



OBERLANDESGERICHT KÖLN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Entscheidung vom 15. Januar 2010

Aktenzeichen: 6 U 131/09

In dem Rechtsstreit

des ...

Klägers

Prozessbevollmächtigte: ...

gegen

...

Beklagte

Prozessbevollmächtigte: ?

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln unter Mitwirkung seiner Richter ..., ... und ... auf die mündliche Verhandlung vom ... für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 14.07.2009 verkündete Urteil der 33. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 33 O 415/08 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat auch die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung des Unterlassungsanspruchs durch Sicherheitsleistung in Höhe von 350.000,00 € abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Sie kann die Vollstreckung wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abweisen, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e

I.

Die Klägerin vertreibt Halsbonbons unter der Bezeichnung "WICK Blau" und bietet diese seit 1984 in einer blau-weißen, das grafische Motiv eines Eisbären in einer Eislandschaft zeigenden Verpackung an; nach Veränderung der Ursprungsaufmachung (Anlage K 37) zeigen die Packungen seit den frühen 90er Jahren einen in Richtung des Betrachters schreitenden Eisbären und seit 2002 bis auf eine Umgestaltung des "WICK"-Zeichens Mitte 2008 (Anlage K 4) im Wesentlichen folgende ? hier schwarz-weiß wiedergegebene ? Darstellung (Anlage K 2 und vorgelegte Originalprodukte):

Die Beklagte übernahm Mitte 2005 die Marke "Atemgold" und verwendete für die Verpackung der darunter vertriebenen Hustenbonbons ebenfalls ein Eisbär-Motiv (Anlage K 53 links), das sie 2007 abänderte (Anlage K 53 Mitte); gegen diese Aufmachung ging die Klägerin erfolgreich vor (31 O 401/07 LG Köln). Anschließend ging die Beklagte dazu über, ihre "Atemgold"-Bonbons in folgender blau-weißer ? hier schwarz-weiß wiedergegebener ? Ausstattung (sowie in zwei leicht veränderten Versionen für "zuckerfreie" Produkte) anzubieten (Anlage K 7 und vorgelegte Originalprodukte):

Darin sieht die Klägerin, die ihre Umsätze, Marktanteile und Werbeaufwendungen dargelegt (S. 14-16 der Klageschrift) und zu den typischen Merkmalen von "WICK Blau" Auszüge eines demoskopischen Gutachtens der J GmbH vom 19.12.2005 vorgelegt hat (Anlage K 39), eine (immer noch) unlautere Nachahmung ihrer bekannten Produktausstattung, durch die eine vermeidbare Herkunftstäuschung herbeigeführt und die Wertschätzung ihres Produkts ausgenutzt werde.

Das Landgericht hat die Beklagte nach vorauslaufender einstweiliger Verfügung (33 O 289/08 LG Köln) antragsgemäß zur Unterlassung verurteilt. Mit ihrer Berufung gegen dieses Urteil, auf das wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes sowie der Entscheidung der Kammer verwiesen wird, erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage. Die Klägerin verteidigt das Urteil des Landgerichts.

II.

Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg. Das Landgericht hat die Beklagte gemäß §§ 3, 4 Nr. 9, 8 Abs. 1 und 3 Nr. 1 UWG zu Recht verurteilt, den Vertrieb von Hustenbonbons in der angegriffenen Ausstattung zu unterlassen; ob eine nach § 4 Nr. 9 lit. a UWG unlautere Herkunftstäuschung im weiteren Sinne bejaht werden kann, kann nach Lage der Dinge offen bleiben, denn die beanstandete Produktaufmachung stellt sich jedenfalls als wettbewerbswidrig dar, weil damit das bekannte Verpackungsdesign von "WICK Blau" nachgeahmt und gemäß § 4 Nr. 9 lit. b UWG die Wertschätzung des Klägerprodukts unangemessen ausgenutzt wird.

1. Für den auf Wiederholungsgefahr gestützten und in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch der Klägerin war das UWG sowohl in seiner am 30.12.2008 in Kraft getretenen Fassung als auch in seiner zur Zeit des Vertriebs in der angegriffenen Aufmachung ? vor Erlass der einstweiligen Verfügung vom 25.09.2008 ? geltenden Fassung anzuwenden; eine für die Beurteilung des Streitfalls maßgebliche Rechtsänderung ist insoweit nicht eingetreten, insbesondere gilt die von der Richtlinie 2005/29/EG nicht betroffene Vorschrift des § 4 Nr. 9 UWG über den ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz unverändert fort (BGH, GRUR 2010, 80 [Rn. 15-17] = WRP 2010, 94 ? LIKEaBIKE m.w.N.).

