
Datum: 24.08.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 72/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0824.6U72.12.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 84 O 219/11
Normen: Gemeinschaftsgeschmacksmuster VO Art. 25, 90;; UWG § 12 Abs. 1

Tenor:

Auf die Berufung der Antragsgegnerin wird das am 29.02.2012 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 84 O 219/11 – teilweise abgeändert. Die einstweilige Verfügung des Landgerichts Köln vom 12.10.2011 in der Fassung des Beschlusses vom 19.10. 2011 – 84 O 219/11 - wird aufgehoben und der auf ihren Erlass gerichtete Antrag zurückgewiesen, soweit der Antragsgegnerin untersagt worden ist, den in der einstweiligen Verfügung eingeblendeten Behälter anzubieten und/oder zu vertreiben und/oder anbieten und/oder vertreiben zu lassen. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens erster Instanz haben die Antragstellerin zu 53 % und die Antragsgegnerin zu 47 % zu tragen. Die Kosten der Berufung werden gegeneinander aufgehoben.

Gründe:

1

I.

2

Die Antragstellerin ist Inhaberin eines Gemeinschaftsgeschmacksmusters für einen Haushaltsbehälter mit einer Priorität vom 31.12.2008, wegen dessen Einzelheiten und

3

Ausgestaltung auf die Einblendung im angefochtenen Urteil Bezug genommen wird. Diesen Behälter vertreibt die Antragstellerin seit dem Jahr 2009 unter der Bezeichnung „Q“. Die Antragsgegnerin stellte Ende Januar 2011 auf einer Messe unter der Bezeichnung „Julia“ einen Multifunktionsbehälter für den täglichen Gebrauch aus.

Die Antragstellerin erwirkte daraufhin am 25.02.2011 eine einstweilige Verfügung des Landgerichts München I – 7 O 3460/11 –, mit der der Antragsgegnerin die Herstellung, der Vertrieb, das Angebot, das Inverkehrbringen, die Einfuhr und/oder die Ausfuhr jenes Behälters unter Androhung von Ordnungsmitteln untersagt wurde. In der auf den Widerspruch der Antragsgegnerin anberaumten mündlichen Verhandlung am 26.07.2011 schlossen die Parteien einen Vergleich, wonach die Antragsgegnerin zur einstweiligen Verfügung betreffend den Behälter für die Zeitdauer des Bestands des Verfügungsgeschmacksmusters eine Abschlusserklärung mit der Maßgabe abgab, dass sie das Produkt auf der nächsten Fachmesse „spoga + gafa“ in L mit dem ausdrücklichen Hinweis „in Deutschland bzw. Frankreich nicht verfügbar“ ausstellen und zeigen durfte. Darüber hinaus verpflichtete sich die Antragsgegnerin, ihren beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (HABM) gestellten Antrag auf Nichtigerklärung des Gemeinschaftsgeschmacksmusters der Antragstellerin zurückzunehmen.

Auf der vom 04.09. bis zum 06.09.2011 in L stattfindenden Messe „spoga + gafa“ stellte die Antragsgegnerin den Multifunktionsbehälter ohne einen in räumlicher Nähe befindlichen Disclaimer aus. Zudem bildete sie ihn in ihrem Katalog über die Produktkollektion 2012 ab, wobei sich auf der Innenseite des vorderen Umschlags sowie auf der Katalogseite 72 der Hinweis fand, dass der Behälter in Deutschland nicht erhältlich sei.

Die Antragstellerin hat daraufhin am 28.09.2011 beim Landgericht München I beantragt, der Antragsgegnerin wegen Verletzung ihres Gemeinschaftsgeschmacksmusters, hilfsweise unter dem Gesichtspunkt der wettbewerbswidrigen Nachahmung, im Wege der einstweiligen Verfügung die Bewerbung, das Angebot und/oder den Vertrieb des Behälters zu untersagen. Auf die nachfolgende Anregung des sich für örtlich unzuständig haltenden Landgerichts München I hat die Antragstellerin die Verweisung des Verfahrens an die Geschmacksmusterkammer des Landgerichts Köln beantragt. Nach dem Verweisungsbeschluss des Landgerichts München I vom 28.09.2011, dem Eingang der Akten bei der für Geschmacksmusterstreitigkeiten zuständigen 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln am 05.10.2011 und dem am selben Tag erfolgten telefonischen Hinweis des dortigen Vorsitzenden Richters auf die Zuständigkeit des Landgerichts Düsseldorf als Gemeinschaftsgeschmacksmustergericht hat die Antragstellerin am 05.10.2011 die Verweisung an jenes Gericht beantragt. Diesen Antrag hat sie, nachdem sie der Vorsitzende der 4. Kammer für Handelssachen telefonisch auf die doch gegebene Zuständigkeit des Landgerichts Köln hingewiesen hat, am 11.10.2011 wieder zurückgenommen.

Das Landgericht Köln (im Folgenden: Landgericht) hat der Antragsgegnerin daraufhin mit einstweiliger Verfügung vom 12.10.2011 den Vertrieb, die Bewerbung und das Angebot des streitgegenständlichen Behälters im Bereich der Bundesrepublik Deutschland untersagt. Mit Beschluss vom 19.10.2011 hat es die einstweilige Verfügung um besser erkennbare Abbildungen des streitgegenständlichen Behälters modifiziert. Nachdem sich die jetzigen Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 30.09.2011 als zur Empfangnahme einer einstweiligen Verfügung bevollmächtigt ausgewiesen haben, haben die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin an diese am 27.10.2011 die Beschlüsse vom 12.10. und 19.10.2011 gegen Empfangsbekanntnis zugestellt.

4

5

6

7

8

In dem auf den Widerspruch der Antragsgegnerin anberaumten Termin zur mündlichen Verhandlung am 01.02.2012 hat das Landgericht offenbart, dass der Antrag der Antragstellerin auf Verweisung an das Landgericht Düsseldorf und dessen Rücknahme auf telefonischen Hinweisen des Vorsitzenden beruht hatten. Mit nachfolgendem Schriftsatz vom 27.02.2012 hat die Antragsgegnerin den Vorsitzenden wegen dessen einseitigen Hinweisen gegenüber der Antragstellerin, die sie als nicht von § 139 ZPO gedeckt angesehen hat, wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt. Auf telefonischen Hinweis des Vorsitzenden hat sie das Ablehnungsgesuch am 28.02.2011 fernmündlich zurückgenommen.

