einklang miteinander sind. Bejaht man ein Rangverhältnis der Interessen, ist weiter fraglich, ob daraus geschlossen werden kann, dass nur das primär geschützte Interesse dazu berechtigt, Ansprüche geltend zu machen. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Interessen der Schutzsubjekte in Bezug auf den unlauteren Wettbewerb maßgeblich sind, und nicht das Interesse der Schutzsubjekte daran, ob und wie der Wettbewerbsverletzung begegnet wird. Die Begründung, nur der betroffene Mitbewerber sei anspruchsberechtigt, weil seine Interessen primär geschützt sind und er ein Interesse an der Bestimmung der Art und Weise der Rechtsverfolgung hat, steht daher nicht mit den aufgezeigten Strukturen des UWG in Einklang. Dennoch beschränkt der überwiegende Teil der Literatur den Kreis der Berechtigten auf den konkret betroffenen Mitbewerber.⁶¹⁶ Dadurch wird der UWG-Nachahmungsschutz in parallele Bahnen zu den Immaterialgüterrechten gelenkt. Als Resultat gestaltet sich der Nachahmungsschutz für den Hersteller des Originals wie ein Immaterialgüterrecht.

In der Praxis ist das Designrecht ein wirksames Werkzeug zum Schutz von Produktgestaltungen. Der große Umfang der verletzenden Benutzungshandlungen und die Ansprüche auf Beseitigung, Unterlassung und Schadensersatz bilden eine gute Grundlage, um gegen Nachahmungen wirkungsvoll vorzugehen. Auch der UWG-Schutz ist ein wirksames Mittel gegen Produktgestaltungsnachahmungen. Die An-

613 Begründung Regierungsentwurf UWG zu § 4 Nr. 9, BT-Drucks. 15/1487, S. 15; Götting in Götting/Nordemann, § 1 Rn. 29; v. Ungern-Sternberg in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 28 Rn. 1.

614 Köhler in Köhler/Bornkamm, § 1 Rn. 45f.

615 Götting in Götting/Nordemann, § 1 Rn. 29; Köhler in Köhler/Bornkamm, § 1 Rn. 47.

616 Köhler in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3.85.

sprüche, die das UWG bei einer Verletzung einer Produktgestaltung gewährt, sind weitestgehend gleich. Allerdings richten sie sich nur gegen das Anbieten. Das ist ein nicht unbeachtlicher Nachteil gegenüber dem Designrecht. Es kann wünschenswert sein, Verletzungen in einem möglichst frühen Stadium zu bekämpfen und die Herstellungs- und Vermarktungskette so weit vorne wie möglich anzugreifen. Dadurch kann eine Verbreitung verhindert werden. Je weiter die Verletzungen verbreitet sind, desto schwieriger ist die Bekämpfung. Das steigert den Kosten- und Zeitaufwand.

Das Markenrecht gewährt ebenfalls Schutz gegen jede Art der Benutzung. Die weiteren Anforderungen der markenmäßigen Benutzung und der Benutzung im geschäftlichen Verkehr stellen mit Blick auf Produktgestaltungen keine problematischen Einschränkungen dar. Das Markenrecht bietet daher ebenfalls guten Schutz gegen die Nachahmung von Produktgestaltungen.

3. Resultierende Postulate

Aus den beschriebenen Überschneidungen der Schutzbereiche bzw. des Schutzzumfangs der unterschiedlichen Schutz- und Leistungsrechte resultieren zwei Postulate, die in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen. *Ohly* veranschaulicht diese Postulate an zwei Gegensatzpaaren, nämlich der Schutzrichtung und der Wettbewerbsfreiheit.⁶¹⁷

a) Schutzrichtung

Das erste Postulat des Spannungsfelds betrifft die Schutzrichtung. Dabei geht es um die Frage des angemessenen Schutzes von Produktgestaltungen. Durch den Leistungsschutz sollen die kreative Leistung des Designs und die Investition in die Durchsetzung des Designs auf dem Markt gewährleistet werden.⁶¹⁸ Damit verbunden ist der sog. Zuordnungsschutz. Die Schutzrechte des Immaterialgüterrechts, also Designschutz, Urheberschutz und Markenschutz, sollen Wettbewerbern

⁶¹⁷ *Ohly*, GRUR 2007, 731, 735.

⁶¹⁸ *Ohly*, GRUR 2007, 731, 735; *Schramm*, Der europaweite Schutz des Produktdesigns, S. 40ff.

am Markt und Verbrauchern bzw. Herstellern und Abnehmern gleichermaßen Schutz vor Verwechslungsgefahr bieten.⁶¹⁹

b) Wettbewerbsfreiheit

Das zweite Postulat ist die Wettbewerbsfreiheit. Der Schutz des geistigen Eigentums erfordert zugleich den Schutz der Wettbewerbsfreiheit als zentrales Anliegen der Marktteilnehmer.⁶²⁰ Hierbei sind rechtspolitische und rechtssystematische Aspekte erheblich.

aa) Rechtspolitischer Aspekt

Der rechtspolitische Aspekt der Wettbewerbsfreiheit berücksichtigt die Bedeutung der Nachahmung von Produktgestaltungen in der Marktwirtschaft.⁶²¹ Der Wettbewerb ist in der Marktwirtschaft im Hinblick auf Innovation und Imitation erwünscht, da er die Preisbildung zugunsten der Verbraucher bestimmt. Nachahmungsschutz durch das Designrecht und benachbarte Schutz- und Leistungsrechte hemmt die Innovation eher. Andererseits sollen Designer durch die Finanzierung ihrer gestalterischen Tätigkeit und ihrer Anstrengungen zur Durchsetzung ihrer Produktgestaltungen auf dem Markt gefördert werden.⁶²²

bb) Rechtssystematischer Aspekt

Die Einbeziehung der Wettbewerbsfreiheit als rechtliches Anliegen des Spannungsfelds von Immaterialgüter- und Lauterkeitsrecht in Bezug auf Produktgestaltungen lässt sich in rechtssystematischer Hinsicht mit der Stimmigkeit des immaterialgüter- und lauterkeitsrechtlichen Systems begründen.⁶²³ Danach müssen Freiräume des Designschutzes, welche der Gesetzgeber bewusst geschaffen hat, indem er die Immate-

619 *Ohly*, GRUR 2007, 731, 735; *Schramm*, Der europaweite Schutz des Produktdesigns, S. 40ff.

620 *Schramm*, Der europaweite Schutz des Produktdesigns, S. 45f.; *Kur*, GRUR Int 2004, 755, 760.

621 *Ohly*, GRUR 2007, 731, 735.

622 *Eichmann* in *Eichmann/v. Falckenstein/Kühne*, Allgemeines zum Designrecht Rn. 10f.; *Ruhl*, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, Einl. Rn. 7.

623 *Lubberger* in *FS Ullmann*, S. 737ff.; *Ohly*, GRUR 2007, 731, 735.

rialgüterrechte zeitlich und sachlich begrenzt hat, um sie so vom Recht des geistigen Eigentums aufzunehmen, beachtet werden.⁶²⁴

4. Die Bedeutung des Schutzzwecks für die Schutzvoraussetzungen

Der unterschiedliche Umfang beurteilungsrelevanter Umstände von Immaterialgüterrechten und Lauterkeitsrecht hängt mit den unterschiedlichen Schutzzwecken zusammen. Lücken im Designschutz, die vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt waren, können durch den vom Lauterkeitsrecht gewährten Leistungsschutz geschlossen bzw. das Immaterialgüterrecht kann entsprechend der Vorgaben durch das Lauterkeitsrecht ergänzt werden.⁶²⁵

Das Designrecht bezweckt die Förderung von Innovationen und Investitionen im Bereich gewerblicher Designs und schützt aus diesem Grund neue und eigenartige Designs. Für den Schutz sind keine weiteren Umstände relevant als das Aussehen des Designs. Neben dem Aussehen sprechen praktische Erwägungen dafür, den Grad der Gestaltungsfreiheit bei der Bestimmung des Schutzzumfangs zu berücksichtigen. In Bereichen, in denen aufgrund gesetzlicher oder technischer Vorgaben oder bereits hoher Designdichte ein geringer Gestaltungsspielraum besteht, sollen trotzdem noch neue Designs geschaffen werden können. Dazu ist es erforderlich, den Designs einen geringeren Schutzzumfang zuzugestehen. Es gibt keine weiteren Umstände, die vor dem Hintergrund des Schutzzwecks für den Schutzzumfang von Bedeutung sind. Jeder weitere Umstand wäre daher sogar eine sachfremde Erwägung.

Das Markenrecht bezweckt, dem Unternehmer ein Mittel an die Hand zu geben, mit dem er seine Waren kennzeichnen kann, um sie von den Waren anderer Unternehmen unterscheidbar zu machen. Daher geht es im Markenrecht nicht nur um den Schutz der Marke selbst, sondern auch um den Schutz der Funktion der Marke. Dementsprechend finden nicht nur die beteiligten Zeichen und Waren bei der Bestimmung des Schutzzumfangs Berücksichtigung, sondern auch die Kennzeichnungskraft der Marke. Die Kennzeichnungskraft der Marke

⁶²⁴ Ohly, GRUR 2007, 731, 735.

⁶²⁵ Ohly in FS Schricker, S. 115ff.; Ohly, GRUR 2007, 731, 736.

basiert selbst wiederum auf einem Bündel von Umständen, die somit indirekt ebenfalls von Einfluss sind.

Beim UWG-Nachahmungsschutz ist die Sachlage anders. Das UWG bezweckt den Schutz vor unlauterem Verhalten und der Zweck des § 4 Nr. 3 UWG ist der Schutz von Mitbewerbern vor der unlauteren Nachahmung ihrer Waren. Ein Verhalten kann nur in Anbetracht der gesamten Situation beurteilt werden. Das umfasst die tatsächlichen Gegebenheiten und die unterschiedlichen betroffenen Interessen. Die Hauptfaktoren der umfassenden Beurteilung sind die Intensität der Nachahmung, der Grad der Eigenart der Leistung sowie die Unlauterkeitsumstände, weil der Gesetzgeber entschieden hat, dass sich aus diesen drei Elementen ein unlauteres Verhalten ergeben kann. Es gibt aber grundsätzlich keinen Umstand, der kategorisch von der umfassenden Beurteilung ausgeschlossen ist.

Im Ergebnis ergibt sich daher bei allen Rechten aus dem Schutzzweck, welche Umstände den Schutzzumfang bestimmen.

III. Verhältnis der Schutzrechte zueinander

Die Darstellung des Spannungsfelds der Schutzrechte in Bezug auf Produktgestaltungen hat gezeigt, dass es Unterschiede im Schutzzumfang von Immaterialgüterrechten und Lauterkeitsrecht gibt, dass dieser sich aber in allen Rechten über den Identitätsschutz hinaus auch auf nicht identische Designs, Waren und Zeichen erstreckt. Unterschiede und Überschneidungen bestehen vor allem hinsichtlich der sanktionierten Verletzungshandlung. Die daraus resultierenden Postulate der Schutzrichtung und der Wettbewerbsfreiheit können dadurch in Einklang gebracht werden, dass Lücken im Designschutz durch den Leistungsschutz geschlossen werden. Nachfolgend wird eingehend untersucht, inwieweit die Verhältnisse der einzelnen Schutz- und Leistungsrechte zueinander ausgestattet sind, welche Berührungs- und Schnittpunkte sich daraus ergeben, welche Konkurrenzen zueinander bestehen und inwiefern die Notwendigkeit von Konkurrenzregeln gegeben ist.

1. Verhältnis zwischen Immaterialgüterrechten und UWG-Nachahmungsschutz

Zunächst wird allgemein das Verhältnis zwischen Immaterialgüterrechten und dem UWG-Nachahmungsschutz aufgezeigt, da sich daraus die rechtliche Entwicklung und das veränderte Verständnis der Beziehung dieser Rechte zueinander nachvollziehen lassen.

a) Rechtliche Entwicklung

Die Immaterialgüterrechte und der UWG-Nachahmungsschutz sind aufgrund ihrer historischen Entwicklung eng miteinander verquickt. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb hat eine lange Historie.⁶²⁶ Bereits im 19. Jahrhundert entstand ein Bedürfnis, den Wettbewerb gesetzlich zu regulieren, bis dahin war die Regulierung durch Zünfte und Innungen ausreichend. Mit der zunehmenden Entwicklung des Handels und der Industrialisierung veränderten sich die Verhältnisse. Der Fortschritt brachte Maschinen, Massenproduktion und Erfindungen und die Kennzeichnung von Waren nahm zu. Mit dem Fortschritt nahmen auch wettbewerbsrechtlich unerwünschte Verhaltensweisen zu, wie die Übernahme von Erfindungen, das falsche und irreführende Kennzeichnen von Waren und das Nachahmen von Waren. Nach der Reichsgründung begegnete der Gesetzgeber der problematischen Situation mit dem Erlass von Gesetzen zum Schutz von Marken (1874), von Urheberrechten an gewerblichen Mustern und Modellen und fotografischen Erzeugnissen (1876), von Patenten (1877) und von Gebrauchsmustern (1891).⁶²⁷

Zu einem Gesetz gegen wettbewerbswidrige Handlungen kam es zunächst nicht. Im Mai 1896 wurde das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs erlassen, das verschiedene Verhaltensweisen unterband, etwa unwahre und irreführende Angaben, Anschwärzen und Verleumdung, und das Namen, Firmen, besondere Bezeichnungen sowie Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse schützte. Das Gesetz wurde aber als unzureichend erachtet, weil es keine Generalklausel enthielt. Auch das BGB von 1900, und dort insbesondere § 823 BGB, sowie die

⁶²⁶ Übersicht bei *Erdmann* in *Gloy/Loschelder/Erdmann*, § 3 Rn. 3ff.

⁶²⁷ *Erdmann* in *Gloy/Loschelder/Erdmann*, § 3 Rn. 4.

bestehenden Immaterialgüterrechte, insbesondere des Markengesetzes, konnten das Defizit nicht angemessen kompensieren. Eine Gesetzesreform beseitigte die Schwäche und führte zu einem neuen UWG von 1909 mit einer Generalklausel im damaligen § 1 UWG. Das Gesetz von 1909 wurde oft geändert. Es hat jedoch in seiner langen Existenzspanne durchweg die Aufgabe eines Markenverhaltensrechts erfüllt und sich damit eine gefestigte Position erstritten.

Der Umstand, dass es zunächst nur die Immaterialgüterrechte gab, dann das Wettbewerbsrecht hinzutrat und alle Gesetze seitdem eine eigene Entwicklung durchlebt haben, bestätigt das Vorhandensein eines spannungsgeladenen Verhältnisses.

Der Gesetzgeber das Verhältnis des UWG-Nachahmungsschutzes zu den Immaterialgüterrechten nicht festgelegt.⁶²⁸ Daher werden zur Ermittlung des Verhältnisses zwei sukzessiv zu beantwortende Fragen gestellt. Die erste Frage ist diejenige danach, ob aufgrund der Anwendung mehrerer Rechte eine Sperrwirkung eintritt und nur ein Schutzrecht besteht oder ob mehrere Schutzrechte bestehen. Daraus folgt die zweite Frage danach, wie sich im Fall mehrerer Schutzrechte diese zueinander verhalten. Hierzu müssen zuvor zwei Sachverhaltskonstellationen abgegrenzt werden.

b) Unlauterkeitsumstände außerhalb des Immaterialgüterrechts

Die erste Sachverhaltskonstellation ist ein Nachahmungssachverhalt, bei dem sich die Unlauterkeit aus Umständen ergibt, die sich nicht mit immaterialgüterrechtlichen Schutztatbeständen überschneiden. Das heißt, es wird ein Produkt mit wettbewerblicher Eigenart nachgeahmt und die unlauterkeitsbegründenden Umstände überschneiden sich nicht mit Tatbestandsmerkmalen eines Immaterialgüterrechts.

Nachahmungsfälle i. S. d. §§ 3, 4 Nr. 3 c) UWG sind regelmäßig dieser Fallkonstellation zuzuordnen, weil sich die Unlauterkeit daraus ergibt, dass der Nachahmer die Kenntnisse und Unterlagen für die Nachahmung unredlich erlangt hat. Diese Unlauterkeitsumstände sind keine Merkmale eines Immaterialgüterrechts. Bei Nachahmungsfällen nach §§ 3, 4 Nr. 3 a) und b) UWG muss auf den konkreten Kollisionsfall

⁶²⁸ Ohly, FS Ullmann, S. 795, 796.

abgestellt werden. Ergibt sich die Unlauterkeit z. B. bei § 4 Nr. 3 a) UWG aus einer vermeidbaren Herkunftstäuschung und kollidiert diese mit einem designrechtlichen Schutz, so liegt der Unlauterkeitsumstand außerhalb der Immaterialgüterrechte. Denn der Designschutz umfasst kein Tatbestandsmerkmal, das eine Herkunftstäuschung zum Inhalt hat oder beschreibt. Ein Gegenbeispiel ist eine unlautere Nachahmung aufgrund einer Herkunftstäuschung, die mit einem markenrechtlichen Verwehlungsstatbestand nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG kollidiert. Der Tatbestand des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG umfasst das Merkmal der Verwehlungsgefahr, das wiederum die Herkunftshinweisfunktion der Marke involviert. Die Beispiele zeigen, dass die Unlauterkeitsvarianten nach § 4 Nr. 3 a) und b) UWG nicht pauschal zugeordnet werden können.

Es herrscht Einigkeit in Literatur und Rechtsprechung darüber, dass bei Sachverhaltskonstellationen, bei denen die Unlauterkeitsumstände außerhalb des Immaterialgüterrechts liegen, eine Anspruchsmehrheit resultiert. Es bestehen also Ansprüche nach dem UWG sowie nach den Immaterialgütergesetzen.⁶²⁹ Beim Verhältnis der Ansprüche zueinander gehen Literatur und Rechtsprechung von einem weitestgehend autonomen Nebeneinander aus, weil keine wertungswiderprüchlichen Ergebnisse folgen können, denn die Ansprüche fußen auf unterschiedlichen tatsächlichen Sachverhalts Umständen. Die verschiedenen Sachverhalts Umstände können unterschiedlich ausgestalteten Schutz begründen, ohne dass Wertungen anderer Rechte unterlaufen werden. Für den Fall, dass doch ein unerwünschtes Ergebnis resultiert, macht die Literatur eine kleine Einschränkung zum autonomen Nebeneinander und lässt die immaterialgüterrechtlichen Wertungen nicht gänzlich außer Betracht.⁶³⁰

629 Götting/Hetmank in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 37; Ohly in Ohly/Sosnitza, § 4.3 Rn. 3/15ff.; Ingerl/Rohnke, § 2 Rn. 1; Hacker in Ströbele/Hacker, § 2 Rn. 41 und 18; Büscher, GRUR 2009, 230, 231f.; Ruhl, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, Art. 96 Rn. 10; Eichmann in Eichmann/Kur, § 2 Rn. 181, 185; BGH GRUR 2002, 629, 631 – Blendseigel; BGH GRUR 1997, 459, 464 – CB-infobank I; GRUR 2001, 251, 253 – Messerkennzeichnung; GRUR 1986, 673, 675 – Beschlagprogramm.

630 Götting/Hetmank in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 38; Ohly in Ohly/Sosnitza, § 4.3 Rn. 3/15; BGH GRUR 1999, 751, 754 – Güllepumpe mit weiteren Nachweisen.

c) Unlauterkeitsumstände innerhalb des Immaterialgüterrechts

Bei der zweiten Sachverhaltskonstellation überschneiden sich die Unlauterkeitsumstände mit Anspruchsvoraussetzungen der Immaterialgüterrechte. Das sind Sachverhalte, bei denen ein Produkt nachgeahmt wird und die Unlauterkeitsumstände in Tatbestandsmerkmalen der Immaterialgüterrechte aufgehen oder in denen ein Immaterialgüterrecht den Schutz abschließend verwehrt.

Die Nachahmungstatbestände des § 4 Nr. 3 a) und b) UWG können in diese Sachverhaltskonstellation fallen. Sie basieren auf den Unlauterkeitsumständen der Herkunftstäuschung und der Rufausbeutung/-beeinträchtigung, die sich mit dem designrechtlichen und markenrechtlichen Schutz überschneiden können. Die Nachahmung von Produktgestaltungen ist regelmäßig ein Fall der lauterkeitsrechtlichen Herkunftstäuschung bzw. der Rufausbeutung/-beeinträchtigung und damit ein Fall dieser Sachverhaltskonstellation.