Der Vertrieb eines nachahmenden Erzeugnisses ist danach wettbewerbswidrig, wenn das nachgeahmte Produkt über wettbewerbliche Eigenart verfügt und besondere Umstände hinzutreten, die die Nachahmung unlauter erscheinen lassen. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerblchen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblchen Umständen, so dass bei einer größeren wettbewerblchen Eigenart und einem höheren Grad der Übernahme geringere Anforderungen an die besonderen Umstände zu stellen sind, die die Wettbewerbswidrigkeit der Nachahmung begründen und umgekehrt (st. Rspr.: BGH, GRUR 2009, 79 [Rn. 27] = WRP 2009, 76 ? Gebäckpresse; GRUR 2009, 1069 [Rn. 12] = WRP 2009, 1374 ? Knoblauchwürste; GRUR 2010, 80 [Rn. 21]

= WRP 2010, 94 ? LIKEaBIKE).

2. Wettbewerbliche Eigenart hat ein Produkt, das durch seine konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale geeignet ist, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen (st. Rspr.: BGH, GRUR 2007, 984 [Rn. 16] = WRP 2007, 1455 ? Gartenliege; GRUR 2010, 80 [Rn. 23] = WRP 2010, 94 ? LIKEaBIKE), wobei der Grad der wettbewerblichen Eigenart sich nach dem Gesamteindruck bestimmt und durch tatsächliche Bekanntheit des Erzeugnisses im Verkehr verstärkt sein kann (BGH, GRUR 2007, 984 [Rn. 28] = WRP 2007, 1455 ? Gartenliege; GRUR 2010, 80 [Rn. 32, 37] = WRP 2010, 94 ? LIKEaBIKE).

a) Die Ausstattung des Produkts "WICK Blau" der Klägerin verfügt schon von Hause aus dank ihrer ? auch von der Berufung nicht in Zweifel gezogenen ? charakteristischen Anmutung über hohe wettbewerbliche Eigenart. Aus den vielgestaltigen Bonbonverpackungen des wettbewerblichen Umfeldes (Anlagen K 9 bis K 33) ragt die originelle und kennzeichnende Kombination der Eisbären-Darstellung mit der dominierenden Farbe (Weiß-) Blau deutlich hervor:

Die in "kalten" Farben gehaltene Aufmachung mit dem "Eisbären" erinnert einerseits an die "kalte" Jahreszeit, in der besonders häufig Husten aufzutreten pflegt. Andererseits kann die Darstellung eines in den Polargebieten der Erde beheimateten "starken" Tieres in "eisblauer" Umgebung auch als fantasievolle Anspielung auf die mit den beiden Textzeilen "EXTRA STARK ? EXTRA FRISCH" verbal herausgestellte Qualität der angebotenen Hustenbonbons verstanden werden, das offenbar durch "starke" Wirkung ein "kühles" und "frisches" Gefühl im Halsbereich hervorrufen soll. Das in natürlichen Proportionen gehaltene und in eine angedeutete Polarlandschaft integrierte Motiv des Eisbären, der sich auf vier Beinen dem Betrachter zuwendet, wirkt dabei trotz des unmittelbar evozierten Eindrucks von "Kälte" und "Stärke" keineswegs banal und erschöpft sich nicht etwa in der beliebigen Umsetzung einer gestalterischen Grundidee, die als solche keinem Sonderrechtsschutz zugänglich ist und dann auch nicht im Wege des ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutzes für einen Wettbewerber monopolisiert werden kann (BGH, GRUR 2002, 629 [632] = WRP 2002, 1058 ? Blendsegel; GRUR 2005, 166 [168] = WRP 2005, 88 ? Puppenausstattungen), was unter Umständen der Fall sein mag, wenn bestimmte Tiere und eine bestimmte Landschaft auf der Verpackung eines Produkts dargestellt werden, um auf wesentliche Zutaten und die regionale Herkunft des Produkts hinzuweisen (BGH, GRUR 2009, 1069 [Rn. 21 f.] = WRP 2009, 1374 ? Knoblauchwürste). Vielmehr erfährt die in hohem Maße fantasieanregende Gestaltung durch die frontale Abbildung des Eisbären und die Blickrichtung des Bärenkopfes eine kennzeichnende Individualisierung; das naturalistisch aufgefasste Motiv wird darüber hinaus in eigenständiger Weise verfremdet, indem die ? farblich passende ? Wiedergabe eines ausgepackten Bonbons perspektivisch zwischen dem Bären und dem Betrachter platziert wird.