Mit Urteil vom 29.02.2012 – 84 O 219/11 – hat das Landgericht die einstweilige Verfügung vom 12.10.2011 (bis auf das darin außerdem enthaltene aufgehobene Auskunftsgesuch) bestätigt. Hiergegen richtet sich die Berufung der Antragsgegnerin. Sie macht geltend, das Landgericht sei sachlich unzuständig, da es weder Gericht der Hauptsache noch Gemeinschaftsmarkengericht sei. Überdies beruhe das angefochtene Urteil auf Verfahrensfehlern des Landgerichts. So habe dieses, indem es der Antragstellerin ohne ihre - der Antragsgegnerin - Anhörung einseitige Hinweise zunächst (zutreffend) zu seiner Unzuständigkeit und sodann zu seiner vermeintlichen Zuständigkeit erteilt habe, die Grenzen des § 139 ZPO überschritten. Zudem habe das Landgericht verkannt, dass die Antragstellerin ihr nach § 35 ZPO bestehendes Wahlrecht verbraucht habe. In der Sache sei das Landgericht in Anbetracht des neuheits-, jedenfalls aber eigenartschädlichen vorbekannten Formenschatzes zu Unrecht von der Rechtsbeständigkeit des Gemeinschaftsgeschmacksmusters sowie überdies rechtsfehlerhaft von einem nahezu identischen Gesamteindruck des streitgegenständlichen Behälters ausgegangen. Überdies bestreitet die Antragsgegnerin unter Hinweis auf das schriftsätzliche Vorbringen der Antragstellerin vom „29“.02.2011 in dem von der Antragsgegnerin erneut beim HABM eingeleiteten Verfahren auf Nichtigklärung des Gemeinschaftsgeschmacksmusters, dass die Antragstellerin Inhaberin des Verfügungsmusters sei.

9

Die Antragstellerin verteidigt das angefochtene Urteil.

10

Von der Darstellung der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird abgesehen (§§ 540 Abs. 2, 313 a Abs. 1 S. 1, 542 Abs. 2 S. 1 ZPO).

11

II.

12

Das angefochtene Urteil und die einstweilige Verfügung vom 12.10.2011 in der Fassung des Beschlusses vom 19.10.2011 sind aufzuheben und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen, soweit der Antragsgegnerin das Angebot und der Vertrieb des Behälters verboten worden sind. Soweit das Landgericht der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung die Bewerbung des streitgegenständlichen Behälters untersagt hat, hat die Berufung hingegen keinen Erfolg.

13

1. Die Antragstellerin verfügt über ein Rechtsschutzbedürfnis allein dahingehend, der Antragsgegnerin wegen der Ausstellung des Behälters auf der Messe „spoga + gafa“ und dessen Abbildung im Jahreskatalog 2012 die Bewerbung des Produkts im Wege der einstweiligen Verfügung zu untersagen. Demgegenüber hat die Antragstellerin auf Grund des bereits durch die einstweilige Verfügung des Landgerichts München I vom 25.02.2011 unmissverständlich verbotenen Angebots und Vertriebs des Behälters kein berechtigtes Interesse an einer nochmaligen Untersagung derartiger Handlungen.

14

Für einen erneuten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung besteht trotz eines vorhandenen Unterlassungstitels ein Rechtsschutzbedürfnis, wenn der ursprüngliche Titel

15

auslegungsfähig ist und ernsthafte Zweifel bestehen, ob die nunmehr beanstandete Verletzungshandlung einen Titelverstoß darstellt. In einem solchen Fall hat der Antragsteller wegen der Unsicherheit über die Festsetzung eines Ordnungsmittels im Hinblick auf die vergleichsweise lange Zeit, die die Entscheidung über einen Vollstreckungsantrag gemäß § 890 ZPO in Anspruch nimmt, ein schutzwürdiges Interesse an der zeitnahen Unterbindung von (weiteren) Verstößen (vgl. BGH GRUR 1958, 359, 361; OLG Frankfurt NJWE-WettbR 1997, 59; Schmukle in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 6. Auflage, Kap. 44 Rn. 16). Dem steht die von der Antragsgegnerin angeführte neuere höchstrichterliche Rechtsprechung nicht entgegen. In seinem Urteil vom 19.05.2010 – I ZR 177/07 - (GRUR 2010, 855 – Folienrollos) hat der Bundesgerichtshof das Rechtsschutzbedürfnis nicht für ein erneutes Vorgehen im Eilverfahren, sondern für eine abermalige Klage verneint. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, dass in dem von ihm entschiedenen Fall zwischen den Parteien ernsthafter Streit über die Reichweite des zuvor ergangenen Unterlassungstitels bestand.

Nach den vorgenannten Grundsätzen besteht ein Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin, der Antragsgegnerin im Wege einer weiteren einstweiligen Verfügung die Bewerbung des streitgegenständlichen Behälters untersagen zu lassen. Durch die einstweilige Verfügung des Landgerichts München I war der Antragsgegnerin die Bewerbung des Behälters nicht ausdrücklich untersagt. Zudem hatte diese das Ausstellen und Zeigen des Produkts mit einem ausdrücklichen Hinweis auf die Nichtverfügbarkeit in Deutschland von ihrer Abschlusserklärung ausgenommen. Im Hinblick darauf hat der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin ausweislich der eidesstattlichen Versicherung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin am 05.09.2011 die Ansicht geäußert, die im Katalog enthaltenen Disclaimer stellten einen ausreichenden Hinweis auf die mangelnde Verfügbarkeit in Deutschland dar und erlaubten nach dem gerichtlichen Vergleich, den Behälter auf der Messe „spoga + gafa“ auszustellen sowie im Jahreskatalog 2012 zu zeigen. An dieser Auffassung hat er in seiner Antwort vom 23.09.2011 auf die Abmahnung der Antragstellerin festgehalten. Auch in dem von der Antragstellerin eingeleiteten Ordnungsmittelverfahren hat sich die Antragsgegnerin am 04.11.2011 schriftsätzlich damit verteidigt, dass ihr die Ausstellung des Behälters und dessen Abbildung im Katalog durch die einstweilige Verfügung des Landgerichts München I nicht untersagt seien sowie derartige Handlungen nicht gegen den gerichtlichen Vergleich verstießen. Unter diesen Umständen hatte die Antragstellerin ein berechtigtes Interesse daran, der Antragsgegnerin die Bewerbung des streitgegenständlichen Produkts zeitnah verbieten zu lassen. 16