Es stellen sich wieder die beiden Fragen: zum einen die Frage danach, ob es zunächst zu einer Schutzrechtsmehrheit kommt, zum anderen die Frage danach, ob und wie sich die Schutzrechte beeinflussen. Hierzu besteht eine breit gefächerte Meinungsvielfalt. Teils wird bereits die Anspruchsmehrheit, die Anwendung der Vorschriften des UWG oder das Entstehen lauterkeitsrechtlicher Ansprüche abgelehnt; teilweise wird Anspruchsmehrheit und kumulative Anspruchskonkurrenz bejaht. Auf der zweiten Fragenebene wird wiederum ein breites Meinungsspektrum vom Vorrang der Immaterialgüterrechte bis zu einem absolut autonomen Nebeneinander vertreten. Teils wird auch gar nicht zwischen den beiden Ebenen differenziert und die beiden Fragen werden mit unterschiedlicher Argumentation beliebig vermischt. Die Wiedergabe der Meinungen bis ins kleinste Detail würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit erheblich überschreiten, daher beschränkt sich die Arbeit darauf, die gemeinsamen Richtungen ausfindig zu machen und die entsprechenden Argumente zu sammeln und zuzuordnen.

aa) Vorrangtheorie

Für den Überschneidungsbereich von UWG-Schutz und Immaterialgüterrechten galt lange Zeit unangefochten die Vorrangtheorie. Danach geht von den Immaterialgüterrechten eine absolute Sperrwirkung aus. Der BGH formulierte die Vorrangtheorie in der Grundsatzent-

scheidung *MAC Dog*, die das Markenrecht betraf.⁶³¹ Dort ist die internationale Fast-Food-Kette *McDonalds* gegen einen Hersteller von Tiernahrung vorgegangen, der sein Hundefutter und Katzenfutter als „MAC Dog“ und „MAC Cat“ bezeichnete. Die Vorrangtheorie besagt, dass das Markenrecht gegenüber dem UWG-Nachahmungsschutz vorrangig zur Anwendung kommt, wenn die Unlauterkeitsmerkmale gleich den markenrechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen sind.⁶³² Vorrangige Anwendung bedeutet, dass das Immaterialgüterrecht Anwendung findet und Rechtsfolgenansprüche begründet. Der Nachahmungsschutz findet daneben keine Anwendung und begründet folglich auch keine Schutzansprüche.⁶³³ Der Schutz nach § 4 Nr. 3 UWG besteht außerhalb des Überschneidungsbereichs und im Überschneidungsbereich ebenfalls, wenn die Unlauterkeitsmerkmale nicht gleich den Tatbestandsmerkmalen eines Immaterialgüterrechts sind.

Die Rechtsprechung hat die Vorrangtheorie auch auf die anderen Immaterialgüterrechte ausgeweitet.⁶³⁴ Ein Großteil der Literatur ist der Vorrangtheorie des BGH gefolgt.⁶³⁵ *Ullmann* vertritt eine sehr gemäßigte Form der Vorrangtheorie.⁶³⁶ Danach kommt den Immaterialgüterrechten nur Vorrang zu, wenn sie tatsächlich Schutz gewähren, und nur soweit, wie die Immaterialgüterrechte tatsächlich reichen. Wenn z. B. kein Design registriert ist, ist der Schutz nach § 4 Nr. 3 UWG nicht

631 BGH GRUR 1999, 161, 162 – *MAC Dog*.

632 *Ohly*, GRUR 2007, 731, 737.

633 *Ohly*, GRUR 2007, 731, 737.

634 *Hennig-Bodewig*, GRUR Int 2007, 986, 987; zum Markenrecht: BGH GRUR 1999, 992, 995 – *BIG PACK*; BGH GRUR 2000, 608, 610 – *ARD-1*; BGH GRUR 2001, 1050, 1051 – *Tagesschau*; BGH GRUR 2001, 1054, 1055 – *Tagesreport*; BGH GRUR 2005, 163, 165 – *Aluminiumräder*; Urheberrecht: BGH GRUR 1992, 697, 699 – *ALF*; GRUR 1966, 503, 506 – *Apfel-Madonna*; BGH GRUR 1958, 354, 356 – *Sherlock Holmes*; BGH GRUR 1999, 325, 326 – *Elektronische Pressearchive*; Patentrecht: BGH GRUR 1997, 116, 118 – *Prospekthalter*; Geschmacksmuster: BGH GRUR 2005, 600, 602 – *Handtuchklemmen*; BGH GRUR 2008, 790, Rn. 35 – *Baugruppe*.

635 *Ingerl/Rohnke*, § 2 Rn. 1 und 5ff.; *Piper*, GRUR 1996, 429, 435; *Sack*, GRUR 1995, 81, 93; *ders.*, WRP 2001, 1022, 1033; *Ohly* in *Ohly/Sosnitzer*, Einf. D. Rn. 79; mit Einschränkungen *Sambuc* in *Harte-Bavendamm/Hennig-Bodewig*, § 4 Nr. 3 Rn. 5ff.; *Bornkamm*, GRUR 2005, 97, 101f.; *Schrader*, WRP 2005, 562, 563; *Ohly*, FS Ullmann, S. 795ff.; *Wiebe*, FS Schrickler, S. 773, 780ff.; *Kur*, GRUR Int 1998, 771, 776f. in sehr restriktiver Form.

636 *Ullmann* in *Ullmann*, § 4 Nr. 3 Rn. 11ff.

deshalb ausgeschlossen, weil Schutz nach dem Designgesetz versäumt wurde.

Die Rechtsprechung liefert verschiedene Begründungen zur Vorrangtheorie. In *MAC Dog* verweist der BGH lediglich auf die spezialgesetzliche Regelung, die die markenrechtliche Materie durch das Markengesetz erfahren habe. Daraus wird die Begrenzungsfunktion des Markenrechts (bzw. des Immaterialgüterrechts) abgeleitet.⁶³⁷ Die Begrenzungsfunktion besagt, dass der Rückgriff auf das Lauterkeitsrecht (oder auch BGB) versagt ist, wenn ein Immaterialgüterrecht einschlägig ist und damit den Schutz, die Ansprüche und Modalitäten abschließend beschreibt.⁶³⁸ In der Entscheidung *shell.de* formulierte der BGH den entsprechenden Grundsatz, dass es sich beim Markenrecht um „umfassende, in sich geschlossene kennzeichenrechtliche Regelungen“⁶³⁹ handle, die in dieser Eigenschaft den UWG-Schutz verdrängen.

Die Literatur liefert mehr Begründungs- und Argumentationsmaterial für den Vorrang der Immaterialgüterrechte und deren Begrenzungsfunktion. Nach der Literatur stützt sich die Vorrangtheorie auf den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit und auf verschiedenen ineinandergreifenden Erwägungen dazu.⁶⁴⁰ Ausgangspunkt ist der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit im Wettbewerb, der besagt, dass Leistungen im Wettbewerb frei sind und übernommen werden dürfen. Der Grundsatz wird damit begründet, dass Fortschritt und Entwicklung der Gesellschaft es erfordern, dass Leistungen frei sind, um übernommen, weiterentwickelt und verbessert werden zu können.⁶⁴¹

Zu dem Grundsatz der Nachahmungsfreiheit hat der Gesetzgeber enumerative Ausnahmen durch die Immaterialgüterrechte geschaffen. Vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Nachahmungsfreiheit wird aus den enumerativen sondergesetzlichen Ausnahmen auf den abschließenden Charakter der Immaterialgüterrechte geschlossen, also, dass außerhalb der Immaterialgüterrechte kein Schutz gegen Nachah-

⁶³⁷ BGH GRUR 1999, 161, 162 – *MAC Dog*.

⁶³⁸ *Ingerl*, WRP 2004, 809, 811.

⁶³⁹ BGH GRUR 2002, 622, 623 – *shell.de*.

⁶⁴⁰ *Ohly*, WRP 2008, 177, 185.

⁶⁴¹ *Eck* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 22 Rn. 8.

mung besteht.⁶⁴² Der abschließende Charakter begründet wiederum den Kodifikationseinwand. Der Kodifikationseinwand besagt allgemein, dass dem gesetzgeberischen Willen nicht durch richterliche Rechtsfortbildung zuwidergehandelt werden darf. Der Grundsatz ist in der Verfassung verankert. Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG bindet die Rechtsprechung an das Gesetz und weist die Gesetzgebungsprärogative der Legislative zu. Der Kodifikationseinwand bedeutet bei der vorliegenden Problematik, dass der gesetzgeberische Wille – eine grundsätzliche Nachahmungsfreiheit mit abschließenden sondergesetzlichen Ausnahmen – nicht richterrechtlich unterlaufen werden darf. Daher dürfen die Gerichte im Anwendungsbereich der Sonderschutzrechte, unabhängig davon, ob tatsächlich Schutz gewährt wird oder nicht, keinen Schutz nach § 4 Nr. 3 UWG gewähren. Das Umweg-Argument besagt, dass kein Schutz von Immaterialgütern neben den sondergesetzlichen Immaterialgüterrechten durch den UWG-Nachahmungsschutz begründet werden darf.⁶⁴³ Denn damit würde über einen Umweg ein Schutz gewährt, den die Immaterialgüterrechte nicht vorsehen und der daher eine Umgehung der Wertungen des Immaterialgüterrechts sei.

Eck stellt darauf ab, dass es sich bei den Immaterialgüterrechten der Sache nach um Wettbewerbsvorschriften handle („geronnene lauterkeitsrechtliche Vorschriften“).⁶⁴⁴ Nach *Eck* hat der Gesetzgeber in den durch Immaterialgüterrechte geregelten Bereichen die wettbewerbsrechtliche Abwägung abstrakt vorweggenommen und damit eine *lex specialis* zum UWG-Schutz begründet. Bei Sachverhalten, die in den Schutzbereich von Immaterialgüterrechten fallen, sei für eine Beurteilung der Umstände nach dem Wettbewerbsrecht kein Platz.⁶⁴⁵ *Ohly* argumentiert im Einklang dazu, dass die differenzierte gesetzgeberische Interessenabwägung nicht durch die Anwendung des lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutzes unterlaufen werden dürfe.⁶⁴⁶

Die Vorrangtheorie ist nicht ohne Kritik geblieben. Ein Kritikpunkt richtet sich gegen ihr stützendes Fundament, den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit, und bezweifelt, dass die Nachahmungsfreiheit

642 Fezer in Fezer, UWG, Einl. Rn. 11, 447ff.; Schrader, WRP 2005, 562, 564.

643 Fezer in Fezer, UWG, Einl. H. Rn. 447; Schrader, WRP 2005, 562, 564.

644 Eck in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 22 Rn. 10.

645 Eck in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 22 Rn. 13ff.

646 Ohly in Ohly/Sosnitza, Einf. D. Rn. 80.

ein unbedingter Grundsatz ist. Es wird argumentiert, dass bevor der Gesetzgeber den sondergesetzlichen Immaterialgüterschutz angemessen ausgestaltet hatte, Produkten aufgrund des Wettbewerbsrechts Schutz gewährt wurde.⁶⁴⁷ Der Weg, Produkten wettbewerbsrechtlichen Schutz zukommen zu lassen, wird auch heute noch gegangen, wie z. B. bei Modeneuheiten und beim Einschleusen von Teilen und Produkten in fremde Serien. Es kann daher nicht von einer grundsätzlichen Nachahmungsfreiheit außerhalb der Sonderschutzrechte ausgegangen werden. Wenn die Nachahmungsfreiheit außerhalb der Sonderschutzrechte nicht unbedingt besteht, kann damit auch nicht der abschließende und vorrangige Charakter der Sonderschutzrechte begründet werden.⁶⁴⁸

Weitere Kritik an der Vorrangtheorie bezieht sich auf die Folgerung, die aus der vermeintlichen Nachahmungsfreiheit gezogen wird. Selbst bei Annahme einer grundsätzlichen Nachahmungsfreiheit außerhalb der Immaterialgüterrechte und des abschließenden Charakters der Immaterialgüterrechte kann daraus lediglich geschlossen werden, dass kein Schutz außerhalb der Immaterialgüterrechte und des UWG-Nachahmungsschutzes, also kein unmittelbarer Leistungsschutz existiert. Weder die Nachahmungsfreiheit noch der abschließende Charakter lassen aber eine Schlussfolgerung in Bezug auf das Verhältnis von UWG-Nachahmungsschutz und Immaterialgüterrechten zu.⁶⁴⁹

Auch *Fezer* kritisiert die Vorrangtheorie. Zunächst bemängelt er, dass es sich bei der Entscheidung *MAC Dog* nicht um eine Entscheidung auf rechtsdogmatischer Grundlage, sondern um eine Disziplinierungsmaßnahme handele.⁶⁵⁰ Das MarkenG von 1995 war für die Gerichte eine fremde Materie, weil es zum ersten Mal ein einheitliches Kennzeichenrecht in einem Gesetz enthielt. Laut *Fezer* griffen viele Instanzgerichte aufgrund mangelnder Bereitschaft und mangelnder Fähigkeit, das neue Gesetz anzuwenden, auf das bekannte und bewährte Wettbewerbsrecht zurück. Die in der Grundsatzentscheidung des BGH aufgestellte Vorrangtheorie zwang die Gerichte zur Anwendung des unvertrauten Rechts. *Fezer* kommt zu dem Schluss, dass die ursprüng-

647 *Eck* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 22 Rn. 10; *Fezer*, WRP 2008, 1, 7ff.

648 *Eck* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 22 Rn. 10; *Fezer*, WRP 2008, 1, 7ff.

649 *Eck* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 22 Rn. 11.

650 *Fezer*, WRP 2008, 1, 2f.

liche Starthilfe, die der BGH dem MarkenG durch die Vorrangtheorie verschaffen wollte, inzwischen obsolet geworden sei und der Vorrangtheorie damit die Daseinsberechtigung fehle. Als Nächstes wendet sich *Fezer* auch gegen den abschließenden Charakter der Immaterialgüterrechte am Beispiel des Markenrechts. Er verweist dafür auf den Anwendungsbefehl in § 2 MarkenG.⁶⁵¹ Die Argumentation lässt sich auch auf das Designrecht übertragen, weil dort gleichfalls in § 50 DesignG ein Anwendungsbefehl normiert ist. Mit den Regelungen mache der Gesetzgeber deutlich, dass die marken- bzw. designrechtlichen Regelungen in den jeweiligen Gesetzen gerade nicht abschließend sind. Weiter ist nach *Fezer* die Lex-specialis-Regel von vornherein fehl am Platz und begründet die Vorrangtheorie nicht. Sie diene dazu, Widersprüche aufzulösen und die Einheitlichkeit der Rechtsordnung zu wahren. Nur wenn sich Rechtsfolgen ausschließen, bestehe das Bedürfnis, der spezielleren und engeren Norm den Anwendungsvorrang einzuräumen.⁶⁵²

Auch *Deutsch* stößt sich an der Begründung des BGH in *MAC Dog*, es handele sich beim MarkenG um Spezialvorschriften.⁶⁵³ Nach *Deutsch* sind Spezialvorschriften solche, die neben den Tatbestandsvoraussetzungen der Grundnorm zusätzliche besondere Tatbestandsmerkmale enthalten. Das treffe auf das Verhältnis Markenrecht zum UWG nicht zu, weil sie jeweils andere Bereiche mithilfe anderer Tatbestandsvoraussetzungen regelten. Schließlich sei es zweifelhaft, ob dem Gesetzgeber unterstellt werden kann, dass er mit der existierenden Regulierung bestimmter Immaterialgüter überhaupt eine Aussage bezüglich eines abschließenden Charakters treffen wollte.⁶⁵⁴

Nach *Nirk* fehlt dem Argument, die spezialgesetzliche Regelung spreche für einen abschließenden Charakter der Immaterialgüterrechte, die tatsächliche Grundlage.⁶⁵⁵ Der für diese Auffassung sprechende Umstand der enumerativen Normierung habe einen anderen Grund. Dass die Patent-, Design-, Warenzeichen- und Urhebergesetze geschaf-

⁶⁵¹ *Fezer*, WRP 2008, 1, 5; ebenso *Deutsch*, GRUR 2002, 308.

⁶⁵² *Fezer*, WRP 2008, 1, 5.

⁶⁵³ *Deutsch*, GRUR 2002, 308.

⁶⁵⁴ *Deutsch*, GRUR 2002, 308.

⁶⁵⁵ *Nirk*, GRUR 1993, 247.

fen worden sind, war eine Folge der Bedürfnisse der Zeit.⁶⁵⁶ Gegen einen abschließenden Charakter spreche, dass es sich nicht um ein einheitlich geschaffenes Schutzsystem handle, sondern um eine Anzahl unabhängig entwickelter Rechte zum Schutz der Leistungen, die zu diesem Zeitpunkt nach Schutz verlangten.⁶⁵⁷ Weiter spreche gegen einen abschließenden Charakter, dass die Immaterialgüterrechte selbst keinen abschließenden Katalog der Schutzgegenstände enthalten, sondern sich offener Formulierungen oder nicht abschließender Aufzählungen bedienen.⁶⁵⁸

Schließlich stehen – nach Ansicht der Kritiker der Vorrangtheorie – die Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken⁶⁵⁹ und der darauf basierende § 5 Abs. 2 UWG der Vorrangtheorie entgegen. § 5 Abs. 2 UWG besagt, dass eine irreführende geschäftliche Handlung nach § 5 Abs. 1 UWG auch dann gegeben ist, wenn sie „eine Verwechslungsgefahr (...) mit der Marke oder einem anderen Kennzeichen eines Mitbewerbers hervorruft.“ Damit ordnet die Vorschrift eine kumulative Anwendung des UWG-Irreführungsschutzes an. Wenn der UWG-Irreführungsschutz neben den Immaterialgüterrechten zur Anwendung kommt, muss das Gleiche auch für den UWG-Nachahmungsschutz gelten.⁶⁶⁰ Außerdem zeigt die Vorschrift, dass die Immaterialgüterrechte kein geschlossenes System sind und keinen abschließenden Charakter haben.⁶⁶¹

bb) These vom Nebeneinander der Rechte

Die Gegenansicht zur Vorrangtheorie spricht sich für ein freies Nebeneinander des UWG-Schutzes und der Immaterialgüterrechte aus.⁶⁶² Es

656 Nirk, GRUR 1993, 247, 251.

657 Nirk, GRUR 1993, 247, 251.

658 Nirk, GRUR 1993, 247, 252.

659 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken.

660 Ingerl/Rohnke, § 2 Rn. 2 und 14; Köhler, GRUR 2009, 445, 448; Fezer, GRUR 2009, 451, 454f.

661 Ingerl/Rohnke, § 2 Rn. 2 und 14; Köhler, GRUR 2009, 445, 448.

662 Nordemann in Götting/Nordemann, § 4 Nr. 3 Rn. 3.25f.; Köhler in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3.6a und 9.8; Fezer, GRUR 2010, 953, 962; Ingerl/Rohnke, § 2 Rn. 2; Stieper, WRP 2006, 291, 302; Schreiber, GRUR 2009, 113, 115f.; Fezer, WRP 2008, 1, 4; Beyerlein in Günther/Beyerlein, Einl. Rn. 13; Glöckner, Europäisches Lauterkeits-

kommen beide Rechte zur Anwendung und begründen Rechtsfolgenansprüche. Die Ansicht stellt auf die unterschiedlichen Schutzzwecke der Immaterialgüterrechte einerseits und des Nachahmungsschutzes andererseits ab. Die Immaterialgüterrechte schützen ein Leistungsergebnis, wohingegen der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz ein Handlungsunrecht sanktioniert und an ein unlauteres Verhalten anknüpft.⁶⁶³ Köhler führt als weitere Argumente auch die unterschiedlichen Tatbestände und Rechtsfolgen an.⁶⁶⁴ Das Nebeneinander der Rechte bedeutet nicht, dass die Gesetze unabhängig voneinander sind. Wenn Immaterialgüterrechte und UWG-Schutz nebeneinander zur Anwendung kommen, ist der Schutz nach dem UWG so auszulegen, dass er nicht mit immaterialgüterrechtlichen Bestimmungen kollidiert.⁶⁶⁵

cc) Eigenständige lauterkeitsrechtliche Lösung

Ein neuer Ansatz, den *Ohly* trefflich als eigenständige lauterkeitsrechtliche Lösung beschreibt, gewinnt an Vertretern.⁶⁶⁶ Danach kommt der lauterkeitsrechtliche Schutz parallel zu den Immaterialgüterrechten zur Anwendung und die Schutzrechte stehen autonom nebeneinander. Dieser Ansatz basiert darauf, dass das Lauterkeitsrecht auf einer eigenen Wertung beruht und eigene Anliegen formuliert. Auch § 4 Nr. 3 UWG hat eine eigenständige lauterkeitsrechtliche Bedeutung.⁶⁶⁷ Der Zweck des Lauterkeitsrechts kann nicht durch ein anderes Gesetz entkräftet werden. Auch wenn sich die Anwendungsbereiche überschneiden, müssen die Rechte unabhängig zur Anwendung kommen, damit der jeweilige gesetzgeberische Gesetzeszweck verwirklicht wird.

recht, Rn. 594; *Pahlow* in Ekey/Bender/Fuchs-Wissemann, § 2 Rn. 8; v. *Gamm*, FS Piper, S. 537, 542; *Lubberger*, FS Ullmann, S. 737, 753f.

663 *Nordemann* in Götting/Nordemann, § 4 Nr. 3 Rn. 3.25f.

664 *Köhler* in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3.6a.

665 *Ohly* in Ohly/Sosnitza, § 4.3 Rn. 3/15ff.; *Ingerl/Rohnke*, § 2 Rn. 2.

