

ANDREAS STARCKE

Der Schutz der
Gestaltung von
Gebrauchsgegenständen

*Geistiges Eigentum und
Wettbewerbsrecht*

148

Mohr Siebeck

Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht

herausgegeben von

Peter Heermann, Diethelm Klippel,
Ansgar Ohly und Olaf Sosnitza

148



Andreas Starcke

Der Schutz der Gestaltung von Gebrauchsgegenständen

Mohr Siebeck

Andreas Starcke, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaften in Bochum; 2014 Erste Juristische Prüfung; 2014–2018 Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Renate Schaub, Ruhr-Universität Bochum; 2018 Promotion; seit 2018 Rechtsreferendar am Landgericht Bochum.
orcid.org/0000-0003-3127-4840

Gedruckt mit Unterstützung der Studienstiftung *ius vivum*.

Zugl.: Bochum, Ruhr-Universität, Diss., 2018

ISBN 978-3-16-157534-1 / eISBN 978-3-16-157535-8

DOI 10.1628/978-3-16-157535-8

ISSN 1860-7306 / eISSN 2569-3956 (Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2018 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sowie aktuelle Entwicklungen in der Gesetzgebung konnten noch bis Januar 2019 berücksichtigt werden.

Mein größter Dank gebührt zunächst meiner Doktormutter, Frau Prof. Dr. Renate Schaub, LL.M., für die vorbildliche Betreuung der Arbeit. Sie hat bereits im Studium mein Interesse am Immaterialgüterrecht geweckt und dieses in vielfältiger Weise gefördert. Auch für die schöne und lehrreiche Zeit als studentische Hilfskraft und wissenschaftlicher Mitarbeiter an ihrem Lehrstuhl bin ich ihr zum Dank verpflichtet

Herrn Prof. Dr. Karl Riesenhuber, M.C.J. danke ich für die überaus zügige Erstellung des Zweitgutachtens und seine wertvollen Hinweise.

Den Herausgebern, Herrn Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M., Herrn Prof. Dr. Diethelm Klippel, Herrn Prof. Dr. Ansgar Ohly, LL.M. und Herrn Prof. Dr. Olaf Sosnitza, danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe. Für den gewährten Druckkostenzuschuss danke ich herzlich der Studienstiftung *ius vivum*.

Meinen ehemaligen Lehrstuhlkolleginnen und -kollegen, stellvertretend und insbesondere sei hier Frau Claire Vander Stichelen genannt, danke ich für ihre stetige Hilfs- und Diskussionsbereitschaft. Für die fortwährende persönliche Unterstützung, ohne die ein solches Vorhaben keinen Erfolg haben kann, danke ich meinen Eltern, Hannelore und Hans-Peter Starcke, sowie meiner Schwester, Nora Kahraman.

Bochum, im Februar 2019

Andreas Starcke

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Kapitel 1: Einleitung und Gang der Untersuchung	1
Kapitel 2: Begründung des Schutzes und Überblick über die Schutzrechte	7
A. Designrecht	7
I. Grundlagen des Designschutzes	7
II. Überblick über die Schutzvoraussetzungen	14
III. Entstehung des Schutzrechts	25
B. Urheberrecht	28
I. Grundlagen des Urheberrechtsschutzes	28
II. Überblick über die Schutzvoraussetzungen	32
III. Entstehung des Schutzrechts	42
C. Markenrecht	42
I. Grundlagen des (Form-)Markenschutzes	43
II. Überblick über die Schutzvoraussetzungen	56
III. Entstehung des Schutzrechts	73
Kapitel 3: Die Schutzvoraussetzungen im Hinblick auf die Gestaltung von Gebrauchsgegenständen	75
A. Die Auswirkungen des Gebrauchszwecks und die Behandlung technischer und funktioneller Merkmale	75
I. Funktionalität im Designrecht	75
II. Funktionalität im Urheberrecht	90
III. Funktionalität im Markenrecht	108

B. Bedeutung einer innovativen Gestaltung	137
I. Innovation im Designrecht	138
II. Innovation im Urheberrecht	175
III. Innovation im Markenrecht	264
C. Zusammenfassung zu den Schutzvoraussetzungen	328
 Kapitel 4: Schutzwirkungen	 331
A. Wirkungen des designrechtlichen Schutzes	331
I. Benutzung gerade des geschützten Designs	331
II. Relevante Benutzungshandlung	342
III. Ausnahmsweise Erfordernis einer Nachahmung	345
IV. Prüfung von Schranken des Designrechts	347
B. Wirkungen des urheberrechtlichen Schutzes	350
I. Feststellung einer Verwendung des Werkes	351
II. Prüfung der einschlägigen Verwertungsrechte	366
III. Prüfung von Schranken	370
C. Wirkungen des markenrechtlichen Schutzes	370
I. Die Bestimmung der maßgeblichen Zeichen und die Behandlung mehnteiliger Zeichen	371
II. Der Verwechslungsschutz	376
III. Schranken des Markenrechts	390
D. Zusammenfassung zu den Schutzwirkungen	390
 Kapitel 5: Die Problematik der Schutzrechtskumulation am Beispiel des Schutzes der Gestaltung von Gebrauchsgegenständen	 393
A. Grundlagen	393
I. Begriffsbestimmungen	393
II. Grundsätzliche Zulässigkeit der Kumulation und Konsequenzen	394
III. Einschränkungen der Kumulation durch die Schutzvoraussetzungen	396
B. Unterschiedliche Regeln zur Rechtsinhaberschaft und zur rechtsgeschäftlichen Verwertung	397
I. Grundregeln	397
II. Auswirkungen bei der Kumulation von Urheber- und Designrecht	399
III. Auswirkungen bei der Kumulation von Design- und Markenrecht	407
IV. Rechtsanmeldung durch einen Nichtberechtigten	409
V. Konsequenzen unterschiedlicher Rechtsinhaberschaft	413

C. Unterschiede im Hinblick auf die Rechtsdurchsetzung	424
I. Unterschiedlicher Schutzzumfang der jeweiligen Rechte	424
II. Die Problematik unterschiedlicher Beschränkungen der Schutzrechte	425
III. Schutzrechtskumulation als prozessuales Problem	448
D. Zusammenfassung	451
 Kapitel 6: Fazit und Ausblick	 453
 Literaturverzeichnis	 457
 Sachregister	 507

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Kapitel 1: Einleitung und Gang der Untersuchung	1
Kapitel 2: Begründung des Schutzes und Überblick über die Schutzrechte	7
A. Designrecht	7
I. Grundlagen des Designschutzes	7
1. Historische Entwicklung und Rechtsgrundlagen	7
a) Das deutsche GeschmMG von 1876	7
b) Europarechtliche Einflüsse	8
c) Weitere Entwicklung in Deutschland	9
2. Schutzzweck	10
3. Der „design approach“	13
II. Überblick über die Schutzvoraussetzungen	14
1. Design	14
a) Erzeugnis	15
b) Erscheinungsform	17
aa) Sichtbarkeitserfordernis bei Bauelementen komplexer Erzeugnisse	18
bb) Sichtbarkeit bei sonstigen Designs	20
c) Zur Diskussion um den Schutzgegenstand des Designrechts	22
2. Die eigentlichen Schutzvoraussetzungen Neuheit und Eigenart	23
3. Schutzausschlussgründe	24
a) Ausblendung bestimmter Merkmale bei der Prüfung der Eigenart	24
b) Das gesamte Design betreffende Schutzausschlussgründe	24
III. Entstehung des Schutzrechts	25
1. Eingetragenes Design und Gemeinschaftsgeschmacksmuster	25
2. Nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster	26

B. Urheberrecht	28
I. Grundlagen des Urheberrechtsschutzes	28
1. Historische Entwicklung des urheberrechtlichen Schutzes der Gestaltung von Gebrauchsgegenständen und Rechtsgrundlagen	28
2. Begründung des Urheberrechts	29
II. Überblick über die Schutzvoraussetzungen	32
1. Die Werkarten	32
a) Bildende Kunst	33
b) Angewandte Kunst	34
2. Der Werkbegriff	36
a) Die vier Elemente des Werkbegriffs	36
b) Insbesondere der Meinungsstand zum Individualitätskriterium	39
aa) Handhabung des Individualitätskriteriums in der Literatur	39
bb) Standpunkt der Rechtsprechung	41
III. Entstehung des Schutzrechts	42
C. Markenrecht	42
I. Grundlagen des (Form-)Markenschutzes	43
1. Historische Entwicklung des zeichenrechtlichen Schutzes von Warenformen und Rechtsgrundlagen	43
a) Rechtslage unter dem Warenzeichengesetz	43
b) Erweiterung des Markenbegriffs im Zuge der europäischen Markenrechtsharmonisierung	44
2. Begründung des Markenrechts	46
3. Der Konflikt von Markenrecht und Produktschutzrechten	49
a) Grundlagen	49
b) Keine hinreichende Abgrenzung im Verletzungsverfahren	50
aa) Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion	51
bb) Beeinträchtigung weiterer Markenfunktionen im Identitätsbereich	52
cc) Weitere Besonderheiten beim Bekanntheitsschutz	54
c) Zusammenfassung	55
II. Überblick über die Schutzvoraussetzungen	56
1. Abstrakte Markenfähigkeit	56
a) Einheitliches Zeichen	56
b) Abstrakte Unterscheidungskraft und Selbständigkeit	57
2. Die speziellen Schutzausschlussgründe für Warenformmarken	58
a) Grundgedanken der Regelungen	59
b) Systematische Einordnung	61

c) Anwendungsbereich	62
3. Kein Entgegenstehen absoluter Schutzhindernisse	65
a) Fehlen konkreter Unterscheidungskraft	65
aa) Regelungszweck	65
bb) Grundsätze zur Prüfung der konkreten Unterscheidungskraft	67
b) Beschreibungseignung	69
aa) Regelungszweck	69
bb) Grundsätze zur Prüfung der Beschreibungseignung	70
c) Weitere Schutzhindernisse	73
III. Entstehung des Schutzrechts	73

Kapitel 3: Die Schutzvoraussetzungen im Hinblick
auf die Gestaltung von Gebrauchsgegenständen 75

A. Die Auswirkungen des Gebrauchszwecks und die Behandlung technischer und funktioneller Merkmale	75
I. Funktionalität im Designrecht	75
1. Kein Erfordernis einer ästhetischen Wirkung	75
2. Schutzausschlussgrund für ausschließlich technisch bedingte Gestaltungselemente	76
a) Technische Funktion	77
b) Ausschließlich technische Bedingtheit	78
aa) Überblick zum Meinungsstand	78
bb) Stellungnahme	80
(1) Wortlaut	80
(2) Entstehungsgeschichte	81
(3) Systematik	82
(4) Sinn und Zweck	83
cc) Zusammenfassung	84
3. Schutzausschluss für Verbindungselemente	86
4. Berücksichtigung von Einschränkungen des Gestaltungsspielraums bei der Prüfung der Eigenart	88
II. Funktionalität im Urheberrecht	90
1. Grundlagen zum Gebrauchszweck im Urheberrecht	90
2. Die Behandlung technisch-funktionell bedingter Merkmale	92
a) Grundlagen	92
b) Behandlung technisch-funktioneller Merkmale bei der Prüfung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit	93
aa) Ausschluss technisch zwingender Merkmale	93

bb) Weitergehender Ausschluss technischer Merkmale	94
cc) Stellungnahme	95
(1) Zweckneutralität des Werkbegriffs	95
(2) Ausschluss des Bereichs der Technik durch § 1 UrhG und das Erfordernis einer „geistigen“ Schöpfung	97
(3) Vergleich mit Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art und wissenschaftlichen Sprachwerken	100
(4) Designrecht als besser geeignetes Schutzrecht für Gebrauchsgegenstände	102
(5) Vereinbarkeit mit europäischen Vorgaben	103
(6) Konkretisierung	104
III. Funktionalität im Markenrecht	108
1. Erfassung durch die speziellen Schutzausschlussgründe für Warenformmarken	108
a) Ausschluss für zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderliche Formen	108
aa) Bestimmung der wesentlichen Merkmale des Zeichens	108
bb) Erreichung einer technischen Wirkung	111
(1) Wirkung der Form – Form als Wirkung?	111
(2) Begriff der technischen Wirkung	113
cc) Erforderlichkeit zur Erreichung dieser technischen Wirkung	114
(1) Praktische Handhabung des Erforderlichkeitskriteriums	114
(2) Bewertung	116
dd) „Ausschließlich“ zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich	119
(1) Fehlen nicht-technischer wesentlicher Merkmale	119
(2) Anforderungen an das „zusätzliche Element“	120
b) Ausschluss für durch die Art der Ware selbst bedingte Formen	123
aa) Bisherige Handhabung des Schutzausschlussgrundes	123
bb) Die Hauck-Entscheidung des EuGH	126
cc) Präzisierung und Bewertung	127
(1) Ermittlung der wesentlichen Eigenschaften des Zeichens	127
(2) Bedingtheit durch die Art der Ware selbst als Entsprechung einer gattungstypischen Gebrauchsfunktion der Ware	128

(a) Die „Art der Ware“	128
(b) Bedingtheit durch die Art der Ware	129
(3) Ausschließlichkeit als Fehlen anderer wesentlicher Elemente	132
(a) Bejahung ausschließlicher Warenartbedingtheit	132
(b) Verneinung ausschließlicher Warenartbedingtheit	132
(c) Ausschließliche Warenartbedingtheit bei besonderer Ausgestaltung von Gattungsmerkmalen	133
(aa) Vorgaben aus der Hauck-Entscheidung	133
(bb) Bewertung	134
(cc) Zusammenfassung	136
2. Bedeutung technisch-funktioneller Merkmale bei der Feststellung der konkreten Unterscheidungskraft	137
B. Bedeutung einer innovativen Gestaltung	137
I. Innovation im Designrecht	138
1. Neuheit	138
a) Einzelvergleich	138
b) Relativ-objektiver Neuheitsbegriff	139
c) Zu vergleichende Designs	140
aa) Zu schützendes Design	140
bb) Taugliche Entgegenhaltung	142
(1) Design	142
(2) Der Öffentlichkeit zugänglich gemacht	142
(3) Kenntnismöglichkeit der relevanten Fachkreise	143
(a) Begriff der Fachkreise	144
(b) Der maßgebliche Wirtschaftszweig	145
(aa) Überblick und Meinungsstand	145
(bb) Stellungnahme	146
(cc) Weitere teleologische Erwägungen zur Bedeutung von Erzeugnisart und Erzeugnisangabe	148
(c) Möglichkeit der Kenntnisnahme im normalen Geschäftsverlauf	150
(4) Stichtag und Neuheitsschonfrist	152
d) Keine Identität der Designs	152
2. Eigenart	153
a) Grundlagen	153
b) Zu vergleichende Designs	154
c) Einzelvergleich	155
d) Der Gesamteindruck der zu vergleichenden Designs	157

aa)	Die Perspektive des informierten Benutzers	157
	(1) Benutzer des fraglichen Erzeugnisses	157
	(2) Informiertheit	159
	(3) Anwendung	161
	(a) Vergleichsmethode	161
	(b) Berücksichtigung der tatsächlich vertriebenen Erzeugnisse	163
bb)	Die Bestimmung des jeweiligen Gesamteindrucks der Vergleichsdesigns	164
e)	Berücksichtigung des Grades der Gestaltungsfreiheit	166
	aa) Grundlagen	166
	bb) Der vorhandene Formenschatz (Musterdichte)	168
	cc) Trends und Moden	171
	dd) Unerhebliche Gesichtspunkte	171
f)	Unterschiedlicher Gesamteindruck der Vergleichsdesigns	172
g)	Zusammenfassung	173
II.	Innovation im Urheberrecht	175
1.	Die Problematik der Bestimmung der richtigen Anforderungen für den Schutz von Werken der angewandten Kunst unter Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen Urheber- und Geschmacksmusterrecht	175
a)	Die Entwicklung der strengen Anforderungen für den urheberrechtlichen Schutz von Werken der angewandten Kunst	175
	aa) Die Entwicklung unter dem Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie	175
	bb) Fortentwicklung der bisherigen Rechtsprechung durch den BGH	177
b)	Die Auswirkungen der Reform des Geschmacksmusterrechts	181
	aa) Auflösung der Wesensverwandtschaft	181
	bb) Folgerungen für die urheberrechtlichen Schutzvoraussetzungen	184
	(1) Überblick	184
	(a) Absenkung der Schutzvoraussetzungen insbesondere in der neuen Rechtsprechung des BGH	184
	(b) Beibehaltung strengerer Anforderungen	186
	(2) Stellungnahme	187
	(a) Europäische Provenienz des Designrechts	187