Demgegenüber verfügt die Antragstellerin nicht über ein Rechtsschutzbedürfnis zur gerichtlichen Untersagung auch des Angebots und des Vertriebs des Behälters. Derartige Handlungen waren der Antragsgegnerin durch die von ihr als endgültige Regelung anerkannte einstweilige Verfügung des Landgerichts München I vom 25.05. 2011 ausdrücklich verboten. Zweifel an einem diesbezüglichen Verbot konnten deshalb von vornherein nicht aufkommen und hat auch die Antragsgegnerin nicht zu erkennen gegeben. Vielmehr hat sie in ihrem Schreiben vom 23.09.2011 erklärt, dass es hinsichtlich der Artikel selbst bei den Verpflichtungen aus dem Vergleich vor dem Landgericht München I verbleibe, und sich im Folgenden darauf berufen, dass die auf der Messe „spoga + gafa“ vorgenommenen Handlungen kein Angebot des Behältnisses beinhalteten. Da der auf der Messe präsentierte Katalog weder Bestellnummern noch Preisangaben enthielt, kann er nicht als invitatio ad offerendum und damit nicht als Produktangebot im Sinne des Geschmacksmusterrechts gewertet werden (vgl. LG Mannheim GRUR-RR 2011, 83, 84 – Sauggreifer; Günther/Beyerlein, Kommentar zum Geschmacksmustergesetz, 2. Auflage, § 38 Rn. 16; vgl. zur Definition des Angebots auch BGH GRUR 2010, 1103, 1104 [Rn. 20 f.] – Pralinenform II). 17

Unter diesen Umständen begründete eine etwaige Absicht der Antragsgegnerin, den Behälter in der untersagten Ausgestaltung wider besseres Wissen dennoch anzubieten und/oder zu vertreiben, kein berechtigtes Interesse der Antragstellerin an einer vorbeugenden nochmaligen Untersagung im Wege der einstweiligen Verfügung. Denn im Fall des Angebots und/oder des Vertriebs des streitgegenständlichen Behälters stand der Antragstellerin die Möglichkeit zur Verfügung, wegen des insoweit unmissverständlichen gerichtlichen Verbots aller Voraussicht nach erfolgreich die Festsetzung eines empfindlichen Ordnungsmittels zu beantragen. Im Übrigen schuf die von der Antragstellerin begehrte abermalige Untersagung des Angebots und des Vertriebs des streitgegenständlichen Behälters keine weitergehende Rechtssicherheit, da das von ihr erstrebte Verbot nicht auf die Messepräsentation der Antragsgegnerin zugeschnitten war, sondern sich insoweit in der Wiederholung des Unterlassungstenors der einstweiligen Verfügung des Landgerichts München I vom 25.02.2011 erschöpfte.

2. Das Landgericht Köln, an das das ursprünglich angerufene Landgericht München I das einstweilige Verfügungsverfahren mit Beschluss vom 28.09.2011 verwiesen hat, hat sich für den Erlass der einstweiligen Verfügung zu Recht als sachlich und örtlich zuständig angesehen. 19

Sofern die Antragsgegnerin mit der Berufung rügt, stattdessen seien das Landgericht München I, das wegen des Erlasses der als abschließende Regelung anerkannten einstweiligen Verfügung vom 25.02.2011 als Gericht der Hauptsache anzusehen sei, und/oder das Landgericht Düsseldorf als für den Hauptsacheprozess zuständiges Gemeinschaftsgeschmacksmustergericht für den Erlass der einstweiligen Verfügung zuständig gewesen, erscheint fraglich, ob sie mit dieser Beanstandung überhaupt gehört werden kann. Gemäß § 513 Abs. 2 ZPO ist das Berufungsgericht an die Annahme der sachlichen, örtlichen und funktionellen Zuständigkeit seitens des Eingangsgerichts gebunden. Dies gilt auch für die Fälle der Gerichtseinteilung wie in Streitigkeiten zumindest aus deutschen Geschmacksmustern (vgl. Heßler in: Zöller, ZPO, 29. Auflage, § 513 Rn. 7). 20

Jedenfalls war das Landgericht Köln als Geschmacksmustergericht gemäß Art. 90 Abs. 1 GGV für den Erlass der auf das Gemeinschaftsgeschmacksmuster der Antragstellerin gestützten einstweiligen Verfügung zuständig. Nach Art. 90 Abs. 1 GGV können einstweilige Maßnahmen in Bezug auf ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster bei allen Gerichten eines Mitgliedsstaats – einschließlich der Gemeinschaftsgeschmacksmustergerichte – beantragt werden, die in dem Recht dieses Staates für nationale Musterrechte vorgesehen sind, auch wenn für die Entscheidung in der Hauptsache auf Grund der GGV ein Gemeinschaftsgeschmacksmustergericht eines anderen Mitgliedsstaats zuständig ist. Art. 90 Abs. 1 GGV beschränkt sich damit nicht auf die Regelung der internationalen Zuständigkeit für Eilverfahren, sondern sieht innerhalb eines Mitgliedsstaats unmittelbar – und nicht nur in Form einer Ermächtigungsgrundlage (so Ruhl, Gemeinschaftsgeschmacksmuster, Art. 88 GGV Rn. 26) vergleichbar Art. 80 Abs. 1 GGV - die sachliche Zuständigkeit eines jeden nationalen Geschmacksmustergerichts vor. Angesichts des klaren und unmissverständlichen Wortlauts des Art. 90 Abs. 1 GGV sieht der Senat keine Veranlassung, die Frage der Auslegung jener Vorschrift vorab dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen. 21

