

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Griß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Manfred B\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Bernd Roßkothen, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen die beklagte Partei i\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Saxinger, Chalupsky, Weber & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wels, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Sicherungsverfahren 36.336,42 EUR), infolge Revisionsrekurses der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz als Rekursgericht vom 23. April 2003, GZ 1 R 51/03f-32, mit dem der Beschluss des Landesgerichts Salzburg vom 30. Dezember 2002, GZ 3 Cg 254/01m-27, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung folgenden

### **B e s c h l u s s**

gefasst:

Dem Revisionskurs wird Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden aufgehoben. Dem Erstgericht wird eine neuerliche, nach

Ergänzung des Verfahrens zu fällende Entscheidung aufgetragen.

Die Kosten des Revisionsrekursverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten.

### **B e g r ü n d u n g :**

Für den Kläger ist beim Österreichischen Patentamt unter Nummer AT 5588 U1 mit Schutzbeginn 15. 7. 2002 ein Gleitschichtkühler zum Kühlen elektronischer Bauteile (insbesondere von Mikroprozessoren) als Muster registriert. Es weist ua folgende Ansprüche auf:

1. Vorrichtung zum Kühlen elektronischer Bauelemente (1), insbesondere zum Kühlen von Mikroprozessoren, mit

- einer ersten Platte (2) aus einem gut wärmeleitenden Material;

- einer weiteren Platte (3), die an der ersten Platte (2) befestigt ist;

- einem Dichtungselement (4), das einen Strömungsraum (5) zwischen der ersten Platte (2) und der weiteren Platte (3) flüssigkeitsdicht abschließt;

- einem Zulaufanschluss (8) zum Strömungsraum (5) zur Zufuhr eines Kühlmediums;

- einem Ablaufanschluss (9) vom Strömungsraum (5) zur Abfuhr des Kühlmediums;

dadurch gekennzeichnet, dass der Strömungsraum (5) von einer ersten, ebenen Fläche (6) der ersten Platte (2) und einer weiteren, ebenen Fläche (7) der weiteren Platte (3) begrenzt ist.

2. Vorrichtung nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass die erste Platte (2) eine zweite, ebene Fläche (3) aufweist, die der ersten, ebenen Fläche (6) gegenüberliegt.

6. Vorrichtung nach einem der Ansprüche 1 bis 5, dadurch gekennzeichnet, dass der Zulaufanschluss (8) zum Strömungsraum (5) in der weiteren Platte (3) vorgesehen ist.

7. Vorrichtung nach einem der Ansprüche 1 bis 6, dadurch gekennzeichnet, dass der Ablaufanschluss (9) zum Strömungsraum (5) in der weiteren Platte (3) vorgesehen ist.

8. Vorrichtung nach einem der Ansprüche 1 bis 7, dadurch gekennzeichnet, dass die erste Platte (2) und die weitere Platte (3) im Wesentlichen rechteckig ausgebildet sind.

9. Vorrichtung nach einem der Ansprüche 1 bis 8, dadurch gekennzeichnet, dass das Dichtungselement (4) als Vorsprung auf einer der Platten (2, 3), ausgebildet ist.

Der Geschäftsführer der Beklagten kaufte am 7. 8. 2001 einen Gleitschichtkühler des Klägers, der diesen Ansprüchen entspricht. Die Beklagte baute noch im selben Jahr einen Gleitschichtkühler, der den Ansprüchen 1, 2, 6, 7, 8 und 9 des späteren Gebrauchsmusters des Klägers entspricht; in welcher Stückzahl die Beklagte dieses Produkt (Beil ./B) hergestellt und verkauft hat, ist nicht bescheinigt. Zu Beweiszwecken kaufte der Kläger im Oktober 2001 ein solches Produkt. In weiterer Folge veränderte die Beklagte ihren Gleitschichtkühler; dieses in Serie gegangene Modell entspricht Beil ./5. Bei diesem Produkt bewegt sich die Kühlflüssigkeit zwischen einer ebenen Kupferplatte und einer ebenen Deckplatte, in die vier Stege eingesetzt sind. Diese Stege bewirken, dass die Plattenoberfläche nicht mehr durchgehend plan ist, wodurch die Kühlflüssigkeit einen

anderen Strömungsweg gegenüber dem Produkt des Klägers nimmt. Die prinzipielle Funktionsweise beider Kühler, nämlich zwei Flächen mit Dichtungsring und dazwischen durchlaufender Kühlflüssigkeit, ist gleich. Die beim Produkt der Beklagten enthaltenen Stege bedeuten für die Kühlfunktion einen Nachteil gegenüber dem Produkt des Klägers; es ist nicht auszuschließen, dass sie nur deshalb eingebaut wurden, um einen Unterschied zum Kühler des Klägers zu bewirken.