666 *Ohly* in Ohly/Sosnitza, § 4.3 Rn. 3/14; *Schreiber*, GRUR 2009, 113, 115ff.; *Fezer*, WRP 2008, 1, 4.

667 Überblick bei *Ohly* in Ohly/Sosnitza, § 4.3 Rn. 3/14.

2. Verhältnis zwischen Designschutz und Urheberschutz

Das Verhältnis zwischen Designschutz und Urheberschutz wurde bereits im 1. Teil beschrieben.⁶⁶⁸ Seit der *Geburtstagszug*-Entscheidung hat der BGH die Anforderungen an die urheberrechtliche Gestaltungshöhe auf das designerspezifische Niveau abgesenkt, sodass die beiden Immaterialgüterrechte nicht mehr in einem Stufenverhältnis zueinander stehen, welches durch die Gestaltungshöhe des Designs bestimmt wurde. Vielmehr ist nunmehr allein die Unterschiedlichkeit der Produktgestaltung maßgebend.⁶⁶⁹ Für die Anwendbarkeit des Designrechts neben dem Urheberrecht kommt es auf die Tatbestandsvoraussetzungen der Neuheit und Eigenart an. Damit sind Designrecht und Urheberrecht grundsätzlich nebeneinander anwendbar.⁶⁷⁰

3. Verhältnis zwischen Designschutz und UWG-Nachahmungsschutz

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb enthält keine ausdrückliche Regelung hinsichtlich des Verhältnisses zu anderen Rechten. Das Designgesetz hingegen besagt in § 50 DesignG, dass Ansprüche aus anderen gesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben. Trotz dieser grundsätzlich sehr offenen Formulierung wurde die Vorrangtheorie aus der Entscheidung *MAC Dog* auf das Designrecht erstreckt und der immaterialgüterrechtliche Designschutz als speziellere Regelung und damit vorrangig gegenüber den Vorschriften des UWG erachtet.⁶⁷¹

2005 befasste sich der BGH in der Entscheidung *Jeans I* mit einem Fall der Produktnachahmung und schränkte die Vorrangtheorie ein.⁶⁷² Der BGH bejahte Abwehransprüche aus wettbewerbsrechtlichem Nachahmungsschutz in Bezug auf eine besonders gestaltete Jeanshose, obwohl die Jeans auch Schutz für ein nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster nach Art. 3 ff. GGV hätte in Anspruch nehmen können. Nach dem BGH ist die Vorrangtheorie im Bereich des

668 S.o. 2. Teil, B. IV. 1.

669 Wandtke in Wandtke, Urheberrecht, Kapitel 1 Rn. 77.

670 Bullinger in Wandtke/Bullinger, § 2 UrhG, Rn. 98.

671 Loschelder in Furler, S. 34f.; Nirk/Kurtze, DesignG, Einf. Rn. 71; BGH GRUR 1966, 97, 100 – Zündaufsatz.

672 BGH GRUR 2006, 79 – *Jeans I*.

Designschutzes nicht anwendbar.⁶⁷³ Die Rechtsprechung stützt sich auf Art. 96 Abs. 1 GGV, der die mitgliedstaatlichen Bestimmungen zum wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz unberührt lässt, und begründet das Nebeneinander mit dem unterschiedlichen Schutzzweck. Das Designrecht schütze ein bestimmtes Leistungsergebnis, während das UWG sich gegen unlauteres Wettbewerbsverhalten richte. Spätere Entscheidungen stimmen mit dieser richtungsweisenden Entscheidung des BGH überein.⁶⁷⁴

Ein Großteil der Literatur ist mit der Entwicklung der Rechtsprechung im Einklang und geht von einem Nebeneinander von Designschutz und UWG-Nachahmungsschutz aus.⁶⁷⁵ Köhler betont, dass die Rechte völlig selbstständig nebeneinander zur Anwendung kommen.⁶⁷⁶ Damit spricht sich Köhler dafür aus, dass der lauterkeitsrechtliche Schutz nicht den Wertungen des Designrechts unterliegt. Teilweise sind andere Vertreter in der juristischen Literatur an dieser Stelle zurückhaltender und erkennen ein Nebeneinander an, allerdings unter Berücksichtigung der designrechtlichen Wertungen beim UWG-Nachahmungsschutz.⁶⁷⁷ Es gibt aber auch weiterhin Stimmen, die vom Vorrang des Designrechts ausgehen. Nach Ullmann verdrängt das Designrecht den UWG-Schutz insoweit, als tatsächlich Schutz nach dem Designgesetz besteht.⁶⁷⁸

4. Verhältnis zwischen Designschutz und Markenschutz

Wie bereits dargestellt, bleiben nach § 50 DesignG Ansprüche aus anderen gesetzlichen Vorschriften unberührt. Das Markengesetz formuliert in § 2 MarkenG: „Der Schutz von Marken (...) nach diesem Ge-

⁶⁷³ BGH GRUR 2006, 79 Rn. 18 – *Jeans I*.

⁶⁷⁴ BGH GRUR 2009, 79, 82 – *Gebäckpresse*.

⁶⁷⁵ Eck in Gloy/Loschelder/Erdmann, § 22 Rn. 20; Dittmer in Büscher/Dittmer/Schiwy, § 4 Nr. 9 UWG Rn. 3ff.; Stieper, WRP 2006, 291, 298; Wiebe in MünchKomm, § 4 Nr. 9 Rn. 35; wohl auch Ruhl, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, Art. 96 Rn. 10; Engels, GRUR-Prax 2013, 5, 7.

⁶⁷⁶ Köhler, GRUR 2009, 445, 447; Köhler in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3.6a.

⁶⁷⁷ Ruhl, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, Art. 96 Rn. 11; Wiebe in MünchKomm, § 4 Nr. 9 Rn. 35.

⁶⁷⁸ Ullmann in Ullmann, § 4 Nr. 3 Rn. 12.

setz schließt die Anwendung anderer Vorschriften zum Schutz dieser Kennzeichen nicht aus.“

Es ist allgemein anerkannt, dass die verschiedenen Immaterialgüterrechte nebeneinanderstehen.⁶⁷⁹ Das gilt auch für das Designrecht und das Markenrecht. Nach *Ohly* verfolgen die Rechte unterschiedliche Anliegen, haben unterschiedliche Schutzvoraussetzungen und unterschiedliche Schutzbereiche.⁶⁸⁰ *Götting* formuliert, dass jedes der gewerblichen Schutzrechte eine andere Art von Leistung schützt.⁶⁸¹ Dadurch können an einem Gegenstand gleichzeitig unterschiedliche Schutzrechte bestehen. Das Verhältnis ist ein unabhängiges Nebeneinander der Schutzrechte.⁶⁸² Das bedeutet, dass die Rechte sich nicht gegenseitig beeinflussen und keine Übertragung der Wertungen stattfindet. Eine Produktgestaltung kann folglich als Design und gleichzeitig als dreidimensionale Marke Schutz genießen, wenn sie die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt.⁶⁸³ Die Schutzrechte kommen dann unabhängig nebeneinander zur Anwendung.

Fezer verlangt, aufgrund der Pluralität der Immaterialgüterrechte und deren Garantie als Funktionseigentum, bei der Auslegung und Anwendung der verschiedenen Schutzrechtsregime eine Garantie des konkreten Kerngehalts der verschiedenen Immaterialgüterrechte. Bei der Auslegung und Anwendung der Schutzrechtsregime sei eine Schutzzweckkompatibilität herzustellen. Schutzzweckkompatibilität meine die Vereinbarkeit im Sinne von Kombinierbarkeit der verschiedenen Normzwecke und Normstrukturen. Eine solche Konvenienz garantiere die Pluralität der Immaterialgüterrechte und deren konkrete Identität als spezifisches Funktionseigentum.⁶⁸⁴

Allerdings ist die Abgrenzung der Markenrechte, die einen legitimen Kennzeichenschutz bezwecken, von den anderen Immaterialgü-

679 Ingerl/Rohnke, Einl. Rn. 7; *Eichmann* in *Eichmann/v. Falckenstein/Kühne*, § 50 Rn. 1; *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, § 5 Rn. 47; *Kur*, GRUR 2002, 661, 670; *Köhler*, GRUR 2009, 445, 447; *Ohly*, GRUR 2007, 731, 736; *Hacker* in *Ströbele/Hacker*, § 2 Rn. 3; BGH GRUR 2006, 79, 80 – *Jeans I*.

680 *Ohly*, GRUR 731, 736; ebenso *Eichmann*, MarkenR 2003, 10, 10ff.

681 *Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, § 5 Rn. 45.

682 Ingerl/Rohnke, Einl. Rn. 7 und § 2 Rn. 14.

683 *Eichmann* in *Eichmann/v. Falckenstein/Kühne*, § 50 Rn. 1; *Kur*, GRUR 2002, 661, 670; *Köhler*, GRUR 2009, 445, 447; BGH GRUR 2006, 79, 80 – *Jeans I*.

684 *Fezer*, GRUR 2016, 30, 35.

terrechten, und damit auch vom Designschutz, notwendig, um eine kennzeichenrechtliche Monopolisierung gemeinfreier Zeichen zu verhindern.⁶⁸⁵ Der Inhalt des subjektiven Ausschließlichkeitsrechts eines konkreten Markenzeichens ergibt sich aus seiner Artbedingtheit, technischen Bedingtheit und ästhetischen Bedingtheit. Die Schutzverbote ergeben sich folglich aus der Natur des Gegenstands der Kennzeichnung. Damit hat der Schutzgegenstand des Markenrechts eine Begrenzungsfunktion zwischen dem Markenrecht und den anderen Immaterialgüterrechten, so die sog. Schutzgegenstandstheorie.⁶⁸⁶ Erkennt man ein Nebeneinander der Immaterialgüterrechte an, so kann nach Ablauf der Schutzfristen der gewerblichen Schutzrechte und des Urheberrechts eine Monopolisierung des Kennzeichenschutzes über das Markenrecht nicht mehr stattfinden. Die Produktgestaltung einer markenrechtlich gekennzeichneten Ware bildet somit ein absolutes Schutzverbot für die Anerkennung eines Markenschutzes. Dies ist Ausdruck der Unterscheidung der Immaterialgüterrechte aufgrund ihrer Funktion im Recht des geistigen Eigentums.⁶⁸⁷

5. Verhältnis zwischen UWG-Nachahmungsschutz und Markenschutz

Das Verhältnis des UWG-Nachahmungsschutzes zum Markenrecht allgemein und zum Schutz von Produktgestaltungen im Besonderen ist diffizil. § 2 MarkenG besagt, dass durch das Markengesetz die Anwendung anderer Vorschriften zum Schutz von Kennzeichen nicht ausgeschlossen ist.

Die Rechtsprechung hat in der Entscheidung *MAC Dog* für das Markenrecht die Vorrangtheorie aufgestellt. Seitdem erachtet die Rechtsprechung das Markenrecht allgemein als abschließend geregelte Rechtsmaterie⁶⁸⁸ und beurteilt es als vorrangig gegenüber dem UWG-Nachahmungsschutz. Die jüngere Rechtsprechung hat diese Sichtweise in Bezug auf dreidimensionale Marken modifiziert. In den Entschei-

685 Fezer, § 3 MarkenG, Rn. 358.

686 Fezer, § 3 MarkenG, Rn. 358.

687 Fezer, MarkenG, § 3 Rn. 358.

688 BGH GRUR 1999, 161, 162 – *Mac Dog*; BGH GRUR 2005, 419, 423 – *Räucherkatte*; BGH GRUR 2005, 163, 165 – *Aluminiumräder*; BGH GRUR 2005, 423, 427 – *Staubsaugerfiltertüten*; BGH GRUR 2006, 329, Rn 36 – *Gewinnfahrzeug mit Fremdeblem*; BGH GRUR 2009, 1162 Rn 40 – *DAX*; GRUR 2002, 622, 623 – *shell.de*.

dungen *Stufenleitern* und *Rillenkoffer* entschied der BGH in Bezug auf die fraglichen Gestaltungen, dass sie Schutz nach dem UWG genießen können, obwohl sie als Formmarken keinen Schutz erlangt haben.⁶⁸⁹ Auch die frühere Entscheidung *Abschlussstück* geht in diese Richtung, auch wenn das Gericht die marken- sowie wettbewerbsrechtlichen Ansprüche letztendlich verneint.⁶⁹⁰ Der BGH begründete seinen Vorstoß damit, dass kein Schutz für Kennzeichnungen begehrt werde, sondern für Produktgestaltungen als Leistungsergebnis gegen Nachahmung, und dass dieses Begehren nicht in den markenrechtlichen Schutzbereich falle.⁶⁹¹ Dadurch hat der BGH die Vorrangtheorie formal nicht aufgegeben; inhaltlich wendet er sich aber ab.⁶⁹² Köhler schließt daraus, dass die Rechtsprechung damit von einem Nebeneinander des Marken- und UWG-Nachahmungsschutzes im Bereich der Formmarken ausgeht.⁶⁹³

In der Literatur werden verschiedene Positionen vertreten. Teilweise wird die Anwendung der Vorrangtheorie befürwortet und das Markenrecht gegenüber dem lauterkeitsrechtlichen Schutz als vorrangig beurteilt.⁶⁹⁴ Allerdings machen auch die Anhänger der Vorrangtheorie, wie auch der BGH, im Bereich der dreidimensionalen Marken eine Ausnahme vom Vorrangverhältnis und wenden Marken- und UWG-Schutz parallel an.⁶⁹⁵ Die Gegenansicht in der Literatur spricht sich für ein Nebeneinander der Rechte aus.⁶⁹⁶ Für den Bereich der

689 BGH GRUR 2007, 339 Rn 23 – *Stufenleitern*; BGH GRUR 2008, 793 Rn 26 – *Rillenkoffer*; BGH GRUR 2009, 1162 Rn 40 – *DAX*.

690 BGH GRUR 2003, 332, 335f. – *Abschlussstück*.

691 BGH GRUR 2007, 339, Rn. 23 – *Stufenleitern*; GRUR 2008, 793, Rn. 26 – *Rillenkoffer*; BGH GRUR 2003, 332, 335f. – *Abschlussstück*.

692 Köhler, GRUR 2009, 445, 446.

693 Köhler, GRUR 2009, 445, 446.

694 Ingerl/Rohnke, § 2 Rn. 5; Lange, Marken- und Kennzeichenrecht, § 2 Rn. 3865; Schalk in Büscher/Dittmer/Schiwy, § 2 MarkenG Rn. 4; Bornkamm, GRUR 2005, 97, 101f.; Ingerl, WRP 2004, 809, 815; Rohnke, FS Erdmann, S. 455, 465; Starck, FS Erdmann, S. 485, 488; sehr gemäßigt Ullmann in Ullmann, § 4 Nr. 3 Rn. 12ff.; Stieper, WRP 2006, 291, 301; Steinbeck, FS Ullmann, S. 409, 419.

695 Bornkamm, GRUR 2005, 97, 102; Köhler in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3.10; Wiebe in MünchKomm, § 4 Nr. 9 Rn. 37.

696 Fezer, WRP 2008, 1, 2 und 4; Stieper, WRP 2006, 291, 302f., Büscher, GRUR 2009, 230, 236; Köhler, GRUR 2007, 548, 550; Sack, WRP 2004, 1405, 1414; Deutsch, WRP 2000, 854, 856; Fezer, MarkenG, § 2 Rn. 3f., jetzt auch Hacker in Ströbele/Hacker, § 2 Rn. 19.

dreidimensionalen Marken ist es daher allgemein anerkannt, dass das Markenrecht den UWG-Nachahmungsschutz nicht verdrängt.

Köhler begründet den Ansatz mit den Unterschieden, die zwischen dem Markenrecht und dem UWG Nachahmungsschutz bestehen.⁶⁹⁷ Sie hätten unterschiedliche Tatbestandsvoraussetzungen: Die markenrechtliche Voraussetzung der Unterscheidungskraft erfordere keine besondere Eigenart oder Originalität, während sich die wettbewerbliche Eigenart nicht aus der Eignung, als Herkunftshinweis zu fungieren, ergebe, sondern aus der Eigenart und Originalität des Produkts. Des Weiteren hätten die Schutzrechte abweichende Rechtsfolgen: Das markenrechtliche Sanktionssystem sei strenger, was *Köhler* u. a. mit dem dortigen Vernichtungsanspruch begründet.⁶⁹⁸ Innerhalb dieser Ansicht vom Nebeneinander der Rechte lassen sich zwei Strömungen unterscheiden. Nach der einen sind Marken- und Wettbewerbsrecht zwar nebeneinander anwendbar, im Rahmen des UWG-Schutzes müssen jedoch die Wertungen des Markenrechts berücksichtigt werden.⁶⁹⁹ Die andere Denkrichtung geht von einem autonomen Nebeneinander der beiden Rechte aus.⁷⁰⁰ *Köhler* fordert in diesem Zusammenhang die Aufgabe der Bezeichnung „ergänzender“ wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz.⁷⁰¹

IV. Zwischenergebnis

Die Ansätze in Literatur und Rechtsprechung basieren auf einem breiten Spektrum unterschiedlicher Argumente. Allerdings überschneiden und wiederholen sich die Argumente zum Teil. Unter dem Einfluss der Vorrangtheorie wurde und wird auf den Grundsatz der Nachahmungsfreiheit im Wettbewerb, auf den abschließenden Charakter und die Begrenzungsfunktion der Immaterialgüterrechte sowie auf die unterschiedlichen Schutzzwecke von UWG und Immaterialgüterrechten

697 *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rn. 3.10.

698 *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rn. 3.10.

699 *Büscher*, GRUR 2009, 233, 233; *Fezer*, MarkenG, § 2 Rn. 3; *Deutsch*, WRP 2000, 854, 858; *Sack*, WRP 2004, 1405, 1414.

700 *Köhler*, GRUR 2009, 445, 447.

701 *Köhler*, GRUR 2009, 445, 447.

abgestellt, die nicht unterlaufen werden dürfen. Seit der Entscheidung *Jeans I*, die ein Nebeneinander der Immaterialgüterrechte und dem UWG-Nachahmungsschutz forciert, werden die unterschiedlichen Gesetzeszwecke als Argument angeführt. Häufig bleibt es bei der oberflächlichen Betrachtung, dass die Immaterialgüterrechte den absoluten Schutz von Gütern bezwecken, während der UWG-Nachahmungsschutz an ein Handlungsunrecht anknüpfe. *Fezer* und *Nirk* beziehen in ihre Argumentation den historischen Werdegang ein. *Köhler* nimmt die unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen bei seiner Argumentation in Bezug.

Ein Großteil der Literatur muss sich die Kritik gefallen lassen, dass sie das Verhältnis der Schutzrechte, d. h. der Immaterialgüterrechte zum Leistungsschutz nach dem UWG, nicht systematisch genug und eher oberflächlich beurteilt. Der erste Kritikpunkt richtet sich gegen die Vorgehensweise. Viele Ansichten unterscheiden nicht zwischen der Ebene der Anwendbarkeit anderer Schutzrechte und der darauf folgenden Ebene, dem Verhältnis mehrerer Schutzrechte zueinander. Der zweite Kritikpunkt betrifft die Argumentation im Allgemeinen. Die Argumente, die im Zusammenhang mit der Vorrangtheorie bemüht werden, sind allgemeine Grundsätze. Die Grundsätze beziehen sich auf alle Immaterialgüterrechte, so werden der abschließende Charakter und die Begrenzungsfunktion der Immaterialgüterrechte sowie die Nachahmungsfreiheit außerhalb der Sonderschutzrechte als Grundlage für die Begründung herangezogen. Die recht pauschale Argumentation mit allgemeinen Grundsätzen wird der Besonderheit des Falls nicht gerecht. Die Besonderheit ist der Überschneidungsbereich, den der Designschutz und der UWG-Nachahmungsschutz in der Sachverhaltskonstellation einer Produktgestaltung aufweisen. Im Überschneidungsbereich bestehen Parallelen zwischen den jeweiligen Schutzrechten. Trotzdem bestehen im Überschneidungsbereich aber auch gewichtige Unterschiede. Das Zusammenspiel aus Parallelen und Unterschieden innerhalb des Überschneidungsbereichs bestimmt das Verhältnis zwischen designrechtlichem und lauterkeitsrechtlichem Schutz.

4. Teil: Eigener Ansatz zur Auflösung des Spannungsverhältnisses der Schutzrechte in Bezug auf Produktgestaltungen

Im 3. Teil dieser Arbeit wurde die Ausgestaltung des Schutzes von Produktgestaltungen dargestellt sowie das daraus resultierende Spannungsfeld der Rechte des geistigen Eigentums, nämlich des Designschutzes, des Urheberschutzes und des Markenschutzes, zum lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz herausgearbeitet. Aus dem Verhältnis dieser Schutzrechte zueinander wird deutlich, dass es Unterschiede und Überschneidungen beim Schutzzumfang und bei den sanktionierten Verletzungshandlungen gibt. Die Postulate im Spannungsfeld der Schutzrechte, dies sind der Investitionsschutz bzw. der Schutz der kreativen Leistung sowie die Wettbewerbsfreiheit, welche einen rechtspolitischen und einen rechtssystematischen Aspekt beinhaltet, müssen in Stimmigkeit mit dem immaterialgüterrechtlichen und dem lauterkeitsrechtlichen System gebracht werden.