Der sachlichen Zuständigkeit eines jeglichen nationalen Geschmacksmustergerichts und damit auch des Landgerichts Köln steht nicht entgegen, dass nach Art. 85 Abs. 2 GGV im Verfahren betreffend einstweilige Maßnahmen der nicht im Wege der Widerklage erhobene Einwand der Nichtigkeit des Gemeinschaftsgeschmacksmusters zulässig ist. Da ein Gegenantrag auf Nichtigerklärung nach der vorstehenden Regelung unzulässig ist, bleibt die 22

nach Art 85 Abs. 1 GGV dem Verletzungsprozess und damit den Gemeinschaftsgeschmacksmustergerichten vorbehaltene rechtsverbindliche Feststellung der Nichtigkeit des Gemeinschaftsgeschmacksmusters unangetastet.	
Dann aber besteht keine planwidrige Regelungslücke, die Raum dafür ließe, den für einen nachfolgenden Hauptsacheprozess gemäß Art. 88 Abs. 1 GGV zuständigen Gemeinschaftsgeschmacksmustergerichten eine ausschließliche Zuständigkeit auch für das einstweilige Verfügungsverfahren zuzusprechen. Ebenso wenig kann Art. 90 Abs. 1 GGV entgegen seinem klaren Wortlaut durch die in den §§ 937 Abs. 1, 943 Abs. 1, 802 ZPO vorgesehene ausschließliche Zuständigkeit des Hauptsachegerichts für den Erlass einstweiliger Verfügungen eingeschränkt werden. Art. 90 Abs. 1 GGV stellt eine europarechtliche Spezialvorschrift über die gerichtliche Zuständigkeit für Eilverfahren in Gemeinschaftsgeschmacksmusterstreitigkeiten dar, die als höherrangiges spezielles Recht die allgemeinen Regelungen der deutschen Zivilprozessordnung verdrängt.	23
Die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Köln folgt daraus, dass die Antragsgegnerin den streitgegenständlichen Behälter auf der Messe „spoga + gafa“ ausgestellt sowie dort ihren Jahreskatalog 2012 bereit gehalten und damit das Produkt in L beworben hat (§ 32 ZPO).	24
3. Das Landgericht hat den Verfügungsgrund zu Recht bejaht.	25
a) Die Antragstellerin hat durch Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung ihrer Verfahrensbevollmächtigten glaubhaft gemacht, dass sie am 05.09.2011 Kenntnis von der Ausstellung des streitgegenständlichen Behälters am Messestand der Antragsgegnerin und der dortigen Präsentation des Katalogs der Jahreskollektion 2012 erlangt hat. Danach hat die Antragstellerin am 28.09.2011 und damit noch nicht einmal vier Wochen später beim Landgericht München I den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gestellt.	26
Auch in der Folgezeit hat die Antragstellerin die aus ihrer Sicht bestehende Eilbedürftigkeit offenbart, indem sie jeweils noch am selben Tag, an dem das Landgericht München I am 28.09.2011 und das Landgericht Köln am 05.10.2011 Verweisungsanträge angeregt haben, entsprechende Verweisungen beantragt hat. Ebenso hat sie zur Beschleunigung der Angelegenheit, nachdem das Landgericht Köln auf seine – zunächst verneinte - Zuständigkeit für Gemeinschaftsgeschmacksmusterstreitigkeiten im einstweiligen Verfügungsverfahren hingewiesen hat, ihren Antrag auf Verweisung des Verfahrens an das Landgericht Düsseldorf zeitnah wieder zurückgenommen.	27
Der Eilbedürftigkeit steht nicht entgegen, dass die Messe „spoga + gafa“, auf der die Antragsgegnerin den streitgegenständlichen Behälter ausgestellt und den Jahreskatalog 2012 präsentiert hat, seit dem 06.09.2011 beendet war. Die Antragsgegnerin hat die streitgegenständlichen Behälter danach Mitte Oktober 2011 zu der in L2 stattfindenden Messe „Garten und Zooevent“ mitgebracht sowie dort den Produktkatalog gezeigt und damit zum Ausdruck gebracht, dass sie den Behälter weiter zu bewerben gedenke. Zudem hat sich die Antragsgegnerin in ihrer Antwort vom 23.09. 2011 auf die Abmahnung der Antragstellerin eine Aufbrauchfrist für gedruckte Werbemittel bis zum Erscheinen der für das Jahr 2013 vorgesehenen Werbemittel ausbedungen und damit zu erkennen gegeben, dass sie den Katalog weiter benutzen werde.	28
b) Soweit die Antragsgegnerin beanstandet, das Landgericht habe durch die einseitige Erteilung von Hinweisen an die Antragstellerin dafür gesorgt, dass diese ihren Antrag auf Verweisung des Verfahrens an das Landgericht Düsseldorf zurückgenommen habe, und dadurch verhindert, dass letzteres Gericht den Antrag auf Erlass einer einstweiligen	29

Verfügung mangels Dringlichkeit zurückgewiesen habe, hat sie einen relevanten Verfahrensfehler im Sinne des § 513 Abs. 1 ZPO nicht aufgezeigt.

aa) Die Antragsgegnerin kann mit ihrer Rüge der Verletzung des § 139 ZPO schon aus prozessualen Gründen nicht mehr gehört werden. Sie hat die die Antragstellerin angeblich unzulässig bevorzugenden Hinweise, nachdem sie von ihnen in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Kenntnis erlangt hat, nicht zum Anlass für die rechtzeitige Einleitung und Durchführung eines Ablehnungsverfahrens genommen. Dann aber kann sie den erteilten Hinweis im Berufungsverfahren nicht mehr als Verfahrensfehler geltend machen (vgl. BGH NJW 2006, 695, 696; Greger in: Zöller a.a.O. § 139 Rn. 2). 30