b) Begünstigt nach alledem schon die originelle Gestaltung selbst ein Wiedererkennen der Produktaufmachung durch die angesprochenen Verbraucher, so ergibt sich aus dem unstreitigen Sachverhalt überdies, dass ihre wettbewerbliche Eigenart noch eine weitere Steigerung durch die Bekanntheit des Produkts im Verkehr erfahren hat. Die von der Klägerin dargelegten Umsätze und Marktanteile waren (bei stark wechselnden Werbeaufwendungen für "WICK Blau" zwischen 5.813.727 ? und 0,00 ?) zwischen 1996 und 2008 zwar insgesamt leicht rückläufig, erreichten aber zuletzt immer noch beachtliche Werte (im Geschäftsjahr 2007/2008 belief sich der Umsatz von "WICK Blau" in Deutschland auf 11,722 Mio. ?, was einem Marktanteil bei Halsbonbons von 4,5 % entspricht). Vor allem aber belegt die Ende 2005 durchgeführte Verkehrsbefragung der J GmbH (Anlage K 39) außerordentlich hohe Bekanntheits- und Wiedererkennungswerte für die Aufmachung des Produkts der Klägerin:

Bereits auf die allein an die Produktbezeichnung "WICK Blau" anknüpfende und im Übrigen völlig ungestützte Frage 2 nannten 13,3 % aller Befragten, welche die Produktbezeichnung kannten, und 15,2 % der Käufer oder Verwender des Produkts den "Eisbären" als kennzeichnendes Merkmal (ein ähnlich großer Anteil der Befragten nannte die Produkteigenschaft "stark und kräftig"). Insgesamt 17,9 % aller Befragten und 18,6 % der Käufer / Verwender nannten die "blaue Verpackung", "blaue Farbe" oder "blau-weiße Tüte / Verpackung", deren an die Produktbezeichnung anknüpfende Verwendung ein Teil der Befragten ohnehin für selbstverständlich gehalten haben mag. Nach Vorlage einer Produktabbildung (Frage 3) bezeichneten bereits

38,9 % aller Befragten und 45,2 % der Käufer / Verwender den "Eisbären" sowie 25,8 % aller Befragten und 31 % der Käufer / Verwender die Merkmale "eisblau / blau / blaue Tüte" als charakteristisch. Auf die folgende Auswahlfrage (Frage 4) entschieden sich sogar 60,2 % aller Befragten und 72,4 % der Käufer / Verwender für den "Eisbär auf der Verpackung" sowie 58 % aller Befragten und 70,6 % der Käufer / Verwender für die "blaue Farbe der Verpackung" als typisches Merkmal der Produktaufmachung. Angesichts dieser Zahlen ist davon auszugehen, dass ein ? vergleichsweise ? sehr hoher Anteil der angesprochenen Verbraucher bei dem Produkt der Klägerin an Hustenbonbon-Verpackungen mit der Darstellung eines Eisbären und blauer Grundfarbe denkt und dass umgekehrt auch ein großer Teil des Publikums, wenn er einer solchen Aufmachung begegnet, sich an das Produkt der Klägerin erinnert, zumal (gemäß Frage 4) die Marke "WICK" für Produkte gegen Husten von 34,9 % aller Befragten und 53,8 % der Käufer / Verwender als alt bekannte Traditionsmarke angesehen wird.

3. Die angegriffene Produktausstattung der Beklagten stellt sich als Nachahmung im Sinne einer nachschaffenden Leistungsübernahme dar. Bei der Beurteilung der Ähnlichkeit kommt es auf die Gesamtwirkung der einander gegenüberstehenden Produkte an, denn der Verkehr nimmt ein Erzeugnis in seiner Gesamtheit mit allen seinen Bestandteilen wahr, ohne es einer analysierenden Betrachtung zu unterziehen (st. Rspr.: BGH, GRUR 2007, 795 [Rn. 32] = WRP 2007, 1076 ? Handtaschen; GRUR 2010, 80 [Rn. 39] = WRP 2010, 94 ? LIKEaBIKE m.w.N.). Dass die Beklagte die 2007 verbotene Ausstattung (Anlage K 53 Mitte) aufgegeben und ersichtlich auf eine früher in anderem Zusammenhang verwendete "stilisierte" Grafik eines "von rechts" kommenden Eisbären zurückgegriffen hat (Anlage K 53 links), ändert nichts daran, dass die (in dieser Form erstmals verwendete) streitbefangene Ausstattung (Anlage K 53 rechts) sowohl die originelle, die beworbene Qualität der Hustenbonbons mit der Darstellung eines Eisbären in eisblauer Umgebung unterstreichende Grundidee, als auch wesentliche, den Gesamteindruck prägende Gestaltungselemente der Aufmachung des Klägerprodukts übernimmt.