Im Folgenden wird ein eigener Lösungsansatz für die Auflösung dieses Spannungsverhältnisses der Immaterialgüterrechte zueinander sowie des Designschutzes und des Markenschutzes zum UWG-Nachahmungsschutz für den Bereich der Produktgestaltung entwickelt.

A. Ausgangslage für einen eigenen Lösungsansatz

Als Ausgangslage für den eigenen Lösungsansatz werden die wesentlichen Aspekte der Schutzrechte des Immaterialgüterrechts und des UWG-Nachahmungsschutzes im Hinblick auf Tatbestands- und Rechtsfolgen侧面 nochmals im Zusammenhang verdeutlicht und die Probleme, die sich aus der Vorrangtheorie für die Anwendung des jeweiligen Schutzzumfangs ergeben, erläutert. Daraus soll eine Zielrichtung für die

Entwicklung eines eigenständigen Rechtsschutzes des Rechts bzw. der Rechte auf geistiges Eigentum entstehen, in dem alle notwendigen Komponenten und Aspekte für den Schutz von Produktgestaltungen zusammengefasst werden. Überlegungen zu einer möglichen konkreten Ausgestaltung eines eigenständigen Rechtsschutzes des Rechts auf geistiges Eigentum schließen sich an.

I. Anspruchsmehrheit oder Vorrang der Sonderschutzrechte

Wenn bei Produktgestaltungen Designschutz bzw. Markenschutz und UWG-Nachahmungsschutz aufgrund desselben Sachverhalts Anwendung finden, ist es fraglich, ob die Rechte kumulativ zur Anwendung kommen oder das Designrecht bzw. das Markenrecht eine absolute Sperrwirkung entfaltet. Das Verhältnis der einzelnen Schutzrechte zueinander ist bereits oben ausführlich dargestellt worden. Nachfolgend werden sie nochmals einer Gesamtbetrachtung unterzogen, in der auch das gesetzgeberische Konzept deutlich wird, welches zum Teil von der Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur überholt wurde.

1. Designschutz und UWG-Nachahmungsschutz

Für den Designschutz bestimmt § 50 DesignG, dass Ansprüche aus anderen gesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben. Das bedeutet, dass neben dem Designrecht auch wettbewerbsrechtliche Normen Anwendung finden und Ansprüche begründen können. Dem Designrecht kommt somit keine absolute Sperrwirkung zu. Der UWG-Nachahmungsschutz ist daneben anwendbar und seine Abwehransprüche können begründet sein. Es besteht also Anspruchsmehrheit. Die Anwendbarkeit des UWG und die resultierende Anspruchsmehrheit laufen auch nicht dem Bedürfnis zuwider, die Wertungen des Designrechts zu sichern. Lediglich die Anspruchsmehrheit gefährdet die Wertungen des Designrechtes nicht, weil das Bestehen von Ansprüchen nach anderen gesetzlichen Vorschriften noch keine Aussage darüber trifft, ob und wie diese modifiziert werden. Daher bedarf es einer näheren Betrachtung der jeweiligen Tatbestandsseite und der Rechtsfolge.

a) Die Bedeutung der Tatbestandsseite

Die Eigenart stellt bei beiden Rechten die entscheidende Voraussetzung an die Schutzwürdigkeit des Schutzobjekts. Allerdings sind die Voraussetzungen inhaltlich nicht deckungsgleich. So bedeutet die designrechtliche Eigenart, dass das Design im Verhältnis zu anderen Designs unterscheidungsfähig ist, während die wettbewerbsrechtliche Eigenart auf die Herkunft oder die Besonderheit des Produkts hinweist. Weiter haben die wettbewerbliche Eigenart und die designrechtliche Eigenart einen unterschiedlichen Beurteilungshorizont und einen unterschiedlichen Beurteilungszeitpunkt, woraus sich ein für das Wettbewerbsrecht veränderbarer Grad an Eigenart ergibt. Die designrechtliche Eigenart ist eine europarechtliche Begrifflichkeit, während die wettbewerbsrechtliche Eigenart ihren Ursprung im nationalen Recht hat. Allerdings bestehen auch Überschneidungen. So ist die Eigenart in beiden Rechten die materielle Schutzvoraussetzung, die mittels einer Wertung über die Schutzwürdigkeit des Produkts entscheidet. Hinzu kommt, dass dieselben äußeren Merkmale wettbewerbliche und designrechtliche Eigenart begründen können. Im Ergebnis beschreibt ein Begriff unterschiedliche Voraussetzungen, die einen tatsächlichen Überschneidungsbereich haben.

Der wettbewerbsrechtliche Tatbestand umfasst als weitere Merkmale die Intensität der Nachahmung, die besonderen Unlauterkeitsumstände und die Wechselwirkung. Ein Pendant zu diesen Merkmalen gibt es im Designrecht nicht. Im Designrecht kommt es nicht auf die Intensität der Nachahmung an, sondern lediglich darauf, ob ein unterschiedlicher oder derselbe Gesamteindruck erzeugt wird. Weitere Unlauterkeitsumstände haben im Designschutz keinen Platz, weil es sich um eine abstrakte Interessenabwägung des Gesetzgebers zugunsten des Designs handelt und es daher keiner weiteren Umstände bedarf. Eine Wechselwirkung gibt es nicht, weil im Designrecht lediglich die Eigenart unterschiedlich hoch sein kann. Die Neuheit ist hingegen absolut.

Trotz der zahlreichen Unterschiede auf der Tatbestandsseite kommen beide Rechte zu demselben tatsächlichen Ergebnis und schützen Produktgestaltungen gegen Nachahmung. Die Unterschiede auf der Tatbestandsseite verdeutlichen, dass die Rechte dabei unterschiedliche

Wege gehen. An dieser Stelle wird regelmäßig der oft genannte Unterschied zwischen dem immaterialgüterrechtlichen Schutz gegen Erfolgsunrecht und dem lauterkeitsrechtlichen Ansatz vom Handlungsunrecht angeführt.⁷⁰² Mit dem Designgesetz hat der Gesetzgeber entschieden, dass die Gestaltungsleistung, die zu einem neuen Design mit Eigenart führt, ein grundsätzlich schutzwürdiges Immaterialgut ist. Der Tatbestand enthält nur die Anforderungen an den Schutzgegenstand, weil keine weiteren Umstände von Interesse sind. Im Wettbewerbsrecht hingegen findet eine umfassende und ganzheitliche Betrachtung statt. Es wird eine Vielzahl von Tatbestandsmerkmalen berücksichtigt und die Merkmale sind weiter gefasst. Sie bestehen jeweils selbst aus mehreren Merkmalen.

Das Nachahmungsverhalten ist ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal. Dabei werden die Art und Weise sowie die Intensität der Nachahmung berücksichtigt. Ein weiteres zusätzliches Merkmal sind die besonderen Unlauterkeitsumstände. Die drei normierten Varianten beschreiben jeweils umfassende Gegebenheiten und beinhalten wiederum verschiedene Merkmale. Schließlich stehen die Tatbestandsmerkmale in einer Wechselwirkung. Im Rahmen der Gesamtbeurteilung können auch alle weiteren relevanten Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden. Es ergibt sich insgesamt ein vollkommenes Bild des Nachahmungsvorganges als Beurteilungsgrundlage. Die Beurteilungsgrundlage ist umso einzelfalladäquater, weil sie diverse wertungsabhängige Merkmale umfasst. Die Intensität der Nachahmung ist eine Wertungsfrage. Ebenso ist es eine Frage der Wertung, welche Umstände im Rahmen der Gesamtbeurteilung relevant sind und welches Gewicht ihnen zukommt. Es kann der gesamte Nachahmungsvorgang betrachtet werden und jedem Element kann Bedeutung beigemessen werden. Die umfassende Berücksichtigung von Umständen und die vielen Bewertungsmöglichkeiten ermöglichen eine sachgerechte Einzelfallentscheidung.

Mit dem Nachahmungstatbestand im UWG hat der Gesetzgeber einen punktuellen Schutz geschaffen, der auf außergewöhnliche Umstände sowie gesellschaftliche, wirtschaftliche und technische Entwicklungen im Einzelfall adäquat und angemessen reagieren kann. Das De-

702 Götting/Hetmank in Fezer, UWG, § 4 Nr. 3 Rn. 37.

signrecht hingegen bietet allgemeinen Schutz für Gestaltungsleistungen, ohne die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Die Rechte sind folglich unterschiedliche Mittel: der punktuelle Schutz einerseits und der pauschale Schutz andererseits. Es kann hier von einem *aliud* gesprochen werden.

Weil die Schutzrechte so unterschiedliche Wege gehen, besteht kein Anlass, den Nachahmungsschutz als Allgemeines und das Design dazu als Besonderes zu betrachten, das im Überschneidungsbereich den UWG-Schutz verdrängt. Ein unabhängiges Nebeneinander bewahrt die Unterschiede der beiden Rechte und ist daher sachgerecht.

b) Die Bedeutung der Rechtsfolgenrechte

Die Rechtsfolgenrechte umfasst die Verletzungshandlung, die Rechtsfolgenansprüche und die Personen des Berechtigten und Verpflichteten. Bei der Verletzungshandlung unterscheiden sich die Schutzrechte. Das Lauterkeitsrecht setzt voraus, dass eine Nachahmung angeboten wird. Das Designrecht hingegen lässt jede Benutzung einer verletzenden Gestaltung genügen. Hier geht der designrechtliche Schutz weiter. Bereits die Herstellung von Verletzungen löst Abwehransprüche aus.

Die gesamte Rechtsfolgenrechte bietet jedoch ein sehr harmonisches Bild. Es bestehen mehr Parallelen als Unterschiede. Die Rechtsfolgenansprüche sind größtenteils gleich, wobei sie beim UWG-Leistungsschutz entsprechend der engeren Verletzungshandlung beschränkt sind.

Der Verpflichtete ist im Designrecht und beim UWG-Nachahmungsschutz gleich. Der Kreis der Berechtigten ist im UWG allgemein weiter. Folgt man hier der Ansicht, die den Kreis der Berechtigten auf den konkret betroffenen Hersteller beschränkt⁷⁰³, laufen die Rechte wieder parallel. Geht man hingegen von dem gesetzlich bestimmten Kreis berechtigter Personen aus, besteht trotzdem keine Gefahr, dass designrechtliche Wertungen unterlaufen werden, weil trotz des größeren Kreises der Berechtigten immer noch dieselben Rechtsfolgenansprüche bestehen. Es kommen keine weiteren Ansprüche hinzu.

703 Siehe 2. Teil D. III. 2.

2. Markenschutz und UWG-Nachahmungsschutz

Es ist davon auszugehen, dass Markenrecht und UWG nebeneinander anwendbar sind und entsprechende Rechtsfolgenansprüche entstehen.⁷⁰⁴ Denn auch das Markenrecht schließt die Anwendung anderer Vorschriften nicht aus (§ 2 MarkenG).

a) Die Bedeutung der Tatbestandsseite

Auf der Tatbestandsseite stellt insbesondere der Schutzgegenstand einen Berührungspunkt dar. Das Wettbewerbsrecht schützt eine Leistung mit wettbewerbllicher Eigenart. Die wettbewerblliche Eigenart kann sich daraus ergeben, dass die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale geeignet sind, entweder auf die Herkunft des Erzeugnisses oder auf die Besonderheiten des Erzeugnisses hinzuweisen. Die Varianten müssen in Bezug auf das Markenrecht unterschieden werden. Das Markenrecht schützt mit Blick auf Produktgestaltungen dreidimensionale Formmarken und damit ein unternehmerisches Leistungssymbol, das neben anderen Voraussetzungen konkrete Unterscheidungskraft haben muss, also die Eignung, Waren eines Unternehmens von den Waren anderer Unternehmen zu unterscheiden.⁷⁰⁵

aa) Wettbewerblliche Eigenart

Die Leistung des Markenrechts ist dadurch charakterisiert, dass sie Waren unterscheidbar macht. Der UWG-Nachahmungsschutz schützt in dieser Variante eine Leistung, die geeignet ist, auf die Besonderheiten des Produkts hinzuweisen. Die Rechte haben unterschiedliche Schutzgegenstände, weil sie verschiedene Leistungen schützen, nämlich die Unterscheidungseignung und die Eignung, auf Produktbesonderheiten hinzuweisen. Weil unterschiedliche Leistungen Schutzgegenstand sind, führen weder ein unterschiedlicher Schutzzumfang noch unterschiedliche Rechtsfolgenansprüche zu Wertungswidersprüchen, die verhindert werden müssten. Im Gegenteil, es würde der gesetzgeberischen Wertung widersprechen, die unterschiedlichen Leistungen

⁷⁰⁴ Stieper, WRP 2006, 291, 300.

⁷⁰⁵ Zur konkreten Unterscheidungskraft siehe 2. Teil B. III. 4. b) bb).

nicht nach den dafür vorgesehenen Rechten zu schützen. Folglich ist eine autonome Anwendung der Rechte geboten.

Die Sachlage ist komplizierter, wenn sich die wettbewerbliche Eigenart aus der Eignung als Herkunftshinweis ergibt. Der UWG-Nachahmungsschutz schützt in dieser Variante eine Leistung, die geeignet ist, auf die betriebliche Herkunft des Produkts hinzuweisen. Das Markenrecht schützt Zeichen mit Unterscheidungskraft, also der Eignung, die Waren eines Unternehmens von den Waren anderer Unternehmen zu unterscheiden. Die Waren werden also nach der betrieblichen Herkunft unterschieden. Die beiden Leistungen haben den gleichen Kern. Beide unterscheiden ein Produkt und nehmen dabei Bezug auf die betriebliche Herkunft. *Ohly* formuliert, dass in beiden Fällen das gleiche Interesse geschützt wird.⁷⁰⁶ *Heep* spricht hier treffend von Zuordnungsschutz.⁷⁰⁷

Die Anforderungen an die konkrete Unterscheidungskraft sind sehr gering: Jedes noch so geringe Maß an Unterscheidungskraft ist ausreichend.⁷⁰⁸ Die Hürde der wettbewerbsrechtlichen Eigenart ist höher, weil nicht bereits jedes noch so geringe Maß ausreichend ist. Das genaue erforderliche Maß lässt sich nicht festlegen, weil die Eigenart im Wechselwirkungsverhältnis mit den anderen Merkmalen der unlauteren Nachahmung steht. Dennoch liegen die Anforderungen über denen nach dem MarkenG. Des Weiteren besteht ein feiner Unterschied in der Unterscheidungseignung. Die markenrechtliche Unterscheidungskraft bezweckt, die Waren unterscheidbar zu machen, damit sie einem Unternehmen zugeordnet werden können. Die wettbewerbsrechtliche Herkunftshinweiseignung bezweckt, das Produkt aus der Masse ähnlicher Produkte individualisierend herauszustellen.⁷⁰⁹ Die Zuordnung zu einem Unternehmen steht dabei nicht im Vordergrund. Im Wettbewerbsrecht ist eine besondere Eigenart oder Originalität Voraussetzung.⁷¹⁰ Für das Markenrecht hat der BGH in der Entscheidung *SWATCH* ausdrücklich formuliert, dass Eigenart und Ori-

⁷⁰⁶ *Ohly*, GRUR 2007, 731, 737.

⁷⁰⁷ *Heep*, Lauterkeitsrechtlicher Schutz vor Herkunftstäuschung und Rufausbeutung im Verhältnis zum Geschmacksmuster- und Kennzeichenrecht, S. 77.

⁷⁰⁸ Ingerl/Rohnke, § 8 Rn. 110.

⁷⁰⁹ *Ohly* in *Ohly/Sosnitza*, § 4.3 Rn. 3/32; BGH GRUR 2007, 339, 342 – *Stufenleitern*.

⁷¹⁰ BGH GRUR 2006, 79, 80f. – *Jeans*.

nalität keine zwingenden Voraussetzungen der Unterscheidungskraft sind.⁷¹¹

bb) Besondere Unlauterkeitsumstände

Neben der wettbewerblichen Eigenart knüpft der lauterkeitsrechtliche Schutz an die Nachahmungshandlung und die besonderen Unlauterkeitsumstände an. Es findet eine Gesamtschau statt, bei der alle relevanten Umstände berücksichtigt werden, um die Unlauterkeit im Wege einer Interessenabwägung zu ermitteln. Der Tatbestand ermöglicht es, schutzwürdige Leistungen im konkreten Einzelfall gegen Nachahmung zu schützen. Indem an die Nachahmungshandlung angeknüpft wird, kommt der Charakter des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb zum Ausdruck, nämlich der Schutz gegen unlauteres Verhalten. Um beurteilen zu können, ob das Verhalten unlauter ist, werden die Interessen der Mitbewerber, der Verbraucher, der sonstigen Marktteilnehmer und der Allgemeinheit bei der Interessenabwägung berücksichtigt.

Das Markenrecht hingegen knüpft an das Erfolgsunrecht an. Berücksichtigt werden lediglich die beiden involvierten Zeichen, die gekennzeichneten Waren und die Kennzeichnungskraft der älteren Marke. Die Nachahmungshandlung bleibt außer Betracht. Eine Interessenabwägung der am Marktgeschehen beteiligten Personen und Kreise ist nicht Teil des Tatbestands. Der Tatbestand macht den Zweck des Markenrechts offensichtlich. Zweck ist es, die unternehmerische Leistung zu schützen, ein Zeichen zu generieren, das eine Zuordnungsbeziehung zwischen einem Anbieter und einem Produkt kenntlich macht. Dass mit dem Markenschutz auch ein Schutz des lautereren Wettbewerbs einhergeht, ist nur ein Reflex, aber kein Zweck des Markenrechts.

Ein weiterer, allerdings weniger relevanter Unterschied liegt darin, dass der Markenschutz erst entstehen muss. Er entsteht durch Eintragung oder durch Verkehrsgeltung aufgrund von Benutzung im Verkehr. Ein entsprechendes Entstehungserfordernis gibt es im lauterkeitsrechtlichen Schutz nicht. Daraus wird gefolgert, dass der UWG-

⁷¹¹ BGH GRUR 2001, 413, 415 – *SWATCH* mit weiteren Nachweisen.

Schutz leichter zugänglich ist als der Markenschutz.⁷¹² Das ist ein Wertungsunterschied, an dem sich die Literatur stößt. Allerdings zeigt sich gerade in diesem Umstand der unterschiedliche Schutzzweck der Rechte. Das Markenrecht schützt ein Zeichen zu unternehmerischen Zwecken, insbesondere zur Unterscheidung von Waren. Es entspricht dem Zweck, den Schutz davon abhängig zu machen, dass das Zeichen die unternehmerischen Zwecke überhaupt erfüllen kann. Markenschutz entsteht, wenn das Zeichen die unternehmerischen Funktionen erfüllt. Der lauterkeitsrechtliche Schutz kann keine Entstehung voraussetzen, weil er nur punktuell im Einzelfall besteht. Es entspricht nicht dem Gesetzeszweck, einen dauerhaften Schutz zu begründen.

Die Tatbestände unterscheiden sich bei den weiteren Schutzvoraussetzungen. Die unterschiedlichen Voraussetzungen dienen dazu, die unterschiedlichen Schutzzwecke der Rechte umzusetzen. Um beiden Schutzzwecken Geltung zukommen zu lassen, ist es erforderlich, beide Rechte autonom anzuwenden.

b) Die Bedeutung der Rechtsfolgenreihe

Mit Blick auf die Rechtsfolgenreihe kann auf die Ausführungen zu den Verletzungshandlungen, Rechtsfolgenansprüchen und Berechtigten/Verpflichteten bezüglich des Designschutzes verwiesen werden.⁷¹³ Die Ausführungen und Schlussfolgerungen finden hier entsprechende Anwendung, weil das Markenrecht und das Designrecht weitestgehend identische Rechtsfolgen haben bzw. die gleichen Unterschiede bestehen.

II. Probleme der Vorrangtheorie im Hinblick auf den Schutzzumfang

Das wesentliche Kriterium für die Bestimmung einer absoluten Sperrwirkung des Designschutzes gegenüber dem lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz zur Verhinderung einer Anspruchsmehrheit ist der Schutzzumfang der jeweiligen Schutzrechte. Die maßgeblichen Vorgaben hierfür sind durch die Vorrangtheorie begründet. Zur Entwicklung eines

⁷¹² Rohnke, FS Erdmann, S. 455, 469.

⁷¹³ Siehe 4. Teil A. I. 1. b).

eigenen Lösungsansatzes zur Auflösung des Spannungsverhältnisses der Schutzrechte ist es notwendig, die Probleme aufzuzeigen, die durch die Vorrangtheorie entstehen.