(b) Aushöhlung des Design- beziehungsweise Geschmacksmusterschutzes?	188
(c) Gefahren durch die Kumulation von Urheber- und Designrecht	189
(d) Vergleich mit anderen Werkarten mit einem „Unterbau“	189
(e) Gebrauchszweck kein taugliches Abgrenzungskriterium	191
(3) Zusammenfassung	191
2. Der verbleibende Spielraum des nationalen Gesetzgebers und der Gerichte bei der Bestimmung der urheberrechtlichen Schwelle vor dem Hintergrund der europäischen Urheberrechtsharmonisierung	192
a) Grundlagen	192
b) Die bisherigen Maßnahmen zur Harmonisierung des Urheberrechts durch den europäischen Gesetzgeber	193
aa) Vorgaben zum Werkbegriff in bereichsspezifischen Richtlinien	193
bb) Die Informationsgesellschafts-Richtlinie	196
c) Vereinheitlichung des Werkbegriffs durch den EuGH	197
aa) Überblick	197
bb) Autonome Auslegung des Werkbegriffs durch den EuGH	199
(1) Insbesondere die Infopaq-Entscheidung	199
(2) Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH	202
(3) Zusammenfassung	204
d) Konturen des europäischen Werkbegriffs	206
aa) Unerheblichkeit der Werkart (offener Werkbegriff)	206
bb) Schöpfung als Ergebnis menschlicher Tätigkeit	207
cc) „Geistige“ Schöpfung	208
dd) Erfordernis einer wahrnehmbaren Form?	209
ee) Originalität	210
(1) Vorgaben des EuGH	210
(2) Einordnung und Bewertung	212
ff) Unzulässigkeit anderer Kriterien	215
(1) Überblick	215
(2) Einordnung der Rechtsprechung des EuGH	217
e) Kritik am einheitlichen europäischen Werkbegriff	218
aa) Konkludenter Verweis auf nationales Recht	218

bb) Der einheitliche europäische Werkbegriff als zulässige Rechtsfortbildung?	222
(1) Handeln im Rahmen der Verbandskompetenz der EU	223
(2) Handeln im Rahmen der Organkompetenz des EuGH	226
(a) Regelungslücke	226
(b) Planwidrigkeit	227
(c) Vergleichbare Interessenlage	228
cc) Zwischenergebnis und Konsequenzen	231
f) Sonderstellung der Werke der angewandten Kunst?	232
aa) Allgemeines	232
bb) Die Flos-Entscheidung des EuGH	233
cc) Bewertung	236
(1) Wortlaut und Telos der Regelung	237
(2) Insbesondere keine „Überholung“ durch die InfoRL	237
(3) Nicht nur der Gesetzgeber als Adressat der Regelung	239
(4) Keine Beschränkung auf tatsächlich geschützte Muster	239
(5) Zulässigkeit einer Mindestharmonisierung des Werkbegriffs für die betreffenden Gestaltungen	241
g) Zusammenfassung	241
3. Auslegung des UrhG	242
a) Einheit oder Relativität des Werkbegriffs	242
aa) Überblick	242
bb) Stellungnahme	243
cc) Einheitlicher Werkbegriff und Bezug zu den europäischen Vorgaben	244
b) Historische Auslegung	248
c) Bezug der Tatbestandsmerkmale des Werkbegriffs zu einer Bereicherung des Formenschatzes	249
aa) Grundlagen	249
bb) Schöpfung	250
(1) Schöpfung und Neuheitserfordernis	250
(2) Subjektiver Neuheitsbegriff des Urheberrechts	251
cc) Persönlich	253
(1) Persönlichkeit als einfache Individualität oder Eigentümlichkeit	253
(2) Untauglichkeit der bisherigen Begriffsbestimmung der Rechtsprechung	256
(3) Feststellung der „persönlichen“ Schöpfung	258

(a) Ausgrenzung der vorbekannten Gestaltungsmerkmale	258
(b) Ausreichen der eigenen Leistung für die Annahme einer „persönlichen“ Schöpfung	260
(c) Weitere Argumente zur Begründung der Schutzfähigkeit	262
III. Innovation im Markenrecht	264
1. Die Anforderungen an die konkrete Unterscheidungskraft bei Warenformmarken	264
a) Bezug des Schutzhindernisses zum Formenschatz	264
aa) Frühe Rechtsprechung zum harmonisierten Markenrecht	264
bb) Die Rechtsprechung des EuGH	265
cc) Abweichende Ansätze in der Literatur	267
b) Die Prüfung der konkreten Unterscheidungskraft von Warenformmarken	270
aa) Die Sichtweise der angesprochenen Verkehrskreise	270
bb) Funktionelle und willkürliche Merkmale	272
cc) Die Abhängigkeit der Beurteilung von der Warenart	273
(1) Erhebliche Abweichung von den vorhandenen Formen	273
(2) Gewöhnung an Warenformen als Herkunftshinweis	274
c) Zusammenfassung	275
2. Überwindung des Schutzhindernisses fehlender Unterscheidungskraft	276
a) Benutzung als Marke	277
b) Konsequenzen einer Monopolstellung des Markenanmelders	278
c) Nachweis der erlangten Unterscheidungskraft „der Marke“	280
3. Bedeutung der Beschreibungseignung im Hinblick auf den markenrechtlichen Schutz der Gestaltung von Gebrauchsgegenständen	282
a) Grundlagen	282
b) Die praktische Anwendung des Schutzhindernisses auf Warenformmarken	282
c) Bewertung	285
aa) Fälle beschreibender Angaben bei Warenformmarken	285
bb) Beschreibung der äußeren Gestaltung der Ware durch ihre Form?	286
4. Ausschluss des Markenschutzes für „zu besondere“ Gestaltungen?	288
a) Grundlagen	288

b) Meinungsstand zur Auslegung des Schutzhindernisses	288
aa) Enge Auslegung nach bislang vorherrschender Auffassung	288
bb) Die weitergehende Anwendung insbesondere in der europäischen Praxis	289
c) Bewertung	292
aa) Wortlautauslegung	292
(1) „Wert“	292
(2) Wesentlichkeit	293
(3) „Ausschließlichkeit“ und „ein“ wesentlicher Wert	295
bb) Abgrenzung des Markenrechts vom Design- und Urheberrecht	296
cc) Berücksichtigung historischer Vorbilder	299
(1) Benelux-Warenzeichenrecht	299
(2) Das Selbständigkeitserfordernis des früheren deutschen Warenzeichenrechts	301
dd) Bezug zur Herkunftsfunktion der Marke	305
(1) Originäre Unterscheidungskraft	305
(2) Durch Verkehrsdurchsetzung erworbene Unterscheidungskraft	307
(3) Herkunftsfunktion und Verhinderung einer Abnehmertäuschung	309
ee) Verhältnis der wertverleihenden Form zu warenartbedingten und technisch erforderlichen Formen	310
ff) Unzulässige „Bestrafung“ guten Designs?	311
d) Konkretisierung	312
aa) Grundsätze	312
bb) Bedeutung der Verkehrsauffassung	313
cc) Die Warenart	314
dd) Die Betrachtung der konkret beanspruchten Warenform	316
(1) Ästhetische Wirkung im Vergleich zu anderen Formen betreffender Waren	316
(a) „Künstlerischer Wert“ und Andersartigkeit	316
(b) Weitere Kriterien	319
(2) Ästhetische Wirkung im Verhältnis zu anderen Kaufanreizen	320
(a) Funktionalität des Gegenstands	320
(b) Qualität der Ware und Preis-Leistungs-Verhältnis	321
(c) Wert aufgrund der Bekanntheit der Ware	322
e) Zusammenfassung	324

f) Zusammenhang mit den anderen formbezogenen Schutzausschlussgründen	325
C. Zusammenfassung zu den Schutzvoraussetzungen	328
Kapitel 4: Schutzwirkungen	331
A. Wirkungen des designrechtlichen Schutzes	331
I. Benutzung gerade des geschützten Designs	331
1. Kein unterschiedlicher Gesamteindruck	331
a) Grundlagen	331
b) Grundsätzliche Unbeachtlichkeit der Erzeugnisart	332
c) Beziehungen zwischen Schutzvoraussetzungen und Schutzumfang	333
aa) Grundsätze	333
bb) Perspektive des informierten Benutzers	334
cc) Berücksichtigung des Grades des Gestaltungsspielraums	335
(1) Maßgeblicher Entwerfer	335
(2) Maßgeblicher Zeitpunkt	337
2. Teile- oder Elementenschutz	340
II. Relevante Benutzungshandlung	342
III. Ausnahmsweise Erfordernis einer Nachahmung	345
1. Grundlagen	345
2. Begriff und Beweis der Nachahmung	346
IV. Prüfung von Schranken des Designrechts	347
1. Überblick	347
2. Die Reparaturklausel als besonderes Problem	347
B. Wirkungen des urheberrechtlichen Schutzes	350
I. Feststellung einer Verwendung des Werkes	351
1. Unveränderte oder veränderte Übernahme	351
a) Normative Einordnung	351
b) Europarechtskonformität	353
c) Vorliegen einer Bearbeitung „des Werkes“	355
d) Unabhängige Doppelschöpfung	357
2. Die freie Benutzung als Grenze des Schutzbereichs	358
a) Grundstruktur der Regelung	358
b) Schaffung eines selbständigen Werkes	359
aa) Problematik infolge der europäischen Urheberrechtsentwicklung	359
bb) Bewertung	361
c) Schöpfung in freier Benutzung	363

II.	Prüfung der einschlägigen Verwertungsrechte	366
1.	Allgemeines	366
2.	Insbesondere das Verbreitungsrecht	367
III.	Prüfung von Schranken	370
C.	Wirkungen des markenrechtlichen Schutzes	370
I.	Die Bestimmung der maßgeblichen Zeichen und die Behandlung mehnteiliger Zeichen	371
1.	Grundlagen	371
2.	Die Bestimmung der Klagemarke	372
3.	Die Bestimmung des angegriffenen Zeichens	374
II.	Der Verwechslungsschutz	376
1.	Grundlagen	376
2.	Insbesondere der Zeichenvergleich	378
a)	Überblick	378
b)	Die Maßgeblichkeit des Gesamteindrucks	379
aa)	Behandlung der Mehrfachkennzeichnung	380
bb)	Behandlung des Kombinationszeichens	380
(1)	Prägetheorie	380
(2)	Selbständig kennzeichnende Stellung	382
(a)	Grundlagen	382
(b)	Allgemeine Voraussetzungen der Verwechslungsgefahr bei selbständig kennzeichnender Stellung	384
(c)	Kriterien für die Annahme einer selbständig kennzeichnenden Stellung	385
(d)	Weitere Prüfung	387
cc)	Normative Wertungen bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr	387
III.	Schranken des Markenrechts	390
D.	Zusammenfassung zu den Schutzwirkungen	390
Kapitel 5: Die Problematik der Schutzrechtskumulation am Beispiel des Schutzes der Gestaltung von Gebrauchsgegenständen		
		393
A.	Grundlagen	393
I.	Begriffsbestimmungen	393
II.	Grundsätzliche Zulässigkeit der Kumulation und Konsequenzen	394
III.	Einschränkungen der Kumulation durch die Schutzvoraussetzungen	396

B. Unterschiedliche Regeln zur Rechtsinhaberschaft und zur rechtsgeschäftlichen Verwertung	397
I. Grundregeln	397
1. Urheberrecht	397
2. Designrecht	397
a) Das Recht auf das Design	397
b) Situation beim nicht eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmuster	398
c) Freie Übertragbarkeit	399
3. Markenrecht	399
II. Auswirkungen bei der Kumulation von Urheber- und Designrecht	399
1. Rechtsinhaberschaft im Arbeitsverhältnis	399
2. Rechtsgeschäftliche Verwertung	403
a) Reichweite der Rechteeräumung	403
b) Berücksichtigung weiterer Unterschiede	405
3. Grundsätzlicher Vorrang des Urheberrechts	406
III. Auswirkungen bei der Kumulation von Design- und Markenrecht	407
IV. Rechtsanmeldung durch einen Nichtberechtigten	409
1. Vernichtung des fremden Rechts	409
a) Bestehen eines Urheberrechts an der Gestaltung	409
b) Kein urheberrechtlicher Schutz	410
2. Möglichkeit des Entwerfers, das Recht selbst zu erlangen	412
V. Konsequenzen unterschiedlicher Rechtsinhaberschaft	413
1. Geltendmachung des älteren Rechts als Einwendung gegen ein Vorgehen aus einem gleichartigen Schutzrecht	414
a) Markenrecht	414
b) Designrecht	418
c) Urheberrecht	421
2. Geltendmachung des Benutzungsrechts als Einwendung gegen ein Vorgehen aus andersartigen Schutzrechten	422
a) Gegenüber marken- und designrechtlichen Ansprüchen	422
b) Gegenüber urheberrechtlichen Ansprüchen	423
C. Unterschiede im Hinblick auf die Rechtsdurchsetzung	424
I. Unterschiedlicher Schutzzumfang der jeweiligen Rechte	424
II. Die Problematik unterschiedlicher Beschränkungen der Schutzrechte	425
1. Die einschlägige Rechtsprechung des EuGH	425
2. Verallgemeinerungsfähigkeit	427
a) Grundlagen	427
b) „Unberührtheitsklauseln“	429

c) Abschließende Schrankenkataloge und höherrangiges Recht	430
d) Schrankenübertragung im Mehrebenensystem	433
e) Zusammenfassung	435
3. Potentiell relevante Einzelfälle	435
a) Bedürfnis nach urheberrechtlichen Schranken im Designrecht	435
aa) Vermeidung von Wertungswidersprüchen aufgrund der Einschränkungen des designrechtlichen Benutzungsbegriffs	435
(1) Unwesentliches Beiwerk	435
(2) Berichterstattung über Tagesereignisse	436
(3) Panoramafreiheit	437
bb) Das designrechtliche Zitatrecht als weitere Möglichkeit der Freistellung relevanter Handlungen	438
cc) Erschöpfung im Designrecht	441
b) Bedürfnis nach designrechtlichen Schranken im Urheberrecht	443
c) Bedürfnis nach designrechtrechtlichen Schranken im Markenrecht	443
aa) Reparaturklausel	444
bb) Vorbenutzungsrecht	444
d) Bedürfnis nach markenrechtlichen Schranken im Designrecht	446
e) Zusammenfassung	448
III. Schutzrechtskumulation als prozessuales Problem	448
D. Zusammenfassung	451
 Kapitel 6: Fazit und Ausblick	 453
 Literaturverzeichnis	 457
 Sachregister	 507

Kapitel 1

Einleitung und Gang der Untersuchung

„Alles ist Design“

So lautete der Untertitel einer im Jahre 2016 in der Bundeskunsthalle in Bonn gezeigten Ausstellung zur Entwurfstätigkeit am Bauhaus.¹ Tatsächlich nimmt die Bedeutung von „Design“ – verstanden als die äußere Gestaltung von Gegenständen, die zum Gebrauch bestimmt sind² – immer weiter zu:³ „Design betrifft heute jeden von uns, ob wir eine Spülmaschine einräumen, einen Müsliriegel essen oder Spiegel online lesen.“⁴

Kaum ein Produktbereich existiert, in dem eine ansprechende Gestaltung keine Bedeutung hätte und dies spiegelt sich in der Rechtspraxis wider. Ein rechtlicher Schutz für die äußere Gestaltung von Gebrauchsgegenständen wird längst nicht mehr nur für die „typischen“ Designartikel wie Kleidung,⁵ Taschen,⁶ Möbel,⁷

¹ Vgl. *Kries/Wolfs*, in: *das bauhaus – #allesistdesign* (Ausstellungskatalog), S. 5: „Alles ist heute Design. Nicht mehr nur die Gestaltung eines Industrieprodukts, sondern auch die Gestaltung digitaler Oberflächen, die Organisation gesellschaftlicher Teilhabe, von ästhetischen Codes, die Gestaltung von Körpern und Lebensmodellen.“

² Vgl. insoweit *Friedrich*, in: *Wörterbuch Design*, Stichwort Gebrauch, S. 167: „Von einem Benutzer gebraucht zu werden ist gleichsam der Zweck des Designs“; ferner *B. Schneider*, S. 197: „Design ist die planvoll-kreative Visualisierung der Handlungsprozesse und Botschaften von verschiedenen gesellschaftlichen AkteurInnen und die planvoll-kreative Visualisierung der verschiedenen Funktionen von Gebrauchsgegenständen und ihre Ausrichtung auf die Bedürfnisse der NutzerInnen oder auf die Wirkung bei den RezipientInnen“. Freilich kann der Begriff des Designs weitergehend verwendet werden, etwa das Kommunikations- und Grafikdesign oder das Corporate Design betreffen oder möglicherweise auch schon mit einer qualitativen Bewertung verbunden sein (s. zur Vielfältigkeit des Begriffs „Design“ etwa *Erlhoff/Marshall*, in: *Wörterbuch Design*, Stichwort Design, S. 87 ff.; *Kries/Wolfs*, in: *das bauhaus – #allesistdesign* (Ausstellungskatalog), S. 5).

³ Zur Entwicklung der Bedeutung der Produktgestaltung s. etwa *Erlhoff/Marshall*, in: *Wörterbuch Design*, Stichwort Design, S. 88 ff.; *Kries*, S. 12 ff.; *Peifer*, Urheberrecht, S. 1 ff.

⁴ *Kries*, S. 12.

⁵ BGH GRUR 1998, 477 – Trachtenjanker; GRUR 1984, 453 – Hemdblusenkleid.

⁶ EuG v. 10.09.2015, Rs. T-525/13, EU:T:2015:617 – H&M/HABM.

⁷ BGH GRUR 2016, 490 – Marcel-Breuer-Möbel II; GRUR 1987, 903 – Le Corbusier-Möbel; GRUR 1981, 820 – Stahlrohrstuhl II.

Geschirr⁸ oder sonstige Einrichtungsgegenstände⁹ beansprucht, sondern etwa auch für Kinderwagen,¹⁰ Küchenutensilien,¹¹ Abdeckungen für Flüssigkeitsabläufe¹² oder auch Saunakabinen¹³ sowie insbesondere für technische Geräte, angefangen bei Lautsprechern,¹⁴ über Tablet-Computer,¹⁵ Kommunikationseinheiten,¹⁶ bis hin zu Verbrennungsmotoren¹⁷ und sogenannten Zentrierstiften¹⁸. Selbst für das Aussehen von Urnen wird Schutz begehrt.¹⁹ Dieser praktischen Bedeutung des rechtlichen Schutzes der Gestaltung von Gebrauchsgegenständen entspricht es, dass einschlägige Streitfälle immer wieder auch zu grundlegenden höchstrichterlichen Entscheidungen führen. Speziell mit Blick auf die letzten Jahre²⁰ ist schon deshalb eine umfassende Aufarbeitung der rechtlichen Möglichkeiten zum Schutz von Design notwendig geworden.²¹ Auch in dogmatischer Hinsicht wirft gerade dieser Bereich interessante Fragen auf, zumal hier in besonderem Maße traditionelle Vorstellungen des nationalen Rechts und immer weiterreichende europäische Vorgaben aufeinandertreffen. Insoweit spielen sehr grundlegende Probleme, etwa hinsichtlich der Reichweite einer europäischen Rechtsangleichung und der Auslegungskompetenz des EuGH, eine Rolle.

⁸ EuG v. 23.10.2013, Rs. T-566/11 u. T-567/11, EU:T:2013:549 – Viejo Valle/HABM.

⁹ EuG v. 28.09.2017, Rs. T-779/16, EU:T:2017:674 – Rühland/EUIPO; KG GRUR 2006, 53 – Bauhaus-Glasleuchte II; OLG Düsseldorf GRUR 1993, 903 – Bauhaus-Leuchte.