Abgesehen davon ist ein für den Erlass der einstweiligen Verfügung kausaler Verfahrensfehler des Landgerichts nicht erkennbar. Es erscheint schon fraglich, ob sich der Vorsitzende Richter im Vorfeld des Erlasses der einstweiligen Verfügung verfahrensfehlerhaft verhalten hat. Sein Hinweis auf die vermeintliche Unzuständigkeit des Landgerichts Köln und die Anregung eines Verweisungsantrags war von § 139 ZPO gedeckt (vgl. Prütting in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, § 281 Rn. 32). Entsprechendes gilt, soweit der Vorsitzende seine unzutreffende Rechtsansicht gegenüber der Antragstellerin nach dem Grundsatz des fairen Verfahrens korrigiert und diese dadurch zur Rücknahme ihres – mangels Erlasses eines Verweisungsbeschlusses noch revidierbaren - Verweisungsantrags bewogen hat. Da das Landgericht das Verfahren nicht an das Landgericht Düsseldorf verwiesen hat, war die Gewährung rechtlichen Gehörs gegenüber der Antragsgegnerin – unabhängig davon, ob eine Anhörung des Gegners vor einer Verweisung im Eilverfahren geboten ist (verneinend Prütting a.a.O. Rn. 57; Greger a.a.O. § 281 Rn. 17a) – jedenfalls vor Erlass der einstweiligen Verfügung erlässlich. 31

Im Übrigen ist nicht ersichtlich, dass bei der Unterlassung des einen oder des anderen Hinweises die einstweilige Verfügung nicht zu erlassen gewesen wäre. Hätte sich das Landgericht Köln von vornherein - zu Recht – für zuständig erachtet, hätte es die einstweilige Verfügung schon eine Woche früher erlassen. Hätte es seine fehlerhafte Rechtsansicht nachfolgend nicht korrigiert und das Verfahren an das Landgericht Düsseldorf verwiesen, hätte voraussichtlich das dortige Gemeinschaftsgeschmacksmustergericht die einstweilige Verfügung erlassen. Dass im Oktober 2011 mehr als ein Monat verstrichen war, seitdem die Antragstellerin Kenntnis von den Messepräsentationen erlangt hatte, beruhte nicht auf der Untätigkeit letzterer, sondern darauf, dass das Landgericht Köln seine Zuständigkeit zunächst irrtümlich verneint hatte. 32

bb) Das Landgericht hat auch nicht verkannt, dass die Antragstellerin ein etwaiges Recht zur Wahl eines Gerichtsstands (§ 35 ZPO) verbraucht hatte. Sofern diese die Verweisung des Verfahrens an das Landgericht Köln beantragt hat, beruhte dies nicht auf dem autonomen Wunsch der Antragstellerin nach einem anderen Gerichtsstand und der eigenständigen Korrektur der ausgeübten Wahl, sondern darauf, dass sich das Landgericht München I für örtlich unzuständig gehalten hat und den Antrag anderenfalls als unzulässig zurückgewiesen hätte. Entsprechendes gilt, soweit die Antragstellerin in der Folgezeit auf die Anregung des sich zunächst für unzuständig haltenden Landgerichts Köln Verweisung an das Landgericht Düsseldorf beantragt hat. Im Übrigen hat die Antragstellerin diesen Verweisungsantrag zurückgenommen, nachdem das Landgericht Köln seine Rechtsauffassung korrigiert hat. 33

4. Die einstweilige Verfügung ist in ihrer korrigierten Fassung innerhalb der Monatsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO ordnungsgemäß vollzogen worden, indem die Beschlüsse vom 12.10. und 19.10.2011 den Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin am 27.10.2011 zugestellt worden sind. Die Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin haben auf die Anfrage der 34

Antragstellerin vom 26.09.2011 mit Schreiben vom 30.09.2011 mitgeteilt, sie seien zustellungsbevollmächtigt. Dann aber konnte die einstweilige Verfügung gemäß § 195 Abs. 1 ZPO wie geschehen von Anwalt zu Anwalt zugestellt werden.

5. Das Unterlassungsbegehren der Antragstellerin ist, soweit diese sich gegen die Bewerbung des streitgegenständlichen Behälters wendet, aus den Art. 19 Abs. 1, 88 Abs. 2, 89 Abs. 1 Buchst. a) GGV in Verbindung mit den §§ 38 Abs. 1, 42 Abs. 1 GeschmMG gerechtfertigt. 35

a) Die Antragstellerin gilt nach Art. 17 Abs. 1 GGV als Inhaberin des zu ihren Gunsten eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmusters, dessen für die Rechtsgültigkeit erforderliche Neuheit und Eigenart (Art. 4 Abs. 1 GGV) gemäß Art. 85 Abs. 1 GGV vermutet wird. Der von der Antragsgegnerin erhobene Einwand der Nichtigkeit greift nicht. 36

Ein derartiger Einwand ist der Antragsgegnerin bereits auf Grund des mit der Antragstellerin am 26.07.2011 geschlossenen Vergleichs versagt. Darin hat die Antragsgegnerin nicht nur eine Abschlusserklärung zu der vom Landgericht München I erlassenen, auf das Gemeinschaftsgeschmacksmuster der Antragstellerin gestützten einstweiligen Verfügung abgegeben, sondern sich weiter verpflichtet, den beim HABM gestellten Antrag auf Nichtigerklärung des Verfügungsmusters zurückzunehmen. Demnach sollte die Rechtsgültigkeit des zu Gunsten der Antragstellerin eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmusters dem Streit zwischen den Parteien entzogen und von der Antragsgegnerin nicht mehr in Frage gestellt werden. Dann aber ist es der Antragsgegnerin nach dem Gesamtzusammenhang sowie dem Sinn und Zweck des Vergleichs verwehrt, sich nunmehr erneut gegen den Bestand des Gemeinschaftsgeschmacksmusters der Antragstellerin zu wenden (so auch LG Frankfurt vom 18.04. 2012 – 3-08 O 172/11 -). 37