1. Auswirkungen der Vorrangtheorie

Beim Schutzzumfang zeigen sich die Auswirkungen und die Tragweite der Vorrangtheorie. Wenn eine Produktgestaltung Designschutz und Nachahmungsschutz genießt, gewähren die Rechte in der Regel einen abweichenden Schutzzumfang. Der Schutzzumfang für das Design ist vom Gesamteindruck und vom Grad der Gestaltungsfreiheit in diesem Bereich abhängig, der lauterkeitsrechtliche Schutzzumfang von den konkreten Umständen des Nachahmungsfalls. Unabhängig davon, welcher Schutz den sachlich und zeitlich weiteren Umfang bietet, würde die Vorrangtheorie dazu führen, dass der Schutz lediglich nach dem Designgesetz erfolgt. Damit wären der Schutzzumfang und die Schutzdauer des Nachahmungsschutzes völlig irrelevant.

2. Kritische Stellungnahme

Die Auswirkungen der Vorrangtheorie in Bezug auf den Schutzzumfang sind aus mehreren Gründen wenig wünschenswert.

Im Sinne der Vorrangtheorie ist der wettbewerbsrechtliche Schutzzumfang von vornherein irrelevant, wenn der Produktgestaltung auch Schutz nach dem Designgesetz zuteilwird. Das ist problematisch, weil die komplexe Ermittlung des lauterkeitsrechtlichen Schutzzumfangs nicht mehr zum Tragen kommt. Die Ermittlung des Schutzzumfangs spiegelt beim UWG-Nachahmungsschutz den Tatbestand wider, weil sich Tatbestand und Schutzzumfang im Ergebnis decken. Wenn dem Schutzzumfang keine Bedeutung zukommt, besteht kein Bezug mehr zum konkreten Verletzungsfall, zur umfassenden Gesamtschau und Bewertung aller relevanten Umstände des Einzelfalls. In Bezug auf die Nachahmung von Produktgestaltungen wären die Folgen der Vorrangtheorie, dass nur der Gesamteindruck und die Gestaltungsfreiheit von Bedeutung sind. Weitere Umstände wie eine mögliche Herkunftstäuschung, Rufausbeutung oder -beeinträchtigung, besonders intensive

Nachahmung etc. wären hingegen irrelevant, weil sie den Schutzzumfang nicht beeinflussen könnten.

Dagegen mag vorgebracht werden, dass die einzelfallbezogene Ermittlung des Schutzzumfangs durch die abstrakte Interessenabwägung, die der Gesetzgeber mit dem Designrecht vorgenommen hat, ersetzt wird.

Allerdings bleibt die abstrakte Interessenabwägung hinter dem lauterkeitsrechtlichen Tatbestand zurück. Mit dem Designschutz hat der Gesetzgeber entschieden, dass einer Gestaltungsleistung, die ein neues und eigenartiges Design hervorbringt, Schutz gegen Gestaltungen zukommt, die keinen anderen Gesamteindruck erzeugen. Weitere Umstände oder der konkrete Verletzungsfall bleiben unberücksichtigt. Der Schutz nach den §§ 3, 4 Nr. 3 UWG hingegen berücksichtigt darüber hinaus auch alle weiteren relevanten Umstände, wie z. B. das Nachahmungsverhalten, Umstände im Zusammenhang mit der Produktgestaltung oder die Marktverhältnisse. Der lauterkeitsrechtliche Schutz bietet damit die Möglichkeit, den Schutzzumfang auf den konkreten Einzelfall auszurichten. Schließlich wird auch hier wieder relevant, dass das Designrecht und die §§ 3, 4 Nr. 3 UWG unterschiedliche Schutzgegenstände haben. Aus diesem Grund ist die abstrakte Wertung, die der Gesetzgeber für die designrechtliche Leistung getroffen hat, nicht auf die wettbewerbsrechtliche Leistung übertragbar.

Der UWG-Schutz ist ein bewegliches System, um Leistungen den Schutz zukommen zu lassen, den sie im konkreten Verletzungsfall aufgrund ihrer wettbewerbsrechtlichen Eigenart verdienen. Das bewegliche System des angemessenen punktuellen Schutzes wird vom Designrecht ausgehebelt, wenn man die Vorrangtheorie anwenden würde.

3. Schlussfolgerung

Beim Schutzzumfang offenbart sich, wie die Vorrangtheorie das bewegliche System des wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes aushebelt. Weil das Design nicht die gleiche umfassende Betrachtung anstellt, nicht die einzelfallbezogene Beurteilung vornimmt und letztlich auch nicht auf den gleichen schutzwürdigen Schutzgegenstand abstellt, kann die abstrakte Interessenabwägung nicht sachgerecht die lauterkeitsrechtliche Gesamtschau ersetzen. Im Ergebnis wird die Wertung

unterlaufen, die der Gesetzgeber in den §§ 3, 4 Nr. 3 UWG zum Ausdruck gebracht hat, nämlich Leistungen mit wettbewerblicher Eigenart einen von der konkreten Verletzung abhängigen Schutz zukommen zu lassen. Daher sprechen die unterschiedlichen Schutzzumfänge in sachlicher und zeitlicher Hinsicht dafür, dass die Schutzrechte autonom nebeneinander zur Anwendung kommen.

B. Zielrichtung und inhaltliche Ausgestaltung eines eigenen Lösungsansatzes

Die Immaterialgüterrechte, die als Sonderschutzrechte das geistige Eigentum an einer Produktgestaltung schützen, und der Leistungsschutz durch den Nachahmungsschutz des Lauterkeitsrechts stehen bisher als unabhängige Rechtssysteme nebeneinander. Doch hat sich im Bereich der Produktgestaltung bereits ein dualistisches System entwickelt. Dies führt zu der Frage nach der Notwendigkeit eines eigenständigen Rechtsschutzes für Produktgestaltungen und zur Überlegung, wie ein solcher eigenständiger Rechtsschutz ausgestaltet sein könnte und sollte.

I. Notwendigkeit eines eigenständigen Rechtsschutzes für Produktgestaltungen?

Es stellt sich das Problem der Normaufspaltung speziell im Bereich der Produktgestaltung, welche durch die Schaffung und Neugestaltung eines eigenständigen Rechtsschutzes überwunden werden könnte. Durch eine Vereinheitlichung der Rechte des geistigen Eigentums und des UWG-Nachahmungsschutzes könnten Übereinstimmungen der Schutzrechte vereinheitlicht und die Unterschiede herausgehoben und speziell geregelt werden. Nachfolgend wird zunächst die Notwendigkeit eines solchen eigenständigen Rechtsschutzes im Bereich der Produktgestaltung aufgezeigt.

1. Rechtspolitische und rechtssystematische Aspekte

Nach deutschem Rechtsverständnis ist das Recht auf geistiges Eigentum unterteilt in das Urheberrecht einerseits und die Immaterialgüterrechte des gewerblichen Rechtsschutzes andererseits. Durch diesen Begriff werden vermeintliche Gegensätze überbrückt und gemeinsame Wurzeln aufgezeigt.⁷¹⁴ Die Rechte des geistigen Eigentums haben sich jedoch ausgeweitet und angeglichen und überlappen sich vor allem im Bereich der Produktgestaltung.⁷¹⁵ Daneben besteht der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz, der als Leistungsschutzrecht ausgestaltet ist, der sich aber im Laufe der Rechtsprechung ebenfalls den Immaterialgüterrechten angenähert hat. Die aktuelle Rechtspolitik widerspricht jedoch zum Teil den grundlegenden Voraussetzungen des Immaterialgüterrechts. Betrachtet man die gesetzgeberische Entwicklung der Rechte des geistigen Eigentums, so wird offensichtlich, dass der Gesetzgeber auf dem Gebiet der Rechte des geistigen Eigentums ständig bemüht ist, Widerstände gesellschaftlicher Gruppen zu beachten und zu überwinden und somit hauptsächlich durch Lobbyismus motiviert ist.⁷¹⁶ Die Gesetzesänderungen erfolgten bisher nur punktuell, ohne dass die Gelegenheit ergriffen wurde, Urheberschutz, Designschutz, Markenschutz und Nachahmungsschutz in einem gesamtheitlichen Konzept mit einem horizontalen Ansatz zusammenzufassen und einheitlich zu gestalten. So entstanden Normunterschiede, „die nicht mit der planmäßigen Schaffung von Regelungsdifferenzierungen erklärt werden können.“⁷¹⁷

Durch die Schaffung eines eigenständigen Rechtsschutzes speziell für Produktgestaltungen würden aber die Probleme, die durch die Vorrangtheorie entstanden sind, hinfällig werden und es könnte mehr Rechtssicherheit geschaffen werden, da eine Zusammenfügung in einer einheitlichen Kodifizierung die unzusammenhängende Einzelfallrechtsprechung und die widerstreitenden Literaturansichten aufgreifen könnte. Unterschiede beim Schutzzumfang sowie bei der Schutzdauer könnten angeglichen werden.

714 Pahlow/Eisfeld, Grundlagen und Grundfragen des geistigen Eigentums, S. 3.

715 Ohly, The Quest for Common Principles of European Intellectual Property Law, S. 3.

716 Ohly, The Quest for Common Principles of European Intellectual Property Law, S. 10.

717 Ahrens, GRUR 2006, 617, 618.

2. Auswirkungen der EU-Harmonisierung

Eine nicht unwesentliche Rolle bei der schnellen Rechtsentwicklung des Schutzes von Produktgestaltungen spielen die Auswirkungen der EU-Harmonisierung im Bereich des Europäischen Markenrechts und Designrechts sowie der weitestgehenden Annäherung im Bereich des Urheberrechts. Doch wird das Recht des geistigen Eigentums häufig immer noch aufgrund des nationalen Rechtsverständnisses interpretiert und angewendet, das vor der Zeit der europäischen Harmonisierung galt.⁷¹⁸ Allerdings ist auch selbst innerhalb der Europäischen Rechtsprechung eine Auseinanderentwicklung der verschiedenen Bereiche des Immaterialgüterrechts zu beobachten, was dadurch erklärt werden kann, dass Rechtsliteratur und Rechtspraxis sich zunehmend auf einzelne Rechtsgebiete spezialisieren.

Die gemeinschaftliche Rechtsentwicklung auf dem Gebiet des geistigen Eigentums hinkt hinter der des allgemeinen Zivilrechts hinterher.⁷¹⁹ Bisher wurden kaum gemeinsame europarechtliche Grundsätze entwickelt, die auch horizontal auf alle Immaterialgüterrechte angewendet werden können.⁷²⁰ Diese könnten aber auf der Grundlage der bestehenden Verordnungen und Richtlinien sowie der Einzelfallrechtsprechung des EuGH und des Rechtsvergleichs hergestellt werden, sodass sie eine Orientierung bieten können, soweit es um die Überlagerung der Schutzrechte des Immaterialgüterrechts mit dem Recht auf freien Wettbewerb, insbesondere dem Lauterkeitsschutz, geht.⁷²¹

Auch das Europäische Immaterialgüterrecht berücksichtigt nicht ausreichend die zugrunde liegenden Grundsätze des geistigen Eigentums. Bei der Harmonisierung erfolgte eine Angleichung dergestalt, dass die am häufigsten vorkommenden Schutzbestimmungen der nationalen Gesetze der Mitgliedstaaten zum geistigen Eigentum kombiniert wurden. Auch dies war die Folge einer lobbyistisch motivierten Gesetzgebung.⁷²² Gemeinsame europäische Strukturen, Grundsätze und Regeln des Rechts auf geistiges Eigentum könnten aber maßgeblich dazu beitra-

718 Ohly, The Quest for Common Principles of European Intellectual Property Law, S. 3f.

719 Pahlow/Eisfeld, Grundlagen und Grundfragen des geistigen Eigentums, S. 3.

720 Leible, Europäisches Privatrecht am Scheideweg, NJW 2008, 2558, 2560.

721 Ohly, The Quest for Common Principles of European Intellectual Property Law, S. 6.

722 Ohly, The Quest for Common Principles of European Intellectual Property Law, S. 10f.

gen, dass ein horizontaler Ansatz entsteht und dass auch eine Europäisierung der Rechtsdogmatik stattfindet.⁷²³

3. Gewährung von Investitionsschutz und Wettbewerbsfreiheit

Ein weiterer Aspekt, der für die Schaffung eines eigenständigen Rechtsschutzes für Produktgestaltungen von Bedeutung ist, ist die Gewährung von Investitionsschutz und Wettbewerbsfreiheit. Hier muss insbesondere das Spannungsfeld zwischen Wettbewerbsfreiheit bzw. allgemeiner Handlungsfreiheit einerseits und der Bereitstellung von Monopolrechten in Form von Immaterialgüterrechten andererseits in Einklang gebracht werden.⁷²⁴ Dies kann dadurch gelingen, dass Anreize geschaffen werden, um den Sonderschutz des Design- und Markenschutzes sowie den Leistungsschutz des unlauteren Wettbewerbs auf verschiedene Immaterialgüterrechte anzuwenden und eine regelungsfreie Ausweitung der Schutzrechte abzuwehren.⁷²⁵

Andererseits muss der freie Zugang zu Informationen gewährleistet bzw. das Informationsinteresse der Allgemeinheit befriedigt werden. Der Grundsatz der Gemeinfreiheit besagt, dass nach Ablauf der Schutzfrist für urheberrechtlich geschützte Werke oder design- oder markenrechtlich geschützte Produkte bzw. Produktgestaltungen eine freie Nutzbarkeit für die Allgemeinheit entsteht. Häufig wird versucht, eine Remonopolisierung dieser Produkte zu erreichen, indem eine Nutzung oder Verwertung durch Dritte entweder untersagt oder von der Zahlung einer Lizenzgebühr abhängig gemacht wird.⁷²⁶ Durch eine Vereinheitlichung des Designschutzes für Produktgestaltungen und der Gewährung von Investitionsschutz würde dem Interesse der Gemeinfreiheit Rechnung getragen und der rechtspolitische Druck auf eine Ausweitung bestehender Monopolrechte könnte vermindert werden.⁷²⁷

723 Ohly, The Quest for Common Principles of European Intellectual Property Law, S. 11.

724 Ahrens, GRUR 2006, 617, 624.

725 Ohly, The Quest for Common Principles of European Intellectual Property Law, S. 7.

726 Stang, Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist, S. 39.

727 Ahrens, GRUR 2006, 617, 624.

II. Lösungsmöglichkeiten für ein Gesamtschutzsystem

Aus der Notwendigkeit eines eigenständigen Rechtsschutzes für Produktgestaltungen folgt die Überlegung nach Lösungsmöglichkeiten für ein Gesamtschutzsystem von Immaterialgüterrechten und UWG-Nachahmungsschutz für Produktgestaltungen. Im juristischen Schrifttum sind dazu bereits vor Jahren Modelle aufgestellt worden, die aufgrund der fortdauernden Rechtsentwicklung immer wieder an Aktualität gewinnen. Nachfolgend wird anhand von Beispielen aufgezeigt, welche Lösungsvorschläge dazu bisher in der Literatur vorgeschlagen wurden. Daraus wird dann ein eigener Lösungsansatz herausgebildet.

1. Dualistisches System des geistigen Eigentums

Kur spricht sich für die gesetzliche Festlegung eines dualistischen Systems des geistigen Eigentums aus. Sie verdeutlicht dies anhand des Designrechts, welches einen kurzzeitigen Schutz für nicht registrierte Designs gewährt, wodurch registrierte Designs einen breiteren und längeren Schutz erhalten.⁷²⁸ Hier stehen Designschutz und UWG-Nachahmungsschutz nebeneinander, ebenso wie im Markenrecht die Anerkennung einer Goodwill-Funktion der Marke.⁷²⁹ Ein Lösungsansatz wäre, dass durch vollkommen ausgeprägte Immaterialgüterrechte und bloße Verhaltensregeln die Rechtssicherheit verbessert würde und dadurch ein ausgewogener Ausgleich zwischen den Interessen des Rechteinhabers und dem öffentlichen Gemeingut hergestellt werden könnten.⁷³⁰

2. Einheitliches Gesetzbuch

Eine Lösungsmöglichkeit besteht darin, ein einheitliches Gesetzbuch des geistigen Eigentums zu schaffen. Dieser Vorschlag stammt von *Jänich*.⁷³¹ Sein Ansatz besteht darin, Systeminkonsistenzen zu vermeiden, die dadurch entstehen, dass schützenswerte geistige Leistungen

⁷²⁸ *Kur*, Two Tiered Protection, S. 99ff.; *Kur*, What to protect, and how?, S. 11ff.

⁷²⁹ *Kur*, Two Tiered Protection, S. 99ff.

⁷³⁰ *Kur*, Two Tiered Protection, S. 99ff.

⁷³¹ *Jänich*, Geistiges Eigentum, S. 371.

nicht eindeutig einem der Sonderschutzrechte bzw. dem Leistungsrecht zugeordnet werden können. Von der Konzeption her soll das Gesetzbuch verschiedene Teile enthalten, untergliedert nach schutzfähigen Leistungen und einzelnen Schutzpaketen, sofern sich die Schutzrechte nach Schutzzumfang, Schutzdauer und Entstehung des Rechts unterscheiden. Zentrales Kriterium für den gewährten Schutz soll die aus wirtschaftlichen und persönlichkeitsrechtlichen Gründen anzuerkennende geistige Leistung sein.⁷³² Die Typisierung nach den einzelnen Schutzrechten (Urheberrecht, Designrecht, Markenrecht) soll – ausgerichtet an dem Vorbild des deutschen Sachenrechts – zwar beibehalten, aber nicht mehr als eigenständige Rechtssysteme zum Schutz geistigen Schaffens unabhängig nebeneinander bestehen bleiben.⁷³³

3. Funktionswandel der Schutzrechte

Auch *Ohly* spricht sich für eine stärkere Betonung der Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen Urheberrecht und Gewerblichem Rechtsschutz aus.⁷³⁴ Dazu soll die ursprüngliche, mittlerweile von der Rechtsentwicklung überholte, strikte Trennung zwischen dem Urheberrecht und dem gewerblichen Rechtsschutz aufgehoben und eine gemeinsame Struktur des Rechts auf geistiges Eigentum herausgearbeitet werden.⁷³⁵ Es habe ein Funktionswandel der Schutzrechte stattgefunden, wodurch es zu einer Ausweitung der Funktionen der einzelnen Schutzrechte und zu der bereits beschriebenen Überlappung der Anwendungsbereiche gekommen sei.⁷³⁶ Dies führe zu einem Wertungswiderspruch bei den einzelnen Schutzrechten des geistigen Eigentums.⁷³⁷

732 *Jänich*, Geistiges Eigentum, S. 373; *Schöttle*, Der Allgemeine Teil des Rechts des geistigen Eigentums im Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation, S. 57.

733 *Jänich*, Geistiges Eigentum, S. 377; *Schöttle*, Der Allgemeine Teil des Rechts des geistigen Eigentums im Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation, S. 57.

734 *Ohly*, Interfaces between trade mark protection and unfair competition law, S. 33ff.; *Pahlow/Eisfeld*, Grundlagen und Grundfragen des geistigen Eigentums, S. 3; *Ohly*, JZ 2003, 545, 549ff.

735 *Schöttle*, Der Allgemeine Teil des Rechts des geistigen Eigentums im Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation, S. 58; *Ohly*, JZ 2003, 545, 552.

736 *Kur*, Funktionswandel von Schutzrechten, S. 23ff.

737 *Ohly*, JZ 2003, 545, 552.

Die Gemeinsamkeiten der Rechte des geistigen Eigentums sieht *Ohly* vor allem darin, dass bei allen Immaterialgüterrechten ein absolutes Recht an unkörperlichen Gegenständen besteht, dass die Begrenzungsfunktionen vergleichbar ausgestaltet sind und dass auf der Rechtsfolgenseite ähnliche Sanktionen bestehen.⁷³⁸

4. Allgemeines Immaterialgüterrecht

Die Überlegung, ein einheitliches Gesetzbuch für Immaterialgüterrechte bzw. für die Rechte des geistigen Eigentums zu schaffen, stellen auch *Sosnitza* und *Ahrens* an. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die für alle Rechte des geistigen Eigentums gelten, sollen in einem Allgemeinen Immaterialgüterrecht oder in einem Allgemeinen Teil des Geistigen Eigentums zusammengefasst werden.⁷³⁹ Den Schutzrechten sei gemeinsam, dass sie ein geistiges Gut schützen, welches die Rechtsordnung einem Einzelnen für einen bestimmten Zeitraum zuordne. Dadurch erhalte der Urheber oder Hersteller eines Produkts ein subjektives ausschließliches Recht, es komme aber auch zu Überlappungen der einzelnen Schutzrechte.⁷⁴⁰ Insbesondere die Rechtsfolgen einer Schutzverletzung, Art, Inhalt und Schranken der Immaterialgüterrechte stimmen überein.⁷⁴¹

Ahrens geht sogar so weit, dass er ein eigenständiges Modellgesetz für Geistiges Eigentum entwickelt.⁷⁴² Eine Parallelgesetzgebung berge die Gefahr eines inhaltlichen Auseinanderdriftens der aus einer einheitlichen Quelle stammenden Normen. Die Immaterialgüterrechte haben aber identische Regelungsaufgaben und müssten daher auch identische Regelungsinhalte haben. Dies ergebe sich aus dem verfassungsrechtlich verankerten allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz

738 *Ohly*, The Quest for Common Principles of European Intellectual Property Law, S. 3; *Ohly*, GRUR Int. 2007, 701, 704ff.

