

Designgesetz, Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung: DesignG, GGV

Jestaedt / Fink / Meiser

7., neubearbeitete Auflage 2023
ISBN 978-3-406-77617-5
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

barung eines Musters in Sizilien kann einem in Irland entstandenen Muster entgegenstehen, auch wenn das spätere Muster ohne Anlehnung an das jüngere Muster entwickelt wurde, Begr. Art. 8 VO-Vorschlag 1993. Maßgeblich ist, dass ein ausländischer Markt zu dem Kulturkreis gehört, von dem erwartet wird, dass die in der EU tätigen Fachkreise ihn bei Mustergestaltungen in ihre Beobachtungen einbeziehen, BGH GRUR 2012, 1257 Rn. 28 – Gartenpavillon. Zu berücksichtigen ist daneben die Art der Offenbarung, → Rn. 22 ff. Veröffentlichungen in **wirtschaftlich bedeutenden Ländern** außerhalb der EU müssen regelmäßig berücksichtigt werden, HABM BK BeckRS 2009, 138845. Das Gebiet der EU ist nur insoweit maßgeblich, als die Fachkreise in diesem Gebiet tätig sein müssen. Auch aus Offenbarungshandlungen außerhalb der EU kann sich daher die Möglichkeit der Kenntnisnahme von einem Erzeugnis ergeben, BGH GRUR 2009, 79 Rn. 22, wenn den Fachkreisen das Erzeugnis unmittelbar, zB auf einer Ausstellung, oder mittelbar, zB durch Berichterstattung oder durch Bekanntmachung, zugänglich geworden ist. Maßgeblich sind die Gegebenheiten des jeweiligen Warengebiets und der Art und Weise der Offenbarung, → Rn. 26 ff.

Bei Erzeugnissen, die einen stark ausgeprägten technischen Einschlag haben, können andere Länder eine Rolle spielen als bei Erzeugnissen des Kunsthandwerks oder der Mode. Berücksichtigungsfähig waren zB der **taiwanesischer** Markt für das Warengebiet der Computergehäuse, BGH GRUR 2004, 427 (428) – Computergehäuse, der **chinesische** Markt für Haushaltsgeräte, BGH GRUR 2009, 79 Rn. 23 – Gartenmöbeln, BGH GRUR 2012, 1257 Rn. 28, und Leuchten, OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2004, 320 (321) – Kanton-Messe, die **USA** für Taschencomputer, OLG Düsseldorf GRUR-RR 2012, 200 (207) – Tablet PC, für Profilsohlen, OLG Köln GRUR 1956, 91 (93), und für Freizeitschuhe, LG Düsseldorf BeckRS 2008, 140805. Die Vorstellung einer Konferenzinheit auf einer **spanischen Fachmesse** und die Berichterstattung in einer spanischen Fachzeitschrift war ebenfalls ohne weiteres berücksichtigungsfähig, EuG GRUR-Int 2011, 55 Rn. 21 – Shenzhen Taiden. 14

V. Zeitpunkt der Offenbarung

Über den **Offenbarungszeitpunkt** bestimmt § 5 S. 1 nur, dass die Offenbarungshandlung vor dem Anmeldetag stattfinden muss. Die Konkretisierung dieses Zeitpunkts ergibt sich aus § 13 I und § 13 II. Bei einer Verschiebung des Anmeldetags nach § 16 V 2 kommt es auf den anerkannten Anmeldetag an, weil erst ab diesem Zeitpunkt der Gegenstand des eingetragenen Designs eindeutig konkretisiert ist. Die Festlegung eines frühest möglichen Zeitpunkts der Offenbarung erfolgte im Geltungsbereich des GeschmMG 1876 bewusst nicht. Im kollektiven Gedächtnis, Grünbuch 5.5.5.2, kann ein Design lange verbleiben, wenn es Diskussionen ausgelöst oder die gestalterische Entwicklung beeinflusst hat. Aber nicht nur sog. Designklassiker, sondern auch weniger auffällige Designs können für einen langen Zeitraum den Fachkreisen bekannt bleiben. In BGH GRUR 1969, 90 (94) – Rüschenhaube – sind seit langem **in Vergessenheit geratene Designs** aus grauer Vorzeit nur als Extrembeispiele ausgeschlossen worden. Berücksichtigungsfähig ist, was noch bekannt oder noch zugänglich ist, BGH GRUR 1969, 90 (94). Das kann auch bei Designs der Fall sein, die schon vor langer Zeit geschaffen worden sind, wenn sie durch Berichte oder andere Maßnahmen in die Gegenwart fortwirken. Aus der Veröffentlichung einer **Werbeanzeige kurze Zeit nach dem Anmeldetag** eines eD kann nicht gefolgert werden, dass das in dieser Anzeige dargestellte Erzeugnis schon vor dem Anmeldetag den Fachkreisen bekannt sein konnte, BGH GRUR 2004, 427 (428) – Computergehäuse. 15