Der Kläger stellte im Sicherungsverfahren zuletzt den Antrag, zur Sicherung seines Anspruchs gegenüber der Beklagten auf Unterlassung, worauf das Klagebegehren gerichtet ist, dieser mit einstweiliger Verfügung bis zur Rechtskraft des über die Unterlassungsklage ergehenden Urteils zu gebieten, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, Kühlelemente für elektronische Bauteile (Wasserkühler), wie insbesondere den i\*\*\*\*\* Wasserkühler, auch bezeichnet als i\*\*\*\*\* Wasserkühler oder auch i\*\*\*\*\*-Wasserkühler, zu vertreiben, die aus zwei ebenen Platten und einer Gummidichtung bestehen und die Kühlflüssigkeit in der dünnen Schicht zwischen den Platten hindurchdrücken;

in eventu, der Beklagten zu gebieten, es zu unterlassen, im Gebiet der Republik Österreich Kühlelemente für elektronische Bauteile, insbesondere jenes unter der Bezeichnung "i\*\*\*\*\*-Wasserkühler" oder auch als i\*\*\*\*\* Wasserkühler oder auch bloß als i\*\*\*\*\* Wasserkühler bezeichnet, betriebsmäßig herzustellen, in Verkehr zu bringen, feil zu halten und/oder zu gebrauchen und/oder zu diesen Zwecken nach Österreich zu liefern, welche die folgenden Merkmale eines der folgenden

Gebrauchsmusteransprüche des österreichischen Gebrauchsmusters Nr 5588 aufweist, und zwar

1. Vorrichtung zum Kühlen elektronischer Bauelemente (1), insbesondere zum Kühlen von Mikroprozessoren, mit

- einer ersten Platte (2) aus einem gut wärmeleitenden Material;

- einer weiteren Platte (3), die an der ersten Platte (2) befestigt ist;

- einem Dichtungselement (4), das einen Strömungsraum (5) zwischen der ersten Platte (2) und der weiteren Platte (3) flüssigkeitsdicht abschließt;

- einem Zulaufanschluss (8) zum Strömungsraum (5) zur Zufuhr eines Kühlmediums;

- einem Ablaufanschluss (9) vom Strömungsraum (5) zur Abfuhr des Kühlmediums;

dadurch gekennzeichnet, dass der Strömungsraum (5) von einer ersten, ebenen Fläche (6) der ersten Platte (2) und einer weiteren, ebenen Fläche (7) der weiteren Platte (3) begrenzt ist.

2. Vorrichtung nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, dass die erste Platte (2) eine zweite, ebene Fläche (3) aufweist, die der ersten, ebenen Fläche (6) gegenüberliegt.

6. Vorrichtung nach einem der Ansprüche 1 bis 5, dadurch gekennzeichnet, dass der Zulaufanschluss (8) zum Strömungsraum (5) in der weiteren Platte (3) vorgesehen ist.

7. Vorrichtung nach einem der Ansprüche 1 bis 6, dadurch gekennzeichnet, dass der Ablaufanschluss (9) zum Strömungsraum (5) in der weiteren Platte (3) vorgesehen ist.

8. Vorrichtung nach einem der Ansprüche 1 bis 7, dadurch gekennzeichnet, dass die erste Platte (2) und die

weitere Platte (3) im Wesentlichen rechteckig ausgebildet sind.

9. Vorrichtung nach einem der Ansprüche 1 bis 8, dadurch gekennzeichnet, dass das Dichtungselement (4) als Vorsprung auf einer der Platten (2, 3), ausgebildet ist.