739 *Sosnitza*, Wo bleibt das Allgemeine Immaterialgüterrecht?, S. 40ff.; *Ahrens*, GRUR 2006, 617, 620ff.

740 *Sosnitza*, Wo bleibt das Allgemeine Immaterialgüterrecht?, S. 40ff.; *Schöttle*, Der Allgemeine Teil des Rechts des geistigen Eigentums im Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation, S. 59.

741 *Ahrens*, GRUR 2006, 617, 620.

742 *Ahrens/McGuire*, Modellgesetz für Geistiges Eigentum, S. 15ff.; *Ahrens*, GRUR 2006, 617, 621ff.

(Art. 3 GG), der das Gebot enthält, einen Gleichlauf des Normwortlauts bei gleichem Lebenssachverhalt und gleichem Regelungszweck der Tatbestände herzustellen und interpretatorisch zu erhalten. Die folgerichtige Konsequenz sei daher ein Gleichlaut der Gesetzgebung der Immaterialgüterrechte.⁷⁴³ In einem Allgemeinen Teil der Sonder-schutzrechte würden daher vereinheitlichte Normtexte in einem Allgemeinen Teil erfasst werden, während die Besonderheiten der einzelnen Schutzrechte in unterschiedlichen Büchern des neuen Gesetzestextes aufgenommen werden könnten. Auf diese Weise könnte auch der ergänzende Leistungsschutz, der im UWG-Nachahmungsschutz nach § 4 Nr. 3 UWG verankert ist, dort aber rechtssystematisch nicht hingehört, weil er den Immaterialgüterrechten angenähert ist, in einen Allgemeinen Teil verschoben werden.⁷⁴⁴

III. Eigener Lösungsansatz

Die vier dargestellten Thesen zu einer Auflösung des Spannungsverhältnisses der Schutzrechte des Immaterialgüterrechts und des UWG-Nachahmungsschutzes enthalten substanzielle Aspekte, die nachfolgend zusammengefasst und diskutiert werden. Auf dieser Grundlage lässt sich ein eigener Lösungsansatz zusammenstellen, der die wesentlichen Gesichtspunkte Regelungs- bzw. Schutzgegenstand, Schutzzumfang, und Wertungsentscheidungen berücksichtigt. Dazu werden die Vorteile und Funktionen einer einheitlichen Kodifizierung herausgestellt und mögliche Vorbilder bei der Gesetzesentwicklung aufgezeigt, die als Orientierungshilfe dienen könnten.

1. Diskussion der Lösungsvorschläge

Die vorgestellten Lösungsansätze haben gemeinsam, dass sie sich für ein Gesamtschutzsystem von Immaterialgüterrechten und UWG-Nachahmungsschutz aussprechen, welches die rechtssystematischen Unterschiede der Schutzrechte bestehen lässt, aber die Überlappungen

⁷⁴³ Ahrens, GRUR 2006, 617, 618.

⁷⁴⁴ Ahrens, GRUR 2006, 617, 621.

einheitlich gesetzlich regelt. Hauptsächlich beschäftigen sich die vorgeschlagenen Modelle aber mit der Regelung und Vereinheitlichung des Verhältnisses der Immaterialgüterrechte, und zwar des Urheberrechts zu den Rechten des Gewerblichen Rechtsschutzes, zueinander.

Basierend auf dem Lösungsansatz von *Jänich* plädieren die verschiedenen Modelle für ein eigenständiges Schutzsystem des Rechts des geistigen Eigentums, das alle Schutzrechte umfasst und Systeminkonsistenzen vermeiden soll. Damit kann nach Ansicht von *Ohly* dem Funktionswandel der Schutzrechte des geistigen Eigentums Rechnung getragen werden. Die Tendenz aller Vertreter geht eindeutig dahin, ein eigenständiges Gesetzbuch zu schaffen, in dem die Unterscheidung der Besonderheiten der einzelnen Schutzrechte Urheberrecht, Designrecht, Markenrecht, beibehalten werden soll, sodass sie in einer Art Baukastensystem zusammen- und gegenübergestellt werden können, aber die Gemeinsamkeiten hinsichtlich Tatbestands- und Rechtsfolgeenseite in einem eigenständigen Allgemeinen Teil oder in einem eigenen Gesetzbuch innerhalb des Gesamtsystems vereinheitlicht werden. Damit bleibt auch genügend Raum für die Fortentwicklung der einzelnen Rechtsgebiete und für Wertungsentscheidungen des Gesetzgebers.

Am weitesten fortgeschritten sind die Überlegungen von *Ahrens* zu einem Allgemeinen Teil des Immaterialgüterrechts. Er hat bereits einen detaillierten Gesetzentwurf erarbeitet, der bis ins Detail die einzelnen Regelungsbereiche untersucht und darstellt.⁷⁴⁵

Die Einbeziehung auch des UWG-Nachahmungsschutzes in das Gesamtschutzsystem hat bisher nur *Kur* untersucht. In Bezug auf Produktgestaltungen stehen Designschutz und UWG-Nachahmungsschutz nebeneinander. Dies wird folgerichtig damit begründet, dass im Markenrecht mittlerweile durch die Rechtsprechung eine Goodwill-Funktion der Marke anerkannt wurde, die den Markeninhaber vor Rufausbeutung schützt.

Aufgrund der in dieser Arbeit ausführlich analysierten Annäherung des Leistungsschutzes von Produktgestaltungen durch den UWG-Nachahmungsschutz hat eine Ausweitung des Sonderschutzes für Produktgestaltungen stattgefunden. Um eine weitere Monopolisierung von Immaterialgüterrechten zu vermeiden, ist es erforderlich, eine

⁷⁴⁵ *Ahrens/McGuire*, Modellgesetz für Geistiges Eigentum, S. 15ff.

Eingrenzung vorzunehmen. Die Einbeziehung des UWG-Nachahmungsschutzes in ein Gesamtschutzsystem für Produktgestaltungen würde zu mehr Rechtsklarheit und Rechtssicherheit führen, ohne dass die bestehenden Unterschiede und Abgrenzungen der Schutzrechte zueinander aufgehoben werden müssten.

2. Gemeinsamer Regelungsgegenstand

Bei der Untersuchung eines gemeinsamen Regelungsgegenstands der Sonderschutzrechte Designrecht und Markenrecht im Verhältnis zum UWG-Nachahmungsschutz darf nicht auf den tatsächlichen Gegenstand abgestellt werden. Es geht nicht um das Auto, die Spielbausteine oder die Jeanshose, sondern um das mit dem Produkt verkörperte immaterielle Gut bzw. die verkörperte Leistung. Es handelt sich vorliegend um Immaterialgüterrecht bzw. wettbewerblichen Leistungsschutz. Die Immaterialgüterrechte schützen nicht den konkreten Gegenstand, sondern das immaterielle Gut, das er verkörpert. Das immaterielle Gut besteht in der geistig-gewerblichen Leistung.⁷⁴⁶ Im Designrecht ist das die ästhetische Gestaltungsleistung.⁷⁴⁷ Der Designschutz belohnt die gestalterische Leistung in Form von neuen und eigenartigen Designs. Der wettbewerbsrechtliche Nachahmungsschutz schützt die „wettbewerbliche“ Leistung, ein Produkt mit wettbewerblicher Eigenart hervorgebracht zu haben, das auf seine Herkunft oder Besonderheiten hinweist. Es wird eine Leistung, die geeignet ist, eine Hinweisfunktion zu erfüllen, mit Schutz belohnt. Diese immateriellen Güter bzw. Leistungen sind der Schutzgegenstand der Rechte. So spricht man auch von „geistigem Diebstahl“, weil nicht das Produkt als Gegenstand entwendet, sondern eine geistige Leistung übernommen wird.⁷⁴⁸

Es muss zwischen der materiellen und der immateriellen Ebene unterschieden werden. Das gilt auch für den Schutz von Produktgestaltungen. Daher kann nicht darauf abgestellt werden, dass eine Produktgestaltung Schutzgegenstand ist, sondern es muss gefragt werden,

⁷⁴⁶ Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 4 Rn. 1, 4.

⁷⁴⁷ Eichmann in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, Allgemeines zum Designrecht Rn. 10ff.; Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, § 4 Rn. 13.

⁷⁴⁸ Eichmann in Eichmann/v. Falckenstein/Kühne, Allgemeines zum Designrecht Rn. 12.

welches immaterielle Gut bzw. welche Leistung die Produktgestaltung verkörpert. Aus der Sicht des Designrechts verkörpert die Produktgestaltung das immaterielle Gut einer Gestaltungsleistung. Aus lauterkeitsrechtlicher Perspektive verkörpert die Produktgestaltung eine Leistung, die Schutz genießt, weil sie sich als Hinweis auf die Herkunft oder die Besonderheiten des Produkts eignet. Die ästhetische Gestaltungsleistung und die Leistung mit wettbewerblicher Eigenart sind etwas Unterschiedliches. Erstere basiert auf der Unterscheidbarkeit vom vorbekannten Formenschatz, letztere auf der Hinweiseignung des Produkts.

Folglich werden keine Wertungen des Designrechts durch den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz unterlaufen, wenn beide Rechte auf Produktgestaltungen Anwendung finden, weil sie unterschiedliche Schutzgegenstände haben. Der Gesetzgeber hat nicht die Produktgestaltung doppelt geschützt, sondern die designrechtliche Gestaltungsleistung einerseits und die Leistungen einer Hinweiseignung andererseits.

3. Unterschiedliche Schutzgegenstände

Dennoch muss offensichtlich bleiben, dass Designschutz, Markenschutz und UWG-Nachahmungsschutz unterschiedliche Schutzgegenstände haben.

Auch der BGH hat in den neueren Entscheidungen zum Schutz von Produktgestaltungen eine autonome Anwendung befürwortet und als Begründung die unterschiedlichen Schutzgegenstände angeführt. Nach dem BGH schützt das Markenrecht eine abstrakte Raumform, der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz hingegen schützt ein konkretes Produkt gegen Nachahmung. Obwohl der BGH ausdrücklich den unterschiedlichen Schutzgegenstand in Bezug nimmt, scheint sein Anknüpfungspunkt etwas anders gelagert zu sein. Mit der abstrakten Raumform beschreibt der BGH die Marke in ihrer Eigenschaft als Leistungssymbol und bringt zum Ausdruck, dass, wenn auch nicht physisch, doch zumindest gedanklich zwischen der dreidimensionalen Markenform und den gekennzeichneten Waren unterschieden werden kann. Die Unterscheidung bleibt auch möglich, wenn die Marke und die gekennzeichneten Waren in einem körperlichen Gegenstand zu-

sammenfallen. Entsprechend dieser Unterscheidung schützt das Markenrecht lediglich eine dreidimensionale Marke und keine Produktgestaltung. Das Wettbewerbsrecht hingegen schützt nach dem BGH die Produktgestaltung an sich.

Die Argumentation des BGH in Bezug auf das Markenrecht unterstützt die hier vertretene Ansicht, dass beim Schutz von Produktgestaltungen nicht auf die Produktgestaltung als materielles Gut abzustellen ist. Es muss zwischen der körperlichen Produktgestaltung und der verkörperten immateriellen Leistung differenziert werden. Der BGH nimmt diese Differenzierung von Marke und Produkt vor. Allerdings ist dieselbe Differenzierung auch beim lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutz möglich und nötig. Auch hier gibt es eine Leistung und einen Gegenstand, der die Leistung verkörpert. Diese Unterscheidung nimmt der BGH aber nicht mehr vor, sondern bleibt bei der materiellen Ebene, der Verkörperung der Leistung. Aus diesem Grund kann der Argumentation des BGH nur im Ergebnis gefolgt werden. Allerdings klingt in der Argumentation des BGH aufgrund des Begriffspaars „konkret“ und „abstrakt“ noch ein weiteres Argument an. Mit der abstrakten Raumform wird darauf hingedeutet, dass der Markenschutz an das abstrakte Erfolgsunrecht anknüpft, während der lauterkeitsrechtliche Schutz an das konkrete Handlungsunrecht anknüpft, d. h. an die konkrete Nachahmungshandlung. Das ist der Zugang zu dem hier für entscheidend befundenen Argument, dass es sich um Schutz mit unterschiedlicher Zweckrichtung, Art und Ausgestaltung handelt.⁷⁴⁹ Ein Eingriff in ein Schutzrecht in der Form von vorrangiger Anwendung, Berücksichtigung von Wertungen etc. würde den spezifischen Schutzzweck des jeweiligen Schutzrechts beeinträchtigen.

4. Schutzzumfang im Gesamtschutzsystem

Aus den unterschiedlichen Tatbeständen von Designschutz und UWG-Nachahmungsschutz ergibt sich, dass die Rechte unterschiedliche Mittel zum Schutz von Leistungen sind. Der abstrakte Schutz einer speziellen Leistung steht dem punktuellen Schutz für im Einzelfall schutzwürdige Leistungen gegenüber. Der Einzelfallschutz hat die Aufgabe,

⁷⁴⁹ Köhler in Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 3.6a.

die Grenze des Immaterialgüterrechtsschutzes punktuell zu korrigieren. Das Ergebnis ist ein autonomes Verhältnis von Designschutz und UWG-Leistungsschutz, durch das jedes Recht seine Wertungen und Aufgaben uneingeschränkt umsetzen kann.

Dies gilt in ähnlicher Weise für den Schutzzumfang von Markenrecht und UWG-Lauterkeitsrecht. In sachlicher Hinsicht bieten beide Rechte Identitätsschutz, Verwehlungsschutz und Schutz gegen Rufausbeutung/-beeinträchtigung. Der Schutz vor Verwehlung wird im UWG beim Unlauterkeitsumstand nach § 4 Nr. 3 a) UWG festgemacht und im Markenrecht an der Zeichenähnlichkeit, § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. Der Schutz gegen Rufausbeutung ist in § 4 Nr. 3 b) UWG bzw. § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG verankert. Der Schutzzumfang des UWG-Leistungsschutzes ist das Ergebnis der Gesamtbeurteilung aller relevanten Umstände, insbesondere der Eigenart, der Unlauterkeitsumstände und der Intensität der Nachahmung, er ist dadurch Spiegelbild des Tatbestandes. Der markenrechtliche Schutzzumfang resultiert aus der Warenähnlichkeit, der Zeichenähnlichkeit und der Kennzeichnungskraft der älteren Marke, die in einem Wechselwirkungsverhältnis stehen. Beide Rechte kennen also ein Wechselwirkungsverhältnis. Allerdings sind die Faktoren der Wechselwirkung unterschiedlich. Obwohl beide Rechte jeweils Identitäts-, Verwehlungsschutz und Schutz vor Rufausbeutung/-beeinträchtigung gewähren, sind die Schutzzumfänge nicht vergleichbar, weil sie auf unterschiedlichen Umständen basieren. Die Schutzzumfänge sind unterschiedlich. Darin zeigen sich die unterschiedlichen Schutzzwecke und Wertungen. Um die Unterschiede zu wahren, ist es erforderlich, die Rechte unabhängig nebeneinander anzuwenden.

5. Wertungsunabhängige Tatbestandsmerkmale

Die gesetzgeberischen Wertungen in Bezug auf das Design und andere Immaterialgüterrechte können auch im Rahmen der wertungsabhängigen Tatbestandsmerkmale berücksichtigt werden. So kann z. B. im Rahmen der Intensität der Nachahmung die Wesentlichkeit des nachgeahmten Merkmals daran gemessen werden, ob es neu ist und das Produkt unterscheidbar macht. Auch kann im Rahmen der Interessenabwägung mit einfließen, dass es sich bei der Nachahmung um ein ge-

geschütztes Immaterialgut handelt oder dass die Schutzdauer abgelaufen ist. Das ist eine weniger einschränkende Methode.⁷⁵⁰ Eine Berücksichtigung der Wertungen findet im Rahmen der wertungsabhängigen Tatbestandsmerkmale statt. Ähnlich ließ der BGH in den Entscheidungen *Tupperwareparty*⁷⁵¹ und *Messerkennzeichnung*⁷⁵² die Wertungen der Immaterialgüterrechte in den lauterkeitsrechtlichen Tatbestand einfließen. In der Entscheidung *Tupperwareparty* befasste sich der BGH mit der Bezeichnung *LEIFHEIT TopParty* für Haushaltsartikel, u. a. auch Vorratsbehälter, und der Bezeichnung *Tupperparty* bzw. *Tupperwareparty* für die besondere Vertriebsmethode der Produkte der Firma Tupperware. Markenschutz schied in diesem Fall aus, weil die Bezeichnung *Tupperparty* bzw. *Tupperwareparty* keinen Markenschutz genossen hat. Der BGH verneinte einen wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, weil der Grad der Nachahmung zu gering sei. Das begründet er damit, dass die Bezeichnungen *Tupper(ware)party* und *LEIFHEIT TopParty* nicht für identische oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet würden;⁷⁵³ er bemüht damit die Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit des Markenschutzes.

In der Entscheidung *Messerkennzeichnung* hat sich der BGH im Rahmen einer wettbewerbsrechtlichen Klage aus vermeidbarer Herkunftstäuschung mit zwei Messerserien beschäftigt, die jeweils ähnliche Kennzeichnungen auf der Klinge haben.⁷⁵⁴ Zur Beurteilung der Herkunftstäuschung sagt der BGH, dass die aus dem Kennzeichenrecht bekannten Grundsätze gelten.⁷⁵⁵

Der UWG-Leistungsschutz bietet viele Möglichkeiten für Wertungen, so z. B. bei der wettbewerblichen Eigenart. Es bietet sich an, in diesem Rahmen gesetzgeberische Wertungen aus anderen Rechten zu berücksichtigen. Eine gesetzgeberische Wertungsvorgabe ist z. B. der Schutz bestimmter Leistungen durch ein Immaterialgüterrecht. Die Privilegierung der Immaterialgüter kann z. B. im Rahmen der Unlauterkeitsumstände oder bei der Gesamtschau der Umstände berücksich-

750 So auch Fezer MarkenG, § 2 Rn. 59.

751 BGH GRUR 2003, 973, 975 – *Tupperwareparty*.

752 BGH GRUR 2001, 251, 253 – *Messerkennzeichnung*.

753 BGH GRUR 2003, 973, 975 – *Tupperwareparty*.

754 BGH GRUR 2001, 251, 253 – *Messerkennzeichnung*.

755 BGH GRUR 2001, 251, 253 – *Messerkennzeichnung*.

tigt werden. So könnte man z. B. schneller die Unlauterkeit bejahen, wenn die Schutzobjekte auch Immaterialgüterschutz genießen, solange dieser zeitlich noch gegeben ist. Das Vorzugswürdige an dieser Lösung ist, dass weder die Tatbestands- noch die Rechtsfolgenseite des UWG-Schutzes modifiziert wird. Die Konsequenz der tatbestandlichen Berücksichtigung soll nicht sein, dass der Schutzzumfang oder die Rechtsfolgenansprüche auf diesem Weg angeglichen wird.

IV. Inhaltliche Ausgestaltung

Damit stellt sich die Frage nach der konkreten inhaltlichen Ausgestaltung eines eigenständigen Rechtsschutzes für Produktgestaltungen. Hier lässt sich im Wesentlichen auf das von *Ahrens* entwickelte Konzept zurückgreifen. Dies beinhaltet einen Gleichlaut der Gesetzgebung, soweit es um die Gestaltung eines Allgemeinen Teils der Immaterialgüterrechte geht. In einem gestuften Konzept ließen sich dann die im Besonderen Teil zu regelnden einzelnen Schutzrechte darstellen.

1. Gleichlaut der Gesetzgebung

Der Gleichlaut der Gesetzgebung, die in einem Allgemeinen Teil des eigenständigen Gesetzes zum Schutz von Produktgestaltungen aufgenommen werden könnte, wäre das Rechtsfolgensystem. Die in dem Allgemeinen Teil enthaltenen Regelungen könnten in einer Klammerwirkung vor oder/und an das Ende des Normtextes gesetzt werden. Auf diese Weise können Wiederholungen von Rechtsfolgeanordnungen vermieden werden. Ein Allgemeiner Teil des neu zu errichtenden Gesetzes birgt den Vorteil in sich, dass das gesamte Anspruchssystem der Schutzrechte in Bezug auf Produktgestaltungen zusammengefasst und vereinheitlicht werden kann. Zudem können zentrale Regelungen für den Rechtsverkehr mit Sonderschutzrechten geschaffen werden.⁷⁵⁶ Dies wäre auch die Gelegenheit für den Gesetzgeber, das Gesamtschutzsystem für Produktgestaltungen inhaltlich zu vereinfachen.⁷⁵⁷

⁷⁵⁶ *Ahrens*, GRUR 2006, 617, 621.

⁷⁵⁷ *Ahrens*, GRUR 2006, 617, 624.

Regelungsgegenstand des Allgemeinen Teils könnte des Weiteren die Vereinheitlichung der Schutzfristen sein. Die bisher bestehenden Unterschiede in der zeitlichen Geltungsdauer der einzelnen Schutzrechte könnten entweder durch eine einheitliche zeitliche Geltungsdauer von Produktgestaltungen geregelt oder durch eine flexible Konstruktion der Schutzdauern bei Immaterialgüterrechten ersetzt werden, indem beispielsweise ein Verlängerungserfordernis bei den gewerblichen Schutzrechten eingeführt wird.⁷⁵⁸ Zu überlegen wäre auch, einen generalklauselartigen Auffangtatbestand für die Gewährung von Investitionsschutz in den Allgemeinen Teil mit aufzunehmen. Dies würde der Rechtsprechung den erforderlichen Raum zur Rechtsfortentwicklung schaffen und auch weiterhin Schutzerweiterungen für unregelte unkörperliche Güter im Wege der Ausfüllung durch die Rechtsprechung ermöglichen.⁷⁵⁹

Als Vorbilder für die Kodifizierung eines eigenständigen Gesetzes zum Schutz von Produktgestaltungen kann zum einen das Sachenrecht dienen, welches eine Typisierung der unterschiedlichen Sachenrechte enthält (Mobiliarsachen, Immobiliarsachen, Dienstbarkeiten, Pfandrechte) und zugleich allgemeine Regelungen für bestimmte Vorgänge bereitstellt (z. B. Entstehung, Übertragung, Anspruchssystem) und zudem Verweisungen innerhalb der speziellen Sachenrechtsgebiete auf allgemeingültige Regelungen gibt (z. B. Anwendbarkeit der Regeln über das vertragliche Pfandrecht nach §§ 1207 ff. BGB auch auf das gesetzliche Pfandrecht, § 1257 BGB).

Ein vorbildhaftes Beispiel, wie die Zusammenfassung verschiedener Rechtssysteme zu einem Gesamtsystem mit der Voranstellung eines Allgemeinen Teils funktionieren kann, ist zum anderen die Kodifikation der Bücher des SGB. Damit wurden die zum Sozialrecht gehörenden gesetzlichen Versicherungssysteme (Rentenversicherung, Arbeitslosenversicherung, Unfallversicherung, Sozialhilfe, Behindertenrecht etc.) zu einem einheitlichen Gesamtsystem zusammengefasst, ohne ihre bis dahin existierende Selbstständigkeit zu verlieren. Die einzelnen Bücher des SGB bestehen weiterhin nebeneinander, Gemeinsamkeiten und allgemeine Grundsätze des Leistungsrechts wur-

⁷⁵⁸ *Danisch*, Die Schutzdauerproblematik im Immaterialgüterrecht, S. 203.

⁷⁵⁹ *Ahrens*, GRUR 2006, 617, 624.

den aber vereinheitlicht und im Ersten Buch Sozialgesetzbuch, Allgemeiner Teil, geregelt. Die Gesetzesnormen der einzelnen Bücher des Sozialgesetzbuches wurden nicht zu einem einheitlichen Gesetzestext zusammengefügt, stehen aber im Zusammenhang nebeneinander.

Speziell für die Schutzrechte des geistigen Eigentums kann die Richtlinie 2004/48/EG über die Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, wie beispielsweise Urheberrechte und verwandte Schutzrechte, Marken, Geschmacksmuster und Patente als Orientierungshilfe für eine einheitliche Kodifikation herhalten. Sie regelt die Rechtsfolgen der Verletzung von Rechten des Geistigen Eigentums sowie über materiell-rechtliche und prozessuale Erleichterungen für die Rechtsdurchsetzung.⁷⁶⁰

2. Gestufte Schutzkonzepte

Wie bereits ausgeführt, können die unterschiedlichen Sonderschutzrechte des Immaterialgüterrechts sowie das Leistungsschutzrecht nach dem UWG in eigenständige Besondere Teile des neu zu schaffenden eigenständigen Gesetzes zum Schutz von Produktgestaltungen aufgeführt werden. Auf diese Weise können die bestehenden, rechtssystematisch notwendigen Unterschiede beibehalten werden. Möglich wären aber eine systematische Interpretation und die Erfassung systematischer Zusammenhänge, wodurch auch eine innere Stimmigkeit und Einheit der einzelnen Gesetze zum Schutz des Geistigen Eigentums gewährleistet wären. Zugleich würde aber die unübersichtliche Verteilung auf mehrere isolierte Gesetze beseitigt.⁷⁶¹

Des Weiteren könnten durch die Unterteilung in einzelne Besondere Teile oder Bücher zusätzliche Regelungen über weitere unkörperliche Güter in den Regelungsbereich des neuen Gesetzes aufgenommen werden, wie zum Beispiel das Recht am eigenen Bild nach §§ 22 ff. KUG, aber auch Regelungen, die im UrhG enthalten sind, aber Produktgestaltungen betreffen.

⁷⁶⁰ Ahrens, GRUR 2006, 617, 619.

⁷⁶¹ Ahrens, GRUR 2006, 617, 619f.

5. Teil: Zusammenfassung und Fazit

Beim Designrecht, Urheberrecht, Markenrecht und beim Nachahmungsschutz nach §§ 3, 4 Nr. 3 UWG handelt es sich um Schutzrechte, deren Schutzgegenstände immaterielle Leistungen sind. Die immateriellen Leistungen werden von materiellen Gütern verkörpert. In der vorliegenden Arbeit ist das materielle Gut eine Produktgestaltung, bei der sich designrechtliche, urheberrechtliche, markenrechtliche und lauterkeitsrechtliche Leistungen überschneiden, sodass sowohl immaterialgüterrechtlicher Schutz als auch wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz besteht. Diesem Umstand entspringt das Bestreben, das Verhältnis der Rechte zueinander zu bestimmen.

Schutzgegenstand des Designrechts ist die ästhetische Formgestaltung eines Gebrauchsgegenstandes, die neu und eigenartig ist. In wirtschaftlicher Hinsicht sollen die Schutzrechte des gewerblichen Rechtsschutzes einen Kaufanreiz schaffen. Sie dienen daher der Absatzsteigerung. Durch die Einbeziehung des wirtschaftlichen Aspekts bei der Produktgestaltung tritt das Markenrecht als weiteres Schutzrecht des gewerblichen Rechtsschutzes hinzu. Die Produktgestaltung erlangt vor allem als Formmarke Schutz nach § 3 Abs. 1 MarkenG. Die Produktgestaltung wird aber auch durch §§ 3, 4 Nr. 3 UWG, speziell gegen Nachahmung, geschützt. Als weiteres Schutzrecht kommt der Schutz des geistigen Eigentums nach § 2 Abs. 2 UrhG in Betracht, welches vor allem für das Industriedesign von Bedeutung ist. Schutzgegenstand hier ist die schöpferische Leistung. Mittelbar dienen die Schutzrechte des gewerblichen Rechtsschutzes auch dem Investitionsschutz. Demgegenüber kommt es bei dem UWG-Nachahmungsschutz allein auf den Schutz bestimmter Leistungen gegen unlautere Ausbeutungen an.

Das Designrecht hat einen weiten Anwendungsbereich, der durch die Schutzvoraussetzungen der Neuheit und Eigenart eingeschränkt wird. Beim Urheberschutz wird die inhaltliche Gestaltung geschützt, beim wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz kommt es auf die gewerbliche Leistung an, auf die Eigenart von Erzeugnissen und den Ruf

des Unternehmens. Das Markenrecht schützt die Unterscheidungskraft der Marke, insbesondere der dreidimensionalen Formgestaltung.

Das Designrecht und das Markenrecht entstehen erst durch die Eintragung im Markenregister. Dieses Eintragungserfordernis besteht für den Urberschutz und dem UWG-Nachahmungsschutz nicht. Die materiellen Schutzvoraussetzungen von Produktgestaltungen unterscheiden sich zum Teil erheblich, zum Teil gibt es Überschneidungen oder zumindest Parallelen. Aufgrund der Rechtsfortbildung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung unterscheiden sich Designrecht und Urheberrecht im Hinblick auf Produktgestaltungen nicht mehr. Es wird keine besondere Gestaltungshöhe für Industriedesign mehr verlangt.

Die vorliegende Arbeit hat außerdem ergeben, dass sich der Schutzgegenstand des Designrechts und der des UWG-Leistungsschutzes nicht überschneiden. Das Design schützt abstrakt die ästhetisch-gewerbliche Leistung, die im Gestalten eines neuen und eigenartigen Designs liegt. Das Lauterkeitsrecht schützt im konkreten Fall eine wettbewerblich eigenartige Leistung, die in der Eignung liegt, auf die Herkunft oder die Besonderheiten des Produkts hinzuweisen. In beiden Fällen verkörpert eine Produktgestaltung die schutzwürdigen Leistungen. Dennoch bleibt es dabei, dass zwei unterschiedliche Leistungen vorliegen. Es bedarf daher keiner Unternehmungen, die Rechte aufeinander abzustimmen. Dies würde in die gesetzgeberische Wertung eingreifen, die in dem jeweiligen Schutzrecht insgesamt zum Ausdruck kommt. Für das Verhältnis von Designrecht und UWG-Leistungsschutz ergibt sich daher ein autonomes Nebeneinander der Rechte.

Der Schutzgegenstand des Markenrechts und der Schutzgegenstand des UWG-Leistungsschutzes überschneiden sich partiell. Das Markenrecht schützt das Leistungssymbol Marke. Die Marke symbolisiert die Leistung, ein Kennzeichen mit unternehmerischen Funktionen zu belegen. Das ist primär die Unterscheidungsfunktion, d. h. die Eignung des Zeichens, Waren eines Unternehmens von den Waren anderer Unternehmen zu unterscheiden. Nach den §§ 3, 4 Nr. 3 UWG ist eine Leistung mit wettbewerblicher Eigenart geschützt, die in der Eignung bestehen kann, auf die Herkunft oder die Besonderheiten des Produkts hinzuweisen. In dem Bereich, in dem der UWG-Leistungs-

schutz auf der Eignung, auf Besonderheiten hinzuweisen, basiert, überschneidet sich der Schutzgegenstand der Rechte nicht. In dem Bereich, in dem der UWG-Leistungsschutz auf der Eignung, auf die Herkunft hinzuweisen, basiert, sind die Schutzgegenstände im Kern sehr ähnlich.

Wenn der lauterkeitsrechtliche Leistungsschutz auf der Eignung als Hinweis auf die Besonderheiten beruht, steht der UWG-Leistungsschutz autonom neben dem Markenrecht. Die Begründung entspricht der Herleitung des autonomen Nebeneinanders von Design- und Nachahmungsschutz. Für den anderen Fall, dass die Schutzwürdigkeit aus der Eignung als Herkunftshinweis folgt, überschneiden sich die Leistungen, die durch die beiden Rechte geschützt werden, zumindest teilweise. Der Schutz des im Kern sehr ähnlichen immateriellen Guts erfolgt in den Rechten aufgrund unterschiedlicher Regelungszwecke. Daher erfolgt er auch auf unterschiedlichem Weg durch abweichende Tatbestände und Schutzzumfänge. Eine Angleichung der Schutzrechte würde das gesetzgeberische Gesamtkonzept des jeweiligen Rechts beeinträchtigen und somit auch dessen Schutzzweck. Daher wird hier die Meinung vertreten, dass auch in diesem Fall ein autonomes Nebeneinander die sachgerechte Lösung ist.

Unterschiede zwischen den Schutzrechten bestehen hinsichtlich der Schutzfrist. Das Designrecht hat eine Schutzfrist von 25 Jahren. Das Markenrecht kann grundsätzlich zeitlich unbegrenzt bestehen. Das Urheberrecht dauert 70 Jahre über den Tod des Urhebers hinaus. Für den wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz ist keine zeitliche Begrenzung vorgesehen.

Auf der Rechtsfolgenseite werden unterschiedliche Verletzungshandlungen sanktioniert. Im Design- und Markenrecht besteht die Verletzungshandlung in der unerlaubten Nutzung der geschützten Produktgestaltung. Hingegen wird durch den lauterkeitsrechtlichen Nachahmungsschutz nur das Anbieten, nicht aber das Herstellen der Nachahmung sanktioniert.

Das Verhältnis der Sonderschutzrechte der Immaterialgüterrechte und des Leistungsschutzes nach dem UWG ist durch die sogenannte Vorrangtheorie bestimmt. Danach ist der UWG-Nachahmungsschutz subsidiär gegenüber den Immaterialgüterrechten. Dies wird mit dem Grundsatz der Nachahmungsfreiheit im Wettbewerb, der Begrenzungs-

funktion der Immaterialgüterrechte sowie den unterschiedlichen Schutzzwecken von UWG und Immaterialgüterrechten begründet. Des Weiteren wird auf die unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen Bezug genommen.

Die Vorrangtheorie führt jedoch im Bereich der Produktgestaltung zu unerwünschten Ergebnissen. Unabhängig davon, welcher Schutz den sachlich und zeitlich weiteren Umfang bietet, würde die Vorrangtheorie dazu führen, dass der Schutz lediglich nach dem Designgesetz erfolgt. Damit käme der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz nicht mehr zum Tragen und der Schutzzumfang und die Schutzdauer des Nachahmungsschutzes wäre völlig irrelevant. Der UWG-Nachahmungsschutz ist aber ein bewegliches System, um Leistungen den Schutz zukommen zu lassen, den sie im konkreten Verletzungsfall aufgrund ihrer wettbewerblichen Eigenart verdienen. Das bewegliche System des angemessenen punktuellen Schutzes wird vom Designrecht ausgehebelt, wenn man die Vorrangtheorie anwenden würde.

Dieses Problem, welches durch die Normaufspaltung im Immaterialgüterrecht und speziell im Bereich der Produktgestaltung entsteht, könnte durch die Schaffung und Neugestaltung eines eigenständigen Rechtsschutzes überwunden werden. Hierzu sind die in der juristischen Literatur bereits entwickelten Modelle zur Vereinheitlichung der Immaterialgüterrechte anzuwenden und für den Bereich der Produktgestaltung fortzuführen im Sinne der Bildung eines Gesamtschutzsystems von Immaterialgüterrechten und UWG-Nachahmungsschutz für Produktgestaltungen. Das Gesamtschutzsystem könnte umgesetzt werden durch die Bildung eines eigenständigen Rechtsschutzes für Produktgestaltungen, der in einem einheitlichen Gesetz zusammengefügt werden könnte. Die Gemeinsamkeiten und Überschneidungen der Immaterialgüterrechte im Hinblick auf die Tatbestandsseite, Rechtsfolgenseite und den Schutzzumfang können in einem Allgemeinen Teil vereinheitlicht werden. Den Besonderheiten, insbesondere den Unterschieden zwischen den Immaterialgüterrechten und dem UWG-Nachahmungsschutz kann dadurch Rechnung getragen werden, dass die unterschiedlichen Schutzrechte in einzelnen Teilen oder Büchern dieses eigenständigen Gesetzes geregelt werden.

Mit einem solchen einheitlichen und eigenständigen Rechtssystem für Produktgestaltung können Systeminkonsistenzen beseitigt werden,

die vom Gesetzgeber ursprünglich so nicht gewollt waren, die aber im Laufe der rechtlichen Entwicklung daraus entstanden sind, dass die unterschiedlichen Interessen von Herstellern und der Allgemeinheit abgewogen und in Einklang gebracht werden mussten. Damit würden auch Rechtsklarheit und Rechtssicherheit dahin gehend geschaffen werden, inwieweit der Sonderschutz durch die Immaterialgüterrechte und der Leistungsschutz durch den UWG-Nachahmungsschutz sich im Bereich der Produktgestaltung überlappen und unter welchen Voraussetzungen sie möglicherweise sogar nebeneinander anwendbar sein können.

Literaturverzeichnis

- Ahrens, Hans-Jürgen*, Brauchen wir einen Allgemeinen Teil der Rechte des Geistigen Eigentums?, GRUR 2006, 617–624
- Ahrens, Hans-Jürgen / McGuire, Mary-Rose*, Modellgesetz für Geistiges Eigentum, Normtext und Begründung, München 2012
- Ahrens, Klaus*, Gewerblicher Rechtsschutz, Tübingen 2008
- Becker, Maximilian*, Positive und negative Zeichenberechtigung im Internet, WRP 2010, 467–474
- Berlit, Wolfgang*, Das neue Geschmacksmusterrecht, GRUR 2004, 635–640
- Bopp, Thomas*, Sklavischer Nachbau technischer Erzeugnisse – Anmerkungen zu BGH – Vakuumpumpen, GRUR 1997, 34–40
- Bornkamm, Joachim*, Markenrecht und wettbewerbsrechtlicher Kennzeichenschutz, Zur Vorrangtheorie der Rechtsprechung, GRUR 2005, 97–102
- Bulling, Alexander / Langöhrig, Angelika / Hellwig, Tillmann*, Geschmacksmuster, 3. Auflage, Köln, 2011 (zitiert: *Bulling/Langöhrig/Hellwig*, § Rn.)
- Büscher, Wolfgang*, Schnittstellen zwischen Markenrecht und Wettbewerbsrecht, GRUR 2009, 230–236
- Büscher, Wolfgang / Dittmer, Stefan / Schiwy, Peter*, Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht, 3. Auflage, Köln, 2015 (zitiert: *Bearbeiter in Büscher/Dittmer/Schiwy*, § Gesetz Rn.)
- Danisch, Marcus*, Die Schutzdauerproblematik im Immaterialgüterrecht, Lösungsansätze für das Urheberrecht aus dem gewerblichen Rechtsschutz und dem US-amerikanischen Copyright, Diss., Universität Würzburg, Online-Publikation unter URL: <https://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de/frontdoor/index/index/docId/2026>
- Deutsch, Volker*, Anspruchskonkurrenz im Marken- und Kennzeichenrecht, WRP 2000, 854–858
- Deutsch, Volker*, Schnittstellen zwischen Markenrecht und Wettbewerbsrecht, GRUR 2002, 308–310
- Dreier, Thomas / Schulze, Gernot*, Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, Kommentar, 4. Auflage, München 2015
- Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in zehn Bänden, 3. Auflage, Mannheim, Leipzig, Wien, Zürich, 1999, S. 2674
- Eichmann, Helmut / v. Falckenstein, Roland Vogel*, Geschmacksmustergesetz, 1. Auflage, München, 1988

- Eichmann, Helmut / v. Falckenstein, Roland Vogel*, Geschmacksmustergesetz, 2. Auflage, München, 1996
- Eichmann, Helmut / v. Falckenstein, Roland Vogel / Kühne, Marcus*, Designgesetz, 5. Auflage, München, 2015 (zitiert: *Bearbeiter* in Eichmann / v. Falckenstein / Kühne, § Rn.)
- Eichmann, Helmut*, Das europäische Geschmacksmusterrecht auf Abwegen?, GRUR Int 1996, 859–876
- Eichmann, Helmut*, Gemeinschaftsgeschmacksmuster und Gemeinschaftsmarken: Eine Abgrenzung, MarkenR 2003, 10–22
- Eichmann, Helmut / Kur, Annette* (Hrsg.), Designrecht Praxishandbuch, 2. Auflage, Baden-Baden 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in Eichmann/Kur, § Rn.)
- Eichmann, Helmut*, Neues aus dem Geschmacksmusterrecht, GRUR-Prax 2010, 279–283
- Eisenmann, Hartmut / Jautz, Ulrich*, Grundriss gewerblicher Rechtsschutz, Mit 55 Fällen und Lösungen, 9. Auflage, Heidelberg 2012
- Ekey, Friedrich / Bender, Achim / Fuchs-Wissemann, Georg*, Markenrecht Band 1: Markengesetz und Markenrecht ausgewählter ausländischer Staaten, 3. Auflage, Heidelberg, 2015 (zitiert: *Bearbeiter* in Ekey/Bender/Fuchs-Wissemann, § Rn.)
- Emmerich, Volker*, Unlauterer Wettbewerb, 10. Auflage, München, 2016
- Engels, Gabriele*, „Vorrang“ von Geschmacksmuster- gegenüber wettbewerbllichem Leistungsschutz?, GRUR-Prax 2013, 5–10
- Ensthaler, Jürgen*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 3. Auflage, Berlin Heidelberg 2009
- Erdmann, Willi*, Zeitliche Begrenzung des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes, in: Baur, Jürgen F. / Jacobs, Rainer / Lieb, Manfred / Müller-Graff, Peter-Christian (Hrsg.), Festschrift für Ralf Vieregge zum 70. Geburtstag am 6. November 1995, Berlin, New York, 1995 (zitiert: *Erdmann*, FS Vieregge, S.)
- Fezer, Karl-Heinz*, Markenrecht, 4. Auflage, München, 2009 (zitiert: *Fezer*, MarkenG, § Rn.)
- Fezer, Karl-Heinz / Büscher, Wolfgang / Obergfell, Eva Inés*, UWG, Band 1, 3. Auflage, München, 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in Fezer, UWG, § Rn.)
- Fezer, Karl-Heinz / Büscher, Wolfgang / Obergfell, Eva Inés*, UWG, Band 2, 3. Auflage, München, 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in Fezer, UWG, § Rn.)
- Fezer, Karl-Heinz*, Normenkonkurrenz zwischen Kennzeichenrecht und Lauterkeitsrecht, WRP 2008, 1–9
- Fezer, Karl-Heinz*, Imitationsmarketing als irreführende Produktvermarktung, GRUR 2009, 451–459
- Fezer, Karl-Heinz*, Kumulative Normenkonkurrenz zwischen Markenrecht und Lauterkeitsrecht – Schutzzweckkompatibilität zwischen Immaterialgüterrecht als Funktionseigentum und Wettbewerbsrecht, GRUR 2010, 953–962

- Fezer, Karl-Heinz, Theorie der Funktionalität der Immaterialgüterrechte als geistiges Eigentum, GRUR 2016, 30–38
- Friedmann, Danny, The bottle is the message: only the distinctive survive as 3-D Community trademarks, GRUR Int 2014, 1195–1200
- Fromm, Axel / Nordemann, Jan Bernd (Hrsg.), Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, zum Verlagsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 11. Auflage, Stuttgart 2014 (zitiert: *Bearbeiter* in Fromm/Nordemann)
- Furler, Hans, Geschmacksmustergesetz, neu bearbeitet von Bauer, Kurt / Loschelder, Michael, 4. Auflage, Köln etc, 1985 (zitiert: *Bearbeiter* in Furler)
- Gamm, Otto-Friedrich Frhr. v., Geschmacksmustergesetz, 2. Auflage, München, 1989
- Gamm, Otto-Friedrich Frhr. v., Rufausnutzung und Beeinträchtigung bekannter Marken und geschäftlicher Bezeichnungen, in: Erdmann, Willi / Gloy, Wolfgang / Herber, Rolf (Hrsg.), Festschrift für Henning Piper, München, 1996 (zitiert: *Gamm*, FS Piper, S.)
- Gerstenberg, Ekkehard / Buddeberg, Michael, Geschmacksmustergesetz, 3. Auflage, Heidelberg, 1996 (zitiert: *Bearbeiter* in Gerstenberg/Buddeberg, § Rn.)
- Glöckner, Jochen, Europäisches Lauterkeitsrecht, München, 2006
- Gloy, Wolfgang / Loschelder, Michael / Erdmann, Willi, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Auflage, München, 2010 (zitiert: *Bearbeiter* in Gloy/Loschelder/Erdmann, § Rn.)
- Götting, Horst-Peter, Der Begriff des geistigen Eigentums, GRUR 2006, 353–358
- Götting, Horst-Peter / Nordemann, Jan Bernd (Hrsg.), UWG, Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in Götting/Nordemann, § Rn.)
- Götting, Horst-Peter, Gewerblicher Rechtsschutz, 10. Auflage, München, 2014
- Gottschalk, Eckart / Gottschalk, Sylvia, Das nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster: eine Wunderwaffe des Designschutzes?, GRUR Int 2006, 447–461
- Günther, Philipp Helmut / Beyerlein, Thorsten, Designgesetz, 3. Auflage, Frankfurt am Main, 2015 (zitiert: *Bearbeiter* in Günther/Beyerlein, § Rn.)
- Guth, Walter, Das Urteil des EuGH zur Riechmarke – Anmerkungen und Folgerungen, Mitt. 2003, 97–100
- Harte-Bavendamm, Henning / Henning-Bodewig, Frauke, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 4. Auflage, München, 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, § Rn.)
- Hartwig, Henning, “What you see is what you get” – Erzeugnisangabe und Schutzzumfang im Geschmacksmusterrecht, GRUR 2016, 882–891
- Hartwig, Henning, Das Prinzip der Reziprozität im Geschmacksmusterrecht, GRUR-RR 2009, 201–204
- Hasselblatt, Gordian, Overlapping Intellectual Property Rights, Buchbesprechung, GRUR 2013, 1118–1119

- Heep, Sebastian*, Lauterkeitsrechtlicher Schutz vor Herkunftstäuschung und Rufausbeutung im Verhältnis zum Geschmacksmuster- und Kennzeichenrecht, Jena, 2010
- Heermann, Peter W. / Hirsch, Günter (Hrsg.)*, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Band 1, 2. Auflage, München, 2014 (zitiert: *Bearbeiter* in Münch-Komm, UWG, § Rn.)
- Hennig-Bodewig, Frauke*, Relevanz der Irreführung, UWG-Nachahmungsschutz und die Abgrenzung Lauterkeitsrecht/IP-Rechte, GRUR Int 2007, 986–990
- Hertin, Paul W.*, Urheberrecht, 2. Auflage, München 2008
- Homburg, Christian*, Marketingmanagement, Strategie – Instrumente – Umsetzung – Unternehmensführung, 6. Auflage, Wiesbaden 2017
- Hubmann, Heinrich / Götting, Horst-Peter*, Gewerblicher Rechtsschutz, 6. Auflage, München, 1998
- Ingerl, Reinhard*, Der wettbewerbsrechtliche Kennzeichenschutz und sein Verhältnis zum Markengesetz in der neuen Rechtsprechung des BGH und in der UWG-Reform, WRP 2004, 809–816
- Ingerl, Reinhard / Rohnke, Christian*, Markengesetz, 3. Auflage, München, 2010
- Jänich, Volker*, Geistiges Eigentum – eine Komplementäerscheinung zum Sacheigentum, Tübingen 2002
- Jestaedt, Dirk*, Der Schutzbereich des eingetragenen Geschmacksmusters nach dem neuen Geschmacksmustergesetz, GRUR 2008, 19–24
- Keller, Erhard*, Der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz, in: Ahrens, Hans-Jürgen / Bornkamm, Joachim / Gloy, Wolfgang / Strack, Joachim / von Ungern-Sternberg, Joachim (Hrsg.), Festschrift für Willi Erdmann zum 65. Geburtstag, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002 (zitiert: *Keller*, FS Erdmann, S.)
- Klawitter, Christian*, Kein Schutz für funktional bedingte Designmerkmale, GRUR Prax 2016, 221
- Köhler, Helmut*, Die „Bagatellklausel“ in § 3 UWG, GRUR 2005, 1–9
- Köhler, Helmut*, Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts zum Recht des geistigen Eigentums, Zur Notwendigkeit einer Neubestimmung auf Grund der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2007, 548–554
- Köhler, Helmut*, Der Schutz vor Produktnachahmung im Markenrecht, Geschmacksmusterrecht und neuen Lauterkeitsrecht, GRUR 2009, 445–451
- Köhler, Helmut / Bornkamm, Joachim*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 35. Auflage, München, 2017 (zitiert: *Bearbeiter* in Köhler/Bornkamm, § Rn.)
- Koschial, Ulrike*, Das Gemeinschaftsgeschmacksmuster: Die Kriterien der Eigenart, Sichtbarkeit und Funktionalität, GRUR Int 2003, 973–982
- Krüger, Christof*, Zur „Klemmbausteine“-Doktrin nach BGH „Regalsystem“ und „Einkaufswagen III“, GRUR 2016, 664–671

- Kur, Annette*, Der wettbewerbliche Leistungsschutz Gedanken zum wettbewerbsrechtlichen Schutz von Formgebungen, bekannten Marken und "Characters", GRUR 1990, 1–15
- Kur, Annette*, TRIPS und der Designschutz, GRUR Int 1995, 185–193
- Kur, Annette*, Die Zukunft des Designschutzes in Europa – Musterrecht, Urheberrecht, Wettbewerbsrecht, GRUR Int 1998, 353–359
- Kur, Annette*, Ansätze zur Harmonisierung des Lauterkeitsrechts im Bereich des wettbewerblichen Leistungsschutzes, GRUR Int 1998, 771–781
- Kur, Annette*, Funktionswandel von Schutzrechten: Ursachen und Konsequenzen der inhaltlichen Ausgestaltung und Überlagerung der Schutzrechtstypen, in: Schricker, Gerhard / Dreier, Thomas / Kur, Annette (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Wiesbaden 2001, S. 23 ff.
- Kur, Annette*, Die Auswirkungen des neuen Geschmacksmusterrechts in der Praxis, GRUR 2002, 661–670
- Kur, Annette*, Alles oder Nichts im Formmarkenschutz?, GRUR Int 2004, 755–761
- Kur, Annette*, in: Ohly, Ansgar / Bodewig, Theo / Dreier, Thomas / Götting, Horst-Peter / Haedicke, Maximiliane / Lehmann, Michael, Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts. Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München, 2005, S. 503 ff. (zitiert: *Kur*, FS Schricker, S.)
- Kur, Annette*, Two Tiered Protection: Designs and Databases as Models?, in: Ohly, Ansgar (Hrsg.), Common Principles of European Intellectual Property Law, Tübingen 2012, S. 99–116
- Kur, Annette*, What to protect, and how? Unfair competition, intellectual property, or protection *sui generis*, in: Lee, Nari / Westkamp, Guido / Kur, Annette / Ohly, Ansgar, Intellectual Property, Unfair Competition and Publicity, Convergences and Development, Cheltenham 2014, S. 11–32
- Lange, Paul*, Marken- und Kennzeichenrecht, 2. Auflage, München, 2012
- Lehmann-Schmidtke, Wilfried*, Das Erfordernis der wettbewerblichen Eigenart im ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutz, Herbolzheim 1998, (zitiert: *Lehmann-Schmidtke*, Das Erfordernis der wettbewerblichen Eigenart, S.)
- Leible, Stefan*, Europäisches Privatrecht am Scheideweg, NJW 2008, 2558–2562
- Lettl, Tobias*, Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, München, 2016
- Lettl, Tobias*, Urheberrecht, 2. Auflage, München 2013
- Lewalter, Ivo / Schrader, Paul T*, Die Fühlmarke, GRUR 2005, 476–481
- Levin, Marianne*, Was bedeutet „Counterfeiting“?, GRUR Int 1987, 18–27
- Lubberger, Andreas*, Grundsatz der Nachahmungsfreiheit?, in: Ahrens, Hans-Jürgen / Bornkamm, Joachim / Kunz-Hallstein, Hans Peter (Hrsg.), Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken, 2006 (zitiert: *Lubberger*, FS Ullmann, S.)
- Mahr, Anne Catrin*, Designschutz, Der rechtliche Schutz der Produktgestaltung als Herausforderung an das System der Rechte des Geistigen Eigentums, Baden-Baden, 2009

- Meister, Herbert E.*, Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz gegen Produktpiraterie und Schutzrechts-Management, Frankfurt/M. 1990
- Nemeczek, Heinrich*, Wettbewerbliche Eigenart und die Dichotomie des mittelbaren Leistungsschutzes, WRP 2010, 1315–1321
- Nirk, Rudolf A.*, Zur Rechtsfigur des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes, GRUR 1993, 247–255
- Nirk, Rudolf A. / Kurtze, Helmut*, Geschmacksmustergesetz, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 1997
- Nirk, Rudolf A.*, Geschmacksmusterrecht, Urheberrecht, Designlaw, Heidelberg 2010
- Ohly, Ansgar*, Geistiges Eigentum?, JZ 2003, 545–554
- Ohly, Ansgar*, Die Europäisierung des Designrechts, ZEuP 2004, 296–318
- Ohly, Ansgar*, in: Ohly, Ansgar / Bodewig, Theo / Dreier, Thomas / Götting, Horst-Peter / Haedicke, Maximiliane / Lehmann, Michael, Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts. Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München, 2005 (zitiert: *Ohly*, FS Schricker, S.)
- Ohly, Ansgar*, Klemmbausteine im Wandel der Zeit, in: Ahrens, Hans-Jürgen / Bornkamm, Joachim / Kunz-Hallstein, Hans Peter (Hrsg.), Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken, 2006 (zitiert: *Ohly*, FS Ullmann, S.)
- Ohly, Ansgar*, Designschutz im Spannungsfeld von Geschmacksmuster-, Kennzeichen- und Lauterkeitsrecht, GRUR 2007, 731–740
- Ohly, Ansgar*, Areas of Overlap Between Trade Mark Rights, Copyright and Design Rights in German Law, Report Prepared on Behalf of the German Association for the Protection of Intellectual Property (GRUR), GRUR Int 2007, 704–712
- Ohly, Ansgar*, Urheberrecht als Wirtschaftsrecht, in: Degenheuer, Otto / Pfeifer, Karl-Nikolaus (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel? Zustand und Entwicklungen im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung, Berlin 2008
- Ohly, Ansgar*, Bausteine eines europäischen Lauterkeitsrechts, WRP 2008, 177–185
- Ohly, Ansgar*, Hartplatzhelden.de oder: Wohin mit dem unmittelbaren Leistungsschutz?, GRUR 2010, 487–494
- Ohly, Ansgar*, Introduction: The Quest for Common Principles of European Intellectual Property Law – Useful, Futile, Dangerous?, in: Ohly, Ansgar (Hrsg.), Common Principles of European Intellectual Property Law, Tübingen 2012, S. 3–14
- Ohly, Ansgar / Sosnitza, Olaf*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Auflage, München, 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in Ohly/Sosnitza, § Rn.)
- Ohly, Ansgar*, Interfaces between trade mark protection and unfair competition law: Confusion about confusion and misconceptions about misappropriation?, in: Lee, Nari / Westkamp, Guido / Kur, Annette / Ohly, Ansgar, Intellectual Property, Unfair Competition and Publicity, Convergences and Development, Cheltenham 2014, S. 33–60

- Pahlow, Louis*, Das Recht an der Marke als Benutzungsrecht des Markeninhabers, MarkenR, 2006, 97–104
- Pahlow, Louis / Eisfeld, Jens*, Grundlagen und Grundfragen des Geistigen Eigentums, Tübingen 2008
- Pagenkopf, Oliver*, Ein Streifzug durch Geschichte, Gegenwart und Zukunft des Geschmacksmusterschutzes, GRUR 1999, 875–881
- Pfeifer, Karl-Nikolaus*, Urheberrecht für Designer. Einführung in das Designrecht, München 2008
- Piper, Henning*, Der Schutz der bekannten Marke, GRUR 1996, 429–439
- Rehbinder, Manfred / Peukert, Alexander*, Urheberrecht, 17. Auflage, München 2015
- Ritscher, Michael*, Auf dem Wege zu einem europäischen Musterrecht, GRUR Int 1990, 559–586
- Rohnke, Christian*, Schutz der Produktgestaltung durch Formmarken und wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, in: Ahrens, Hans-Jürgen / Bornkamm, Joachim / Gloy, Wolfgang / Strack, Joachim / von Ungern-Sternberg, Joachim (Hrsg.), Festschrift für Willi Erdmann – zum 65. Geburtstag, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002 (zitiert: *Rohnke*, FS Erdmann, S.)
- Ruhl, Oliver*, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, 2. Auflage, Köln, 2010
- Sack, Rolf*, Sonderschutz bekannter Marken, GRUR 1995, 81–98
- Sack, Rolf*, Die Verletzung abstrakter Farbmarken, WRP 2001, 1022–1034
- Sack, Rolf*, Das Einschieben in eine fremde Serie: Sonderfall oder Normalfall des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes?, in: Ahrens, Hans-Jürgen / Bornkamm, Joachim / Gloy, Wolfgang / Strack, Joachim / von Ungern-Sternberg, Joachim (Hrsg.), Festschrift für Willi Erdmann – zum 65. Geburtstag, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002 (zitiert: *Sack*, FS Erdmann, S.)
- Sack, Rolf*, Markenschutz und UWG, WRP 2004, 1405–1425
- Sack, Rolf*, Die lückenfüllende Funktion der Generalklausel des § 3 UWG, WRP 2005, 531–544
- Sack, Rolf*, Die abstrakte Verwechslungsgefahr im Markenrecht, GRUR 2013, 4–8
- Sack, Rolf*, Produktnachahmung und betriebliche Herkunftstäuschung nach § 4 Nr. 9 Buchst. a UWG, GRUR 2015, 442–451
- Sambuc, Thomas*, Die Eigenart der "wettbewerblichen Eigenart" – Bemerkungen zum Nachahmungsschutz von Arbeitsergebnissen durch § 1 UWG, GRUR 1986, 130–140
- Sambuc, Thomas*, Der UWG-Nachahmungsschutz, München, 1996
- Sambuc, Thomas*, Designschutz mit Markenrecht?, GRUR 2009, 333–337
- Schneider, Albrecht*, GEMA – Vermutung, Werkbegriff und das Problem sogenannter "GEMA-freier Musik", GRUR 1986, 657–663
- Schöttle, Valeria*, Der Allgemeine Teil des Rechts des geistigen Eigentums im Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation, Tübingen 2013

- Schrader, Paul T.*, Begrenzung des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes, WRP 2005, 562–564
- Schramm, Peter*, Der europaweite Schutz des Produktdesigns, Baden-Baden 2005
- Schreiber, Peter*, Wettbewerbsrechtliche Kennzeichenrechte?, GRUR 2009, 113–118
- Schricker, Gerhard / Loewenheim, Ulrich (Hrsg.)*, Urheberrecht, 5. Auflage, München 2017 (zitiert: *Bearbeiter* in Schricker/Loewenheim, § Rn.)
- Schricker, Gerhard / Dreier, Thomas / Kur, Annette (Hrsg.)*, Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Wiesbaden 2001
- Sosnitza, Olaf*, Wo bleibt das Allgemeine Immaterialgüterrecht?, in: Forkel, Hans / Sosnitza, Olaf (Hrsg.), Zum Wandel beim Recht der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen, Würzburg 2004
- Stang, Felix Laurin*, Das urheberrechtliche Werk nach Ablauf der Schutzfrist, Tübingen 2011
- Starck, Joachim*, Zur Vereinheitlichung des Rechts der Kennzeichen im geschäftlichen Verkehr durch das neue Markengesetz, in: Deutsches Patentamt (Hrsg.), DPA, 100 Jahre Marken-Amt, Festschrift, München, 1994 (zitiert: *Starck*, FS Markenamt, S.)
- Starck, Joachim*, Bemerkungen zum Regelungsumfang von § 2 MarkenG, in: Ahrens, Hans-Jürgen / Bornkamm, Joachim / Gloy, Wolfgang / Strack, Joachim / von Ungern-Sternberg, Joachim (Hrsg.), Festschrift für Willi Erdmann – zum 65. Geburtstag, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002 (zitiert: *Starck*, FS Erdmann, S.)
- Steinbeck, Anja*, Zur These vom Vorrang des Markenrechts, in: Ahrens, Hans-Jürgen / Bornkamm, Joachim / Kunz-Hallstein, Hans Peter (Hrsg.), Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken, 2006 (zitiert: *Steinbeck*, FS Ullmann, S.)
- Stieper, Malte*, Das Verhältnis von Immaterialgüterrechtsschutz und Nachahmungsschutz nach neuem UWG, WRP 2006, 291–302
- Ströbele, Paul / Hacker, Franz*, Markengesetz, 11. Auflage, Köln, 2015 (zitiert: *Bearbeiter* in Ströbele/Hacker, § Rn.)
- Sucker, Reinhard*, Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht, Dissertation, Tübingen 2014
- Teplitzky, Otto*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 11. Auflage, Köln, 2015 (zitiert: *Bearbeiter* in Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, Kap. Rn.)
- Tetzner, Heinrich*, Neue Markenformen, GRUR 1951, 65–69
- Ullmann, Eike*, juris PraxisKommentar UWG, 4. Auflage, Saarbrücken, 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in Ullmann, § Rn.)
- Vahlens Großes Marketinglexikon*, Diller, Hermann (Hrsg.), 2. Auflage, München, 2001
- Wandtke, Artur-Axel / Ohst, Claudia*, Zur Reform des deutschen Geschmacksmustergesetzes, GRUR Int 2005, 91–102

- Wandtke, Artur-Axel (Hrsg.), Urheberrecht, 5. Auflage, Berlin 2016 (zitiert: *Bearbeiter* in Wandtke, Urheberrecht, Kapitel, Rn.)
- Wandtke, Artur-Axel / Bullinger, Winfried (Hrsg.), Urheberrecht, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Auflage, München 2014 (zitiert: *Bearbeiter* in Wandtke/Bullinger)
- Wandtke, Artur-Axel / Ohst, Claudia (Hrsg.), Praxishandbuch Medienrecht, 3. Auflage, Berlin, Boston 2014
- Wiebe, Andreas, Unmittelbare Leistungsübernahme im neuen Wettbewerbsrecht, in: Ohly, Ansgar / Bodewig, Theo / Dreier, Thomas / Götting, Horst-Peter / Hagedicke, Maximilian / Lehmann, Michael (Hrsg.), Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts, Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München, 2005 (zitiert: *Wiebe*, FS Schricker, S.)
- Wilkof, Neil / Basheer, Shamnad (Hrsg.), Overlapping Intellectual Property Rights, Oxford University Press, Oxford 2012
- Wünsche, Kai, Wettbewerbsrecht – UWG, Altenberge 2013
- Zentek, Sabine, Designspezifische Absenkungen der urheberrechtlichen Gestaltungshöhe – Keine Angst vorm BGH, WRP 2010, 73–80