So weisen die von den Parteien verwendeten Motive trotz stilistischer Unterschiede und spiegelverkehrter Darstellung in ihrer konkreten Ausgestaltung deutliche Übereinstimmungen auf, die auch angesichts des stark differenzierten wettbewerblichem Umfelds (Anlagen K 9 bis K 33) eine deutliche Annäherung belegen: Beide Ausstattungen bilden Eisbären in ihren natürlichen Proportionen von vorne auf vier Beinen mit ganz ähnlicher Geh- und Blickrichtung sowie nahezu gleicher Kopf- und Körperhaltung ab. Gleich ist in beiden Ausstattungen die Wiedergabe eines ausgepackten Bonbons, dem sich der Eisbär in seiner scheinbaren Bewegung zum Betrachter hin zu nähern scheint. Die umgebende Polarlandschaft ist jeweils nur angedeutet, so dass die Unterschiede nicht besonders im Gedächtnis haften bleiben. Farblich dominieren in beiden Ausstattungen blaue (und weiße) Töne. Weil der Verbraucher ? wie die Klägerin zutreffend geltend macht ? mit stilistischen Veränderungen erfolgreicher Werbemotive rechnet und darüber hinaus von dem Erfahrungssatz auszugehen ist, dass der Verkehr die in Rede stehenden Produkte regelmäßig nicht gleichzeitig wahrnimmt und miteinander vergleicht, sondern seine Auffassung auf Grund eines Erinnerungseindrucks gewinnt, in dem die übereinstimmenden Merkmale stärker hervortreten als die unterscheidenden (st. Rspr.: BGH, GRUR 2007, 795 [Rn. 34] = WRP 2007, 1076 ? Handtaschen; GRUR 2010, 80 [Rn. 41] = WRP 2010, 94 ? LIKEaBIKE m.w.N.), muss insgesamt bereits von einer erheblichen Ähnlichkeit der einander gegenüber stehenden Produktausstattungen der Parteien ausgegangen werden.

4. Der Senat kann im Ergebnis offen lassen, ob diese erhebliche Ähnlichkeit beider Gestaltungen ausreicht, das Unlauterkeitsmerkmal einer vermeidbaren Herkunftstäuschung gemäß § 4 Nr. 9 lit. a UWG anzunehmen. Denn jedenfalls nutzt die Beklagte, indem sie sich mit der Aufmachung ihrer "Atemgold"-Hustenbonbons stark an die charakteristische Produktausstattung von "WICK Blau" anlehnt, im Sinne von § 4 Nr. 9 lit. b UWG die Wertschätzung der Klägerprodukte beim Publikum unangemessen aus.

a) Dass die Halsbonbons der Klägerin gerade in ihrer streitgegenständlichen Ausstattung nicht nur über hohe wettbewerbliche Eigenart verfügen, sondern sich dank langjähriger Marktpräsenz auch einen "guten Ruf" beim Publikum erworben haben, ergibt sich ? über die bereits vom Landgericht festgestellten sowie oben zu Nr. 2 erörterten unstreitigen Umstände hinaus ? aus der Verkehrsbefragung der J-GmbH, wonach nicht weniger als 81,5 % aller Befragten die Produktbezeichnung "WICK Blau" im Zusammenhang mit Bonbons schon einmal gehört oder gelesen hatten (Frage 1). Die weiteren Befragungsergebnisse belegen, dass diese

Verbraucher mit dem Produkt durchweg positive Gütevorstellungen verbinden, es beispielsweise spontan (Frage 2) für "frisch" (20 %), den Hals befreiend (17,3 %), "stark / kräftig" (14,4 %), wohlschmeckend (4,1 %), ein "gutes Produkt" (6 %) oder "altbekannt" (2,1 %) halten oder von mehreren angebotenen Antworten (Frage 4) als "typisch" benennen, dass "WICK Blau" den Hals befreien (32,3 % aller Befragten) und "eine starke Wirkung haben" (31,6 % aller Befragten).