- 16 Unklar ist die Behandlung solcher Offenbarungen, welche zum Beispiel als Modeware (Schuhe, Kleidung) für einen begrenzten Zeitraum von einer oder wenigen Saisons in Katalogen präsentiert und als Gegenstand verkauft worden sind, welche nach diesem Zeitpunkt aber nirgends mehr aufzufinden sind. Die theoretische Möglichkeit, solche Gegenstände über wayback-Maschinen im Internet noch aufzufinden, dürfte als Begründung einer Offenbarung nicht ausreichen. Denkbar ist alleine auf Basis der Möglichkeit, dass alte Kataloge archiviert sein könnten, eine Fortwirkung der Offenbarung anzunehmen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass zum Beispiel über die Internetseite issuu.com eine Vielzahl von Publikationen auffindbar ist, auch wenn diese Publikationen nicht weiter erhältlich sind. Es erscheint aber nicht angemessen, die Frage der **Fortwirkung einer Offenbarung** an den Nachweis einer fortwirkenden Zugänglichkeit zu knüpfen. Vielmehr ist generell bei dem Nachweis einer Offenbarung in der Vergangenheit von einer Fortwirkung auszugehen, welche nur in extremen Ausnahmefällen und bei sehr lange zurückliegenden Zeiträumen entfallen kann. Denn erfahrungsgemäß bleiben Gestaltungen, die von den Fachkreisen wahrgenommen worden sind, unbewusst im Gedächtnis, so dass solche Gestaltungen auch unbewusst noch Einfluss haben. Würde man demgegenüber den Nachweis einer Fortwirkung der Offenbarung im konkreten Fall verlangen, entstünde eine Rechtsunsicherheit bei der Beurteilung, die der Regelung in § 5 nicht entsprechen würde. Die gesetzliche Regelung knüpft nur an eine Offenbarung in der Vergangenheit an, verlangt aber keine Fortwirkung in die Zukunft. Die Einschränkung, wonach eine Offenbarung nur dann zu berücksichtigen ist, wenn sie den Fachkreisen bekannt sein konnte, bezieht sich nur auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme der Offenbarung, nicht aber darauf, ob die Kenntnisnahmemöglichkeit auch noch zum Prioritätszeitpunkt bei den Fachkreisen vorhanden sein konnte, vgl. hierzu auch Ruhl/Tolkmitt GGV Art. 7 Rn. 41 f.
- 17 Denkbar wäre es, 50 Jahre nach dem Ende einer Veröffentlichung die Offenbarung nicht mehr anzunehmen. Dafür spricht, dass die Mitglieder der Fachkreise aufgrund der Arbeitsbiografie vollständig ausgetauscht sein dürften. Ein Zeitraum von 10 Jahren ist aber zu kurz, aA LG Hamburg BeckRS 2016, 11063. Der BGH hat diese Frage in GRUR 2018, 832 Rn. 29 – Ballerinaschuh offen gelassen. Bei **bekannt gemachten Schutzrechten** ist das Entfallen einer Offenbarung in jedem Fall abzulehnen, da diese auch noch nach langer Zeit im Register abrufbar sind. Die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht daher ohne Einschränkung fort.

VI. Kenntnisnahmemöglichkeit der Fachkreise

- 18 **1. Kenntnisnahmemöglichkeit.** Nach der Kenntnis der Fachkreise richtet es sich, ob ein Design als vorbekannter Formenschatz zu berücksichtigen ist. Zu den Fachkreisen werden zwar **Designer**, Rehmann Rn. 25; Maier/Schlötterburg Gemeinschaftsgeschmacksmuster S. 10; Bulling/Langöhring/Hellwig Rn. 51, sowie Personen gerechnet, die neben Designern Einfluss auf die Erscheinungsformen von Erzeugnissen nehmen können, → 4. Aufl. 2010, § 5 Rn. 7. Aber auch für die Offenbarung von nicht eingetragenen GGM wird in Art. 11 II 1 GGV auf die Fachkreise abgestellt. Aus den weiteren Parametern des normalen Geschäftsverlaufs und der Zugehörigkeit zum betreffenden Wirtschaftszweig bzw. Industriesektor, → Rn. 20, 15, ergibt sich, dass die in einer Branche geschäftstätigen Personen gemeint sind. Das sind **Hersteller** und herstellergleiche Anbieter als Wettbewerber sowie alle Formen und alle **Stufen des Handels**. Auf Kenntnisse von Personen der Lehre, der Berichterstattung und der Designkritik kann dagegen nicht abgestellt werden, → DesignG § 2 Rn. 44. Im Anwendungsbereich des GeschmMG 1876 kam es nicht auf die Kenntnis des Durchschnitts-

betrachters, sondern auf die Kenntnis der Fachkreise an, weil deren Wissen und Können für die Beurteilung der Neuheit und der Eigentümlichkeit maßgeblich war, BGH GRUR 2008, 153 Rn. 27 – Dacheindeckungsplatten.