¹⁰ BGH GRUR 2013, 285 – Kinderwagen II; GRUR 2012, 512 – Kinderwagen I.

¹¹ OLG München ZUM 2011, 170 – Eierkocher.

¹² EuGH v. 21.09.2017, Rs. C-361/15 u. C-405/15, EU:C:2017:720 – Easy Sanitary Solutions/Group Nivelles.

¹³ EuG v. 13.12.2017, Rs. T-114/16, EU:T:2017:889 – Delfin Wellness/EUIPO.

¹⁴ EuG v. 06.10.2011, Rs. T-508/08, EU:T:2011:575 – Bang & Olufsen/HABM.

¹⁵ OLG Düsseldorf GRUR-RR 2012, 200 – Tablet PC.

¹⁶ EuG v. 22.06.2010, Rs. T-158/08, EU:T:2010:248 – Shenzhen Taiden/HABM.

¹⁷ EuG v. 09.09.2011, Rs. T-11/08, EU:T:2011:447 – Kwang Yang Motor/HABM.

¹⁸ OLG Düsseldorf GRUR-RR 2016, 445 – Zentrierstifte.

¹⁹ OLG Köln WRP 2015, 637 – Designer-Urne.

²⁰ Im Hinblick auf das Urheberrecht ist auf BGH GRUR 2014, 175 – Geburtstagszug sowie die Rechtsprechung des EuGH zum urheberrechtlichen Werkbegriff hinzuweisen; im Markenrecht ist die Entscheidung des EuGH v. 18.09.2014, Rs. C-205/13, EU:C:2014:2233 – Hauck hervorzuheben. Auch wird das europarechtlich harmonisierte Design- beziehungsweise Geschmacksmusterrecht zunehmend durch die Rechtsprechung von BGH und EuGH konturiert, zuletzt hatte die Entscheidung des EuGH v. 08.03.2018, Rs. C-395/16, EU:C:2018:172 – DOCERAM Bedeutung.

²¹ Die vorhandenen Arbeiten, die die Schutzmöglichkeiten umfassend behandeln (insb. *Gottschalk*, Der Schutz des Designs nach deutschem und europäischem Recht, 2004; *Koschtial*, Die Einordnung des Designschutzes in das Geschmacksmuster-, Urheber-, Marken- und Patentrecht, 2003; *Mahr*, Designschutz, 2009) tragen gerade den neueren Entwicklungen nicht Rechnung.

Die rechtliche Problematik der korrekten Erfassung des Schutzes der Gestaltung von Gebrauchsgegenständen²² resultiert vor allem aus der Multifunktionalität²³ des Designs. So geht es im modernen Produktdesign nicht allein darum, einen ansprechenden Gegenstand zu schaffen, der sich vom vorhandenen Angebot abhebt und daher Begehrlichkeiten weckt; zentral ist darüber hinaus insbesondere auch das Bemühen um eine Erhöhung der Gebrauchstauglichkeit beziehungsweise der Funktionalität des jeweiligen Gegenstandes.²⁴ Diesbezüglich wird etwa formuliert: „Was brauchen wir heute? Wir brauchen ein Design, das uns wegführt von der äußeren Erscheinung und sich auf die Handlungen der Menschen und ihre Bedürfnisse konzentriert, die diesem zugrunde liegen. Brauchen wir weiterhin schöne Dinge? Natürlich. Aber das ist nur ein Aspekt von vielen, die zu berücksichtigen sind.“²⁵

Im Hinblick auf die Produktfunktionalität wäre tatsächlich eine Anwendung der technischen Schutzrechte – Patent und Gebrauchsmuster – zu erwägen. Diese dienen dem Schutz einer technischen Lehre, dies allerdings unabhängig davon, in welcher Verkörperung beziehungsweise Gestaltung sie übernommen wird.²⁶ Da es in der vorliegenden Arbeit speziell um den Schutz der äußeren Gestaltung von Gebrauchsgegenständen gehen soll, bleiben daher die technischen Schutzrechte außer Betracht, soweit nicht deren Wertungen Auswirkungen auf die anderen Schutzrechte haben. Für einen Schutz speziell des Aussehens von Gebrauchsgegenständen sind im Wesentlichen drei Schutzrechte in Betracht zu ziehen: Das Design- beziehungsweise Geschmacksmusterrecht, das Urheberrecht und das Markenrecht. Geht es dabei aber in Abgrenzung zu den technischen

²² Vgl. insoweit auch die – international höchst unterschiedlich geregelten – Fragen, die bei Wilkof/Basheer/Ricketson/Suthersanen, Rn. 8.06 aufgeworfen werden.

²³ S. insb. B. Schneider, S. 198 f., wo auch noch eine symbolische Funktion genannt wird, da man durch die Wahl von Gegenständen auch Auskunft über seinen Lebensstil und seine Lebensauffassung geben könne, was für die rechtliche Erfassung aber unerheblich ist.

²⁴ Vgl. insb. die ersten drei Thesen zum guten Design von Dieter Rams (zitiert aus Lovell, S. 354): Gutes Design sei innovativ, es mache ein Produkt brauchbar und es sei ästhetisch; s. ferner etwa B. Schneider, S. 198 (praktisch-technische und ästhetische Funktionen von Design); s. auch sehr differenziert Spitz, in: Wörterbuch Design, Stichwort Funktion, S. 184 ff. Aus rechtlicher Perspektive Lubberger, FS Erdmann, 145, 147 (sehr treffend die Einschätzung, Design stehe „zwischen den Stühlen“); Peifer, Urheberrecht, S. 4 ff.; Quaedvlieg, in Research Handbook on the Future of EU Copyright, 480, 494; ferner die allgemeinen Erläuterungen zum Vorschlag für die Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung (KOM (93) 342 endg., Anm. 1.4).

²⁵ Norman, bauhaus now #1, 18, 19. Ähnlich das Zitat des Designers Dieter Rams: „Gleichgültigkeit gegenüber den Menschen und der Wirklichkeit, in der sie leben, ist die einzig wirkliche Todsünde beim Design.“ (zitiert aus Lovell, S. 6).

²⁶ Besonders anschaulich dazu Meineke, S. 31 ff. Aus diesem Grunde beschränken auch Zeichnungen oder Anwendungsbeispiele den Schutzzumfang eines technischen Schutzrechts nicht (s. etwa Benkard/Scharen, § 14 Rn. 29 f.).

Schutzrechten jeweils allein um das „Schöne“ an der Form, den Schutz einer ästhetischen Wirkung²⁷? Jedenfalls die moderne Bezeichnung des deutschen DesignG – die einschlägigen europäischen Vorschriften sprechen noch vom Geschmacksmuster – legt es nahe, dass der Gesetzgeber speziell hier den Spezifika des Produktdesigns Rechnung getragen haben könnte. Kann aber ein ansprechend gestalteter Gebrauchsgegenstand auch als ein urheberrechtliches Werk der Kunst im Sinne von § 1 UrhG geschützt werden, selbst wenn er nicht allein ästhetischen Ansprüchen, sondern auch funktionalen Notwendigkeiten genügen soll?²⁸ Die auch in tatsächlicher Hinsicht zweifelhafte Frage, ob Design oder Produktgestaltung Kunst sein kann,²⁹ spiegelt sich insoweit auch auf rechtlicher Ebene wider. Darüber hinaus stellt sich schließlich die Frage, wodurch sich ein Gebrauchsgegenstand auszeichnen muss, um eine Marke, also ein Produktkennzeichen, sein zu können und damit potentiell ohne zeitliche Begrenzung geschützt zu sein.

Eine übergreifende Beschäftigung mit den verschiedenen Schutzmöglichkeiten erscheint vor allem deshalb angezeigt, weil diese nicht ohne Zusammenhang nebeneinander stehen, sondern sich in verschiedenerlei Hinsicht gegenseitig beeinflussen können. Insbesondere können die Wertungen aus dem Bereich des einen Schutzrechts die Versagung eines anderweitigen Schutzes gebieten. Auf einer Analyse der diesbezüglichen Regelungen soll ein besonderer Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit liegen. Die Darstellung der verschiedenen Schutzrechte folgt dabei der angesprochenen Problematik der Erfassung des Produktdesigns. Nach einem Überblick über die jeweiligen Besonderheiten und Voraussetzungen der Schutzrechte³⁰ sollen diese Voraussetzungen speziell im Hinblick auf den Schutz der Gestaltung von Gebrauchsgegenständen untersucht werden. Daher wird zunächst geprüft, inwieweit sich der Umstand auswirkt, dass ein Gegenstand jedenfalls auch mit Blick auf die Erhöhung seiner Gebrauchstauglichkeit gestaltet wurde.³¹ Kann es einem „Gestaltungsschutz“ insoweit entgegenstehen, dass auch die technischen Schutzrechte möglicherweise anwendbar wären? Da bereits damit der Konflikt zwischen funktioneller und ästhetischer Gestaltung behandelt ist, erübrigt sich eine eigenständige Auseinandersetzung mit der Frage

²⁷ Zur ästhetischen Funktion des Designs und auch der Problematik der Begriff des Ästhetischen speziell für Gebrauchsgegenstände s. B. *Schneider*, S. 198 und näher *Wagner*, in: Wörterbuch Design, Stichwort Ästhetik, S. 22 ff.

²⁸ Zur prima facie bestehenden Unvereinbarkeit von Kunst als „Empfindung“ und Design als Verkaufshilfe s. *Peifer*, Urheberrecht, S. 7.

²⁹ S. insb. zum Bauhaus *Norman*, bauhaus now #1, 18, 19; ferner die Einschätzung bei *Weidmann*, S. 20: „Design ist die Kunst des 20. Jahrhunderts.“

³⁰ Kapitel 2.

³¹ Kapitel 3 A.

etwa einer „hinreichend ästhetischen“ Gestaltung. Vielmehr muss es anschließend um den Aspekt gehen, ob der Schutz gewissermaßen eine Innovation voraussetzt.³² In der Tat wird nämlich für jede der zu behandelnden Schutzmöglichkeiten – wenn auch in unterschiedlicher Weise – die Frage relevant, ob und inwieweit sich die zu schützende Gestaltung von denjenigen Gestaltungen abheben muss, die bereits bekannt sind. Muss dieser „Formenschatz“ in beachtenswerter Weise bereichert werden, um die Zuerkennung eines Schutzrechtes zu rechtfertigen? Kann es andererseits sogar so liegen, dass die Gestaltung „zu besonders“ ist, um dauerhaft nur einer einzigen Person oder einem einzigen Unternehmen zugewiesen zu werden?³³

Widersprüche können auch und insbesondere dann auftreten, wenn letztlich mehrere Schutzrechte an derselben Gestaltung bestehen, aber unterschiedliche Rechtsfolgen herbeiführen. Daher sollen anschließend die Wirkungen des jeweiligen Schutzes beziehungsweise die Reichweite der Verbotsmöglichkeiten des Rechtsinhabers untersucht werden.³⁴ Daran anschließend werden die potentiellen Widersprüche im Hinblick auf die Rechtsfolgen eines solchen Mehrfachschutzes beziehungsweise einer Schutzrechtskumulation behandelt.³⁵ Der Schutz der Gestaltung von Gebrauchsgegenständen steht insoweit nämlich auch Pate für die zunehmende Tendenz, immer mehr Leistungen zu schützen und dadurch Überschneidungen von Schutzrechten zu provozieren.³⁶

Im vorliegenden Zusammenhang ist noch zu bedenken, dass eine Produktgestaltung nicht nur aufgrund eines absoluten Rechts geschützt sein kann. Der Hersteller eines hinreichend besonderen Produkts hat auch die Möglichkeit, wettbewerbsrechtlich, vor allem gestützt auf § 4 Nr. 3 UWG, die Regelung zum sogenannten ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz, gegen die Übernahme „seiner“ Produktgestaltung durch andere vorzugehen. Dieser Schutz wird allerdings nicht durch die Zuerkennung eines Ausschließlichkeitsrechts vermittelt, sodass er hier nicht näher untersucht wird.³⁷ Er setzt auch nicht allein die Übernahme einer fremden Leistung voraus, vielmehr ist der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz davon abhängig, dass besondere Umstände vorliegen, die die Leistungsübernahme als unlauter erscheinen lassen.³⁸ Auch der BGH hat

³² Kapitel 3 B. Vgl. hier auch die – teilweise aber auch auf die Funktionalität bezogene – Forderung von *Dieter Rams*: „Gutes Design ist innovativ“ (zitiert aus *Lovell*, S. 354).

³³ Anschaulich ist die Frage im Titel bei *Kur*, MPI Research Paper No. 11–16: „Too pretty to protect?“.

³⁴ Kapitel 4.

³⁵ Kapitel 5, dort auch zur Abgrenzung dieser Phänomene.

³⁶ Allgemein zu deren zunehmender Bedeutung *Geier*, S. 2 f.; *Schweppe*, Rn. 230.

³⁷ Zum wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz speziell im Kontext des Designschutzes ausführlich *Eichmann/Kur/Lubberger*, § 6.

³⁸ S. etwa *Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler*, § 4 Rn. 3.40; *Harte/Henning/Sambuc*, § 4

diesen Grundsatz jüngst noch einmal hervorgehoben und früheren Ansätzen, durch die auch wettbewerbsrechtlich ein Schutz gegen die Übernahme einer Gestaltung an sich erzielt werden sollte,³⁹ eine deutliche Absage erteilt.⁴⁰ Trotz verbleibender Widersprüchlichkeiten zwischen dem wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz und dem immaterialgüterrechtlichen Schutz,⁴¹ ist diese Entwicklung zu begrüßen, da sie die unterschiedlichen Schutzrichtungen der jeweiligen Regelungsbereiche deutlich macht.

Nr. 3 Rn. 19 f.; MünchKomm-UWG/*Wiebe*, § 4 Nr. 9 Rn. 115 ff.; *Wille*, FS BÜscher, 411, 412 f. Neuerdings wird sogar gefordert, auf die ungeschriebene Voraussetzung der wettbewerbslichen Eigenart zu verzichten und nur die gesetzlichen (Unlauterkeits-)Tatbestände zu prüfen (*Sack*, FS BÜscher, 359, 362 ff.).

³⁹ Die Modeneuheiten-Rechtsprechung (BGH GRUR 1998, 477, 479 f. – Trachtenjanker; GRUR 1984, 453, 453 f. – Hemdblusenkleid; GRUR 1973, 478, 480 – Modeneuheit; hier nun eine Schutzlücke befürchtend *Sack*, FS BÜscher, 359, 369 f.) und die Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Serie (BGH GRUR 2005, 349, 352 – Klemmbausteine III (mit Einschränkungen); GRUR 2000, 521, 525 – Modulgerüst; GRUR 1992, 619, 620 – Klemmbausteine II; GRUR 1964, 621, 624 f. – Klemmbausteine I).

⁴⁰ BGH GRUR 2017, 79, 89 – Segmentstruktur: „Für den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz gegen die Nachahmung eines wettbewerbslich eigenartigen Produkts ist stets ein unlauteres Verhalten des Mitbewerbers erforderlich. Einen allgemeinen Schutz von Innovationen gegen Nachahmungen sieht das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nicht vor. Hinzukommen muss vielmehr ein lauterkeitsrechtlich missbilligtes Verhalten gem. § 4 Nr. 3 oder Nr. 4 UWG. Anspruchs begründend sind in diesen Fällen nicht allein die Übernahme eines fremden Leistungsergebnisses und die damit einhergehende Beeinträchtigung der Möglichkeit des Herstellers des nachgeahmten Erzeugnisses, die Entwicklungs- und Markterschließungskosten sowie einen angemessenen Gewinn zu erwirtschaften. Voraussetzung des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes sind vielmehr neben der Nachahmung eines wettbewerbslich eigenartigen Produkts ein unlauteres Verhalten des Mitbewerbers und damit besondere Begleitumstände, die außerhalb des sondergesetzlichen Tatbestands liegen...“. Die Frage, ob aufgrund der Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG ein unmittelbarer Leistungsschutz gewährt werden könne, wurde offengelassen (wie bereits in BGH GRUR 2016, 725, 728 – Pippi-Langstrumpfkostüm II; GRUR 2011, 436, 437 – Hartplatzhelden.de).

⁴¹ Hauptsächlich wäre zu fragen, ob nicht die markenrechtlichen Grundsätze zur Behandlung technisch-funktioneller Merkmale auch beim wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz Beachtung finden müssten (so insb. *Ullmann*, FS Fezer, 195, 201 ff.; a.A. aber die ständige Rechtsprechung des BGH, aus jüngerer Zeit etwa BGH WRP 2018, 332, 333 – Handfugenspistole; GRUR 2017, 1135, 1137 – Leuchtkugeln; GRUR 2017, 734, 736 – Bodendübel; GRUR 2015, 909, 912 – Exzenterzähne; gegen einen Wertungswiderspruch auch *Büscher*, GRUR 2018, 1, 2 f.; *Wille*, FS BÜscher, 411, 415 ff.).

Kapitel 2

Begründung des Schutzes und Überblick über die Schutzrechte

A. Designrecht

Fragt man nach dem immaterialgüterrechtlichen Schutz des Designs beziehungsweise der Gestaltung von Gebrauchsgegenständen, fällt der Blick zunächst auf das Design- beziehungsweise Geschmacksmusterrecht, welches hier – zumindest nach seiner Bezeichnung – primär einschlägig zu sein scheint.¹

I. Grundlagen des Designschutzes

1. Historische Entwicklung und Rechtsgrundlagen

a) Das deutsche GeschmMG von 1876

In Deutschland trat am 11.01.1876 das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen (im Folgenden GeschmMG-1876) in Kraft.² Es gab dem „Urheber“ das Recht, ein gewerbliches Muster oder Modell ganz oder teilweise nachzubilden, wobei als Muster oder Modell nur neue und eigentümliche Erzeugnisse geschützt werden konnten und der Schutz nur durch Anmeldung zur Eintragung ins Musterregister zu erlangen war. Wie der Titel des Gesetzes und die Verwendung des Begriffs des Urhebers belegen, wurde das Geschmacksmusterrecht als Unterfall des Urheberrechts angesehen,³ wies aber auch Gemeinsamkeiten mit den technischen Schutzrechten auf, etwa bei der Notwendigkeit gewerblicher Verwertbarkeit, beim Anmeldeerfordernis, bei der maximalen Schutzdauer von 20 Jahren oder beim objektiven Neuheitsbegriff.⁴ Man sprach auch

¹ Vgl. auch Stöckel/Lüken, S. 560; *Mahr*, S. 55; *Ohly*, GRUR 2007, 731, 731.