Der Gleitschichtkühler des Klägers bestehe aus zwei ebenen Platten und einer Gummidichtung. Ihm liege folgender erfinderische Gedanke zugrunde: Die Kühlflüssigkeit in Form einer dünnen Schicht werde zwar auf eine große Fläche verteilt, verhalte sich aber den beiden Platten gegenüber als Feststoffkörper. Je geringer der Spalt zwischen den Platten sei, desto besser komme der Gleitschichteffekt zum Zug. Die Kühlflüssigkeit werde durch den Kühlerspalt hindurchgedrückt. Sie lege sich auf molekularer Basis in der Folge an jener Platte an, von der die Wärmeenergie abgegeben werden solle. Die Moleküle würden aufgrund der dadurch entstandenen Beschleunigung schnell abgeführt, sodass die Wärmeenergie sofort mit dem Kühlmedium aus dem Primärkühlbereich entfernt werde. Durch den dünnen Spalt werde ein Großteil der Kühlflüssigkeit mit Wärmeenergie beladen und an die Sekundärkühlmaßnahmen weitergeleitet. Es handle sich um einen leistungsstarken Kühler, der mit geringstem Aufwand herzustellen sei, weil nur handelsübliche Materialien verwendet würden. Es könnten auch mehrere Platten zu einem größeren Kühler zusammengeschraubt werden. Die Beklagte habe den Gleitschichtkühler des Klägers sklavisch nachgeahmt und führe damit Verwechslungen herbei, obwohl ihr unzählige Möglichkeiten einer anderen Gestaltung eines Kühlers zuzumuten seien. Der von ihr neu auf den Markt gebrachte Wasserkühler sei dem geschützten Kühler des Klägers im Aussehen und in der Gesamtkonzeption gleich.

Die Beklagte verstoße insbesondere gegen § 1 UWG. Die Beklagte habe die Erfindung des Klägers nachgebaut und nur technisch völlig belanglose Teile verändert. Der Geschäftsführer der Beklagten habe im August 2001 einen Gleitschichtkühler des Klägers erworben, um das Gerät nachzubauen. Die Beklagte mache sich sittenwidrig die Leistungen des Klägers zu eigen, um sich einen Wettbewerbsvorteil und einen Vorsprung vor den Mitbewerbern zu verschaffen. Der Unterschied der Erfindung des Klägers gegenüber den bisherigen Kühlern sei darin zu sehen, dass überhaupt keine Fräsungen erforderlich seien, sondern die gesamte Platte plan sei und damit zum Kühlen optimal herangezogen werden könne. Dies biete vielerlei Vorteile, wie etwa extrem günstige Herstellungskosten gegenüber den Fräs- oder Gusselementen und erhöhte Kühlmöglichkeit, weil die gesamte ebene Fläche zur Abkühlung herangezogen werden könne. Es würden Wirbelbildungen in Kanälen ausgeschlossen, die die Kühlmöglichkeit verringerten. Die technisch relevanten Merkmale der Erfindung des Klägers, nämlich die Verwendung einer planen Kupferplatte, die vertikale Verschraubung der Deckplatten und das An- und Abführen des Kühlmediums auf die Kupferplatte im 90-Grad-Winkel, seien von der Beklagten übernommen worden. Ein Gutachten komme zum Ergebnis, dass sämtliche Merkmale des Anspruchs 1 des Gebrauchsmusters des Klägers bei dem von der Beklagten angebotenen Kühler vorlägen, der somit in den Schutzbereich des Gebrauchsmusters des Klägers eingreife. Darüber hinaus würden auch die Merkmale der von Anspruch 1 abhängigen Ansprüche 2, 6, 7, 8 und 9 des Gebrauchsmusters des Klägers erfüllt, sodass der Kühler der Beklagten auch innerhalb des Schutzbereiches dieser

Ansprüche liege und die Gebrauchsmusterschutzrechte des Klägers verletze. Darin liege nicht nur einen Verstoß gegen das GebrauchsmusterG, sondern zugleich auch eine Verstoß gegen das UWG, weil sich Wettbewerber, die solche Rechte missachteten, einen ungerechtfertigten Vorsprung vor ihrem Mitbewerbern, die diese Rechte respektierten und als Lizenznehmer eine Vergütung bezahlten, verschafften. Die bisher auf dem Markt befindlichen Wasserkühler seien im Bereich ihres Strömungsraums gerade nicht von zwei ebenen Platten begrenzt. Der Wasserkühler der Beklagten Beilage ./B greife in das Gebrauchsmuster des Klägers ein. Gleiches gelte für den Wasserkühler Beilage ./5, weil das Vorliegen von Stegen nichts daran ändere, dass der tatsächliche Strömungsraum weiterhin von zwei ebenen Platten begrenzt sei.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Sicherungsbegehrens. Gleitschichtkühler seien keine Erfindung des Klägers. Die Beklagte habe einen eigenen Wasserkühler selbständig entwickelt. Ihr Produkt ahme weder Aussehen noch Konzept des Kühlers des Klägers nach. Für den Kühler des Klägers sei wesentlich, dass zumindest zwei ebene Platten vorhanden seien; demgegenüber sei beim Kühler der Beklagten nur eine Platte eben, während die zweite Platte einen internen Kanalverlauf aufweise. Beim Kühler des Klägers sei der Abstand zwischen den Platten kleiner als 1,5 mm, beim Kühler der Beklagten betrage der Abstand zumindest 1,6 mm. Der Kläger verwende als Dichtung eine Flachdichtung mit quadratischem Querschnitt, während im Kühler der Beklagten eine Runddichtung mit kreisförmigem Querschnitt verwendet werde. Der Kläger verwende handelsübliche Teile, während beim Kühler der Beklagten speziell angefertigte Teile eingesetzt würden,