Weil es um eine Offenbarung ggü. der Öffentlichkeit geht und dabei nicht nur auf einzelne Fachleute abgestellt wird, muss die Offenbarung auf **Breitenwirkung** angelegt sein. Die Offenbarung muss daher idR ggü. einem breiter angelegten Kreis erfolgt sein, BGH GRUR 2012, 1253 Rn. 27 – Gartenpavillon. Nach EuGH GRUR 2014, 368 Rn. 34–36 – Gautzsch – ist es eine Tatsachenfrage des jeweiligen Einzelfalls, ob die Lieferung eines Designs an ein einziges Unternehmen in der EU und die Ausstellung in einem Ausstellungsraum außerhalb der EU ausreichend sind. Bei der Möglichkeit der Kenntnisaufnahme müssen die Fachkreise so der Öffentlichkeit zugehörig sein, dass die Gefahr von Manipulationen weitgehend ausgeschlossen ist. Das ist der Fall, wenn ein nennenswerter Teil der Fachkreise die Möglichkeit der Kenntnisaufnahme gehabt hat oder wenn eine Weitergabe der Offenbarung an Mitglieder der Öffentlichkeit nachfolgt. Die Lieferung von 2.000 Uhren von Hongkong an einen Abnehmer in den Niederlanden konnte daher ausreichen, EuG GRUR–Int 2011, 746 Rn. 32 – Sphere Time, weil die Uhren als Werbegeschenke gestaltet und deswegen für einen breiten Empfängerkreis bestimmt waren. Für die Fachkreise sind **zahlenmäßige Quantifizierungen** nicht möglich, weil die Anzahl von Fachpersonen in den einzelnen Wirtschaftszweigen sehr unterschiedlich sein kann. In der Branche der Damenoberbekleidung gibt es zB viele Fachpersonen, dagegen bestehen die Fachkreise für Eisenbahnzüge aus nur wenigen Personen. Die konkrete Kenntnis eines einzigen Mitglieds der Fachkreise genügt in der Regel nicht, es muss in der Regel eine breiter angelegte Offenbarung vorliegen, BGH GRUR 2012, 1253 Rn. 27 – Gartenpavillon; s. auch OLG Düsseldorf GRUR–RS 2016, 17786 Rn. 16 ff. – Tankini. Ausreichend ist aber, dass die Möglichkeit der Kenntnisaufnahme der angesprochenen Fachkreise besteht. Der Nachweis, dass tatsächlich eine größere Anzahl von Personen Kenntnis erlangt hat, ist nicht erforderlich.

2. Betreffender Sektor. Betreffender Sektor ist synonym zu „betreffender Wirtschaftszweig“ in Art. 7 I GGV, „jeweiliger Industriezweig“ in ErwGrd 13 GRL und „jeweiliger Industriezweig“ in ErwGrd 14 GGV. In der deutschen Rechtspraxis wird meistens von Branche bzw. (Fach-)Gebiet gesprochen. Wie der betreffende Sektor zu bestimmen ist, geht zwar aus § 5 S. 1 nicht unmittelbar hervor. In Art. 6 S. 1 GRL erfolgt jedoch durch die einleitende Referenz „Im Sinne der Artikel 4 und 5“ eine Zuweisung zur Ermittlung der Neuheit und der Eigenart. Sprachlich noch deutlicher ergibt sich das durch die einleitenden Worte „for the purpose of applying articles ...“ in den englischen Sprachfassungen. Diese Zuweisung ist für die Auslegung des § 5 S. 1 maßgeblich, weil Art. 6 GRL eine umsetzungspflichtige Bestimmung ist. Damit besteht auch Gleichklang mit Art. 7 I 1 GGV, der dieselbe Einleitung aufweist. Für die Schutzvoraussetzungen der Neuheit und der Eigenart kommt es daher darauf an, ob ein älteres Design den Fachkreisen nicht bekannt sein konnte, in denen dieses Design üblicherweise vermarktet wird, Ruhl/Tolkmitz GGV Art. 7 Rn. 11; aA Maier/Schlötterburg Gemeinschaftsgeschmacksmuster S. 9 (10); Becker GRUR–Int 2012, 312 (316).