Im Übrigen hat die Antragsgegnerin auch nicht glaubhaft gemacht, dass ein Nichtigkeitsgrund im Sinne des Art. 25 Abs. 2 GGV vorliegt. 38

aa) Soweit die Antragsgegnerin nunmehr bestreitet, dass die Antragstellerin Inhaberin des Verfügungsmusters ist, hat sie entgegen Art. 25 Abs. 1 Buchst. c) GGV keine Gerichtsentscheidung vorgelegt, aus der sich die mangelnde Berechtigung der Antragstellerin hinsichtlich des Gemeinschaftsgeschmacksmusters ergibt. Im Übrigen kann die Antragsgegnerin mit ihrer erstmals im Berufungsverfahren aufgestellten Behauptung der mangelnden Aktivlegitimation der Antragstellerin gemäß den §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO nicht gehört werden. Sofern sie in diesem Zusammenhang das schriftsätzliche Vorbringen der Antragstellerin vom „29“.02.2011 im Verfahren vor dem HABM erwähnt, ist nicht ersichtlich, dass der Antragsgegnerin jener Schriftsatz in erster Instanz noch nicht vorlag. 39

Abgesehen davon hat die Antragsgegnerin nicht glaubhaft gemacht, dass der Antragstellerin an dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster keine Rechte zustehen. Sie hat zwar darauf verwiesen, dass die Antragstellerin in ihrem an das HABM gerichteten Schriftsatz vom „29“.02.2011 vorgebracht habe, das Geschmacksmuster sei von ihrem Geschäftsführer L3 in Zusammenarbeit mit ihrem Mitarbeiter K E entwickelt worden. Diesen Vortrag hat sich die Antragsgegnerin jedoch nicht zu Eigen gemacht, sondern ihn mit Nichtwissen bestritten. 40

Zudem hat die Antragstellerin ihr früheres Vorbringen sowie die eidesstattliche Versicherung ihres Geschäftsführers L3 vom 01.03.2012, man habe in der internen Design-Abteilung den geschmacksmusterrechtlich geschützten Behälter unter maßgeblicher Entwicklungsbeteiligung des Mitarbeiters K E entworfen, auf den nunmehr von der 41

Antragsgegnerin erhobenen Einwand der mangelnden Aktivlegitimation weiter konkretisiert. So hat die Antragstellerin vorgetragen und durch Vorlage einer weiteren eidesstattlichen Versicherung ihres Geschäftsführers L3 glaubhaft gemacht, dass die gestalterische eigenschöpferische Entwicklung ausschließlich von dem Mitarbeiter E übernommen sowie von ihrem Geschäftsführer L3 nur begleitet und überwacht worden sei. Dann aber steht das Gemeinschaftsgeschmacksmuster gemäß Art. 14 Abs. 3 GGV allein der Antragstellerin zu.

Im Übrigen würde selbst bei einer Mitinhaberschaft des Geschäftsführers L3 der Antragstellerin mangels einer über den Entwurf hinausgehenden Zweckgemeinschaft lediglich eine Bruchteilsgemeinschaft im Sinne des § 741 BGB vorliegen (vgl. *Eichmann/von Falckenstein*, Geschmacksmustergesetz, 4. Auflage, § 7 Rn. 13). Dann aber wäre die Antragstellerin nach § 1011 BGB zur alleinigen Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs berechtigt (so auch LG Frankfurt vom 18.04.2012 – 3-08 O 172/11 -).

bb) Die Antragsgegnerin hat nicht glaubhaft gemacht, dass das Gemeinschaftsgeschmacksmuster der Antragstellerin auf Grund des vorbekannten Formenschatzes nicht nach Art. 5 Abs. 1 Buchst. b), Abs. 2 GGV neu und/oder nicht im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Buchst. b), Abs. 2 GGV eigenartig ist.

Das Verfügungsmuster zeichnet sich dadurch aus, dass die Seitenwände des dargestellten Behältnisses mit runder Grundfläche in doppelter Hinsicht asymmetrisch verlaufen. Zum Einen weisen die nur leicht nach außen gewölbten und deshalb in sich nahezu geradlinig wirkenden Außenwände eine stetig an- bzw. absteigende Höhe auf, so dass die vordere Wand niedriger als die – an ihrem oberen Abschluss eine leichte Konkavwölbung aufweisenden - Seitenwände sowie letztere ihrerseits niedriger als die hintere, zusätzlich eine ovale Grifföffnung aufweisende Wand ausgestaltet sind. Zum Anderen ist die höhere hintere Wand nahezu senkrecht gehalten, während die beträchtlich niedrigere Vorderwand eine deutliche Außenneigung aufweist. Dies hat nicht nur die Ausformung der oberen Wandabschlüsse als ovalförmige Öffnung, sondern auch zur Folge, dass der dargestellte eimerartige Behälter als sich nach vorn neigend anmutet.

Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin ist diese Formgebung nicht derart technisch bedingt, dass sie zur Begründung der Eigenart des Gemeinschaftsgeschmacksmusters nicht herangezogen werden kann. Zwar mag die nahezu senkrechte Ausführung der Rückwand die Befestigung des Produkts an der Wand und bei einer solchen Positionierung die Abschrägung der niedrigeren Vorderwand die Zugänglichkeit des Behälterinhalts erleichtern. Der zur Aufnahme von Utensilien dienende Behälter kann aber nicht nur an der Wand aufgehängt, sondern ebenso gut auf einer Fläche abgestellt werden. Im Übrigen hat die Formgebung keine ausschließlich technische Funktion (Art. 8 Abs. 1 GGV), sondern spricht auch das geschmackliche Empfinden des Betrachters an. In dieser geschmacklichen Wirkung nimmt auch eine technisch bedingte Formgebung am Geschmacksmusterschutz teil (vgl. *Eichmann a.a.O.* § 3 Rn. 7).