² Zur Entwicklung vor und nach Inkrafttreten s. *Gerstenberg*, FS GRUR, 691 ff. sowie ausführlich zur vorangegangenen Diskussion um einen Musterschutz *Breimesser*, S. 19 ff. u. 179 ff.

³ *Furler/Bauer*, § 1 Rn. 63; *Furler*, GRUR 1956, 49, 49; im Einzelnen unten Kap. 3 B. II. 1. a).

⁴ *Eichmann/von Falckenstein/Eichmann*², Allgemeines Rn. 11; *Ulmer*, S. 21; *Veelken*, ZVglRWiss 99 (1998), 313, 335 f.; zum objektiven Neuheitsbegriff s. zunächst nur BGH GRUR 1969, 90, 94 – Rüschenhaube.

von einem „Zwitter zwischen Urheberrecht und technischen Schutzrechten“.⁵ Jedenfalls wurde das Geschmacksmusterrecht den gewerblichen Schutzrechten zugerechnet.⁶

b) Europarechtliche Einflüsse

Bereits 1959 wurde von europäischer Seite eine Arbeitsgruppe für den Mustersektor eingesetzt, die aber zunächst davon ausging, eine Harmonisierung des Musterrechts komme aufgrund der Verschiedenartigkeit der mitgliedstaatlichen Regeln⁷ nicht in Betracht.⁸ Nachdem aber der EuGH wiederholt festgestellt hatte, dass sich Voraussetzungen und Modalitäten des Schutzes von Mustern und Modellen nach dem aktuellen Stand des Gemeinschaftsrechts nach nationalem Recht bestimmten,⁹ geriet das Geschmacksmusterrecht wieder stärker in den Blick der EU.¹⁰ Im Juli 1990 wurde vom Max-Planck-Institut ein Verordnungsvorschlag präsentiert¹¹ und im Juni 1991 legte die Kommission das „Grünbuch über den rechtlichen Schutz gewerblicher Muster und Modelle“¹² als Grundlage des weiteren Gesetzgebungsverfahrens vor, welches Vorschläge für eine Verordnung über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster und eine Richtlinie zur Angleichung der musterrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten¹³ enthielt und dem MPI-Entwurf ähnlich sein sollte.¹⁴

Am 13.10.1998 wurde zunächst die Richtlinie zur Harmonisierung der nationalen Geschmacksmusterrechte¹⁵ (im Folgenden GRL) verabschiedet, die auf eine Harmonisierung der materiell-rechtlichen Bestimmungen der mitgliedstaatlichen Musterrechte zielt, die Regelung von Sanktionen und Rechtsbehelfen so-

⁵ Eichmann/von Falckenstein/*Eichmann*², Allgemeines Rn. 11.

⁶ Furler/*Bauer*, § 1 Rn. 64; Furler/*Loschelder*, Einleitung, S. 12 f.; *Ulmer*, S. 21.

⁷ S. zur Rechtslage in verschiedenen Mitgliedstaaten etwa das Grünbuch über den rechtlichen Schutz gewerblicher Muster und Modelle, KOM Dok. III/F/5131/91-DE, 2.3. (im Folgenden: Geschmacksmuster-Grünbuch); Busche/*Stoll/Wiebe/Peter*, Vor Art. 25 Rn. 12 ff.; *P. Schramm*, S. 51 ff.; *Stelzenmüller*, S. 41; *Zwanzger*, S. 9 f.

⁸ S. dazu Geschmacksmuster-Grünbuch, 1.2.; *Lorenzen*, S. 89.

⁹ Allgemein EuGH v. 14.09.1982, Rs. C-144/81, EU:C:1982:289, Rn. 18 – Keurkoop/Nancy Kean Gifts und speziell zu Kraftfahrzeug-Ersatzteilen EuGH v. 05.10.1988, Rs. C-238/87, EU:C:1988:477, Rn. 7 – Volvo Veng; EuGH v. 05.10.1988, Rs. C-53/87, EU:C:1988:472, Rn. 10 – CIRCA u. a./Renault.

¹⁰ Vgl. die Bezugnahme auf die Entscheidungen im Geschmacksmuster-Grünbuch, 1.8.

¹¹ Abgedruckt bei *Ritscher*, GRUR Int. 1990, 559, 566 ff. (im Folgenden: MPI-Entwurf).

¹² KOM Dok. III/F/5131/91-DE; zur nachfolgenden Anhörung der interessierten Kreise s. den Bericht von *Kur*, GRUR Int. 1992, 527 ff.

¹³ Geschmacksmuster-Grünbuch, Anh. 1 u. Anh. 2.

¹⁴ So ausdrücklich Geschmacksmuster-Grünbuch, 5.2.5.; *P. Schramm*, S. 84; *Zwanzger*, S. 13.

¹⁵ Richtlinie 98/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.1998 zur Harmonisierung der nationalen Geschmacksmusterrechte, ABl. Nr. L 289 vom 28.10.1998, S. 28.

wie des Verfahrensrechts aber den Mitgliedstaaten überlässt.¹⁶ Die Verordnung über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster¹⁷ (im Folgenden GGV) wurde am 12.12.2001 verabschiedet. Die Besonderheit des Gemeinschaftsgeschmacksmusters besteht darin, dass es sich um ein einheitliches Schutzrecht mit derselben Wirkung in der gesamten Union handelt, Art. 1 Abs. 3 S. 1, 2 GGV, das – vorbehaltlich anderer Bestimmungen der GGV, Art. 1 Abs. 3 S. 4 GGV¹⁸ – ausschließlich dem Gemeinschaftsrecht unterliegt.¹⁹ Es handelt sich also gerade nicht um ein Bündel nationaler Schutzrechte.²⁰ Die Verordnung führt neben dem eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmuster als Registerrecht das nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster ein, das ohne Eintragung infolge einer öffentlichen Zugänglichmachung geschützt wird. Dieses soll den Bedürfnissen von Wirtschaftszweigen – insbesondere der Modebranche²¹ – gerecht werden, deren Erzeugnisse nur eine kurze Lebensdauer haben, für die sich eine Eintragung nicht lohnt, beziehungsweise für die aufgrund der großen Anzahl entworfenen Muster durch eine Anmeldung ganz erhebliche Kosten entstehen würden.²²

Da sich die GRL und die GGV im Hinblick auf die Voraussetzungen und Wirkungen des Schutzes inhaltlich entsprechen²³ und sie vom selben Normgeber stammen, ist davon auszugehen, dass sie insoweit einheitlich auszulegen sind.²⁴ Hierfür spricht auch Erwägungsgrund 9 der GGV. Die Konsequenz daraus ist, dass das deutsche DesignG hinsichtlich dieser Bestimmungen mittelbar auch anhand der GGV auszulegen ist.²⁵

c) Weitere Entwicklung in Deutschland

Die GRL wurde in Deutschland verspätet mit dem Gesetz über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen (im Folgenden GeschmMG-2004) umgesetzt, das am 01.06.2004 in Kraft trat. Der Gesetzgeber wollte in diesem Zuge ein eigenständiges gewerbliches Schutzrecht schaffen und die historisch bedingte

¹⁶ Erwägungsgründe 5 S. 3 u. 6 zur GRL.

¹⁷ Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12.12.2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl. Nr. L 3 vom 05.01.2002, S. 1.

¹⁸ Vgl. dazu Ruhl/Tolkmitt/Ruhl, Art. 1 Rn. 9 ff.

¹⁹ Vgl. auch Geschmacksmuster-Grünbuch, 5.2.1.; Buchmüller, S. 3 f.

²⁰ S. nur Ruhl/Tolkmitt/Ruhl, Art. 1 Rn. 4.

²¹ Vgl. insoweit insb. Kirchner/Kirchner-Freis/Kühne, S. 7.

²² Vgl. Geschmacksmuster-Grünbuch, 4.3.4. f.; vgl. auch die Begründung zum MPI-Entwurf, abgedruckt bei Ritscher, GRUR Int. 1990, 559, 576 f.; ferner Eckert, S. 27 f.; Gottschalk/Gottschalk, GRUR Int. 2006, 461, 461 f.

²³ Götting, § 38 Rn. 3; Nirk/Rörig, FS Mailänder, 161, 164; Stelzenmüller, S. 48.

²⁴ So auch Christof, S. 20; Lazaridis, GB 2012, 1, 5.

²⁵ Ähnlich Rehmann, Rn. 5; für eine möglich einheitliche Rechtslage hatte sich auch der deutsche Gesetzgeber ausgesprochen: BT-Drucks. 15/1075, S. 27.

enge Verbindung zum Urheberrecht auflösen.²⁶ Zum 01.01.2014 wurde das GeschmMG durch das Gesetz über den rechtlichen Schutz von Design (DesignG)²⁷ abgelöst. Von Bedeutung ist die damit verbundene Veränderung des Namens des Schutzrechts, das nun „eingetragenes Design“ heißt. Die Bezeichnung als „Geschmacksmuster“ galt als außerhalb von Fachkreisen nicht verständlich,²⁸ nicht mehr zeitgemäß²⁹ oder gar „altbacken“³⁰. Ob dies ein ausreichender Grund ist, um die traditionelle Bezeichnung des Geschmacksmusters aufzugeben, kann dahinstehen. Zumindest wird die Rechtslage insofern nicht klarer, sondern eher verwirrender,³¹ als die Übersetzungen der Geschmacksmusterrichtlinie und Geschmacksmusterverordnung nicht angepasst wurden, sodass sich nun begrifflich das nationale eingetragene Design, dessen Regelungen auf der GRL basieren, und das europäische Gemeinschaftsgeschmacksmuster gegenüberstehen. Inhaltlich haben sich die wesentlichen materiellen Regelungen im Vergleich zum GeschmMG-2004 nicht geändert. Entscheidend waren vielmehr verfahrensrechtliche Änderungen, namentlich wurden die Konsequenzen des Fehlens der Erzeugnisangabe in der Anmeldung abgemildert,³² die Klassenbindung bei Sammelanmeldungen abgeschafft³³ und ein Nichtigkeitsverfahren vor dem DPMA eingeführt.³⁴ Weitere – für die hiesige Untersuchung aber unerhebliche – Änderungen erfolgten im Jahre 2016³⁵.

2. Schutzzweck

Ziel des Geschmacksmusterschutzes ist es ausweislich des siebten Erwägungsgrundes zur GGV, den Beitrag einzelner Entwerfer zur Gesamtleistung der Gemeinschaft auf dem Gebiet gewerblicher Geschmacksmuster zu fördern und zur Innovation und zur Entwicklung neuer Erzeugnisse sowie zu Investitionen für

²⁶ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 15/1075, S. 29.

²⁷ Bekanntmachung vom 24.02.2014 (BGBl. I, S. 122).

²⁸ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 17/13428, S. 21 f. u. 27; Kühne, in: Autorecht 2014, 121, 122; Rehmann, GRUR-Prax 2013, 215, 215; Schricker/Haug, NJW 2014, 726, 726 f.; anders noch Peifer, Individualität, S. 367. Auch bei der Reform 2004 wurde die Umbenennung in Designgesetz erwogen, aber letztlich verworfen (BT-Drucks. 15/1075, S. 29).

²⁹ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 17/13428, S. 21 f.; GRUR-Stellungnahme, GRUR 2013, 478, 478 f.; s. auch Kappl, GRUR 2014, 326, 326; Voß, S. 137.

³⁰ Ohly, GRUR 2007, 731, 731.

³¹ So auch Beyerlein, Mitt. 2014, 114, 114 m. Fn. 4; Günther/Beyerlein/Beyerlein, § 1 Rn. 3.

³² S. hierzu etwa Rehmann, GRUR-Prax 2013, 215, 215.

³³ Dazu Kühne, in: Autorecht 2014, 121, 124 f.; Rehmann, Rn. 3.

³⁴ Dazu insb. Ortlieb, GRUR-Prax 2018, 113 ff.; ferner Kühne, in: Autorecht 2014, 121, 123 ff.

³⁵ Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Designgesetzes und weiterer Vorschriften des gewerblichen Rechtsschutzes vom 04.04.2016 (BGBl. I, S. 558).

ihre Herstellung zu ermutigen. Mit der Gewährung eines Schutzrechts für neue und eigenartige Gestaltungen kommt zum Ausdruck, dass der europäische Gesetzgeber Anreize zur Bereicherung des Formenschatzes setzen will.³⁶ Ähnliche Erwägungen finden auch zur Rechtfertigung des Patentschutzes durch die Patentrechtstheorien³⁷ Berücksichtigung, insbesondere bei der Anspornungstheorie. Nach dieser kommen Erfindungen, die den Stand der Technik bereichern, nur bei der Aussicht auf einen entsprechenden wirtschaftlichen Ertrag zustande, der aber gefährdet wäre, wenn die Erfindung von den Konkurrenten frei benutzt werden könnte.³⁸ Insoweit geht es um die Erhöhung der Bereitschaft zur Investition in Forschung durch die Schaffung einer Chance,³⁹ dass sich die Investitionen amortisieren.⁴⁰ Darüber hinaus wird auch für die Konkurrenz ein Anreiz zu eigenen Innovationen gesetzt, da sie während der Schutzdauer des Patents nach Alternativen suchen müssen.⁴¹

Im Ansatz wird man die Anspornungstheorie auch auf das Designrecht übertragen können.⁴² Wie im Patentrecht passt dabei aber das Bild des einzelnen Erfinders beziehungsweise Entwerfers nicht mehr zu den tatsächlichen Gegebenheiten. Produktgestaltung ist wie technische Forschung in hohem Maße professionalisiert, sie wird in Unternehmen von einer Vielzahl von Mitarbeitern betrieben und erfordert Investitionen, die nicht ohne Aussicht auf eine Amortisation getätigt werden.⁴³ Anders als technische Erfindungen sind neue Designs zudem regelmäßig nicht mit einem Wissensvorsprung verbunden, der zumindest einen zeitweiligen tatsächlichen Schutz bieten würde. Designs können nicht versteckt verwertet werden, sie offenbaren sich gewissermaßen von selbst,⁴⁴ sodass

³⁶ Vgl. Eichmann/Kur/Eichmann, § 2 Rn. 3; Eichmann/von Falckenstein/Kühne/Eichmann, Allgemeines zum Designrecht Rn. 10; Stolz, S. 73; s. auch schon Eck, S. 126.

³⁷ S. dazu allgemein die Zusammenstellung bei Kraßer/Ann, § 3 Rn. 8; Machlup, GRUR Ausl. 1961, 373, 377; Seifert, FS W. Nordemann, 399, 402 f. Zur Anwendung der Eigentums- theorie im Designrecht insb. Becker, S. 132 ff.; zur Belohnungstheorie etwa Lorenzen, S. 58; Stolz, S. 75.

³⁸ Dazu allgemein Beier, GRUR Int. 1970, 1, 3; Busse/Keukenschrijver, Einl. Rn. 68; Kraßer/ Ann, § 3 Rn. 10; Machlup, GRUR Ausl. 1961, 373, 377; Pilla, S. 70 f.; Benkard/Rogge/Mehullis, Einleitung Rn. 3; zu den Hintergründen auch Schäfer/Ott, S. 667 f. Zu stärker wirtschaftswissen- schaftlich geprägten Ansätzen s. Becker, S. 135 ff.; Lorenzen, S. 61 ff.; Pilla, S. 73 ff.

³⁹ Eine Garantie für Erfolg am Markt und damit eine tatsächliche Amortisation der Investi- tionen können die Schutzrechte freilich nicht bieten, s. Kroher, GRUR Int. 1993, 457, 461; Riehle, GRUR Int. 1993, 49, 66.

⁴⁰ S. insb. Tönnies, GRUR 2013, 796, 796.

⁴¹ Vgl. Lorenzen, S. 59.

⁴² Lorenzen, S. 59 f. Entsprechende Gedanken lagen auch bereits der Schaffung des Ge- schmMG-1876 zugrunde, s. dazu Eck, S. 103 f. u. 125; Stolz, S. 73 f.

⁴³ Vgl. insb. Eck, S. 106; Stolz, S. 73; zum Patentrecht Beier, GRUR Int. 1970, 1, 3.

⁴⁴ So treffend Voß, S. 135; vgl. auch Stolz, S. 75.

ab dem Zeitpunkt ihrer Veröffentlichung die Gefahr von Nachahmungen besteht.⁴⁵ Daher kann die Vertrags- oder Offenbarungstheorie, wonach die Gewährung eines Schutzrechts eine Gegenleistung der Allgemeinheit für die sonst nicht oder später erfolgte Offenbarung einer Entwicklung darstellt,⁴⁶ im Designrecht nicht herangezogen werden.⁴⁷

Der Gedanke der Anspornungstheorie passt freilich nur dann, wenn die Bereicherung des Formenschatzes auch als im Interesse der Allgemeinheit wünschenswert erscheint. Während dies bei der Bereicherung des Standes der Technik durch neue, auf erfinderischer Tätigkeit beruhende Erfindungen auf dem Gebiet der Technik grundsätzlich bejaht werden kann,⁴⁸ erschließt sich der Allgemeinutzen einer neuartigen Produktgestaltung nicht ohne Weiteres.⁴⁹ Auch der Patentschutz setzt aber keine gesonderte „soziale Nützlichkeit“ der Erfindung voraus.⁵⁰ Zudem kann im Hinblick auf neuartige Produktgestaltungen durchaus angenommen werden, dass sie zumindest die Möglichkeit in sich tragen, die Bedürfnisse der angesprochenen Verkehrskreise besser und differenzierter zu befriedigen.⁵¹ Produktgestaltung ist an den Bedürfnissen der potentiellen Kunden ausgerichtet,⁵² Produkte werden kaum „ins Blaue hinein“ entworfen und auf den Markt gebracht. Gerade in den Bereichen, in denen Produkte verschiedener Hersteller die grundsätzlichen Produktfunktionen in gleicher oder zumindest vergleichbarer Weise erfüllen, wird die Entscheidung für oder gegen ein Produkt in ganz erheblichem Maße durch dessen Erscheinungsbild beeinflusst.⁵³ Insoweit ist ein ansprechendes Design auch ein Faktor, warum Kunden für das eine Produkt mehr bezahlen als für das andere, obwohl beide das allgemeine Funktionsbedürfnis erfüllen würden. Dass ein großer Formenschatz im Allgemeininteresse liegt, kann also kaum bestritten werden.