insbesondere das Spritzgusselement mit dem Kanalverlauf. Beim Kühler des Klägers sei ein Mehrschichtaufbau, nämlich das Übereinanderliegen der Platten, sofort ersichtlich, während beim Kühler der Beklagten das Spritzgusselement das beherrschende Teil sei. Soweit ein Patent- oder Musterschutz bestünde, schieden wettbewerbsrechtliche Ansprüche aus, weil das Wettbewerbsrecht keinen Schutz bieten könne, wenn ihn das Sonderschutzrecht ausdrücklich oder sinngemäß ausschließe. Selbst das sklavische Nachahmen einer patentfähigen Maschine sei zulässig, soweit der Nachbau nur die technisch-funktionelle Seite betreffe. Der Kläger räume selbst ein, dass sich das optische Erscheinungsbild der Produkte der Streitparteien unterscheide; Verwechslungsgefahr sei damit ausgeschlossen. Bereits einige Zeit vor Beginn der Schutzdauer nach § 6 GMG habe die Beklagte eine Prototypserie ihres Wasserkühlers produziert, die über keinen Kanalverlauf in der Deckplatte verfüge; dieser Prototyp sei jedoch nie in Serie gegangen. Die Herstellung dieses Prototyps sei mit etwa 50 Stück begrenzt worden, von denen lange vor dem 15. 7. 2002 (Beginn des Gebrauchsmusterschutzrechtes des Klägers) einige Stück verkauft worden seien. Offenbar habe der Kläger einen Kühler aus dieser Prototypserie erworben und diesen nunmehr dem Gericht als Beilage ./B vorgelegt. In Serienproduktion sei ausschließlich der i\*\*\*\*\* gegangen. Die Beklagte vertreibe dieses Produkt ausschließlich in der vorliegenden Ausgestaltung, die sich vom Produkt des Klägers insbesondere dadurch unterscheide, dass nicht zwei ebene Flächen einander gegenüber lägen, sondern lediglich eine Platte eben sei, während die zweite Platte einen internen Kanalverlauf aufweise und mit dem Kanalverlauf als ein einziges Spritzgusselement hergestellt sei. Der in der

Gebrauchsmusterurkunde ausgewiesene Hauptanspruch 1 sei jedoch dadurch gekennzeichnet, dass der Strömungsraum von zwei ebenen Flächen begrenzt sei. Die kanalführende Flächenausgestaltung des Kühlers der Beklagten erfülle deshalb keinesfalls Hauptanspruch 1 des Gebrauchsmusterrechts des Klägers. Das vom Kläger vorgelegte Privatgutachten beruhe auf der unrichtigen Ansicht, dass der von ihm vorgelegte Kühler auf dem Markt erhältlich sei. Dieser Kühler stamme jedoch aus der Prototypserie und sei zum Zeitpunkt der Gutachtenserstellung nicht auf dem Markt erhältlich gewesen. Eine korrekte Befundaufnahme hätte zum Ergebnis geführt, dass der auf dem Markt erhältliche i\*\*\*\*\* Wasserkühler durch die einseitige Kanalführung in den einander gegenüberliegenden Platten gekennzeichnet sei und sohin kein Eingriff in ein bestehendes Gebrauchsmusterrecht vorliege. Sollte man dennoch von einer Gebrauchsmusterschutzverletzung durch die Beklagte infolge Herstellung und Vertrieb des i\*\*\*\*\* ausgehen, würde dies die Nichtigkeit des vom Kläger in Anspruch genommenen Gebrauchsmusterrechts bedeuten, zumal sich die Konzeption des i\*\*\*\*\* an jener des bereits lange vor Beginn und auch vor Anmeldung des Gebrauchsmusterschutzes des Produktes des Klägers am Markt befindlichen und auch von der Beklagten vertriebenen Produkts EC-Cooler (H2O) des Herstellers S\*\*\*\*\* orientiere. Dies bedeute, dass die "Erfindung" des Klägers nicht neu iSd § 3 GMG sei oder auf keinem erfinderischen Schritt iSd § 1 Abs 1 GMG beruhe. Der Erwerb eines Konkurrenzproduktes sei noch nicht unlauter. Im Übrigen sei der Sicherungsantrag nicht hinreichend konkretisiert und zu weit gefasst.