Die von der Antragsgegnerin als vorbekannter Formenschatz angeführten Muster und/oder Produkte weisen zwar die Grundgestaltungsmerkmale des Gemeinschaftsgeschmacksmusters der Antragstellerin auf, indem es sich ebenfalls um Behälter mit runder Grundfläche handelt, deren jeweils (leicht) geneigte Außenwände von unten nach oben asymmetrisch mit der Folge unterschiedlicher Höhen verlaufen, an ihren oberen Abschlüssen ovalförmige Öffnungen ergeben und deren hintere Wände Griffaussparungen aufweisen. Die unterschiedliche konkrete Ausformung dieser Elemente sowie die verschiedenen Proportionen der Produkte führen aber zu einem vom

Gemeinschaftsgeschmacksmuster der Antragstellerin deutlich abweichenden Gesamteindruck.

(1) Das Gemeinschaftsgeschmacksmuster der E2 weist ersichtlich andere Proportionen auf, indem es – anders als der eimerartige Behälter der Antragstellerin – auf Grund der kleineren Grundfläche und der höheren Seitenwände deutlich schlanker gehalten ist und dadurch einen vasenförmigen Eindruck vermittelt. Zudem weisen die vordere und die hintere Außenwand einen annähernd gleichen, auch nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin allenfalls um 8 % voneinander abweichenden Neigungswinkel auf und wirkt die Ausformung der Wände dadurch – anders als beim Verfügungsmuster – symmetrisch, so dass der Behälter nicht als nach vorn kippend erscheint. 47

Das von der Antragsgegnerin angeführte Gemeinschaftsgeschmacksmuster ist daher auf Grund seines deutlich abweichenden Gesamteindrucks nicht geeignet, die Neuheit oder auch nur die Eigenart des Verfügungsmusters in Frage zu stellen. Die Antragsgegnerin meint zwar, das streitgegenständliche Gemeinschaftsgeschmacksmuster habe von dem älteren Muster der E2 lediglich eine der Höhendifferenz entsprechende „Scheibe abgeschnitten“, und hat hierzu eine Abbildung mit den beiden übereinander kopierten Gemeinschaftsgeschmacksmustern vorgelegt. Dabei lässt sie jedoch außer Acht, dass das Gemeinschaftsgeschmacksmuster der Antragstellerin dem informierten Benutzer nicht, wie in die Abbildung einkopiert, mit einer von vorn nach hinten schräg nach unten, sondern mit einer horizontal verlaufenden Grundfläche gegenüber tritt. Dadurch erscheint die hintere Seitenwand ersichtlich aufrechter und die vordere Wand demgegenüber weiter nach vorn geneigt, was die Asymmetrie der Wandneigungen betont. 48

(2) Bei dem von der Antragsgegnerin angeführten US Design Patent sowie dem von ihr erwähnten Weinkühler „D“ sind die Neigungen der hinteren Seitenwände ersichtlich stärker als diejenige des Gemeinschaftsgeschmacksmusters der Antragstellerin und zudem in einem ähnlichen Grad wie bei den Vorderwänden ausgeprägt. Überdies sind die Außenwände nicht wie bei dem Verfügungsmuster der Antragstellerin leicht konkav, sondern deutlich konvex ausgeformt, wodurch die Behältnisse insgesamt bauchig erscheinen. Der im US Design Patent dargestellte Behälter weist zudem an der Oberkante der Vorderwand eine nach außen und unten gezogene Falzung auf. 49

(3) Auch der von der Antragsgegnerin im Berufungsverfahren weiter benannte Weinkühler „D2“ berührt weder die Neuheit noch die Eigenart des Gemeinschaftsgeschmacksmusters der Antragstellerin. Bei diesem Produkt ist die hintere Seitenwand nicht wie bei dem Verfügungsmuster weitgehend aufrecht, sondern ebenfalls deutlich schräg nach außen geneigt. Zudem ist seine obere Öffnung seitlich jeweils deutlich konkav ausgeprägt, was dem Produkt eine dynamisch-schwungvolle Anmutung verleiht. 50

b) Der streitgegenständliche Behälter stimmt in seinen konkreten Gestaltungsmerkmalen mit denjenigen des Gemeinschaftsgeschmacksmusters der Antragstellerin überein und erweckt deshalb beim informierten Benutzer keinen anderen Gesamteindruck als das Verfügungsmuster (Art. 10 Abs. 1 GGV). 51

Das Produkt der Antragsgegnerin ist ebenfalls nach Art eines gedrungenen Eimers mit einer im Wesentlichen runden Grundfläche und von unten nach oben asymmetrisch verlaufenden, an ihrem seitlichen oberen Abschluss nur sacht konkavförmig ausgeformten Außenwänden ausgestaltet. Außerdem zeichnet es sich wie das Verfügungsmuster dadurch aus, dass die lediglich leicht gewölbten Außenwände in sich nahezu geradlinig wirken. Überdies weist die hintere Wand einen nur geringen Neigungswinkel auf und erscheint dadurch annähernd 52

senkrecht, während die gegenüberliegende, deutlich niedriger ausgestaltete Vorderwand erheblich schräger ausgestaltet ist. Diese Übereinstimmung ist nicht durch die technische Funktion des Multifunktionsbehälters der Antragsgegnerin bestimmt, dessen Wandaufhängung ausweislich des Jahreskatalogs 2012 nur eine von mehreren möglichen Nutzungsformen darstellt und im Übrigen eine andere Ausformung des Behältnisses ohne Weiteres zuließe.

Die von der Antragsgegnerin aufgezeigten Unterschiede sind nicht geeignet, einen abweichenden Gesamteindruck hervorzurufen. Sofern die hintere Wand des streitgegenständlichen Behälters abgeflacht und die Grundfläche dadurch an der Rückseite über ein kleineres Teilstück gerade verläuft, fällt dies insbesondere bei der im Rahmen der Benutzung üblichen Vorderansicht des Produkts kaum auf und ändert nichts an der im Wesentlichen runden Ausformung des Behältnisses. Gleiches gilt für die leicht konvexe – statt wie beim Verfügungsmuster leicht konkave – Wölbung der Außenwände, die ungeachtet dessen nahezu geradlinig wirken. Sofern sich die Antragsgegnerin auf eine im Verhältnis zur oberen Öffnung kleinere Grundfläche und eine deutlichere Rundung der ovalen Öffnung beruft, ist dies insbesondere bei der im Rahmen der Benutzung üblichen Seitansicht wenig bemerkbar und führt nicht zu einer anderen optischen Anmutung des Behältnisses. Letzteres gilt auch für die nicht wie beim Verfügungsmuster vollständig oval ausgeführte, sondern an ihrer unteren Begrenzung abgeflachte und dadurch wie ein Halboval wirkende Grifföffnung. 53

c) Die Antragsgegnerin hat das ausschließliche Recht der Antragstellerin an ihrem Gemeinschaftsgeschmacksmuster verletzt, indem sie den den gleichen Gesamteindruck erweckenden streitgegenständlichen Behälter auf der Messe „spoga + gafa“ ausgestellt sowie in ihrem Katalog mit der Produktkollektion 2012 abgebildet und auf diese Weise beworben hat (vgl. BGH GRUR 2010, 1103, 1104 – Pralinenform II). Die Bewerbung unter bildlicher Präsentation eines geschmacksmusterrechtlich geschützten Erzeugnisses stellt eine nach Art. 19 Abs. 1 S. 1 GGV ausschließlich dem Geschmacksmusterinhaber vorbehaltene Benutzungshandlung dar (vgl. BGH GRUR 2011, 1117, 1120 [Rn. 30] – ICE; Eichmann a.a.O. § 38 Rn. 37). 54

Das Ausstellen des Behälters war der Antragsgegnerin nicht auf Grund des mit der Antragstellerin geschlossenen Vergleichs erlaubt. Danach durfte die Antragsgegnerin das Produkt auf der im November 2011 stattfindenden Messe „spoga + gafa“ mit dem ausdrücklichen Hinweis „in Deutschland nicht verfügbar“ ausstellen. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass der Antragsgegnerin die Ausstellung des Behälters ausschließlich in der vorgenannten Form erlaubt sein sollte. Für das ansonstige Unterbleiben der Produktausstellung spricht umso mehr, als Anlass für den Erlass der – von der Antragsgegnerin im Rahmen des Vergleichs als endgültige Regelung anerkannten - einstweiligen Verfügung des Landgerichts München I die Ausstellung des Behälters auf einer Messe war. Der nach dem Vergleich anzubringende Hinweis musste naturgemäß in räumlicher Nähe des Behälters präsentiert werden, so dass er für den Messebesucher im Zusammenhang mit dem ausgestellten Produkt ohne Weiteres wahrnehmbar war. Die im Jahreskatalog 2012 platzierten Hinweise auf die mangelnde Erhältlichkeit des Multifunktionsbehälters in Deutschland genügten diesen Anforderungen nicht. 55

Auch die Abbildung des streitgegenständlichen Behälters im Jahreskatalog 2012 war der Antragsgegnerin nach dem gerichtlichen Vergleich untersagt. Zwar war die werbliche Abbildung des Behälters im Unterlassungstenor der einstweiligen Verfügung des Landgerichts München I nicht ausdrücklich erwähnt. Das darin ausgesprochene Verbot, den Behälter anzubieten, zu vertreiben und/oder in den Verkehr zu bringen, lässt sich jedoch 56

dahin auslegen, dass dadurch auch die vorbereitende bzw. begleitende Bewerbung des Produkts als unterstützende Maßnahme zur Vertriebstätigkeit untersagt sein sollte. Dafür spricht, dass nach der in die einstweilige Verfügung aufgenommenen Begründung, der Behälter begründe auf Grund maßgeblicher Übereinstimmungen im Gesamteindruck einen Anspruch aus § 42 Abs. 1 GeschmMG, auch die werbliche Abbildung eines geschmacksmusterrechtlich geschützten Erzeugnisses als Benutzungshandlung unzulässig war. Unter diesen Umständen war die bildliche Bewerbung des streitgegenständlichen Behälters auch ohne ausdrückliche Erwähnung in der einstweiligen Verfügung des Landgerichts München I von dem gerichtlichen Verbot erfasst. Im Übrigen enthielt der Vergleich vom 26.07.2011 zur Bewerbung des Behälters die ausdrückliche und abschließende Regelung, dass dieser auf der Messe „spoga + gafa“ allein in Form der Ausstellung und des Zeigens des Produkts mit dem ausdrücklichen Hinweis „in Deutschland nicht verfügbar“ zulässig sein sollte. Eine andersartige werbliche Darstellung des Behälters sollte demnach im Umkehrschluss unterbleiben.

Die Präsentation des Jahreskatalogs 2012 mit Abbildungen des Behälters auf der Messe „spoga + gafa“ kann nicht als der Antragsgegnerin nach dem Vergleich erlaubtes Zeigen des Produkts angesehen werden. Als eng auszulegende Ausnahmeregelung erfasste diese nur die unmittelbare Präsentation des Produkts selbst, nicht aber auch dessen mittelbare Wiedergabe in Gestalt von Abbildungen. Dann aber kommt es nicht mehr darauf an, dass die im Katalog enthaltenen Disclaimer auf Grund ihrer versteckten Anbringung auf der umgeklappten Innenseite des Katalogumschlags sowie wegen ihrer unauffälligen Platzierung in kleiner weißer Schrift unterhalb der Produktabbildung mangels deutlicher Erkennbarkeit keinen ausdrücklichen Hinweis auf die mangelnde Verfügbarkeit in Deutschland im Sinne des gerichtlichen Vergleichs darstellen.

57

III. 58

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Das Interesse der Antragstellerin an der Untersagung der Bewerbung des Behältnisses ist im Hinblick auf die dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu Grunde liegenden Messepräsentation der Antragsgegnerin als gleichgewichtig mit dem allenfalls drohenden Angebot und Vertrieb des Produkts zu bewerten. Die geringfügige Unterschiedlichkeit der für die Verfahren erster und zweiter Instanz gebildeten Kostenquoten folgt daraus, dass das Landgericht der Antragsgegnerin zusätzlich den geltend gemachten Auskunftsanspruch aberkannt hat.

59

Das Urteil ist gemäß § 542 Abs. 2 S. 1 ZPO mit seiner Verkündung rechtskräftig. 60