⁴⁵ Lorenzen, S. 59 f.; s. auch Otero Lastres, GRUR Int. 2000, 408, 413.

⁴⁶ Zum Patentrecht insb. Beier, GRUR Int. 1970, 1, 4; ferner Kraßer/Ann, § 3 Rn. 11; Machlup, GRUR Ausl. 1961, 373, 377; kritisch Benkard/Rogge/Melullis, Einleitung Rn. 3.

⁴⁷ So auch Ebersbach, S. 57; a. A. Pilla, S. 83.

⁴⁸ S. dazu insb. Kraßer/Ann, § 3 Rn. 29 ff.; ferner Pilla, S. 82; Stolz, S. 74.

⁴⁹ Vgl. insb. Furler/Bauer, § 1 Rn. 57 („Kunst und Ästhetik kennen ihrem Wesen nach keinen Fortschritt“), ebenso von Pilgrim, S. 100; ferner Ebersbach, S. 61; Eck, S. 126; Pilla, S. 82; Stolz, S. 74.

⁵⁰ Benkard/Bacher, § 1 Rn. 73; Busse/Keukenschrijver, § 1 Rn. 16; Kraßer/Ann, § 10 Rn. 20 ff.

⁵¹ So grundlegend Eck, S. 126 f.; im Anschluss daran Ebersbach, S. 61; Gieseler, S. 263; Stolz, S. 74; ebenso Pilla, S. 82.

⁵² S. die Nachweise oben in Kap. 1.

⁵³ Vgl. auch schon Gerstenberg, FS GRUR, 691, 714.

3. Der „design approach“

Während die früheren nationalen Musterschutzgesetze entweder eher von einem *patent approach* ausgingen, also stark an das Patentrecht angelehnt waren, oder – wie in Deutschland – von einem *copyright approach* geprägt waren,⁵⁴ sollte mit dem neuen europäischen Geschmacksmusterrecht ein eigenständiger Weg beschritten werden. Bereits der MPI-Entwurf basierte auf dem sogenannten *design approach*.⁵⁵ Danach soll insbesondere der Zweck des Designs, den Absatz von Konsumgütern zu fördern, also das Design als Marketinginstrument – in seiner Eigenschaft, Produkten eine „Erlebnisqualität“ zu geben⁵⁶ – in den Vordergrund gestellt, aber auch das Design als Bestandteil der modernen Kultur berücksichtigt werden.⁵⁷ Auch das europäische Geschmacksmusterrecht geht nun der Sache nach vom *design approach* – oder auch *market approach*⁵⁸ – aus.⁵⁹

Die rechtssystematische Eigenständigkeit des Geschmacksmusterrechts zeigt sich insbesondere an den Schutzvoraussetzungen.⁶⁰ Es gilt insoweit kein dem Patentrecht entsprechender absoluter Neuheitsbegriff, wonach sämtliche Vorveröffentlichungen neuheitsschädlich wären.⁶¹ Was im Patentrecht angemessen sein mag, da nur eine objektive Bereicherung des Standes der Technik mit dem Patent belohnt werden soll,⁶² galt für das Geschmacksmuster- beziehungsweise Design-

⁵⁴ S. dazu etwa *Maierhöfer*, S. 10 f.; *Pentheroudakis*, GRUR Int. 2002, 668, 669 ff.

⁵⁵ Begründung zum MPI-Entwurf, abgedruckt bei *Ritscher*, GRUR Int. 1990, 559, 574.

⁵⁶ *Kur*, GRUR 2002, 661, 662.

⁵⁷ Begründung zum MPI-Entwurf, abgedruckt bei *Ritscher*, GRUR Int. 1990, 559, 574; näher zu den theoretischen Hintergründen *Kur*, E.I.P.R. 1993, 374, 376 f.; vgl. auch die bereits früher in diese Richtung deutenden Überlegungen bei *Knap*, UFITA 61 (1971), 109, 117 f.; *Strunkmann-Meister*, UFITA 66 (1973), 63, 65 ff.; *Strunkmann-Meister*, S. 115 ff.

⁵⁸ *Becker*, GRUR Int. 2012, 610, 611; *Peifer*, Individualität, S. 371 („Marketing-Approach“).

⁵⁹ Vgl. zum Design als Marketinginstrument: Geschmacksmuster-Grünbuch, 5.4.1; allgemeine Erläuterungen zum Verordnungsvorschlag, KOM (93) 342 endg. (Anm. 1.4) und dort auch die Gegenüberstellung des „marktorientierten Ansatzes“ zum „Kreativitätsaspekt“ des Urheberrechts in der Begründung zu Art. 100 Abs. 2; zur kulturellen Bedeutung des Designs: Grünbuch, 5.4.2.; ferner *Buchmüller*, S. 32; *Christof*, S. 25 f.; *Stöckel/Fischoeder*, S. 580; *Gieseler*, S. 272; *Koschtial*, S. 163; *Kur*, E.I.P.R. 1993, 374, 374; *Franzosi/Levin*, Art. 6, S. 63; *P. Schramm*, S. 91 f.; *Veelken*, FS Leisner, 123, 132. Kritisch *Eichmann*, GRUR Int. 1996, 859, 860 f., der teilweise von einem *trademark approach* ausgeht; dem zustimmend *Peifer*, Individualität, S. 370; in diese Richtung auch noch *Schrader*, WRP 2017, 1421, 1422; gegen den *trademark approach* zu Recht *Stolz*, S. 82 ff., der zutreffend darauf hinweist, dass die Kommission Gedanken in diese Richtung (Geschmacksmuster-Grünbuch, 5.5.6.2), nicht weiterverfolgt hat.

⁶⁰ Kritischer *Veelken*, FS Leisner, 123, 157, wonach keine sinnvolle Verbindung zwischen Leistungsgegenstand, Schutzgegenstand und Schutzvoraussetzungen bestehe.

⁶¹ S. § 3 Abs. 1 S. 1 PatG, Art. 54 Abs. 1 EPÜ und dazu etwa *Kraßer/Ann*, § 17 Rn. 3.

⁶² *Kraßer/Ann*, § 17 Rn. 12 ff.; *Benkard/Melullis*, § 3 Rn. 6.

recht als zu unflexibel und nicht den Marktbedürfnissen entsprechend.⁶³ Die Wirkung des Designs am Markt wird bei der zweiten, zentralen Schutzvoraussetzung der Eigenart in den Blick genommen. Das zu schützende Muster muss sich in seinem Gesamteindruck aus der Sicht des informierten Benutzers vom Gesamteindruck der einzelnen zuvor offenbarten Muster unterscheiden. Insoweit ist es entscheidend, dass die Gestaltung auf der Ebene, auf der sich das Design als Marketinginstrument auswirkt, einen besonderen, nicht schon durch andere Produkte erzielten Eindruck macht.⁶⁴ Im Gegensatz zum *copyright approach* ist es aber grundsätzlich nicht entscheidend, ob die Gestaltung Ausdruck einer subjektiven Leistung, eines individuellen Schaffens des Gestalters ist.⁶⁵

II. Überblick über die Schutzvoraussetzungen

Nach § 2 Abs. 1 DesignG wird als eingetragenes Design ein Design geschützt, das neu ist und Eigenart hat.⁶⁶ Dieselben Voraussetzungen gelten nach Art. 4 Abs. 1 GGv für den Schutz als eingetragenes oder nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster.

1. Design

Bei der zu schützenden Gestaltung muss es sich zunächst überhaupt um ein Design handeln. Hinsichtlich dieser Grundvoraussetzung bestehen allein begriffliche Unterschiede zum europäischen Recht. Die GRL spricht in Art. 1 lit. a vom „Muster“, die GGv in Art. 3 lit. a vom „Geschmacksmuster“, das durch Erfüllung der Schutzvoraussetzungen zum „Gemeinschaftsgeschmacksmuster“ wird, Art. 1 Abs. 1 GGv. Die jeweiligen Voraussetzungen hierfür decken sich jedoch. Im Folgenden wird daher zur Vermeidung unnötiger Dopplungen vom „Design“ gesprochen und damit auch das (Gemeinschafts-)Geschmacksmuster einbezogen. Auch die frühere Unterscheidung von zweidimensionalen Mustern und dreidimensionalen Modellen⁶⁷ ist durch die einheitliche Definition hinfällig gewor-

⁶³ Begründung zum MPI-Entwurf, abgedruckt bei *Ritscher*, GRUR Int. 1990, 559, 574.

⁶⁴ Begründung zum MPI-Entwurf, abgedruckt bei *Ritscher*, GRUR Int. 1990, 559, 579; s. auch *Riehle*, GRUR Int. 1993, 49, 61; *Stolz*, S. 75.

⁶⁵ Begründung zum MPI-Entwurf, abgedruckt bei *Ritscher*, GRUR Int. 1990, 559, 579; ferner *Riehle*, GRUR Int. 1993, 49, 60.

⁶⁶ Problematisch ist, dass die Voraussetzungen der Neuheit und Eigenart kumulativ vorliegen müssen, während Art. 25 Abs. 1 S. 1 TRIPS diese wohl als alternative Voraussetzungen behandelt (*Pataky*, GRUR Int. 1995, 653, 653 f.; *Busche/Stoll/Wiebe/Peter*, Art. 25 Rn. 12 f.; jetzt wohl auch *Eichmann/Kur/Kur*, § 13 Rn. 75; a. A. *Kur*, GRUR Int. 1995, 185, 189; ähnlich *Lorenzen*, S. 25; *Wang*, S. 108), was sich aber im Ergebnis nicht auswirkt.

⁶⁷ § 1 Abs. 1 GeschmMG-1876 und dazu etwa *von Gamm*, GeschmMG, § 1 Rn. 12.

den.⁶⁸ Ein Design ist jede zwei- 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 Verzierungen ergibt, § 1 Nr. 1 DesignG, Art. 3 lit. a GGV. Schon im Grünbuch wurde betont, dass die Definition so weit wie möglich sein sollte, um jeden der Erscheinung eines Erzeugnisses beigemessenen wirtschaftlichen Wert zu erfassen,⁶⁹ was dem marktorientierten Ansatz des *design approach* entspricht.⁷⁰

a) Erzeugnis

Ein Erzeugnis ist dabei nach § 1 Nr. 2 DesignG, Art. 3 lit. b GGV jeder industrielle oder handwerkliche Gegenstand. Aus dem Bezug zu einem konkreten Erzeugnis folgt, dass abstrakte Gestaltungsmittel nicht geschützt werden können. Eine gewisse Relativierung der Erzeugnisbezogenheit ergibt sich aber daraus, dass auch die Erscheinungsform der Verzierung von Erzeugnissen geschützt sein kann, die von dem körperlichen Erzeugnis unabhängig ist.⁷¹ Ein „Gegenstand“ kann letztlich jedes Objekt mit einer zweidimensionalen oder dreidimensionalen Erscheinungsform sein,⁷² es muss sich nicht einmal zwingend um eine physische Einheit handeln.⁷³ Enthält die Wiedergabe des Designs im Rahmen der Anmeldung mehrere Darstellungen, die formal betrachtet nicht denselben Gegenstand zeigen, fehlt es nach der Rechtsprechung des BPatG nur dann an einem Design im Sinne der Erscheinungsform „eines“ Erzeugnisses, wenn sich auch durch Auslegung der Anmeldung unter Berücksichtigung insbesondere der Beschreibung nicht klären lässt, worauf sich der Schutz beziehen soll.⁷⁴ In solchen Konstellationen soll sich aus der Auslegung ergeben können, dass der Schutz nur für die Schnittmenge der den Darstellungen gemeinsamen Merkmale beansprucht werden soll oder dass nur einzelne Bestandteile eines Gesamterzeugnisses geschützt werden sollen.⁷⁵ Ob diese Auffassung der Publizitätsfunktion des Regis-

⁶⁸ Eichmann/Kur/Eichmann, § 2 Rn. 6; Eichmann/von Falckenstein/Kühne/Eichmann, § 1 Rn. 5; Hasselblatt/Hasselblatt, CDR, Art. 3 Rn. 21; Stone, Rn. 4.05; s. auch Musker, Rn. 1-008 u. 1-011. Die Unterscheidung findet sich aber etwa noch in der französischen Sprachfassung.

⁶⁹ Geschmacksmuster-Grünbuch, 5.4.7.1.

⁷⁰ Buchmüller, S. 37.

⁷¹ Vgl. Hasselblatt/Hasselblatt, CDR, Art. 3 Rn. 14 u. 48; Ruhl/Tolkmitz/Ruhl, Art. 3 Rn. 7.

⁷² Eichmann/von Falckenstein/Kühne/Eichmann, § 1 Rn. 15; Ruhl/Tolkmitz/Ruhl, Art. 3 Rn. 23; Zenner, S. 12.

⁷³ EuG v. 13.06.2017, Rs. T-9/15, EU:T:2017:386, Rn. 60 ff. – Ball Europe/EUIPO; Hartwig, GRUR 2018, 682, 685; Buchmüller, S. 42; Ebersbach, S. 69; Kur, GRUR 2002, 661, 663. Anders Stelzenmüller, S. 62; Stolz, S. 45; wohl auch von Gamm, FS Gaedertz, 197, 199.

⁷⁴ BPatG GRUR 2018, 730, 732 – Sportbrille; GRUR 2018, 725, 727 – Sporthelm.

⁷⁵ BPatG GRUR 2018, 730, 732 – Sportbrille; GRUR 2018, 725, 727 – Sporthelm.

ters entspricht, erscheint aber zweifelhaft, denn Dritte können jedenfalls nicht ohne Weiteres den Schutzgegenstand durch einen Blick ins Register erkennen.⁷⁶

Bei den Gegenständen wird es zwar häufig um bewegliche Sachen gehen, allerdings kommt der Schutz auch für Bauwerke⁷⁷ sowie nicht körperlich greifbare Objekte⁷⁸ wie die von § 1 Nr. 2 DesignG ausdrücklich genannten grafischen Symbole⁷⁹ und typografischen Schriftzeichen⁸⁰ in Betracht. Nach § 1 Nr. 2 DesignG, Art. 3 lit. b GGV gilt allerdings ein Computerprogramm nicht als Erzeugnis. Dies betrifft indes nur das Computerprogramm an sich, für das insbesondere ein urheberrechtlicher Schutz in Betracht kommt, während etwa die Benutzeroberfläche eines solchen Programms durchaus ein Erzeugnis sein kann.⁸¹

Der design- beziehungsweise geschmacksmusterrechtliche Schutz ist ausdrücklich für die Erscheinungsform eines ganzen Erzeugnisses oder auch nur eines Teils davon möglich, § 1 Nr. 1 DesignG, Art. 3 lit. a GGV. Der jeweilige Teil muss dafür nicht selbständig verkehrsfähig sein,⁸² wohl aber ist eine gewisse Geschlossenheit erforderlich.⁸³ Relevant wird dieser Teilschutz vor allem dann, wenn gerade die Gestaltung des betreffenden Teils neuartig ist.⁸⁴

Mit den Begriffen „industriell“ und „handwerklich“ ist gemeint, dass der Gegenstand industriell oder handwerklich hergestellt werden kann.⁸⁵ Einerseits muss der Gegenstand das Ergebnis einer menschlichen Handlung sein,⁸⁶ sodass

⁷⁶ Diese Zweifel formulierte das BPatG (GRUR 2018, 730, 735 – Sportbrille; GRUR 2018, 725, 729 f. – Sporthelm) freilich selbst und ließ daher die Rechtsbeschwerde zu. Insoweit bleiben die Entscheidungen des BGH in den Sachen I ZB 25/18 und I ZB 26/18 abzuwarten.

⁷⁷ *Beplat*, S. 56; Günther/Beyerlein/Beyerlein, § 1 Rn. 42; *Braitmayer*, 2.1.2; *Buchmüller*, S. 37; *Maier/Schlötterburg*, B.2; *Polater*, S. 46; a.A. *Musker*, Rn. 1-024; *Stelzenmüller*, S. 63.

⁷⁸ *Eichmann/von Falckenstein/Kühne/Eichmann*, § 1 Rn. 15; *Büscher/Dittmer/Schiwy/Steinberg*, Art. 3 GGV Rn. 3.

⁷⁹ S. als Beispielsfall BPatG BeckRS 2014, 06599 – NOR DER NEY; zur Schutzfähigkeit von Texten auch BPatG BeckRS 2015, 13975. Trotz der grundsätzlichen Schutzfähigkeit dürfte der Designschutz bei Schriftzeichen nicht selten an den Erfordernissen der Neuheit und Eigenart scheitern (*Schlötterburg*, GRUR 2005, 123, 125); außerdem bezieht sich der Designschutz nur auf das Aussehen, nicht den Inhalt von Schriftzeichen (*Derclaye/Leistner*, S. 37).

⁸⁰ Hierfür ist die Sonderregel in § 61 DesignG zu beachten.

⁸¹ So auch *Eichmann/von Falckenstein/Kühne/Eichmann*, § 1 Rn. 26; *Stöckel/Fischoeder*, S. 584; *Oldekop*, WRP 2006, 801, 803; MAH-GewRS/*Späth*, § 47 Rn. 10; *Stone*, Rn. 4.76; *Wandtke/Ohst*, GRUR Int. 2005, 91, 94.

⁸² *Buchmüller*, S. 45; *Maier/Schlötterburg*, B.1.

⁸³ Vgl. *Eichmann/von Falckenstein/Kühne/Eichmann*, § 1 Rn. 16; *Ruhl/Tolkmit/Ruhl*, Art. 3 Rn. 105; offengelassen von BGH GRUR 2011, 1112, 1117 – Schreibgeräte.