Massagekugeln mit igelartigen Noppen gehören bei Kunststoffkugeln mit ebenfalls igelartigen Noppen, die zur Verwendung in elektrischen Wäschetrocknern bestimmt sind, zum vorbekannten Formenschatz, High Court (London) v. 19.7.2007, [2007] EWHC 1712 (Pat); Supreme Court (London) v. 23.4.2008, EWCA Civ 358. Weil es keine Rolle spielt, wie es sich mit dem **Verwendungszweck** von geschützten Erscheinungsformen und von beanstandeten Erzeugnissen verhält, → DesignG § 38 Rn. 12, könnte sonst das Verbotungsrecht auch solche Erzeugnisse erfassen, die in völlig andersartigen Branchen schon seit

langem Teil des Marktgeschehens sind. In Deutschland ist jedoch ein vorveröffentlichtes eD für ein Räuchermännchen in Heizofenform gegenüber einem eD für einen nahezu identischen Kaminofen nicht als neuheitsschädlich anerkannt worden, OLG Hamburg BeckRS 2010, 24928 – Kaminöfen (Ls. in WRP 2010, 1416). Daran ist nicht festzuhalten, was zum Beispiel das OLG Frankfurt a. M., BeckRS 2017, 112564 – Einkaufswagenchip, zutreffend festgestellt hat, ebenso und ausführlich EuG BeckRS 2016, 81652 Rn. 104 ff. – Duschabfluss; HABM BK BeckRS 2014, 122581 Rn. 22 ff., bestätigt durch EuG BeckRS 2017, 144374 Rn. 22 ff., nunmehr auch EuGH GRUR 2017, 1244 Rn. 131 – Duschabflussrinne. Die Fachkreise des betreffenden Sektors sind damit nicht auf den Sektor des angemeldeten Erzeugnisses beschränkt, sondern umfassen für die Prüfung des § 5 jedenfalls auch den Sektor einer relevanten Offenbarung, vgl. auch → DesignG § 2 Rn. 5.

21 3. Tätigkeit in der Europäischen Union. Die maßgeblichen Fachkreise müssen ihre Tätigkeit in der Europäischen Union ausüben. Die den Fachkreisen zugehörigen Personen müssen daher im Gebiet der EU beruflich tätig sein. Das Gebiet der EU ist durch Art. 6 I 1 GRL vorgegeben. Diese Regelung stimmt mit Art. 7 I 1 GGV überein. Aus ErwGrd 4 GRL geht hervor, dass bei den Vorschriften der Mitgliedstaaten die Lösungen und Vorteile berücksichtigt werden sollen, die das Gemeinschaftsmustersystem den Unternehmen bietet. Dem liegt, wie ErwGrd 1–3 GRL zeigen, das Ziel der Schaffung eines funktionierenden Binnenmarkts auch im Bereich der einzelstaatlichen Gesetzgebung zugrunde. Wenn für die Fachkreise eines Mitgliedstaats im äußersten Norden oder Westen der EU die Möglichkeit zur Kenntnisnahme bestanden hat, hat das auch für einen Mitgliedstaat im äußersten Süden oder Osten Offenbarung iSd § 5 S. 1 zur Folge. Das weicht erheblich davon ab, dass im Anwendungsbereich des § 1 II GeschmMG 1876 auf die Kenntnisse nur der inländischen Fachkreise abgestellt wurde, BGH GRUR 1969, 90 (94) – Rüschenhaube. Diese Einschränkung kann bei der Anwendung des § 5 S. 1 nicht beibehalten bleiben.

21a Aufgrund des Ausscheidens Großbritanniens aus der EU zum 1.2.2020 (Brexit, vgl. ausführlich → GGV Art. 1 Rn. 16) gehören die britischen Fachkreise nicht mehr zu den in der EU tätigen Fachkreisen. In dem zwischen EU und Großbritannien ausgehandelten Austrittsvertrag, → GGV Art. 1 Rn. 16, ist keine Übergangsregelung für diesen Fall vorgesehen, Art. 110a GGV gilt nur für den umgekehrten Fall. Das bedeutet, dass bei der Bestimmung der Offenbarung gem. § 5 nach dem Brexit die Möglichkeit des Bekanntseins bei britischen Fachleuten nicht berücksichtigt und eine Offenbarung damit nicht begründet werden kann. Für mögliche Offenbarungshandlungen vor dem Zeitpunkt des Ausscheidens (Brexit, 1.2.2020) gilt das aber nicht. Denn zu diesem Zeitpunkt war Großbritannien Mitglied der EU, so dass auch die britischen Fachkreise zu den in der EU tätigen Fachkreisen gehörten und damit berücksichtigt werden müssen. Das ändert sich für den Zeitpunkt ab dem Austritt am 1.2.2020. Vgl. zu einer britischen Marke als Nichtigkeitsgrund → GGV Art. 25 Rn. 26.