b) Eine unangemessene Ausnutzung der Wertschätzung kommt in Betracht, wenn mit dem Originalprodukt verbundene Qualitätserwartungen und Gütevorstellungen auf die Nachahmung übertragen werden, etwa wenn eine Täuschung über die betriebliche Herkunft nicht bei den unmittelbaren Abnehmern der nachgeahmten Produkte, aber bei Dritten eintritt, es sei denn dass lediglich durch die Herbeiführung von bloßen Assoziationen an ein fremdes Produkt Aufmerksamkeit geweckt wird (BGH, GRUR 2007, 795 [Rn. 44] = WRP 2007, 1076 ? Handtaschen m.w.N.). Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung aller Umstände kann eine unlautere Rufausbeutung auch anzunehmen sein, wenn ein Wettbewerber ? außerhalb einer unmittelbaren oder mittelbaren Herkunftsverwechslung ? etwa das populäre Design eines Konkurrenzprodukts ohne sachlich gerechtfertigten Grund nachahmt, um sich mit seinem Erzeugnis an das "Image" des Originals "anzuhängen" (BGHZ 138, 143 = GRUR 1998, 830 [833] = WRP 1998, 732 ? Les-Paul-Gitarren; BGHZ 161, 204 = GRUR 2005, 349 [353] = WRP 2005, 476 ? Klemmbausteine III; Senat, GRUR-RR 2006, 278 [279 f.] ? Arbeitselement für Rektoskopie; Köhler / Bornkamm, UWG, 28. Aufl., § 4 Rn. 9.55; Harte / Henning / Sambuc, UWG, 2. Aufl., § 4 Nr. 9 Rn. 124, 135 ff.; Götting / Nordemann, UWG, § 4 Nr. 9 Rn. 9.67, 9.71). Die Gewährung ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes ist insoweit nicht auf Luxusgüter beschränkt; ein unangemessener Transfer des von dem Konkurrenzprodukt erworbenen "Images" kann vielmehr auch bei populären Produkten aus dem Lebens- und Genussmittelbereich angenommen werden, wenn sich ein Mitbewerber in so starkem Maße an deren bekannte Aufmachung anlehnt, dass es zwar ? angesichts eindeutiger Kennzeichnung ? zu keiner Herkunftsverwechslung, aber zu einem unlauteren Partizipieren des Mitbewerbers an der vom Anbieter des Konkurrenzprodukts durch eigene, unter Umständen intensive und langjährige Anstrengungen am Markt erworbenen Wertschätzung kommt. So liegt es hier:

Wie erörtert, kennt das Publikum das Produkt der Klägerin als "die Hustenbonbons in der blauen Verpackung mit dem Eisbären" und verbindet damit in relevantem Umfang Qualitäts- und Gütevorstellungen. Es kann dahingestellt bleiben, ob Fallgestaltungen denkbar sind, in denen es trotz der auf beiden Produkten deutlich aufgebrachten Produkt- und Unternehmenskennzeichnungen ("WICK Blau" und "WICK" einerseits, "Atemgold" und "Storck" andererseits) zu Fehlvorstellungen von Verbrauchern über die betriebliche Herkunft der von ihnen nachgefragten, so beschriebenen Hustenbonbons kommen kann, wenn in der Erinnerung des Kunden die Gesamtausstattung den jeweiligen Marken- oder Herstellernamen wtrp verdrängt haben sollte oder wenn er das angebrachte Kennzeichen als Zweit- oder Handelsmarken desselben Unternehmens ansieht oder von geschäftlichen oder organisatorischen Beziehungen zwischen den beteiligten Unternehmen ausgeht (vgl. zu der dann in Betracht kommenden Herkunftstäuschung im weiteren Sinne BGH, GRUR 2001, 443 [445] = WRP 2001, 534 ? Viennetta; GRUR 2009, 1069 [Rn. 15] = WRP 2009, 1374 ? Knoblauchwürste). Jedenfalls kann der Senat keine sachliche Rechtfertigung für das Unterfangen der Beklagten erkennen, die Aufmachung ihres Produkts "Atemgold" gerade auch in ihrer konkreten Ausgestaltung in einem solchen Maße an die der klägerischen Produkte anzunähern, dass sie an der vom Verkehr den "Hustenbonbons in der blauen Verpackung mit dem Eisbären" entgegengebrachten Wertschätzung und den damit verbundenen, in der konkreten Aufmachung auf besonders originelle, wettbewerblich eigenartige Weise zum Ausdruck kommenden Gütevorstellungen ebenfalls teilzuhaben vermag. Die hohe wettbewerbliche Eigenart und die erhebliche Ähnlichkeit müssen in diesem Fall vielmehr dazu führen, bereits ein insgesamt noch nicht die Verwechslungsschwelle überschreitendes Verhalten als unangemessen und damit als unlauter anzusehen. Dies gilt umso mehr, als die 2007 verbotene Produktausstattung (Anlage K 53 Mitte) deutlich macht, dass die Beklagte bereits früher die unzulässige Annäherung an die Aufmachung des Klägerproduktes gesucht hat.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Das Urteil betrifft tatrichterlich zu klärende Fragen der Rechtsanwendung im Einzelfall, so dass eine Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO nicht veranlasst war.

(Unterschriften)