⁸⁴ Vgl. *Stone*, Rn. 4.80.

⁸⁵ *Bulling/Langöhrig/Hellwig/Müller*, Rn. 30; *Eichmann/von Falckenstein/Kühne/Eichmann*, § 1 Rn. 17; *Eichmann*, MarkenR 2003, 10, 12; *Zenner*, S. 12.

⁸⁶ *Bentley/Sherman*, S. 711; *Eichmann/von Falckenstein/Kühne/Eichmann*, § 1 Rn. 17; *Eichmann/Kur/Eichmann*, § 2 Rn. 8; *Ruhl/Tolkmit/Ruhl*, Art. 3 Rn. 30; *Stone*, Rn. 4.48.

kein Schutz für bloß vorgefundene Gegenstände aus der Natur gewährt wird.⁸⁷ Allerdings schadet es nicht, wenn Formen aus der Natur für andere Erzeugnisse nachgebildet werden.⁸⁸ Weiterhin lässt sich aus den Begriffen folgern, dass das Erzeugnis in der jeweiligen Erscheinungsform wiederholbar sein muss, das Design also als Vorlage zur Herstellung von Erzeugnissen dienen kann.⁸⁹ Aufgrund der Nennung des Handwerks genügt auch eine Wiederholbarkeit mit minimalen Abweichungen.⁹⁰ Einer tatsächlichen Wiederholung – gar in einer bestimmten Mindestanzahl von Erzeugnissen – bedarf es allerdings nicht.⁹¹ Nicht erforderlich ist weiter, dass das Erzeugnis einem praktischen Nutzen, also einem Gebrauchszweck, dient.⁹² Auch Objekte der reinen, zweckfreien Kunst können in diesem Sinne ein schutzfähiges Erzeugnis sein,⁹³ denn auch hier kommt meist zumindest eine handwerkliche Nachbildung in Betracht, unabhängig davon, ob die Erstellung des Originals eher als künstlerische und weniger handwerkliche Tätigkeit angesehen werden kann⁹⁴.

b) Erscheinungsform

Die Erscheinungsform ergibt sich aus der Gesamtheit der Erscheinungsmerkmale des Erzeugnisses,⁹⁵ wobei die in § 1 Nr. 1 DesignG, Art. 3 lit. a GGV genannten Merkmale der Linien, Konturen, Farben, der Gestalt, Oberflächenstruktur

⁸⁷ BPatG GRUR 2018, 725, 727 – Sporthelm; BeckRS 2016, 12459 – Dobermann; *Hartwig*, GRUR 2018, 682, 686 f.; Günther/Beyerlein/*Beyerlein*, § 1 Rn. 44; Ruhl/Tolkmitt/*Ruhl*, Art. 3 Rn. 30; *Schlötterburg*, GRUR 2005, 123, 124; *Zenner*, S. 13.

⁸⁸ Eichmann/von Falkenstein/*Kühne/Eichmann*, § 1 Rn. 32; Hasselblatt/*Hasselblatt*, CDR, Art. 3 Rn. 62; *Schlötterburg*, GRUR 2005, 123, 124; vgl. auch BPatG BeckRS 2016, 12459 – Dobermann; BeckRS 2015, 13975.

⁸⁹ In diesem Sinne Geschmacksmuster-Grünbuch, 5.4.12.1.; ferner BGH GRUR 2011, 1112, 1116 – Schreibgeräte; Eichmann/*Kur/Eichmann*, § 2 Rn. 10; Eichmann/von Falkenstein/*Kühne/Eichmann*, § 1 Rn. 17; MAH-GewRS/*von Gerlach*, § 45 Rn. 26; Dreier/*Schulze/Schulze*, § 2 Rn. 175; wohl auch *Mahr*, S. 63. Ein Reproduzierbarkeitserfordernis und eine Eigenschaft, als Vorlage zu dienen, ablehnend Ruhl/Tolkmitt/*Ruhl*, Art. 3 Rn. 34 u. 36; Hoffmann/*Kleespies/Schlötterburg*, Rn. 30; *Stolz*, S. 44.

⁹⁰ Geschmacksmuster-Grünbuch, 5.4.12.1.; *Otero Lastres*, GRUR Int. 2000, 408, 411; *Zenner*, S. 12.

⁹¹ Geschmacksmuster-Grünbuch, 5.4.12.2.; Ruhl/Tolkmitt/*Ruhl*, Art. 3 Rn. 35.

⁹² In diesem Sinne bereits Geschmacksmuster-Grünbuch, 5.4.13.; s. weiterhin Ruhl/Tolkmitt/*Ruhl*, Art. 3 Rn. 37; *Zenner*, S. 12.

⁹³ Hasselblatt/*Hasselblatt*, CDR, Art. 3 Rn. 59; Ruhl/Tolkmitt/*Ruhl*, Art. 3 Rn. 37; *Stone*, Rn. 4.73; *Zenner*, S. 74; zweifelnd *Bently/Sherman*, S. 709 im Hinblick auf Gemälde.

⁹⁴ Danach differenzierend aber *Bently/Sherman*, S. 709 f.

⁹⁵ *Buchmüller*, S. 38; *Bulling/Langöhrig/Hellwig/Müller* Rn. 20; Eichmann/von Falkenstein/*Kühne/Eichmann*, § 1 Rn. 7; *Büscher/Dittmer/Schiwy/Steinberg*, Art. 3 GGV Rn. 4.

oder Werkstoffe nur beispielhaft – „insbesondere“ – genannt sind.⁹⁶ Dabei stellt sich die Frage, was mit dem Begriff der Erscheinungsform genau erfasst werden kann, insbesondere ob es hier nur um optisch wahrnehmbare Merkmale geht oder ob ein weitergehendes Verständnis geboten ist.

aa) Sichtbarkeitserfordernis bei Bauelementen komplexer Erzeugnisse

Ein spezielles Erfordernis der Sichtbarkeit der Erscheinungsmerkmale enthalten § 4 DesignG, Art. 4 Abs. 2 GGV. Diese betreffen Designs, die bei einem Erzeugnis, das Bauelement eines komplexen Erzeugnisses ist, benutzt oder in dieses Erzeugnis eingefügt werden. Solche Designs gelten nur dann als neu und haben Eigenart, wenn das Bauelement, das in das komplexe Erzeugnis eingefügt wird, bei dessen bestimmungsgemäßer Verwendung sichtbar bleibt und die sichtbaren Merkmale des Bauelements selbst die Voraussetzungen der Neuheit und Eigenart erfüllen. Damit besteht ein generelles Schutzhindernis für nicht bei bestimmungsgemäßer Verwendung sichtbare Teile und eine „Schutzerschwerung“ im Hinblick auf Neuheit und Eigenart, weil die nicht sichtbaren Merkmale insoweit nicht berücksichtigt werden können.⁹⁷ Richtigerweise ist die Regelung dabei auch auf die Entgegenhaltung⁹⁸ sowie im Verletzungsverfahren⁹⁹ anzuwenden, sodass die nicht sichtbaren Elemente keine relevante Kollision begründen können.

Die Bestimmungen in § 4 DesignG, Art. 4 Abs. 2 GGV sind im Zusammenhang der Diskussion um den designrechtlichen Schutz von Ersatzteilen, insbesondere Kraftfahrzeug-Bauteilen,¹⁰⁰ zu sehen, aber sachlich nicht darauf beschränkt.¹⁰¹ Durch das Sichtbarkeitserfordernis sollte ein umfassender Schutzausschluss für im Inneren des komplexen Erzeugnisses liegende Teile sichergestellt werden.¹⁰² So wird verhindert, dass der Hersteller des komplexen Erzeugnisses die Kunden auch für im Inneren des Produkts befindliche Elemente an sich bindet. Die Einschätzung, dass die Regelung dem Zweck des Designrechts, ästhetische beziehungsweise den Formensinn ansprechende Gestaltungen

⁹⁶ Stöckel/*Fischoeder*, S. 583.

⁹⁷ Treffend Ruhl/*Tolkmitt/Ruhl*, Art. 4 Rn. 7; ebenso Hasselblatt/*Hasselblatt*, CDR, Art. 4 Rn. 23.

⁹⁸ Vgl. EuG v. 03.10.2014, Rs. T-39/13, EU:T:2014:852, Rn. 52 – Cezar/HABM; dazu auch *Hartwig*, *JiPLP* 2015, 465, 466 f.

⁹⁹ Hierauf will *Jestaedt*, *Mitt.* 2017, 253, 254 f. den Anwendungsbereich beschränken.

¹⁰⁰ Dazu auch noch unten Kap. 4 A. IV. 2.

¹⁰¹ Vgl. Büscher/*Dittmer/Schiwy/Auler*, Art. 4 GGV Rn. 3; Eichmann/von Falckenstein/*Kühne/Eichmann*, § 4 Rn. 3; *Kerl*, S. 101; Ruhl/*Tolkmitt/Ruhl*, Art. 4 Rn. 9. S. auch Begründung zu Art. 3 Abs. 3 des geänderten Richtlinienvorschlages, KOM (96) 66 endg.

¹⁰² *Kur*, GRUR 2002, 661, 666; *Müller-Broich*, *Mitt.* 2008, 201, 203; vgl. auch Eichmann/von Falckenstein/*Kühne/Eichmann*, § 4 Rn. 3.

zu schützen, entspreche,¹⁰³ erscheint bedenklich, weil es durchaus möglich ist, dass die Gestaltung der jeweiligen Bauelemente unabhängig von ihrer späteren Sichtbarkeit bei der Verwendung ein Grund für den späteren Erwerb des fraglichen Produkts sein kann, sodass der *design approach* angesprochen ist.¹⁰⁴ Da es auch auf eine ästhetische Wirkung der Gestaltung nicht ankommen soll,¹⁰⁵ erscheint die Regelung insgesamt nicht vollends stimmig.¹⁰⁶

Die Regelungen gelten für Designs, die bei einem Erzeugnis, das Bauelement eines komplexen Erzeugnisses ist, benutzt oder in dieses Erzeugnis eingefügt werden. Ein komplexes Erzeugnis ist dabei ein Erzeugnis aus mehreren Bauelementen, die sich ersetzen lassen, so dass das Erzeugnis auseinander und wieder zusammengebaut werden kann, § 1 Nr. 3 DesignG, Art. 3 lit. c GGV.¹⁰⁷ Das Element, um dessen Beurteilung es geht, muss gerade ein Bauelement eines solchen komplexen Erzeugnisses sein. Bestehen verschiedene Verwendungsmöglichkeiten auch außerhalb eines komplexen Erzeugnisses, wird man dies verneinen müssen,¹⁰⁸ wobei rein hypothetische Verwendungsarten außer Betracht bleiben.¹⁰⁹

Die Sichtbarkeit muss bei der bestimmungsgemäßen Verwendung des komplexen Erzeugnisses bestehen. Dies ist die Verwendung durch den Endbenutzer, ausgenommen Maßnahmen der Instandhaltung, Wartung oder Reparatur, § 1 Nr. 4 DesignG, Art. 4 Abs. 3 GGV. Dieses Merkmal birgt erhebliche Unsicherheiten, zumal sich die bestimmungsgemäße Verwendung nicht immer sicher aus dem Register beziehungsweise der Anmeldung erschließt.¹¹⁰ Jedenfalls sollte der Begriff der Verwendung durch den Endbenutzer eher weit verstanden werden¹¹¹ und zumindest die verschiedensten Arten der insoweit denkbaren Verwendung umfassen. Hierfür spricht auch der abweichende Wortlaut in anderen Sprachfassungen, wo etwa auf *normal use* oder *utilisation normale*, also eher die übliche denn die seitens des Herstellers intendierte Verwendung abgestellt wird.¹¹² Kann

¹⁰³ *Bulling/Langöhrig/Hellwig/Müller*, Rn. 107; *Haberl*, WRP 2002, 905, 906.

¹⁰⁴ Vgl. insoweit *Eichmann*, GRUR Int. 1996, 859, 875; *Ruhl/Tolkmitt/Ruhl*, Art. 4 Rn. 10.

¹⁰⁵ Dazu sogleich Kap. 3 A. I. 1. sowie hier nur *Kur*, GRUR Int. 1998, 353, 357.

¹⁰⁶ In diesem Sinne auch *Ebersbach*, S. 110; *Koschtial*, GRUR Int. 2003, 973, 981; *Kur*, GRUR 2002, 661, 666; *Müller-Broich*, Mitt. 2008, 201, 204; *Pilla*, S. 227; vgl. auch *Klawitter*, EWS 2001, 157, 160.

¹⁰⁷ Zur Auslegung im Einzelnen *Ruhl/Tolkmitt/Ruhl*, Art. 3 Rn. 166 ff.; ferner *Hasselblatt/Hasselblatt*, CDR, Art. 3 Rn. 99 f. Für eine enge, auf „echte Ersatzteile“ im Gegensatz zu Austausch- oder Ersetzungsteilen beschränkte Auslegung *Müller-Broich*, Mitt. 2008, 201, 207 f.

¹⁰⁸ Vgl. *Koschtial*, GRUR Int. 2003, 973, 981 (Schutzgewährung „in dubio pro reo“); *Ruhl/Tolkmitt/Ruhl*, Art. 3 Rn. 173 zu Standardbauteilen; kritisch *Jestaedt*, Mitt. 2017, 253, 254.

¹⁰⁹ Vgl. EuG v. 03.10.2014, Rs. T-39/13, EU:T:2014:852, Rn. 28 – *Cezar/HABM*.

¹¹⁰ Vgl. *Stöckel/Fischoeder*, S. 602; s. insb. auch *Klawitter*, EWS 2001, 157, 160.

¹¹¹ Vgl. *Hasselblatt/Hasselblatt*, CDR, Art. 3 Rn. 34; *Müller-Broich*, Mitt. 2008, 201, 211.

¹¹² Dazu *Müller-Broich*, Mitt. 2008, 201, 210.

das Baelement in verschiedenen komplexen Erzeugnissen verwendet werden, wird zur Bejahung der Sichtbarkeit schon die Sichtbarkeit bei einem dieser Erzeugnisse genügen.¹¹³ Das betreffende Element muss auch nicht jederzeit während der Verwendung¹¹⁴ und auch nicht als Ganzes¹¹⁵ sichtbar sein.

bb) Sichtbarkeit bei sonstigen Designs

Abgesehen von dieser Sonderregel ist ein allgemeines Erfordernis einer optischen Wahrnehmbarkeit der Erscheinungsform des Erzeugnisses nicht ausdrücklich vorgesehen. Daher wird verbreitet auf die Sichtbarkeit als allgemeine Voraussetzung des Schutzes verzichtet.¹¹⁶ Zwar ist weitgehend anerkannt, dass „Hör-, Geruchs- oder Geschmacksdesigns“ keine Erscheinungsform eines Erzeugnisses betreffen und daher nicht geschützt werden können.¹¹⁷ Diskutiert wird aber die Frage, ob unter den Begriff der Erscheinungsform auch solche Merkmale subsumiert werden können, die nicht optisch, sondern nur haptisch wahrnehmbar sind, ob also sogenannte Tastmuster anzuerkennen sind.¹¹⁸ Soweit die taktile Wirkung mit einer visuellen Wirkung einhergeht, spielt diese Frage keine Rolle, beispielsweise kann eine raue Oberflächenstruktur auch optisch wahrnehmbar sein. Anders ist dies etwa bei Merkmalen wie Gewicht oder Biegsamkeit eines Gegenstandes.¹¹⁹

¹¹³ So auch Hasselblatt/*Hasselblatt*, CDR, Art. 4 Rn. 27; *Kerl*, S. 106; *Ruhl/Tolkmit/Ruhl*, Art. 4 Rn. 14; zweifelnd *Jestaedt*, Mitt. 2017, 253, 254.

¹¹⁴ Begründung zu Art. 3 Abs. 4 des geänderten Richtlinienvorschlages, KOM (96) 66 endg.; anders aber wohl *Wandtke/Ohst*, GRUR Int. 2005, 91, 94.

¹¹⁵ *Eichmann/von Falckenstein/Kühne/Eichmann*, § 4 Rn. 5; *Ruhl/Tolkmit/Ruhl*, Art. 4 Rn. 23; *Stone*, Rn. 4.102.

¹¹⁶ *Lorenzen*, S. 97; *Maier/Schlötterburg*, B.1; *Stelzenmüller*, S. 49.

¹¹⁷ *Bently/Sherman*, S. 708; *Bulling/Langöhrig/Hellwig/Müller*, Rn. 36; *Eichmann/von Falckenstein/Kühne/Eichmann*, § 1 Rn. 15; *Hasselblatt/Hasselblatt*, CDR, Art. 3 Rn. 27–29; *Mahr*, S. 70; *MAH-GewRS/Späth*, § 47 Rn. 10; *Stone*, Rn. 4.07.

¹¹⁸ Bejahend *Bulling/Langöhrig/Hellwig/Müller*, Rn. 24; *Ebersbach*, S. 66; *Eichmann/Kur/Eichmann*, § 2 Rn. 13; *Eichmann/von Falckenstein/Kühne/Eichmann*, § 1 Rn. 34; *Stöckel/Fischoeder*, S. 583; *Gieseler*, S. 282; *Gottschalk*, S. 59; *Kahlenberg*, S. 117; *Lorenzen*, S. 97; *Musker*, Rn. 1-012; *Busche/Stoll/Wiebe/Peter*, Vor Art. 25 Rn. 10; *Polater*, S. 36 f.; *MAH-GewRS/Späth*, § 47 Rn. 11; *Büscher/Dittmer/Schiwy/Steinberg*, Art. 3 GGV Rn. 4; *Stelzenmüller*, S. 49; *Stolz*, S. 42; *Vofß*, S. 138; auf Basis der Vorschläge *Franzosi/Franzosi*, Art. 3, S. 41; implizit wohl auch *Koschtial*, GRUR Int. 2003, 973, 975. In diesem Sinne zunächst auch die Kommission: Begründung zu Art. 3 des Verordnungsvorschlags, KOM (93) 342 endg.; *Geschmacksmuster-Grünbuch*, 5.4.7.2.