Das Erstgericht gab dem Sicherungshauptbegehren statt. Die Beklagte habe die

wesentliche Neuerung des Musters des Klägers übernommen, nämlich mit einer Wasserkühlung zwischen zwei planen Platten zu arbeiten, und das Produkt Beilage ./B hergestellt und auch in den Handel in Österreich gebracht, wobei dieses Produkt sich äußerlich vom später geschützten Gebrauchsmuster des Klägers ebenso wie von der Beilage ./A unterschieden habe. Infolge dieser optischen Unterschiede könne von keiner sklavischen Nachahmung gesprochen werden. Dieses Produkt sei von der Beklagten jedenfalls bis knapp vor Klageeinbringung von der Beklagten hergestellt worden; ob und wann der Vertrieb dieser Art eingestellt worden sei, stehe nicht fest. Das Verhalten der Beklagten verstoße nicht nur gegen das GMG, sondern auch gegen das UWG, werde doch eine Leistung des Klägers sittenwidrig übernommen und ausgebeutet. Der Tatbestand sei bereits erfüllt durch Anfertigung und Verkauf jener Produkte, die der Beilage ./B entsprächen, sodass damit auch das Hauptbegehren des Provisorialverfahrens bereits abgedeckt sei. Ebenso wäre das ins Detail gehende Eventualbegehren berechtigt. Ob sich aus dem Einbau von Stegen etwas ändere, sei im Provisorialverfahren noch nicht endgültig zu klären gewesen.

Das Rekursgericht wies den Sicherungsantrag ab; es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs mangels höchstgerichtlicher Rechtsprechung zu den hier maßgeblichen Rechtsfragen des Gebrauchsmusterrechts zulässig sei. Gemäß § 4 Abs 1 GMG berechne das Gebrauchsmuster den Gebrauchsmusterinhaber, andere davon auszuschließen, den Gegenstand der Erfindung betriebsmäßig herzustellen, in Verkehr zu bringen, feilzuhalten oder zu gebrauchen. Gemäß § 6 GMG beginne dieser

Gebrauchsmusterschutz mit dem Tag der öffentlichen Verlautbarung des Gebrauchsmusters. Gemäß § 41 GMG habe Anspruch auf Unterlassung, wer in seinem Gebrauchsmuster verletzt worden sei oder wer eine solche Verletzung zu besorgen habe. Der Unterlassungsanspruch diene daher dem Schutz des Gebrauchsmusterinhabers vor künftigen Eingriffen in das ausschließliche Recht an seiner Erfindung. Für einen bestimmten Gebrauchsmusterinhaber entstehe ein Unterlassungsanspruch, wenn ohne dessen Zustimmung im Schutzbereich, im Geltungsgebiet und während der Wirkungsdauer des Gebrauchsmusters Handlungen, die nach den Vorschriften des GMG dem Gebrauchsmusterinhaber vorbehalten seien, durch einen anderen vorgenommen würden, der sich dabei nicht auf ein eigenes Benützungsgeschäft stützen könne. Mache der Kläger einen auf eine Gebrauchsmusterverletzung gegründeten Unterlassungsanspruch nach § 41 GMG geltend, habe er sein Gebrauchsmusterrecht und eine Eingriffshandlung des Beklagten zu beweisen. Einen solchen Beweis für Eingriffshandlungen (betriebsmäßige Herstellung, Inverkehrbringen, Feilhalten oder Gebrauch) nach Beginn des Gebrauchsmusterschutzes habe der Kläger nicht erbracht. Er könne deshalb keinen aus dem GMG abgeleiteten Sonderrechtsschutz für sein Produkt gegenüber dem Prototyp Beilage ./B der Beklagten in Anspruch nehmen. Ob das Gebrauchsmuster des Klägers neu oder erfinderisch sei, bedürfe daher keiner Prüfung. Durch die äußerlich deutlich abweichende Gestaltung ihres Produkts gegenüber jenem des Klägers habe die Beklagte alles unternommen, um eine Herkunftstäuschung zu vermeiden. Auch im Zusammenhang mit dem Erwerb eines geschützten Musters durch die Beklagte, allenfalls zwecks Nachbaus, sei vom Kläger kein