22 4. Normaler Geschäftsverlauf. Was ein normaler Geschäftsverlauf iSd § 5 S. 1 ist, muss durch eine Auslegung ermittelt werden, für die keine Vorgaben zur Verfügung stehen. Gemeint ist der gewöhnliche Geschäftsverlauf der Fachkreise, BGH GRUR 2012, 1253 Rn. 28 – Gartenpavillon. Maßnahmen der **Marktbeobachtung** gehören zum normalen Geschäftsverlauf der Fachkreise jeden Wirtschaftszweigs, um die Konkurrenzsituation und neue Tendenzen bei der Entwicklung der eigenen Erzeugnisse zu berücksichtigen, BGH GRUR 2012, 1253 Rn. 21; → 4. Aufl. 2010, DesignG § 5 Rn. 24. Dazu gehören aber nicht Veröffentlichungen auf Internetseiten, welche nur in einer für die europäischen Fachkreise **exotischen Sprache** aufrufbar sind, → GGV Art. 7 Rn. 36. Die

Fachkreise für Konferenzeinheiten verfolgen im normalen Geschäftsverlauf die für diesen Wirtschaftszweig einschlägigen Vorstellungen auf Fachmessen und **Veröffentlichungen in Fachzeitschriften**, EuG GRUR-Int 2011, 55 Rn. 21 – Shenzhen Taiden. Im normalen Geschäftsverlauf werden auch Stände in Hotels aufgesucht, die den Räumlichkeiten einer angesehenen Messe benachbart waren, OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2004, 320 (321) – Kanton-Messe. Wie es sich mit Ausstellungen einzelner Anbieter verhält, hängt von den Gegebenheiten des Einzelfalls ab, ua Marktbedeutung des Anbieters, geographische Lage der Ausstellungsräume, Branchenusancen, Verhältnis zu anderen Präsentationen (zB im Internet), Versand von Einladungen zu sog. Hausmessen sowie der Zugänglichkeit der Präsentationen für die Fachkreise. Maßgeblich ist die Geschäftsbüchlichkeit des Verhaltens nicht nur von einzelnen Fachpersonen, sondern des breiter angelegten Fachkreises, → Rn. 18. Der BGH hat die Frage, ob es zum gewöhnlichen Geschäftsverlauf der Fachkreise für Gartenpavillons gehört, sich in **Ausstellungsräumen eines Anbieters** über dessen Warenangebot zu informieren, wenn diese sich in einem Ort abseits der großen Städte Chinas befinden, verneint GRUR 2012, 1253 Rn. 28, der EuGH GRUR 2014, 368 Rn. 34 – Gutzsch – hat dies als Tatsachenfrage des jeweiligen Einzelfalls bezeichnet. Die **Berücksichtigung von SchutzR**, → Rn. 8, führt dazu, dass Recherchen und deren Auswertung im normalen Geschäftsverlauf erfolgen. Es gehört daher zum normalen Geschäftsverlauf der Fachkreise aller Wirtschaftszweige, dass nach registrierten Designrechten sowie technischen Schutzrechten und Markenrechten recherchiert wird; dabei müssen wirtschaftlich bedeutende Länder auch außerhalb der EU erfasst werden, HABM BK BeckRS 2009, 138845. Recherche in Unterlagen zum Nachweis einer markenmäßigen Benutzung gehören nicht zum normalen Geschäftsverlauf, LG Düsseldorf BeckRS 2008, 140805.

Ebenso wie für den geschäftlichen Verkehr iSd MarkenR geht es bei dem normalen Geschäftsverlauf um einen Vorgang, der im Zusammenhang mit einer geschäftlichen Tätigkeit steht und nicht im privaten Bereich erfolgt, EuGH GRUR 2010, 445 Rn. 50 – Google France. Präsentationen im **privaten Bereich** genügen daher in der Regel nicht. Kultobjekte in Museen werden in der Regel nicht im normalen Geschäftsverlauf wahrgenommen, offen gelassen in OLG Hamburg GRUR-RR 2013, 138 (141) – Totenkopfflasche. Der Besuch von Ausstellungen mit musealem Charakter ist zwar dem privaten Bereich zuzuordnen, aber eine Berichterstattung über ein Museumsexponat bzw. eine Ausstellung kann das geschäftliche Interesse von Fachkreisen gefunden haben, so dass im Einzelfall von den Fachkreisen auch aus geschäftlichen Interessen der **Besuch einer Ausstellung** denkbar erscheint. Wenn nur im **Direktvertrieb** verkauft wird, ist davon auszugehen, dass die Fachkreise hiervon in gleicher Weise Kenntnis erlangen wie Privatpersonen, welche die Produkte im Direktvertrieb erwerben.

5. Keine Möglichkeit des Bekanntseins. § 5 Hs. 2 schränkt die Offenbarung in der Weise ein, dass sie nicht vorliegen soll, wenn die Offenbarung den Fachkreisen im normalen Geschäftsverlauf nicht bekannt sein konnte. Die negative Formulierung ist unglücklich, da nicht klar wird, wer welche Tatsachen darlegen und beweisen muss und wie eine Abgrenzung zur Offenbarungshandlung erfolgen muss, für welche der Nichtigkeitskläger darlegungs- und beweisbelastet ist. In Art. 11 II 1 GGV wird hinsichtlich der (schutzbegründenden) Offenbarung eines neGGM darauf abgestellt, ob das offenbarte Muster den maßgeblichen Fachkreisen bekannt sein konnte, um als Vorgang des Zugänglichmachens Berücksichtigung zu finden. Für die Begründung des Schutzes durch ein nicht eingetragenes GGM ist es sachgerecht, dass die Möglichkeit der Kenntnisnahme als Erfordernis der Schutzentstehung positiv festgestellt wird. Wenn es darum

geht, ob ein älteres Design der Neuheit oder der Eigenart eines eingetragenen DesignschutzR entgegensteht, bleiben Offenbarungen unberücksichtigt, wenn sie den Fachkreisen nicht bekannt sein konnten. Maßgeblich ist, ob aus **objektiver Sicht** die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestanden hat, vgl. zur Darlegungs- und Beweislast im Detail → Rn. 36 ff. Ob **tatsächlich Kenntnis** genommen wurde und ob eine Beobachtung zumutbar war, spielt dagegen keine Rolle und muss daher nicht belegt werden, OLG Düsseldorf GRUR-RR 2012, 200 (206) – Tablet PC.

- 25 Eine Relativierung ergibt sich daraus, dass nach anderen Sprachfassungen das Muster zB *reasonably – raisonnablement – razonablemente – ragionevolmente – redelijkerwijs*, also **vernünftigerweise** nicht bekannt sein konnte. Vor allem die englische und die französische Fassung haben Vorrang vor der unzulänglichen Übersetzung in die deutsche Sprache. Daraus dürfte freilich nur herzuleiten sein, dass es für die Kenntnisnahmemöglichkeit auf eine **objektive Betrachtung** ankommt, wie dies zu Recht vom OLG Düsseldorf GRUR-RR 2012, 200 (206) – Tablet PC angenommen worden ist. Nur noch im Anwendungsbereich des § 1 II GeschmMG 1876 kann es daher eine Rolle spielen, ob Muster den Fachkreisen bei zumutbarer Beobachtung bekannt sein konnten, BGH GRUR 1969, 90 (94) – Rüschenhaube; BGH GRUR 2000, 1023 (1026) – 3-Speichen-Felgenreifen; BGH GRUR 2004, 427 (428) – Computergehäuse. Unzulänglichkeiten bei einer Recherche eines Verfahrensbeteiligten rechtfertigen keinen Rückschluss auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch andere Mitglieder der Fachkreise, OLG Düsseldorf GRUR-RR 2012, 206. Als Korrektiv zur Feststellung der Unmöglichkeit wirkt, dass es im normalen Geschäftsverlauf, → Rn. 22, und mit ausreichender Breitenwirkung, → Rn. 34, möglich gewesen sein muss, von einem offenbaren Design Kenntnis zu nehmen. Es muss daher eine nach den Umständen **realistische Chance** zur Kenntnisnahme bestanden haben. Eine Offenbarung bleibt unberücksichtigt, wenn auf sie die Mitglieder der Fachkreise allenfalls durch Zufall hätten stoßen können, OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2004, 320 (321) – Kanton-Messe. Zu unterscheiden ist insbesondere nach der Art der Offenbarungshandlung.

- 26 a) **Schutzrechtsanmeldungen.** Die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht anerkanntermaßen für bekannt gemachte **Designs**, und zwar auch solche Designs, welche in wichtigen Ländern außerhalb der Europäischen Union bekannt gemacht worden sind, für **China**, vgl. BGH GRUR 2009, 79 Rn. 23 – Gebäckpresse I, für die **USA**, BGH GRUR 2012, 512 Rn. 34, 35 – Kinderwagen I. In gleicher Weise gilt dies für **technische Schutzrechte**, und zwar sowohl für deutsche als auch für **ausländische**, BGH GRUR 2012, 512 Rn. 31 und 33 – Kinderwagen I, soweit für den jeweiligen Bereich wirtschaftlich bedeutsame Länder betroffen sind, ebenso BPatG GRUR-RS 2021, 11860 – Schachtelzuschnitt. Zu berücksichtigen sind daneben deutsche und ausländische **Marken**, nicht aber Benutzungsnachweise, welche in einem Markenlöschungsverfahren präsentiert worden sind, LG Düsseldorf BeckRS 2008, 140805. Ein eingetragenes GGM wird nicht schon durch die Anmeldung der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, weil vor der Bekanntmachung eine allgemeine Recherche nicht möglich ist, BGH GRUR 2010, 718 Rn. 40 – Verlängerte Limousinen. Die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch Akteneinsicht ab dem Tag der Eintragung genügt noch nicht für eine Offenbarung, da eine solche Akteneinsicht ohne konkreten Anlaß nicht dem normalen Geschäftsverlauf entspricht, HABM BK BeckRS 2012, 212663 Rn. 39 ff. für ein nicht veröffentlichtes türkisches sowie ein deutsches Gebrauchsmuster; HABM BK BeckRS 2013, 198694 Rn. 26 für eine polnische Patentanmeldung; BeckRS 2012, 212663 Rn. 35; EUIPO ICD 9835 Rn. 12. Die Möglichkeit des Bekanntseins wird nicht durch Sprachbarrie-

ren ausgeschlossen. Insofern obliegt es den Fachkreisen, ggf. Übersetzungen anzufertigen, vgl. für chinesische Schutzrechte EUIPO ICD 4315 und 4349. Anders ist dies aber bei Veröffentlichungen auf Internetseiten, die nur in einer für die europäischen Fachkreise exotischen Sprache erfolgen, → GGV Art. 7 Rn. 36.

b) Messen. Präsentationen auf Messen in der europäischen Gemeinschaft oder **internationalen Messen** außerhalb der Europäischen Union führen in der Regel zu einer Offenbarung gegenüber den europäischen Fachkreisen, vgl. zB für Leuchten die Kanton-Messe in China, OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2004, 320 (321) – Kanton Messe, für die Präsentation auf einer spanischen Fachmesse, EuG GRUR-Int 2011, 55 Rn. 21 – Shenzhen Taiden. Messen dienen dem Ziel, Produkte den Verkehrskreisen (und damit auch den Fachkreisen) bekannt zu machen. Problematisch ist vor diesem Hintergrund die Auffassung des OLG Düsseldorf GRUR-RS 2016, 17786 Rn. 18 – Tankini, dass eine Präsentation eines Designs auf einer Messe gegenüber ausgewählten Interessenten keine hinreichende Offenbarung sei, vgl. hierzu auch → Rn. 33. Nach Auffassung des OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2004, 320 (321) – Kanton-Messe, werden im normalen Geschäftsverlauf auch Stände in Hotels aufgesucht, die den Räumlichkeiten einer Messe benachbart sind. In der Regel keine hinreichende Offenbarung wird man bei Messen außerhalb der EU annehmen müssen, welche sich nur an nationale Kreise richten. Auch wenn ein international tätiger Konzern mit Sitz in der EU auf einer solchen Messe durch die nationale Niederlassung ausstellt bzw. die Messe besucht, ergibt sich daraus nichts abweichendes. Denn dadurch gehören die in der nationalen Niederlassung tätigen Personen nicht zu den europäischen Fachkreisen. Dass ein europäisches Unternehmen Fachpersonen außerhalb der EU beschäftigt und diese ggf. eine nationale Messe außerhalb der EU besuchen, ändert nichts daran, dass keine europäischen Fachkreise betroffen sind.

c) Sonstige Ausstellungen. Zu einer Offenbarung führen auch sonstige Ausstellungen von Gestaltungen im geschäftlichen Verkehr, zum Beispiel auf **Hausmessen**. Voraussetzung ist Zugänglichkeit für die Fachkreise. Das wird man für Präsentationen auf Hausmessen und in **Geschäftsräumlichkeiten**, welche der Öffentlichkeit zugänglich sind, in der Europäischen Union in der Regel annehmen können. Erfolgen solche Ausstellungen außerhalb der EU bedarf es zusätzlicher Feststellungen, warum die Ausstellung auch den europäischen Fachkreisen zugänglich war. Dies kann durch Werbemaßnahmen oder konkrete Einladungen gestützt werden, welche sich auch an die europäischen Fachkreise gerichtet haben. In der Regel wird man eine Kenntnisnahmemöglichkeit der europäischen Fachkreise in diesem Fall aber ablehnen müssen, selbst wenn die Ausstellung in einem Land erfolgt ist, welches in dem Sektor wirtschaftlich bedeutsam ist. Mit einer Messe oder einer Schutzrechtsanmeldung ist eine solche Ausstellung nicht vergleichbar. Der BGH hat eine Offenbarung für Gartenpavillons durch eine Ausstellung in Räumlichkeiten eines Anbieters in China außerhalb der großen Städte daher zu Recht abgelehnt GRUR 2012, 1253 Rn. 28 – Gartenpavillon.

d) Veröffentlichungen. Berücksichtigungsfähig sind daneben Veröffentlichungen, insbesondere in Form von Fachveröffentlichungen, also **Fachartikeln** oder **Werbeanzeigen** in Fachmagazinen sowie **Katalogveröffentlichungen**. Bei Fachmagazinen lässt sich in der Regel der Leserkreis gut ermitteln. Bei Veröffentlichungen von Fachmagazinen wird man von einer Kenntnisnahmemöglichkeit der europäischen Fachkreise jedenfalls dann ausgehen müssen, wenn es sich um europäische Magazine oder um führende Fachmagazine in wirtschaftlich bedeutsamen Ländern des jeweiligen Sektors handelt, somit in solchen Ländern, in denen auch bekanntgemachte Schutzrechte zu berücksichtigen sind.

Der BGH GRUR 1969, 90 (95) – Rüschenhaube, ist bezüglich einer Veröffentlichung in einer Zeitschrift in den USA grundsätzlich von einer Offenbarung ausgegangen. In tatsächlicher Hinsicht zu klären blieb nur, ob für das Warengebiet der Spitzen- und Nachthauben die USA zu den berücksichtigungsfähigen Ländern gehören. Katalogveröffentlichungen in der EU genügen ebenfalls, soweit die Kataloge verbreitet worden sind. Bei Katalogveröffentlichungen außerhalb der EU sind demgegenüber konkrete Feststellungen erforderlich, wie die europäischen Fachkreise im normalen Geschäftsverlauf Kenntnis erlangen konnten. Bei einem wirtschaftlich bedeutsamen Anbieter in einem für den Sektor wirtschaftlich bedeutsamen Land wird man dies in der Regel annehmen können, da die Fachkreise schon aus Gründen der Überwachung des Wettbewerbsgeschehens Kenntnis erlangen können. Bei kleinen oder nur regionalen Anbietern erscheint dies aber fraglich. Als Beleg können dann die Teilnahme an internationalen Messen, → Rn. 20, dienen, auf denen der Katalog verteilt worden ist. Auch **Angebote an Kunden** können eine hinreichende Offenbarung darstellen. Das LG Hamburg hat bei einem Weinflaschenverschluss eine Veröffentlichung in einer US-amerikanischen Fernsehserie als hinreichend angesehen, welche auch für die Fachkreise in der EU bekannt gewesen sein konnte. Dabei war zu berücksichtigen, dass die Serie auch bei Youtube abrufbar war, LG Hamburg BeckRS 2018, 5654 Rn. 12. Zu prüfen ist regelmäßig die Frage einer expliziten oder impliziten Geheimhaltungsvereinbarung, → Rn. 18. Daneben genügt der Nachweis eines Angebots an einen **einzigen Kunden** in der Regel nicht, OLG Düsseldorf GRUR-RS 2016, 17786 Rn. 18, vgl. auch EuGH GRUR 2014, 368 Rn. 29 – Gautzsch (Gartenpavillon), → Rn. 19.

- 30 e) Internetveröffentlichungen.** Bei Veröffentlichungen im Internet geht es entgegen EUIPO, ICD 8539, nicht um die spätere Recherchierbarkeit, sondern um die Möglichkeit der Kenntnisaufnahme durch die maßgeblichen Fachkreise zum Zeitpunkt der Veröffentlichung, EUIPO, ICD 8717 Rn. 43. Internetveröffentlichungen innerhalb der EU sind grundsätzlich berücksichtigungsfähig, sofern eine gewisse Dauer der Veröffentlichung vorliegt. Hieran sind aber keine zu strengen Anforderungen zu stellen. Bei einer Abrufbarkeit für wenige Stunden dürfte die Möglichkeit der Kenntnisaufnahme für die Fachkreise (abhängig von der Seite und der Häufigkeit des Abrufs) eher ausscheiden.
- 31** Internetveröffentlichungen haben zwischenzeitlich eine große Bedeutung erlangt. Aus diesem Grund hat das EUIPO unter Berücksichtigung der Rechtsprechung von EuG und EuGH eine Grundlage für die Beurteilung solcher Veröffentlichungen erarbeitet und veröffentlicht, common practice CP 10, → GGV Art. 7 Rn. 34. Diese Grundsätze sind für die Gerichte nicht bindend, sie stellen aber eine hilfreiche Grundlage für die Beurteilung dar. Zu den Details, auch unter Berücksichtigung der Entscheidungen von EuGH, EuG und Beschwerdekammer des EUIPO → GGV Art. 7 Rn. 34 ff. Der Nachweis einer Veröffentlichung im Internet kann grds. über Webseitenarchivierungsdienste, wayback machine, www.archive.org, geführt werden, EUIPO BK R 1577/2016-3 Rn 22, CP 10 2.3.1. Angaben in Webshops („bei Amazon seit ...“) sind nicht hinreichend zuverlässig, weil sich darüber nicht entnehmen lässt, ob Änderungen des Angebots oder von Abbildungen des Gegenstands erfolgt sind, OLG Düsseldorf 20 U 17/18, aA aber EuG BeckRS 2018, 1890 Rn. 46, 56 ff. Jedenfalls dann, wenn konkrete Zweifel an der Unrichtigkeit einer solchen Angabe vorgetragen werden, müssen weitere Nachweise erbracht werden, BPatG GRUR-RS 2021, 19134. Veröffentlichungen auf Internetseiten, die nur in einer für die europäischen Fachkreise exotischen Sprache abgerufen werden können, sind grds. nicht zu beachten. Daran ändert auch nichts die grds. Möglichkeit einer Bildersuche. Denn eine Bildersuche kann nur von einer bestehenden Gestaltung aus-