¹¹⁹ Ausdrücklich für den Schutz solcher Merkmale *Bulling/Langöhrig/Hellwig/Müller*, Rn. 24; *Maier/Schlötterburg*, B.1; *Stelzenmüller*, S. 52; für nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster auch *Günther/Beyerlein/Beyerlein*, § 1 Rn. 17; ablehnend *Polater*, S. 39.

Auch wenn der Begriff der Erscheinungsform sehr allgemein verstanden werden und auch die haptische Wirkung der Gestaltung umfassen könnte,¹²⁰ sprechen die besseren Gründe für ein allgemeines Erfordernis einer optischen Wahrnehmbarkeit¹²¹ und gegen die Anwendung des Designrechts auf Tastmuster.¹²² Dies gilt sowohl für die Registerrechte wie auch das nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster,¹²³ denn hier geht es um die Auslegung des für alle Schutzrechte relevanten Begriffs der Erscheinungsform. Dieses Verständnis folgt aus den zahlreichen gesetzlichen Hinweisen gerade auf die optische Wirkung der Gestaltung. So kann aus dem Sichtbarkeitskriterium in § 4 DesignG, Art. 4 Abs. 2 lit. a GGV zwar nicht gefolgert werden, dass generell eine Sichtbarkeit der Merkmale im Rahmen der Verwendung des Erzeugnisses erforderlich wäre,¹²⁴ allerdings lässt sich auch nicht der Umkehrschluss ziehen, dass es auf die optische Wahrnehmbarkeit nicht ankäme. Im Gegenteil wäre es bei einer Anerkennung von Tastmustern widersprüchlich, gerade die Sichtbarkeit der Bauelemente zu verlangen anstatt auf eine allgemeine sinnliche Wahrnehmbarkeit, also auch eine Fühlbarkeit, abzustellen. Auch die Prüfung der Eigenart soll nach Erwägungsgrund 13 der GRL und Erwägungsgrund 14 der GGV anhand des durch den „Anblick“ des Musters hervorgerufenen Gesamteindrucks erfolgen.¹²⁵ Im Hinblick auf den Schutzzumfang des Designs beziehungsweise Geschmacksmusters wird zumindest in der französischen Sprachfassung von Art. 9 GRL und Art. 10 Abs. 1 GGV von einem visuellen Gesamteindruck gesprochen (*une impression visuelle globale*).¹²⁶ Auch nach

¹²⁰ Vgl. auch Hasselblatt/Hasselblatt, CDR, Art. 3 Rn. 22; Musker, Rn. 1-012.

¹²¹ So jetzt insb. auch die Schlussanträge des GA *Saugmandsgaard Øe* v. 19.10.2017, Rs. C-395/16, EU:C:2017:779, Rn. 28 – DOCERAM; ferner *Bently/Sherman*, S. 708; Hasselblatt/Hasselblatt, CDR, Art. 3 Rn. 24; *Rehmann*, Rn. 11; *Ruhl/Tolkmitt/Ruhl*, Art. 3 Rn. 112; *Stone*, Rn. 4.06 f. Gegen den Schutz von Tastmustern auch noch die Begründung des MPI-Entwurfs, abgedruckt bei *Ritscher*, GRUR Int. 1990, 559, 578.

¹²² So im Ergebnis auch *Buchmüller*, S. 39 f.; *Ruhl/Tolkmitt/Ruhl*, Art. 3 Rn. 112; *Stone*, Rn. 4.19.

¹²³ Entgegen Günther/Beyerlein/Beyerlein, § 1 Rn. 19; *Ebersbach*, S. 65; *Eichmann/Kur/Eichmann*, § 2 Rn. 13; *Gieseler*, S. 282; *Maier/Schlötelburg*, B.1.; *Hoffmann/Kleespies/Schlötelburg*, Rn. 23, die Tastmuster beim nicht eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmuster zulassen wollen.

¹²⁴ So aber *Otero Lastres*, GRUR Int. 2000, 408, 410; wohl auch *Meindel*, GRUR-Prax 2015, 398, 398; hiergegen zutreffend *Christof*, S. 54; *Ruhl/Tolkmitt/Ruhl*, Art. 3 Rn. 115; vgl. auch Hasselblatt/Hasselblatt, CDR, Art. 4 Rn. 29. Unklar in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung des EuGH (vgl. Urteil v. 21.09.2017, Rs. C-361/15 u. C-405/15, EU:C:2017:720, Rn. 63 – *Easy Sanitary Solutions/Group Nivelles*).

¹²⁵ Vgl. auch die erste Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Richtlinien- und Verordnungsvorschlag, ABl. Nr. C 388 v. 31.12.1994, S. 11, wo eine Prüfung der Eigenart nach dem visuellen Gesamteindruck gefordert wurde.

¹²⁶ Dies verallgemeinernd EuG v. 18.03.2010, Rs. T-9/07, EU:T:2010:96, Rn. 50 – *Grupo*

Erwägungsgrund 11 GRL und § 37 Abs. 1 DesignG¹²⁷ erstreckt sich der Schutz des eingetragenen Designs nur auf die in der Anmeldung sichtbar wiedergegebenen Merkmale der Erscheinungsform.

c) Zur Diskussion um den Schutzgegenstand des Designrechts

Der Schutzgegenstand des eingetragenen Designs beziehungsweise des Gemeinschaftsgeschmacksmusters ist nach dem Wortlaut der §§ 2 Abs. 1, 1 Nr. 1 DesignG, Art. 4 Abs. 1, 3 lit. a GGV die Erscheinungsform eines Erzeugnisses. Die genaue Bedeutung bleibt indes offen.¹²⁸ Betont man den Begriff der Erscheinungsform, kann diese als eigentlicher Schutzgegenstand angesehen und ein abstrakter Schutzgegenstand¹²⁹ angenommen werden.¹³⁰ Es bestünde dann kein Schutz für das konkrete, in einer bestimmten Weise gestaltete Erzeugnis, dieses verkörperte vielmehr nur die immaterielle Formschöpfung.¹³¹ Dies entspricht der Rechtslage unter dem GeschmMG-1876. Geschützt war nicht ein Gegenstand mit bestimmten Funktionen, sondern eine eigentümliche ästhetische Formgebung,¹³² der Schutz richtete sich gegen die Übernahme der Gestaltung als solcher.¹³³ Stellt man dagegen eher den Gesamtpassus „Erscheinungsform eines Erzeugnisses“ in den Vordergrund, kann der Schutzgegenstand allerdings auch enger bestimmt

Promer Mon Graphic/HABM; s. auch EuG v. 13.06.2017, Rs. T-9/15, EU:T:2017:386, Rn. 76 – Ball Europe/EUIPO; EuG v. 09.09.2014, Rs. T-494/12, EU:T:2014:757, Rn. 20 – Biscuits Poul/HABM.

¹²⁷ In der GGV findet sich keine entsprechende Regelung, aber man kann Erwägungsgrund 9 GGV als Verweis auf die Regelung der GRL verstehen. Darüber hinaus wird die Beschränkung auf die in der Anmeldung sichtbar wiedergegebene Erscheinungsform als allgemeiner Grundsatz des Geschmacksmusterrechts angesehen (BGH GRUR 2012, 1139, 1140 – Wein- karaffe; *Christof*, S. 44; *Eichmann/Kur/Eichmann*, § 2 Rn. 12).

¹²⁸ Vgl. auch *Lorenzen*, S. 107; *Stelzenmüller*, S. 52; *Wandtke/Ohst*, GRUR Int. 2005, 91, 98.

¹²⁹ Vgl. zum Begriff *Becker*, GRUR Int. 2012, 312, 313; *Lorenzen*, S. 106; *Zwanzger*, S. 17.

¹³⁰ In diesem Sinne *Buchmüller*, S. 51; *Bulling/Langöhrig/Hellwig/Müller*, Rn. 22; *Ebersbach*, S. 75; *Eichmann/von Falckenstein/Kühne/Eichmann*, § 2 Rn. 5 u. 10 u. § 37 Rn. 3; *Stöckel/Fischoeder*, S. 584 f.; *Gottschalk*, S. 61; *Hasselblatt/Hasselblatt*, CDR, Art. 3 Rn. 13; *Klawitter*, FS BPatG, 1071, 1083; *Mahr*, S. 65; *Maier/Schlötterburg*, B.1; *Rehmann*, Rn. 9; *Schlötterburg*, GRUR 2005, 123, 124; wohl auch *Bulling*, Mitt. 2004, 254, 254; *Kahlenberg*, S. 116; *Otero Lastres*, GRUR Int. 2000, 408, 410; *Zenner*, S. 30.

¹³¹ Vgl. auch *Schlötterburg*, GRUR 2005, 123, 124; *P. Schramm*, S. 139; s. auch *Kur*, GRUR 2002, 661, 662 (Schutz der „Formidee“).

¹³² BGH GRUR 1996, 57, 59 – Spielzeugautos; GRUR 1962, 144, 146 – Buntstreifensatin I; *Englert*, S. 46; *Furler/Bauer*, § 1 Rn. 6; *von Gamm*, GeschmMG, Einführung Rn. 13; *Nirk/Kurtze*, § 1 Rn. 8. S. dazu auch *Pentheroudakis*, GRUR Int. 2002, 668, 670; *P. Schramm*, S. 53; *Stelzenmüller*, S. 17 f.; *Veelken*, ZVglRWiss 98 (1999), 313, 322.

¹³³ BGH GRUR 1996, 57, 59 – Spielzeugautos; ähnlich BGH GRUR 1962, 144, 146 – Buntstreifensatin I.

werden, nämlich als konkreter Schutzgegenstand¹³⁴ nur in der jeweiligen Verkörperung.¹³⁵ Geschützt würde danach die Erscheinungsform eines – durch die Anmeldung zu bestimmenden – Erzeugnisses.

Theoretisch kann diese Streitfrage Auswirkungen einerseits auf der Ebene der Schutzvoraussetzungen haben, etwa bei der Frage, ob es für die Neuheit der Gestaltung entscheidend ist, ob die Erscheinungsform als solche nicht vorbekannt ist oder ob es genügt, dass sie für die betreffenden Erzeugnisse nicht vorbekannt ist.¹³⁶ Zum anderen schlägt sie sich auf Ebene des Schutzzumfangs nieder. Bei einem abstrakten Schutzgegenstand wäre die Verwendung des Designs für ein anderes Erzeugnis eine mögliche Verletzung des Schutzrechts, im Fall des konkreten Schutzgegenstands nicht.¹³⁷ Gerade wegen dieser denkbaren Auswirkungen ist eine abstrakte Klärung der Streitfrage aber nicht sinnvoll. Vielmehr wird der Zusammenhang zwischen der Erscheinungsform und dem Erzeugnis oder möglicherweise auch der Erzeugnisangabe bei der Auslegung konkreter Vorschriften relevant. So wird etwa nicht abstrakt die Neuheit des Designs verlangt, sondern dieser Begriff definiert als Identität mit solchen Gestaltungen, die den vor dem Anmeldetag des Designs derart offenbart wurden, dass sie den Fachkreisen des betreffenden Sektors bekannt sein konnten. Hier ist wird konkret die Frage aufgeworfen, was der „betreffende“ Sektor ist. Solche konkreten Auslegungsfragen müssen beantwortet werden,¹³⁸ wobei es nicht auf einen vorab festgelegten konkreten oder abstrakten Schutzgegenstand des Designrechts ankommen kann.

2. Die eigentlichen Schutzvoraussetzungen Neuheit und Eigenart

Die entscheidenden positiven Voraussetzungen für den Designschutz bestehen in der Neuheit und Eigenart des Designs, § 2 Abs. 1 DesignG, Art. 4 Abs. 1 GGV. Ein Design gilt als neu, wenn vor dem Anmelde- oder Prioritätstag beziehungsweise dem Tag der schutzbegründenden Veröffentlichung kein identisches Design offenbart wurde, § 2 Abs. 2 S. 1 DesignG, Art. 5 Abs. 1 GGV. Damit das Design Eigenart aufweist, muss sich der Gesamteindruck, den es beim informierten Benutzer hervorruft, von dem Gesamteindruck unterscheiden, den ein ande-

¹³⁴ Zum Begriff *Becker*, GRUR Int. 2012, 312, 313; *Lorenzen*, S. 106; *Zwanzger*, S. 17.

¹³⁵ In diesem Sinne insb. *Lorenzen*, S. 164; *Maierhöfer*, S. 28; tendenziell auch *Voß*, S. 140; ferner *Wandke/Ohst*, GRUR Int. 2005, 91, 99.

¹³⁶ Vgl. dazu anschaulich den Fall des Hoge Raad GRUR Int. 1997, 756 – Ferrari-Friseurstuhl.

¹³⁷ Ein typisches Beispiel ist die Nachbildung der geschützten Form von Fahrzeugen für Spielzeuge; s. anschaulich dazu BGH GRUR 1996, 57, 59 – Spielzeugautos; vgl. ferner etwa *Kur*, GRUR 2002, 661, 662; *Lorenzen*, S. 106.

¹³⁸ In diesem Sinne auch *Becker*, GRUR Int. 2012, 312, 314; zustimmend *Christof*, S. 32.

res Design bei diesem Benutzer hervorruft, das vor dem Anmeldetag oder dem Tag der schutzbegründenden Offenbarung offenbart worden ist, § 2 Abs. 3 S. 1 DesignG, Art. 6 Abs. 1 GGV.

3. *Schutzausschlussgründe*

a) *Ausblendung bestimmter Merkmale bei der Prüfung der Eigenart*

Mehrere Schutzausschlussgründe stellen nicht den Schutz des Designs insgesamt in Frage, sondern führen – wie sich aus Erwägungsgrund 10 GGV und Erwägungsgrund 14 GRL ergibt – dazu, dass von ihnen erfasste Gestaltungsmerkmale nicht bei der Prüfung von Neuheit und Eigenart berücksichtigt werden können. Dies betrifft zum einen solche Merkmale des Designs, die ausschließlich durch dessen technische Funktion bedingt sind, § 3 Abs. 1 Nr. 1 DesignG, Art. 8 Abs. 1 GGV, und zum anderen die in § 3 Abs. 1 Nr. 2 DesignG, Art. 8 Abs. 2 GGV genannten Verbindungselemente.

b) *Das gesamte Design betreffende Schutzausschlussgründe*

Weitere Schutzausschlussgründe beziehen sich dagegen auf das betroffene Design als Ganzes. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 DesignG, Art. 9 GGV sind Designs vom Schutz ausgeschlossen, wenn sie – und nicht erst ihre Verwendung¹³⁹ – gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstoßen.¹⁴⁰ Diese Regelungen sollen verhindern, dass die Eintragungsbehörden gezwungen sind, entsprechende Designs einzutragen und damit eine offizielle Billigung auszudrücken.¹⁴¹ Nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 Design werden weiterhin Designs vom Schutz ausgeschlossen, die eine missbräuchliche Benutzung eines der in Artikel 6^{ter} der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums aufgeführten Zeichen oder von sonstigen Abzeichen, Emblemen und Wappen von öffentlichem Interesse darstellen.¹⁴² Die Vorschrift beruht auf der fakultativen Regelung des

¹³⁹ Vgl. Ruhl/Tolkmitt/Ruhl, Art. 9 Rn. 4.

¹⁴⁰ Ausführlich dazu Thiele, MR-Int. 2016, 173, 177 ff., der folgende Fallgruppen nennt: Designs für international verbotene Produkte, klar rassistische Symbole und Darstellung harter Pornografie. Praktische Beispiele: BPatG BeckRS 2014, 01384 – Darstellung einer Moschee (Sittenwidrigkeit bejaht); BPatG BeckRS 2011, 28558 – Flasche (Sittenwidrigkeit verneint). Zum früheren deutschen Recht noch BPatG GRUR 2004, 160, 161 f. – Vibratoren (Sittenwidrigkeit verneint); GRUR 2000, 1026, 1027 – Penistrillerpfeife (Sittenwidrigkeit bejaht).

¹⁴¹ Hasselblatt/*Brançusi*, CDR, Art. 9 Rn. 1; Buchmüller, S. 109; Günther/Beyerlein/*Günther*, § 3 Rn. 13; Eichmann/von Falckenstein/*Kühne/Kühne*, § 3 Rn. 16; Ruhl/Tolkmitt/*Ruhl*, Art. 9 Rn. 2.

¹⁴² S. zur Anwendung des Schutzhindernisses näher BPatG BeckRS 2018, 25740; BeckRS 2017, 137883; GRUR 2015, 790, 791 ff. – DE-Flagge; BeckRS 2012, 22881.

Art. 11 Abs. 2 lit. c GRL, in der GGV findet sich eine entsprechende Vorschrift nur als Nichtigkeitsgrund in Art. 25 Abs. 1 lit. g GGV.

III. Entstehung des Schutzrechts

1. Eingetragenes Design und Gemeinschaftsgeschmacksmuster

Der Design- beziehungsweise Gemeinschaftsgeschmacksmusterschutz kann zunächst durch Eintragung in das Register beim DPMA beziehungsweise beim EUIPO entstehen. Dabei ist zu beachten, dass im Eintragungsverfahren die wesentlichen materiellen Schutzvoraussetzungen nicht geprüft werden,¹⁴³ sodass man beim eingetragenen Design und Gemeinschaftsgeschmacksmuster durchaus von „ungeprüften Registerrechten“ sprechen kann.¹⁴⁴ Erfolgt die Eintragung, obwohl die Gestaltung nicht schutzfähig ist, ist das eingetragene Design nach § 33 Abs. 1 DesignG, der Regelung der absoluten Nichtigkeitsgründe,¹⁴⁵ nichtig. Daneben sind in § 33 Abs. 2 DesignG relative Nichtigkeitsgründe vorgesehen,¹⁴⁶ bei deren Vorliegen eine Nichtigerklärung des Designs in Betracht kommt. Der Sache nach gilt nichts anderes beim Gemeinschaftsgeschmacksmuster, die GGV unterscheidet allerdings begrifflich nicht zwischen absoluten und relativen Nichtigkeitsgründen, sondern spricht stets davon, dass das Gemeinschaftsgeschmacksmuster für nichtig erklärt wird, Art. 25 Abs. 1 GGV.