Unlauterkeitskriterium bescheinigt; durch ihren regulären Kauf habe die Beklagte die Kenntnis von der behaupteten Erfindung des Klägers nicht auf unredliche Weise erworben. In Bezug auf das Produkt Beil./5 habe das Erstgericht erkennbar einen Eingriff in das Gebrauchsmusterrecht des Klägers nicht als bescheinigt angenommen. Mangels Eingriffs der Beklagten in den Sonderrechtsschutz des Klägers und mangels Herkunftstäuschung bei Produktion und Vertrieb ihres Produkts wie Beilage ./B erweise sich der Sicherungsantrag als unbegründet.

Der Revisionsrekurs ist zulässig, weil die Vorinstanzen die Frage eines Eingriffs in das Gebrauchsmusterrecht des Klägers durch den Wasserkühler Beilage ./5 nicht unter dem Gesichtspunkt der Neuheit (§ 3 Abs 1 GMG) und des Vorliegens eines erfinderischen Schritts (§ 1 Abs 1 GMG) bei dem nach den Behauptungen verletzten Gebrauchsmuster geprüft haben; das Rechtsmittel ist berechtigt im Sinne seines Aufhebungsantrags.

Ebenso wie für einen bestimmten Patentinhaber (ÖBl 1999, 208 - Kanalreinigungsfahrzeug) entsteht auch für den Inhaber eines Gebrauchsmusters ein Unterlassungsanspruch, wenn ohne dessen Zustimmung im Schutzbereich, im Geltungsgebiet und während der Wirkungskdauer des Gebrauchsmusters Handlungen, die dem Inhaber des Gebrauchsmusters vorbehalten sind, durch einen anderen vorgenommen werden, der sich dabei nicht auf ein eigenes Benutzungsrecht stützen kann. Der Kläger, der einen auf eine Verletzung des Gebrauchsmusters gegründeten Unterlassungsanspruch gem § 41 GebrauchsmusterG (GMG) geltend macht, hat nach allgemeinen Beweislastregeln (vgl

ÖBl 1999, 208 - Kanalreinigungsfahrzeug) sein Gebrauchsmusterrecht und eine Eingriffshandlung des Beklagten zu beweisen. Der Gebrauchsmusterschutz beginnt mit dem Tag der amtlichen Veröffentlichung des Gebrauchsmusters im Gebrauchsmusterblatt (§ 6 GMG; *Knittel*, Das neue österreichische Gebrauchsmusterrecht, ÖBl 1994, 51 ff, 53). Eine Eingriffshandlung der Beklagten in das Gebrauchsmuster des Klägers mit dem Prototyp eines Wasserkühlers Beil ./B nach dem 15. 7. 2002 (Beginn der Schutzdauer) ist nicht bescheinigt; insoweit erweist sich der Sicherungsantrag - wie das Rekursgericht richtig erkannt hat - als unbegründet.

Der Kläger zeigt in seinem Rechtsmittel aber zutreffend auf, dass sich sein Vorbringen zum Sicherungsantrag auch auf den Wasserkühler Beil ./5 bezieht, der - wie die Beklagte selbst zugesteht (Schriftsatz ON 17 S 4 f) - von der Beklagten in Serie hergestellt und seit Oktober 2001 ununterbrochen in Verkehr gebracht wird. Der Kläger hat nämlich in der - ausschließlich dem Provisorialantrag gewidmeten (ON 24, S 2) - Tagsatzung vom 18. 12. 2002 (ON 24, S 14) nach Erörterung durch das Gericht klargestellt, dass auch Beil ./5 von seinem Begehren umfasst sei, weil die Beklagte (auch) mit diesem Gegenstand in sein Gebrauchsmusterrecht eingreife.