Um die Nichtigerklärung¹⁴⁷ eines eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmusters zu erreichen, sieht Art. 24 Abs. 1 GGV einerseits die Möglichkeit eines Antrags beim EUIPO¹⁴⁸ und andererseits die Erhebung einer Widerklage im Verletzungsverfahren vor einem Gemeinschaftsgeschmacksmustergericht¹⁴⁹ vor. Im Verletzungsverfahren haben die Gemeinschaftsgeschmacksmustergerichte nach Art. 85 Abs. 1 S. 1 GGV von der Rechtsgültigkeit des Schutzrechts auszugehen und kann die Nichtigerklärung grundsätzlich nur mittels einer Widerklage erreicht werden, Art. 85 Abs. 1 S. 2 GGV. Ein bloßes Bestreiten der Rechtsgültig-

¹⁴³ Zum begrenzten Prüfungsumfang s. § 18 DesignG und Art. 47 Abs. 1 GGV und dazu auch EuG v. 09.02.2017, Rs. T-16/16, EU:T:2017:68, Rn. 35 – Mast-Jägermeister/EUIPO.

¹⁴⁴ Stöckel/*Fischoeder*, S. 611; vgl. auch *Rehmann*, Rn. 4.

¹⁴⁵ S. Regierungsbegründung zum DesignG, BT-Drucks. 17/13428, S. 23; *Rehmann*, Rn. 155.

¹⁴⁶ Zu dieser Unterscheidung auch Regierungsbegründung zum DesignG, BT-Drucks. 17/13428, S. 30; *Büscher/Dittmer/Schiwy/Auler*, § 33 DesignG Rn. 1; *Eichmann/von Falckenstein/Kühne/Eichmann*, § 33 Rn. 3; *Stöckel/Fischoeder*, S. 615 ff.; *Kappl*, GRUR 2014, 326, 328; *Rehmann*, GRUR-Prax 2013, 215, 216; *Schricker/Haug*, NJW 2014, 726, 728; kritisch *Beyerlein*, Mitt. 2014, 114, 115; *GRUR-Stellungnahme*, GRUR 2013, 478, 479.

¹⁴⁷ Erst infolge einer behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung ist das Recht nichtig und gelten seine Wirkungen nach Art. 26 Abs. 1 GGV als nicht eingetreten.

¹⁴⁸ Für das Nichtigkeitsverfahren gelten Art. 52 ff. GGV.

¹⁴⁹ Näheres regelt Art. 86 GGV.

keit des eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmusters ist abgesehen von der Ausnahme in Art. 85 Abs. 1 S. 3 GGV nicht möglich. Auch die Vorschriften im DesignG entsprechen nun weitgehend diesen Regelungen. Zugunsten des Rechteinhabers wird die Rechtsgültigkeit des eingetragenen Designs vermutet, § 39 DesignG. Nach § 33 Abs. 3 DesignG ist die Geltendmachung der Nichtigkeit im Nichtigkeitsverfahren vor dem DPMA nach §§ 34a ff. DesignG sowie im Wege der Widerklage im Verletzungsverfahren nach § 52b DesignG möglich. Nach § 52a DesignG sind diese Möglichkeiten abschließend; die – früher zugelassene¹⁵⁰ – schlichte Berufung auf die Nichtigkeit des Schutzrechts im Verletzungsverfahren kommt daher nicht mehr in Betracht.¹⁵¹

Insgesamt stellt sich die Situation des Inhabers eines eingetragenen Designschutzrechts als vergleichsweise günstig dar. Der Schutz ist ohne tiefergehende materielle Prüfung zu erlangen und im Verletzungsverfahren genügt zunächst die Vorlage einer Eintragungsurkunde, damit das Gericht von einem bestehenden Schutzrecht ausgehen muss.¹⁵² Es liegt dann beim potentiellen Rechtsverletzer, im Rahmen seiner prozessualen Möglichkeiten die Nichtigkeit geltend zu machen.

2. Nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster

Unabhängig von einer Registereintragung entsteht der Schutz als nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster nach Art. 11 Abs. 1 GGV, wenn das Geschmacksmuster der Öffentlichkeit innerhalb der Gemeinschaft erstmals¹⁵³ zugänglich gemacht wird. Dies ist nach Art. 11 Abs. 2 S. 1 GGV der Fall, wenn es in solcher Weise offenbart wurde, dass dies den in der Gemeinschaft tätigen Fachkreisen des betreffenden Wirtschaftszweigs im normalen Geschäftsverlauf bekannt sein konnte. Die Anforderungen entsprechen weitgehend den Voraussetzungen der Zugänglichmachung in Art. 7 Abs. 1 GGV, die für die Ermittlung der Vergleichsmuster nach Art. 5, 6 GGV relevant ist.¹⁵⁴ Ein entscheidender Unterschied besteht indes darin, dort bloß ein Zugänglichmachen verlangt wird, während Art. 11 Abs. 1 GGV von einem Zugänglichmachen für die Öffentlichkeit „in der Gemeinschaft“ spricht. Unter anderem daraus ist mit der überwiegenden Auffassung zu folgern, dass die maßgebliche Offenbarungshandlung innerhalb des Gebiets der Union erfolgt sein muss,¹⁵⁵ eine Veröffentlichung an einem ande-

¹⁵⁰ Eichmann/von Falckenstein/von Falckenstein⁴, § 33 Rn. 7; s. auch noch BGH GRUR 2018, 72, 76 – Bettgestell.

¹⁵¹ Schrickler/Haug, NJW 2014, 726, 729.

¹⁵² S. etwa Rother, FS Eisenführ, 85, 93.

¹⁵³ Zu den mit diesem Merkmal verbundenen Fragen s. nur Ruhl/Tolkmitt/Ruhl, Art. 11 Rn. 40 ff.

¹⁵⁴ Dazu näher unten Kap. 3 B. I. 1. c) bb) (2) und (3).

¹⁵⁵ BGH GRUR 2009, 79, 81 – Gebäckpresse; Büscher/Dittmer/Schiwy/Auler, Art. 11 GGV

ren Ort also zur Schutzentstehung auch dann nicht genügt, wenn die in der Union tätigen Fachkreise des betreffenden Wirtschaftszweigs¹⁵⁶ die Möglichkeit der Kenntnismöglichkeit des Musters haben.

Liegen die Schutzvoraussetzungen nicht vor, ließe sich aus dem Wortlaut des Art. 11 Abs. 1 GGV ableiten, dass das Schutzrecht nicht entsteht. Der (potentielle) Rechtsinhaber muss allerdings im Prozess die Schutzfähigkeit nicht umfassend beweisen. Vielmehr haben die Verletzungsgerichte nach Art. 85 Abs. 2 S. 1 GGV von der Rechtsgültigkeit des nicht eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmusters auszugehen, wenn der Rechtsinhaber die schutzbegründende öffentliche Zugänglichmachung beweist und angibt, inwiefern sein Geschmacksmuster Eigenart aufweist. Hierfür soll die Benennung der Merkmale genügen, die dem Muster Eigenart verleihen.¹⁵⁷ In diesem Fall kehrt sich die Beweislast um; der Beklagte kann beweisen, dass das Gemeinschaftsgeschmacksmuster nicht die Schutzvoraussetzungen erfüllt. Insoweit ist – über die in Art. 85 Abs. 2 S. 2 GGV genannte Möglichkeit der Widerklage hinaus – auch eine schlichte Widerlegung der Rechtsgültigkeitsvermutung zulässig.¹⁵⁸ Außerhalb eines Ver-

Rn. 8; *Bulling*, Mitt. 2004, 254, 257; *Ebersbach*, S. 112; *Eckert*, S. 96; *Stöckel/Fischoeder*, S. 642; *Gärtner*, Mitt. 2009, 320, 321; *Gottschalk*, S. 96; *Gottschalk/Gottschalk*, GRUR Int. 2006, 461, 463 u. 464; *Huber*, in: *Hartwig*, DesignE 4, 69, 71; *Kirchner/Kirchner-Freis/Kühne*, S. 21; *Mahr*, S. 67; *Maierhöfer*, S. 102; *Rahlf/Gottschalk*, GRUR Int. 2004, 821, 825; *Reinisch*, S. 32 ff.; *Ruhl/Tolkmitt/Ruhl*, Art. 11 Rn. 17; *Hasselblatt/Schaap/van den Berg/George*, CDR, Art. 11 Rn. 9; *Schennen*, FS Eisenführ, 99, 107; *MAH-GewRS/Späth*, § 47 Rn. 26; *Zenner*, S. 43; im Ergebnis auch *Buchmüller*, S. 89. Anders – auf die Kenntnismöglichkeit der innereuropäischen Fachkreise, unabhängig vom Ort der Veröffentlichung, abstellend – *Maier/Schlötelburg*, F.3; *Oldekop*, WRP 2006, 801, 805; *Plaistow/Heritage*, E.I.P.R. 2007, 187, 189; *Rother*, FS Eisenführ, 85, 91; sympathisierend *Stone*, Rn. 17.09.

¹⁵⁶ Maßgeblich ist das Produktgebiet des zu schützenden Gemeinschaftsgeschmacksmusters, s. *Eichmann/von Falckenstein/Kühne/Eichmann*, Nicht eingetragenes GGM Rn. 11. Zweifelhafte ist aber, ob bei Designs, die für mehrere Wirtschaftskreise relevant sein können, die Kenntnismöglichkeit in einem der Fachkreise genügt (so *Büscher/Dittmer/Schiwy/Auler*, Art. 11 GGV Rn. 6; *Buchmüller*, S. 101) oder ob eine Kenntnismöglichkeit in allen relevanten Kreisen erforderlich ist (so *Ruhl/Tolkmitt/Ruhl*, Art. 11 Rn. 20).

¹⁵⁷ Dazu jetzt insb. *EuGH v. 19.06.2014*, Rs. C-345/13, EU:C:2014:2013, Rn. 46 f. – *Karen Millen Fashions*; ferner *Eichmann/von Falckenstein/Kühne/Eichmann*, Nicht eingetragenes GGM Rn. 14; *Ruhl/Tolkmitt/Ruhl*, Art. 85 Rn. 19; zuvor für strengere Anforderungen etwa *OLG Frankfurt BeckRS 2012*, 10682; *OLG Hamburg BeckRS 2009*, 08346; *Klawitter*, EWS 2002, 357, 360; *Rother*, FS Eisenführ, 85, 94.

¹⁵⁸ Dazu eingehend *Gottschalk/Gottschalk*, GRUR Int. 2006, 461, 464 f.; ferner *LG Düsseldorf*, in: *Hartwig*, DesignE 4, 215, 220 f. – *Herrenhemd*; *Hartwig/Huber*, in: *Hartwig*, DesignE 3, 136, 139; *Ruhl/Tolkmitt/Ruhl*, Art. 85 Rn. 24; *Schönbohm*, GRUR 2004, 41, 41; a. A. *Rother*, FS Eisenführ, 85, 96. Dies ist etwa in der englischen Fassung von Art. 85 Abs. 2 S. 2 GGV („However, the defendant may contest its validity by way of a plea or with a counterclaim for a declaration of invalidity.“) ausdrücklich vorgesehen.

letzungsprozesses kann ein nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster zudem auf Antrag bei einem Gemeinschaftsgeschmacksmustergericht für nichtig erklärt werden, Art. 24 Abs. 3 Var. 1 GGv.

B. Urheberrecht

Durch das Urheberrecht werden Urheber für ihre Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst geschützt, § 1 UrhG. Auch bei der Gestaltung von Gebrauchsgegenständen kann es sich um solche Werke der Kunst handeln. Die frühere Rechtsprechung stellte dafür aber hohe Anforderungen auf,¹⁵⁹ sodass der Schutz nur selten gewährt wurde und die Bedeutung des Urheberrechts als Designschutzrecht begrenzt war.¹⁶⁰ Dies könnte sich mit der jüngsten Entscheidung des BGH zur Frage der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Werken der angewandten Kunst¹⁶¹ ändern, wenn in deren Folge verstärkt urheberrechtlicher Schutz für die Gestaltung von Gebrauchsgegenständen bejaht wird. Ob dies der Fall sein wird und mehr noch, ob dies gerechtfertigt wäre, soll im Folgenden untersucht werden.

I. Grundlagen des Urheberrechtsschutzes

1. Historische Entwicklung des urheberrechtlichen Schutzes der Gestaltung von Gebrauchsgegenständen und Rechtsgrundlagen

Das erste gesamtdeutsche Gesetz zum urheberrechtlichen Kunstschutz,¹⁶² das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste von 1876 (KUG-1876) schützte nur Werke der „hohen“ oder „reinen“ bildenden Kunst und nicht solche, bei denen objektiv der Gebrauchszweck die ästhetische Wirkung überwog.¹⁶³ Die Trennung von Kunstschutz und dem Schutz gewerblicher Ge-

¹⁵⁹ S. hier zunächst nur BGH GRUR 1995, 581, 582 – Silberdistel.

¹⁶⁰ Vgl. zunächst nur etwa die Einschätzungen bei Stöckel/*Fischoeder*, S. 574; Stöckel/*Lüken*, S. 562; Fischer/*Reich/Reich*, § 3 Rn. 17; *Ströbel*, FS Scharf, 41, 43 sowie das rechnerische Modell bei *A. Nordemann/Heise*, ZUM 2001, 128, 135 f.; für Einzelfälle s. die Aufstellung bei *Zentek*, Handbuch, S. 34 ff.

¹⁶¹ BGH GRUR 2014, 175, 177 ff. – Geburtstagszug.

¹⁶² Zur vorherigen Entwicklung etwa *Schack*, GS Eckert, 725, 737 f.; *Schulze*, FS GRUR, 1303, 1306 f.; *Wadle*, JuS 1976, 771, 772 ff.; *Zech*, S. 143 ff.; *Zentek*, UFITA 2016/I, 35, 36 ff.

¹⁶³ S. die bei *Osterrieth*, Bemerkungen, S. 25 abgedruckte Gesetzesbegründung sowie RGZ 71, 145, 147; *Allfeld*, Die Reichsgesetze betreffend das literarische und artistische Urheberrecht, S. 284; *Böttner*, S. 102; *Dambach*, S. 17 f.; *Scheele*, S. 169; *Wächter*, S. 62 f. Vgl. dazu auch BGH GRUR 1976, 649, 650 – Hans Thoma-Stühle; *Haberstumpf*, FS GRUR, 1124, 1145; *Kohler*, AcP 87 (1897) 1, 6; *Nirk*, UFITA 80 (1977), 1, 3 f.; *Schack*, GS Eckert, 725, 728;

genstände wurde durch § 14 KUG-1876 verstärkt, wonach dann, wenn der Urheber die Nachbildung seines (reinen) Kunstwerks an einem Werke der Industrie, der Fabriken, Handwerke oder Manufakturen erlaubte, er den Schutz gegen weitere derartige Nachbildungen nur nach dem GeschmMG-1876 genoss.¹⁶⁴

Eine ausdrückliche Anerkennung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von „Erzeugnissen des Kunstgewerbes“ und auch von Bauwerken erfolgte mit § 2 des Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie von 1907 (KUG-1907). Solche Werke sollten „wie Werke der bildenden Kunst“ geschützt werden. Die Regelung in § 14 KUG-1876 wurde aufgegeben; eine Ungleichbehandlung von „gewerblicher“ und „hoher“ Kunst sei nicht mehr gerechtfertigt.¹⁶⁵ Zweifelhaft wurden damit die genauen Schutzvoraussetzungen und das Verhältnis zum weiterhin bestehenden GeschmMG-1876.¹⁶⁶

Mit dem UrhG von 1965¹⁶⁷ wurden die jeweils auf bestimmte Bereiche des Urheberrechts beschränkten Regelungen im KUG-1907 und im LUG-1901 in ein einheitliches Gesetz zusammengeführt. Nun bestimmt § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG, dass zu den nach § 1 UrhG geschützten Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst unter anderem die Werke der bildenden Kunst, einschließlich der Werke der angewandten Kunst gehören. Der Schutz setzt nach § 2 Abs. 2 UrhG voraus, dass es sich um eine persönliche geistige Schöpfung des Urhebers handelt. Trotz vielfältiger europarechtlicher Einflüsse auf das Urheberrecht¹⁶⁸ hat sich an diesen Regelungen nichts geändert und bleibt das deutsche UrhG die primäre Rechtsgrundlage für den urheberrechtlichen Schutz der Gestaltung von Gebrauchsgenständen.

2. Begründung des Urheberrechts

Das Designrecht schützt – wie bereits dargestellt – neue und eigenartige Designs und spornt damit zur Erweiterung des Formenschatzes an. Im Zentrum steht das

Schulze, FS GRUR, 1303, 1308; *Zentek*, UFITA 2016/I, 35, 44 f.; s. aber auch RGZ 23, 116, 117; näher zu den Hintergründen *Sommer*, S. 40 ff.

¹⁶⁴ S. dazu die Gesetzesbegründung bei *Osterrieth*, Bemerkungen, S. 27; ferner etwa RGZ 23, 116, 118; *Scheele*, S. 207 f.; *Wassermann*, Leipziger Zeitschrift 1907, 394, 398 f.; vgl. auch *Breimesser*, S. 264 ff.; *Nirk*, UFITA 80 (1977), 1, 4 u. 10; *Schulze*, FS GRUR, 1303, 1309; *Wadle*, JuS 1976, 771, 775. Beispiele für mögliche Anwendungsfälle bei BGH GRUR 1976, 649, 650 – Hans Thoma-Stühle.

¹⁶⁵ Entwurf eines Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie, Drucksachen des Reichstags, 11. Legislatur-Periode, II. Session 1905/1906, Nr. 30, S. 13; ausführlich zu den Hintergründen *Sommer*, S. 87 ff.

¹⁶⁶ S. hier nur *Sommer*, S. 96 und im Einzelnen unten Kap. 3 B. II. 1. a).

¹⁶⁷ Zur Entstehung insbesondere mit Blick auf die Werke der angewandten Kunst s. *Zentek*, UFITA 2016/I, 35, 78 ff.; ausführlich *Sommer*, S. 165 ff.

¹⁶⁸ Unten Kap. 3 B. II. 2. b).