Zum Wasserkühler Beil ./5 ist bescheinigt, dass sich die Kühlflüssigkeit zwischen einer ebenen Kupferplatte und einer ebenen Deckplatte, in die vier Stege eingesetzt sind, bewegt. Diese Stege bewirken, dass die Oberfläche der Deckplatte nicht mehr durchgehend plan ist, wodurch die Kühlflüssigkeit einen anderen Strömungsweg gegenüber dem geschützten Produkt des Klägers nimmt. Die prinzipielle Funktionsweise beider Kühler, nämlich Kühlung mittels

zwischen zwei durch Dichtungsring abgedichteten Flächen durchlaufender Kühlflüssigkeit, ist gleich. Die beim Kühler der Beklagten eingebauten Stege bedeuten für die Kühlfunktion einen Nachteil gegenüber dem Produkt des Klägers; es ist nicht auszuschließen, dass sie nur deshalb eingebaut wurden, um einen Unterschied zum Kühler des Klägers zu bewirken.

Bei dieser Sachlage kann ein Eingriff der Beklagten durch Produktion und Vertrieb des Kühlers Beil ./5 in das Gebrauchsmusterrecht des Klägers nicht schon allein deshalb ausgeschlossen werden, weil geschütztes Gebrauchsmuster und behaupteter Eingriffsgegenstand nicht in sämtlichen Ansprüchen übereinstimmen. Um naheliegende Umgehungsversuche nach Möglichkeit auszuschalten, ist nämlich auch eine sogenannte "verschlechterte Ausführungsform" dann als Verletzung des Gebrauchsmusterrechts zu werten, wenn der Benutzer noch im Rahmen der im Gebrauchsmuster gestellten Aufgabe handelt (vgl zum Patenteingriff SZ 57/68 = GRURInt 1985, 766 = ÖBl 1985, 38 - Befestigungsvorrichtung für Fassadenelemente mwN; OPM PBl 1967, 105; OPM PBl 1986, 33; weitere Nachweise bei *Weiser*, PatG 135). Letzteres ist hier bescheinigt, weil Aufbau- und Wirkungsprinzip von geschütztem Kühler und behauptetem Eingriffsgegenstand übereinstimmen und damit beide Produkte den erfindungswesentlichen Effekt erreichen. Der Einbau von Stegen in die Deckplatte des Kühlers Beil ./5 erreicht zwar, dass nicht mehr zwei ebene Platten iSd Anspruchs 1 des geschützten Musters vorliegen und sich andere Strömungswege der Kühlflüssigkeit ergeben, ändert aber - folgt man dem bescheinigten Sachverhalt - nichts an der prinzipiellen Funktionsweise des Kühlers.

Die Berechtigung des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs kann aber noch nicht abschließend beurteilt werden. Als Gebrauchsmuster werden nämlich ua nur solche Erfindungen geschützt, die neu sind und auf einem erfinderischen Schritt beruhen (§ 1 Abs 1 GMG). Den Ausführungen der Beklagten ist nun zu entnehmen, dass sie die Schutzwürdigkeit des Gebrauchsmusters unter Hinweis auf dessen fehlende Neuheit und Erfindungshöhe bestreitet (Äußerung vom 22. 11. 2002, ON 17, S 6). Wird dieser Einwand erhoben, so ist im Verletzungsstreit zu prüfen, ob das Gebrauchsmuster schutzfähig ist; im Provisorialverfahren ist die Rechtsbeständigkeit des Gebrauchsmusters eine widerlegbare Vermutung (EvBl 1996/152 = MR 1996, 245 = ÖBl 1996, 200 - Wurfpeilautomat mwN).

Ausgehend von einer unrichtigen Rechtsansicht haben die Vorinstanzen zu den Voraussetzungen der Schutzfähigkeit des Gebrauchsmusters des Klägers trotz substantiiertester Bestreitung durch die Beklagte samt Anbot von Bescheinigungsmitteln keine Feststellungen getroffen. Ungeachtet des Umstands, dass die Beklagte mit ihrem Kühler Beil./5 eine "verschlechterte Ausführungsform" des Gebrauchsmusters des Klägers herstellt und in Verkehr bringt, kann die Berechtigung des geltend gemachten Unterlassungsbegehrens erst nach einer Verbreiterung der Tatsachengrundlage im aufgezeigten Sinn beurteilt werden.

Dem Revisionsrekurs ist Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm § 52 Abs 1 ZPO.



Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 19. August 2003  
Dr. K o d e k  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
der Leiter der Geschäftsabteilung: