
Datum: 19.03.1999
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 68/96
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1999:0319.6U68.96.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 280/95

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 6. Februar 1996 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 31 O 280/95 - teilweise wie folgt abgeändert: Die Widerklage wird abgewiesen. Von den Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen werden der Klägerin 5/6, der Beklagten 1/6 auferlegt. Das Urteil ist voläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 50.000,00 DM abwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in derselben Höhe leistet. Die Beklagte darf die Zwangsvollstreckung der Klägerin gegen Leistung einer Sicherheit in Höhe von 12.000,00 DM abwenden, wenn nicht die Klägerin vorher Sicherheit in dieser Höhe erbringt. Der Beklagten wird nachgelassen, die von ihr zu stellenden Sicherheiten in Form der unbedingten, unbefristeten, unwiderruflichen, selbstschuldnerischen schriftlichen Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse zu leisten. Der Wert der mit diesem Urteil für die Klägerin verbundenen Beschwerde wird auf 500.000,00 DM festgesetzt; die Beschwerde der Beklagten beträgt 100.000,00 DM

Tatbestand

Die Klägerin vertreibt P.-Schreibgeräte, darunter solche der dem hochpreisigen Produktsegment zuzuordnenden Modellreihe "Duofold", der u. a. die als Anlagen BK 2 und BK 3 zu den Akten gereichten Kugelschreiber angehören. Das Design dieser Kugelschreiber geht auf einen angeblich im Jahr 1924 vom Gründer der Fa. P. Pen Company(USA), Herrn G.

1

2

S. P., entworfenen Drehbleistift zurück. Letzterer ergänzte wiederum ein bereits ab 1921 ebenfalls unter der Bezeichnung "Duofold" durch die P. Pen Company (USA) in den Verkehr gebrachtes Programm von Füllhaltern. Zu Gunsten des Herrn G. S. P. wurde unter dem Datum des 13. Juli 1926 das aus der Anlage BK 5/BK 5a ersichtliche, am 4. Mai 1924 zur Registrierung angemeldete "Design for a pencil" eingetragen.

Anlässlich des einhundertjährigen Jubiläums der Firma P. im Jahre 1987 wurde das Design der in den zwanziger Jahren dieses Jahrhunderts vertriebenen "Duofold"-Modellreihe, bezüglich deren Einzelheiten beispielhaft auf die Anlagen K 1a und K 2 zur Klageschrift verwiesen wird, aufgegriffen und ab 1990 der in den Ausführungen gemäß Anlagen BK 2 und BK 3 vorgelegte Kugelschreiber ebenfalls unter der Bezeichnung "Duofold" auf den Markt gebracht. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten der seither in dem "aktuellen" Duofold-Programm angebotenen Schreibgeräte wird auf den Prospekt gemäß Anlagen B 10 (Hülle Bl. 135 d.A.) und BK 1 Bezug genommen. 3

Die später in G.S. Benelux B.V. umfirmierte P. Pen B.V., ein konzernzugehöriges Schwesterunternehmen der Klägerin, hinterlegte mit Priorität zum 6. Juli 1989 das aus der Anlage K 9 (Bl. 153-155 d.A.) ersichtliche internationale, auch für Deutschland registrierte Geschmacksmuster DM 015 534 u.a. für einen Kugelschreiber. 4

Zu Gunsten der ebenfalls konzernverbundenen P. Pen Products/Middelsex (GB), der Herstellerin der aktuellen Duofold Schreibgeräte, wurde darüber hinaus mit Priorität zum 23.01.1997 die auf Bl. 587 d.A. (= Anlage BK 32) wiedergegebene dreidimensionale Marke 397 02 632 u.a. für Schreib-, Zeichen- und Markierungsgeräte eingetragen. 5

Die Beklagte, ein vor allem im Bereich der Produktion von Bleistiften traditionreiches Unternehmen, befaßt sich ebenfalls mit der Herstellung und dem Vertrieb von Kugelschreibern und Füllern. Zu ihrem Programm gehören die in dem Katalog gemäß Anlage K 6 zur Klageschrift (dort S. 11/12) wiedergegebenen Schreibgeräte einschließlich der im Original als Anlagen BK 4a und BK 4b zu den Akten gereichten Kugelschreiber. Hinsichtlich der näheren Einzelheiten des von der Beklagten in der Produktserie, deren Bestandteil die erwähnten Kugelschreiber sind, angebotenen Programms von Schreibgeräten wird auf die im Termin am 25. Juni 1997 überreichten Originalsätze Bezug genommen. Die vorbezeichneten Kugelschreiber sind Gegenstand der im vorliegenden Verfahren von der Klägerin in erster Instanz unter Aspekten sowohl des Geschmacksmusterrechts als auch des ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutzes vorgebrachten Beanstandungen. In der Berufung stützt die Klägerin, die Unterlassung des Angebots und Vertriebs der erwähnten Kugelschreiber sowie Auskunft und ferner die Feststellung, daß die Beklagte ihr zum Schadensersatz verpflichtet sei, verlangt, ihre gegenüber den Produkten der Beklagten vorgebrachten Beanstandungen zusätzlich noch auf urheberrechtliche und markenrechtliche Gesichtspunkte. 6

Das Design ihrer Kugelschreiber, so hat die Klägerin zur Begründung dieser Klagebegehren geltend gemacht, sei unverwechselbar, charakteristisch und einzigartig. Die wichtigsten Markenhersteller im Bereich hochwertiger Schreibgeräte böten kein Produkt an, das auch nur andeutungsweise mit ihrem, der Klägerin, Erzeugnis vergleichbar sei. Die von der Beklagten in ihrem Katalog angebotenen Kugelschreiber stimmten sowohl vom Gesamteindruck her als auch in den einzelnen Merkmalen nahezu identisch mit den Duofold-Kugelschreibern überein, sehe man von dem zu vernachlässigenden Umstand ab, daß bei dem Produkt der Beklagten im abschließenden Teil des Clips nicht der typische "P.-Pfeil" benutzt werde. Das Oberteil sei bei beiden Produkten in gleicher Weise charakteristisch durch die nach außen geformte Kappe gestaltet. Clip, Zierring und Spitze seien durch die Farbgebung gegenüber den 7

übrigen Teilen des Kugelschreibers hervorgehoben. Auch die für den Duofold-Kugelschreiber typische Proportion von Spitze zu Schaft zu Kappe habe die Beklagte für ihre Produkte übernommen.

Vor diesem Hintergrund, so hat die Klägerin unter Bezugnahme auf eine Ermächtigung der G.S. Benelux B.V. (Bl. 246 d.A.) geltend gemacht, verletzten die angegriffenen Kugelschreiber der Beklagten das zu Gunsten der G.S. Benelux B.V. hinterlegte Geschmacksmuster, dessen Neuheit es nicht entgegenstehe, daß die "geschützte Form" bereits zwischen 1924 und 1938 in den USA Verwendung gefunden habe. Denn dieses historische Vorbild, dessen Herstellung zu Beginn des 2. Weltkriegs eingestellt worden sei, sei bei der Musteranmeldung bereits in Vergessenheit gewesen. Lediglich der für die Beurteilung der Neuheit des Geschmacksmusters indessen unmaßgeblichen Sammler - und Interessentenszene antiker Schreibgeräte sei das Design der ursprünglichen P. Duofold Schreibgeräte, das in einschlägige Publikationen aufgenommen worden sei, noch bekannt gewesen. Die Kugelschreiber der beklagten griffen dabei auch alle, von der Klägerin im einzelnen dargelegten, ihrer Ansicht nach die Eigentümlichkeit des hinterlegten Musters begründenden Gestaltungsmerkmale auf. Die vorhandenen Abweichungen in der Gestaltung beträfen dabei nur Details, die für den Gesamteindruck von nur untergeordneter Bedeutung seien. 8

Jedenfalls aber, so hat die Klägerin weiter ausgeführt, bestehe bei dieser Sachlage die konkrete Gefahr, daß ein nicht unerheblicher Teil der Verbraucher aufgrund des Angebots der Kugelschreiber zu der Annahme gelange, die Produkte der Beklagten stammten ebenfalls aus der die Duofold-Schreibgeräte auf den Markt bringenden Herkunftsstätte. Gerade die farblichen Unterschiede der sich gegenüberstehenden Erzeugnisse würden die Verbraucher zu der Annahme verleiten, es handele sich um Weiterentwicklungen oder um Teile der Duofold-Serie. Die Unlauterkeit der Vorgehensweise der Beklagten sei dabei auch besonders darin zu sehen, daß sie ihre "Nachahmungen" relativ kurze Zeit nach der erfolgreichen Markteinführung des Duofold-Schreibgeräts angeboten habe. Zugleich offenbare dieser Umstand das Bemühen der Beklagten, sich an das Image und den guten Ruf der Duofold-Produkte anzuhängen. Sie, die Klägerin, sei dabei als mit dem ausschließlichen Vertrieb der Produkte in Deutschland befaßtes konzernverbundenes Unternehmen der Herstellerin der Duofold-Schreibgeräte auch befugt und aktivlegitimiert, die aus § 1 UWG folgenden Ansprüche gegen die Beklagte geltend zu machen. 9

Die Klägerin hat beantragt, 10

1. die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung eines 11

für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden 12

Ordnungsgeldes bis zu 500.000.- DM, ersatzweise 13

Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zur Dauer von 14

6 Monaten, zu vollstrecken an ihren Geschäftsführern, 15

zu unterlassen, 16

Schreibgeräte wie nachfolgend - in schwarz/weiß 17

Fotokopie - wiedergegeben 18

19

| | |
|--|----|
| pp. | |
| anzubieten und/oder feilzuhalten. | 20 |
| 2. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, | 21 |
| ihr, der Klägerin, den Schaden zu ersetzen, der | 22 |
| ihr durch den Verkauf der unter Ziff. 1. näher | 23 |
| beschriebenen Schreibgeräte entstanden ist, | 24 |
| 3. die Beklagte ferner zu verurteilen, ihr, der | 25 |
| Klägerin, Auskunft zu erteilen sowie Rechnung zu | 26 |
| legen über den mit den unter Ziff 1. näher be- | 27 |
| zeichneten Schreibgeräten erzielten Umsatz, die | 28 |
| Kosten des Einkaufs bzw. der Herstellung, die für | 29 |
| den Vertrieb der Schreibgeräte aufgewendeten Werbe- | 30 |
| kosten sowie die Kosten des Vertriebs. | 31 |
| Die Beklagte hat beantragt, | 32 |
| die Klage abzuweisen. | 33 |
| Soweit die Klage sich auf das Geschmacksmuster stütze, könne das - so hat die Beklagte | 34 |
| vertreten - bereits deshalb keinen Erfolg haben, weil dem Muster die für die Schutzfähigkeit | |
| vorauszusetzende Neuheit fehle. Es handele sich bei der streitgegenständlichen | |
| Mustergestaltung um eine aus der Verwendung im Rahmen des historischen Duofold- | |
| Programms vorbekannte Form, die auch nicht etwa bei der Anmeldung des Musters bereits | |
| vergessen gewesen sei. Vor allem die klägerseits als ein besonderes Merkmal der | |
| Mustergestaltung genannte, nach oben verbreiterte Ausformung der Kappe sei bereits seit | |
| den zwanziger und dreißiger Jahren des Jahrhunderts üblich und im wettbewerblichen | |
| Umfeld durchgehend verwendet worden. Entsprechendes gelte für die übrigen | |
| Gestaltungselemente des Musters, aus denen die Klägerin insgesamt dessen angebliche | |
| Schutzfähigkeit herleiten wolle. Ihre, der Beklagten, Kugelschreiber stimmten schließlich | |
| weder in einzelnen Merkmalen, noch im Gesamteindruck mit dem Klagemuster überein, so | |
| daß sie sich jedenfalls nicht als dessen unerlaubte Nachbildung darstellten. Aus den weiter | |
| geltend gemachten Gesichtspunkten des ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutzes, | |
| so hat die Beklagte vertreten, ließen sich die Klagebegehren aber ebenfalls nicht herleiten. | |
| Ungeachtet der auch insoweit nicht ersichtlichen Aktivlegitimation der Klägerin gelte das | |
| bereits deshalb, weil die Klägerin den vor über 70 Jahren gestalteten Kugelschreiber seit | |
| Jahrzehnten vermarktet habe. Schon aus diesem Grund sei der klägerische Stift, dessen | |
| einzelne Merkmale im Verkehr so weit verbreitet seien, daß ihnen keine | |
| herkunftshinweisende Funktion mehr beigemessen werden könne, kein schutzfähiges | |
| Erzeugnis. Hinzu komme, daß der Verkehr bei den streitgegenständlichen Produkten, denen | |
| als schmuckstückartige Schreibgeräte der oberen Preisklasse durchaus ein Stellenwert als | |
| Statussymbole beizumessen sei, in besonderer Weise auf Details der Gestaltung achte. Dem | |

Duofold-Kugelschreiber komme im übrigen auch nur ein enger Schutzbereich zu, da er im wesentlichen allgemein übliche und von Mitbewerbern in gleicher oder ähnlicher Form benutzte Merkmale aufgreife, die als eine Wiederbelebung von Stilelementen der zwanziger und dreißiger Jahre dieses Jahrhunderts im Modetrend lägen. Erkennbar werde der Kugelschreiber der Klägerin letztlich nur aufgrund des typischen "P.-Clips" und der Kennzeichnung "P.". Gerade in diesen Punkten wichen jedoch ihre - der Beklagten - Kugelschreiber deutlich von den Duofold-Modellen ab. Eine Nachahmung und damit die Gefahr einer Herkunftstäuschung bestehe somit ebensowenig wie eine Rufausbeutung. Bei alledem, so hat die Beklagte weiter geltend gemacht, könne ihr aber jedenfalls kein Unlauterkeitsvorwurf gemacht werden. Denn die angegriffenen Kugelschreiber seien Bestandteil einer Serie von Schreibgeräten, die eine besondere Tradition des Hauses F.-C. bei Holzgefaßten Stiften, insbesondere Bleistiften, fortsetzten. Der streitgegenständliche Kugelschreiber sei dabei auch ein direkter Nachfolger des als Anlage B 5 vorgelegten F.-C.-Stiftes aus den dreißiger Jahren und beruhe auf dem eigenständigen und preisgekrönten Musterentwurf eines von ihr, der Beklagten, eigens eingeschalteten Designers. Im übrigen habe sie durch die Kennzeichnung ihrer Stifte mit "G. F. C." und die Verwendung des "F.-C.-typischen" Clips das Erforderliche und Zumutbare getan, um die Gefahr einer Herkunftstäuschung und erst recht diejenige einer Rufausbeutung zu vermeiden.

Soweit die Klägerin sich nach alledem zu Unrecht eines geschmacksmusterrechtlichen Anspruches berühme, sei dafür - so hat die Beklagte schließlich geltend gemacht - die Feststellung der Schutzunfähigkeit des Musters vorgreiflich, weshalb ihrer Ansicht nach die Voraussetzungen eines entsprechenden Feststellungsbegehrens vorliegen. Im Ergebnis gleiches gelte für den Fall, daß die Entscheidung des Gerichts ausschließlich auf § 1 UWG gestützt werden sollte, da sie - die Beklagte - dann ein berechtigtes Interesse i.S. von § 256 Abs. 1 ZPO daran habe, die Schutzunfähigkeit des Musters feststellen zu lassen. 35

Die Beklagte hat widerklagend beantragt, 36

festzustellen, daß das Geschmacksmuster DM/015 534 37

bezüglich der Abbildungen 1.1, 1.2, 1.3. sowie 3.1, 38

3.2. und 3.3 am Tag der für die Anmeldung beanspruchten 39

Priorität, nämlich am 06.07.1989, in der Bundesrepublik 40

Deutschland nicht schutzfähig war. 41

Die Klägerin hat beantragt, 42

die Widerklage abzuweisen. 43

Die Klägerin hält die Widerklage bereits für unzulässig. Jedenfalls aber sei sie unbegründet, da das hinterlegte Geschmacksmuster aus den bereits dargelegten Gründen neu und eigentümlich, mithin schutzfähig sei. 44

Mit Urteil vom 06.02.1996, auf welches zur näheren Sachdarstellung Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Ansprüche der Klägerin aus dem Geschmacksmuster, so hat das Landgericht zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, scheiterten an der mangelnden Neuheit dieses Musters. Der Stift sei eine Replik des vorbekannten P.-Duofold, dem er - bis auf die Clip-Spange - unstreitig entspreche. In den einschlägigen inländischen Fachkreisen sei dieses 45

gestalterische Vorbild des bis zum Beginn des 2. Weltkriegs vertriebenen P.-Duofold-Modells auch nicht in Vergessenheit geraten, wie aus der im Streitfall vorgelegten Fachliteratur (Anlagen B 1, Bl. 84 ff d.A.) hervorgehe. Auf § 1 UWG könne die Klägerin die Klageansprüche ebenfalls nicht stützen, weil das Verhalten der Beklagten jedenfalls nicht als unlauter einzuordnen sei. Die streitgegenständlichen Kugelschreiber der Parteien wiesen deutliche Gestaltungsunterschiede auf, welche den angegriffenen Schreibgeräten der Beklagten einen erheblichen Abstand von den vergleichbaren Duofold-Exemplaren der Klägerin verschafften. Vor diesem Hintergrund könne allenfalls im Hinblick auf die Grundform der Stiftkappe die Gefahr von Verwechslungen in Erwägung gezogen werden, was aber angesichts des Umstandes, daß es sich hierbei um ein bei zahlreichen Stiften des wettbewerblichen Umfelds wiederbelebtes und auf dem Markt gebräuchliches Gestaltungselement handele, lediglich - wenn überhaupt - eine gewisse Restverwechslungsgefahr zu begründen vermöge. In dieser Situation treffe die Beklagte jedenfalls kein Unlauterkeitsvorwurf, wenn sie - nicht anders als die Klägerin - einem Markttrend folge, indem sie an eigene, ältere Gestaltungsvorbilder anknüpfe.

Da dem Klagemuster, so hat das Landgericht weiter ausgeführt, aus den vorbezeichneten Gründen mangels Neuheit die Schutzfähigkeit abzusprechen sei, folge daraus zugleich die Begründetheit der Widerklage, deren Zulässigkeit das Landgericht aus § 256 Abs. 2 ZPO bejaht hat. 46

Gegen dieses, ihr am 04. März 1996 zugestellte Urteil richtet sich die am 03. April 1996 eingelegte Berufung der Klägerin, die sie mittels eines am 03. Juli 1996 - nach entsprechender Fristverlängerung - eingegangenen Schriftsatzes fristwährend begründet hat. 47

Das Landgericht, so macht die Klägerin unter Wiederholung und Vertiefung der bereits in erster Instanz zur Begründung der Klagebegehren im übrigen dargelegten Argumente geltend, habe die Schutzfähigkeit des Klagemusters zu Unrecht verneint. Denn der neue Duofold-Kugelschreiber folge zwar dem Design des "historischen" Duofold-Drehbleistifts aus dem Jahre 1924. Gleichwohl müsse die für die Schutzfähigkeit des Musters vorauszusetzende Neuheit bei Einbezug des Kenntnisstandes der inländischen Fachkreise angenommen werden. Hier sei auf den durchschnittlichen Schreibwarenhändler abzustellen, dem die ursprüngliche Duofold-Form aber nicht bekannt gewesen sei. Zu berücksichtigen sei ferner, daß ausländische Vorveröffentlichungen nur dann als "neuheitsschädlich" in die Beurteilung einfließen könnten, wenn diese zu dem Kulturkreis gehören, den inländische Fachkreise bei Mustergestaltungen in ihre Beobachtungen einbeziehen. Das aber sie bei vor dem 2. Weltkrieg in den USA in den Verkehr gelangten Waren nicht der Fall. Das Landgericht habe ferner zu Unrecht außer Betracht gelassen, daß das vorliegende Design gegenüber dem ursprünglichen Duofold-Bleistift in erheblichem Umfang überarbeitet, in der Linienführung angepaßt und - durch die Entwicklung eines neuen Clips - in der optischen Wirkung verändert worden sei. Das Design des aktuellen Duofold-Kugelschreibers weise neue und eigentümliche Gestaltungselemente auf, die dem Schreibgerät ein individuelles und eigenartiges Gepräge verschafften. Im einzelnen zeichne sich die neue Gestaltung durch von der Klägerin näher dargelegte und erläuterte charakteristische Merkmale betreffend die Proportionierung der "Elemente Kappe:Schaft:Spitze" sowie das Erscheinungsbild des Schaftes und der Kappe, die Positionierung des Clips, die Spitze und die Farbgebung aus, die auch den Schutzbereich des Klagemusters definierten. Die von der Beklagten angebotenen Kugelschreiber seien vom Gesamteindruck her mit den Duofold-Kugelschreibern nahezu identisch. Die Kappe sei bei den beklagtenseits angebotenen Kugelschreibern wie beim Duofold nach außen geformt. Kappe, Zierring und Spitze seien bei beiden Stiften durch die Farbgebung gegenüber den übrigen Teilen hervorgehoben. Auch die 48

Proportionen "Kappe:Spitze:Schaft" stimmten bei den Modellen der Beklagten mit denen des P.-Duofolds überein, wobei im Hinblick auf die Gestaltung der Spitze des Duofold-Kugelschreibers der gesamte konisch zulaufende Bereich ab den Zierringen zu berücksichtigen sei. Vor diesem Hintergrund könne sie, die Klägerin, die Klagebegehren daher nicht nur - wie bereits in erster Instanz geltend gemacht - auf geschmacksmusterrechtliche Aspekte und auf § 1 UWG unter den Gesichtspunkten der vermeidbaren Herkunftstäuschung und der unlauteren Anlehnung stützen. Angesichts der besonderen künstlerischen Gestaltung des P.-Duofolds erwiesen sich die Klagebegehren darüber hinaus auch aus § 97 UrhG als berechtigt. Sie, die Klägerin, sei dabei auch nach im einzelnen dargestellten Rechtsübetragungsakten und Ermächtigungen konzernzugehöriger Gesellschaften zur Geltendmachung der an dem von G. S. P. geschaffenen Duofold-Drehbleistift bestehenden Urheberrechte aktivlegitimiert. Dieser Duofold-Drehbleistift stelle ein gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG schutzfähiges Werk der angewandten Kunst dar. Dieses genieße in Deutschland noch Urheberschutz, da seit dem Tod des Urhebers G. S. P. am 19.07.1937 die im Streitfall zugrundezulegende 70-jährige Schutzfrist noch nicht abgelaufen sei. Aufgrund der Übereinstimmungen mit dem ursprünglichen Duofold-Bleistift stellten sich die Herstellung und der Vertrieb der angegriffenen Kugelschreiber der Beklagten auch als eine Verletzung des in bezug auf den historischen Duofold-Drehbleistift bestehenden urheberrechtlichen Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechts dar. Hilfsweise stützt die Klägerin die Klageansprüche auch auf die ihrer Ansicht nach anzunehmende Verletzung der eingangs erwähnten dreidimensionalen Marke, wobei sie zur Geltendmachung der Rechte aus der Markeneintragung von der Markeninhaberin ermächtigt worden sei. Die Kappe der angegriffenen Kugelschreiber der Beklagten stimme mit der als dreidimensionale Marke geschützten Kappe verwechslungsfähig überein.

Zu Unrecht habe das Landgericht schließlich auch der Widerklage stattgegeben, da nach den obigen Ausführungen von der Schutzfähigkeit des Musters, dem u.a. durch den speziell für die Duofold-Serie neu gestalteten Clip ein verändertes Design zugrundeliege, auszugehen sei. 49

Die Klägerin beantragt, 50

1. die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung eines 51

für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden 52

Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 500.000.- DM, ersatz- 53

weise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungs- 54

haft bis zur Dauer von sechs Monaten, zu vollstrecken 55

an ihren Geschäftsführern, zu unterlassen, 56

Kugelschreiber wie nachfolgend - in schwarz-weiß 57

Fotokopie mit den Ziff. 1 und 2 gekennzeichnet - 58

wiedergegeben 59

anzubieten und/oder zu vertreiben, 60

2. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, 61

| | |
|---|----|
| ihr, der Klägerin, den Schaden zu ersetzen, der ihr | 62 |
| durch den Verkauf der unter Ziff. 1 des Antrags | 63 |
| näher beschriebenen Schreibgeräte entstanden ist, | 64 |
| 3. die Beklagte zu verurteilen, ihr, der Klägerin, | 65 |
| Auskunft zu erteilen sowie Rechnung zu legen über | 66 |
| den mit den unter Ziff. 1 des Antrags näher be- | 67 |
| zeichneten Schreibgeräten erzielten Umsatz, die | 68 |
| Kosten des Einkaufs bzw. der Herstellung, die für | 69 |
| der Vertrieb der Schreibgeräte aufgewandten Werbe- | 70 |
| kosten sowie die Kosten des Vertriebs, | 71 |
| 4. die Widerklage abzuweisen. | 72 |
| Die Beklagte beantragt, | 73 |
| die Berufung zurückzuweisen, | 74 |
| hilfsweise, | 75 |
| ihr, der Beklagten, Vollstreckungsschutz gemäß | 76 |
| § 712 ZPO zu gewähren. | 77 |
| Soweit die Klägerin die mit der Klage verfolgten Ansprüche in der Berufung ergänzend auch | 78 |
| auf urheberrechtliche und markenrechtliche Ansprüche stützt, stimmt die Beklagte der hierin | |
| gesehenen Klagehäufung i.S. von § 263 ZPO zwar zu. In der Sache stünden der Klägerin, | |
| deren Aktivlegitimation die Beklagte ebenso wie die Berechtigung zur Geltendmachung der | |
| mit der Berufung weiterverfolgten Ansprüche nach dem GeschmacksmusterG (mit Ausnahme | |
| des geschmacksmusterrechtlichen Unterlassungsanspruchs) und aus § 1 UWG jedoch auch | |
| insoweit in Abrede stellt, derartige urheber- und markenrechtliche Ansprüche allerdings nicht | |
| zu. Ein etwaiges Urheberrecht an dem angeblich von Herrn G. S. P. geschaffenen Duofold- | |
| Drehbleistift sei zwischenzeitlich jedenfalls wegen des Verstreichens der hier maßgeblichen | |
| Schutzfrist von nur 50 Jahren erloschen. Nur hilfsweise sei daher noch einzuwenden, daß es | |
| sich bei dem P.-Duofold-Drehbleistift aus dem Jahre 1924/1925 auch nicht um ein | |
| urheberschutzfähiges Werk handle. Denn angesichts zahlreicher, bereits zum damaligen | |
| Zeitpunkt vorbestehender nämlicher Gestaltungsformen fehle dem "historischen" Duofold- | |
| Drehbleistift die für den Urheberschutz notwendige eigenschöpferische Gestaltungshöhe. | |
| Gleiches müsse im Ergebnis hinsichtlich des klägerseits beanspruchten | |
| Geschmacksmusterschutzes gelten. Das Muster, so bringt die Beklagte unter Wiederholung | |
| und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags im übrigen vor, erschöpfe sich letztlich in einer | |
| Replik des Duofold-Drehbleistifts aus dem Jahre 1924/1925, woran auch die gegenüber | |
| diesem historischen Vorstück abweichende Gestaltung des Clips nichts ändere. Darüber | |
| hinaus sei der Duofold-Drehbleistift in zahlreichen Veröffentlichungen immer wieder | |
| abgebildet und beschrieben worden, so daß mit Recht die für die Schutzfähigkeit des Musters | |
| vorauszusetzende Neuheit durch das Landgericht verneint worden sei. Auch ein Verstoß | |

gegen § 1 UWG könne ihr - der Beklagten - nicht angelastet werden. Der wettbewerbliche Unlauterkeitsvorwurf greife schon deshalb nicht, weil es sich bei ihren, der Beklagten, Kugelschreibern nicht um Nachbildungen, erst Recht aber nicht um "nahezu identische" Nachahmungen der Klagemodelle handele. Liege aber keine Nachbildung vor, so könne ihr, der Beklagten, eine Herkunftstäuschung nicht vorgeworfen werden. Zu berücksichtigen sie dabei vor allem auch, daß es sich bei den hier betroffenen Kugelschreibern nicht um Dutzendware, sondern um hochpreisige Artikel handele, die der Verbraucher einer aufmerksamen Betrachtung unterziehe, bei der er alle und ggf. auch nur feine Unterschiede der Gestaltungsform würdige. Der Verkehr habe sich aufgrund einer Vielzahl von ähnliche Gestaltungsmerkmale aufweisenden Konkurrenzprodukten des wettbewerblichen Umfelds auch daran gewöhnt, genauer hinzusehen. Jedenfalls könne ihr, der Beklagten, deren Kugelschreiber einen erheblichen Gestaltungs- und Kennzeichnungsabstand von den Duofold-Modellen aufwiesen, und die mit den angegriffenen Kugelschreibern an eine eigene Unternehmenstradition anknüpfe, vor diesem Hintergrund kein Unlauterkeitsvorwurf gemacht werden. Was schließlich den aus der Marke beanspruchten Schutz angehe, scheiterten etwaige Ansprüche bereits daran, daß aufgrund der unterschiedlichen Gestaltung der Kappen ihrer Stifte keine Verwechslungsgefahr bestehe. Im übrigen stelle aber die Verwendung einer geschützten dreidimensionalen Marke als Ware selbst keine Benutzung der Marke i.S. der Verletzungstatbestände des § 14 Abs. 2 und Abs. 3 MarkenG dar.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten im Vorbringen der Parteien wird auf die in beiden Instanzen zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze jeweils nebst Anlagen sowie die gemäß den Protokollen über die mündliche Verhandlung vor dem Senat abgegebenen Erklärungen Bezug genommen. 79

E n t s c h e i d u n g s r ü n d e: 80

Die in formeller Hinsicht bedenkenfreie Berufung ist zwar insgesamt zulässig. In der Sache hat das Rechtsmittel der Klägerin jedoch nur in dem aus der Urteilsformel ersichtlichen Umfang teilweise Erfolg. 81

A. 82

Zu Recht hat das Landgericht die Klage, welche die Klägerin in der Berufung zulässigerweise gemäß § 263 ZPO analog im Wege der objektiven Klagehäufung auch auf urheberrechtliche und markenrechtliche Ansprüche ausgedehnt hat (vgl. Zöller-Greger, ZPO, 21. Auflage, Rdn. 3 zu § 260 ZPO), abgewiesen. Der Klägerin stehen die damit geltend gemachten Klagebegehren unter keinem von ihr vorgebrachten oder nach dem sonstigen Sachverhalt in Betracht zu ziehenden rechtlichen Gesichtspunkt zu. 83

I. Soweit die Klägerin die Klagebegehren aus der angeblichen Verletzung des von der G.S. Benelux B.V. innegehaltenen internationalen Geschmacksmusters DM/01534 herleiten will, vermag ihr das nicht zum Erfolg zu verhelfen. 84

Dabei kann es offenbleiben, inwiefern die Klägerin über die bereits in erster Instanz unstreitig gewordene Berechtigung zur Geltendmachung eines auf die etwaige Verletzung des Geschmacksmusters gestützten Unterlassungsanspruchs hinaus auch in bezug auf die weiter geforderte Auskunft sowie das Schadensersatzfeststellungsbegehren aus dem Geschmacksmuster aktivlegitimiert ist. Das ist hier deshalb nicht von streitentscheidender Bedeutung, weil bereits die im übrigen zu fordernden materiellen Voraussetzungen der geschmacksmusterrechtlichen Anspruchsgrundlagen (§ 14a GeschMG i.V. mit den §§ 1, 5 GeschMG) nicht gegeben sind. Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht dem 85

streitgegenständlichen Muster mangels Neuheit die Schutzfähigkeit abgesprochen, so daß die Klage - soweit die Klägerin sie auf das vorbezeichnete Geschmacksmuster gründet - jedenfalls hieran scheitert.

Gemäß § 1 Abs. 2 GeschMG kommt Schutzfähigkeit nach dem Geschmacksmustergesetz nur solchen Mustern zu, die neu und eigentümlich sind. Neu ist ein Muster, wenn die seine Eigentümlichkeit begründenden Gestaltungselemente im Anmeldezeitpunkt den inländischen Fachkreisen, zu denen namentlich die berufsmäßigen Mustergestalter gehören, weder bekannt sind, noch bei zumutbarer Beachtung der auf den einschlägigen benachbarten Gewerbegebieten vorhandenen Gestaltungen bekannt sein konnten (vgl. BGH GRUR 1969, 90/94 f -"Rüschenhaube"-; Eichmann/v. Falckenstein, Geschmacksmustergesetz, Rdn. 14 zu § 1 m.w.N.). Die Neuheit des

86
Musters wird dabei nach § 13 GeschMG zwar vermutet mit der Folge, daß die beklagte Partei substantiiert Tatsachen darzulegen und ggf. zu beweisen hat, um die (vermutete) Neuheit des Musters zu widerlegen (vgl. BGH a.a.O., -"Rüschenhaube"-; BGH GRUR 1962, 144/145 -"Buntstreifensatin I"-; Eichmann/v. Falckenstein, a.a.O., Rdn. 5 zu § 13). Eben das ist der Beklagten im Streitfall aber gelungen.

88
Denn der Blick in einschlägige, sich u.a. mit dem Aussehen von Schreibgeräten befassende Fachpublikationen belegt, daß die das streitgegenständliche Klagemuster DM/01534 (Nr. 1.1., 1.2., 1.3. und 3.1., 3.2., 3.3.) nach dem Vortrag der Klägerin ästhetisch prägenden, eigentümlichen Gestaltungselemente sowohl für sich genommen als auch - was für die hier vorzunehmende Beurteilung maßgeblich ist - in ihrer die Gesamtwirkung des Musters ergebenden Zusammenstellung bereits im Zeitpunkt der Musteranmeldung am 06. Juli 1989 nach den genannten Maßstäben vorbekannt, daher nicht mehr "neu" gewesen sind.

89
Nach der klägerseits vorgetragene "Merkmalsanalyse" (Bl. 145 d.A.) soll die Eigentümlichkeit des Klagemusters zum einen in der Proportionierung der Elemente "Kappe:Schaft:Spitze", in der im wesentlichen zylindrisch ausgestalteten, dem Durchmesser des Schaftes äquivalenten Kappe, die einen nach außen geformten, wulstartigen geraden Kappenabschluß zeige, sowie in der Positionierung des Clips im Abschlußbereich der Kappe zum Schaft des Stiftes hin begründet sein. Die ästhetische Gesamtwirkung bzw. Eigentümlichkeit des Musters mitbestimmend sei zum anderen ferner der vollkommen zylindrische Schaft ohne weitere Unterteilungen sowie die gleichmäßig konisch zulaufende Spitze und die im Verhältnis zum Schaft gesehen kontrastartige einheitliche Farbgebung von Kappe, Clip und Spitze. Diese, nach der Behauptung der Klägerin die Eigentümlichkeit des hinterlegten Musters begündenden Merkmale finden sich indessen nicht nur jeweils als solche, sondern auch gerade in der aus dem Muster ersichtlichen Kombination bereits in dem in den zwanziger Jahren des Jahrhunderts geschaffenen und weltweit vertriebenen P.-Duofold-Drehbleistift wieder, wie er in einschlägigen Fachveröffentlichungen beschrieben und abgebildet ist: Der historische Duofold-Drehbleistift, dessen Design auch nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin - in allerdings streitigem Ausmaß - "Vorbild" des hier in Rede stehenden Musters gewesen sei, ist in den unstrittig bereits im Zeitpunkt der Musteranmeldung veröffentlichten und in Deutschland erhältlichen, jeweils von Stuart Schneider und G. Fischler herausgegebenen Publikationen "Antique Writing Instruments" - dort auf den Seiten 67 und 70 - sowie "The Book of Fountain Pens and Pencils" - dort S. 213 - abgebildet. Diese Veröffentlichungen bzw. die darin enthaltenen Abbildungen des historischen Duofold-Drehbleistifts stehen aber der Neuheit des hier zu beurteilenden Geschmacksmusters entgegen.

Dem widerspricht es von vornherein nicht, daß sich die erwähnten Veröffentlichungen unmittelbar nur an den verhältnismäßig begrenzten Interessentenkreis der Sammler und Händler "antiker" Schreibgeräten wenden. Bei den in die hier maßgeblichen Fachkreise einzubeziehenden berufsmäßigen Mustergestaltern und Herstellern, von denen ein Überblick über den vorbekannten Formenschatz erwartet werden kann, ist davon auszugehen, daß sie sich über die diversen, auch historisch "vorformulierten" Gestaltungsmöglichkeiten der von ihnen zu schaffenden Schreibgeräte informieren und dabei u.a. auch ausländische Fachveröffentlichungen heranziehen. In diesen wären sie aber zwanglos auf das hier in Rede stehende historische Vorbild des Duofold-Drehbleistifts gestoßen, das aus den nachfolgend näher erläuterten Gründen von seinem Gesamteindruck her eben demjenigen des Klagemusters entspricht. Der Neuheitsschädlichkeit des historischen Duofold-Drehbleistifts steht es weiter ebenfalls nicht entgegen, daß es sich hierbei um ein auf dem US-amerikanischen Markt geschaffenes und vertriebenes Modell gehandelt hat. Unabhängig davon, daß die die Abbildungen des historischen Duofold-Drehbleistifts enthaltenden Publikationen im Zeitpunkt der Musteranmeldung in Deutschland ohne weiteres zugänglich waren und der erwähnte Stift nach der Behauptung der Klägerin überdies bis zum 2. Weltkrieg - wie u.a. aus der in den Produkttrainingsunterlagen der Klägerin (Bl. 500 d.A.) abgebildeten Werbeanzeige der P.-Niederlassung in Berlin hervorgeht - auch in Deutschland angeboten wurde, zählen die USA grundsätzlich zu dem Kulturkreis, von dem erwartet werden kann, daß ihn inländische Fachkreise bei der Mustergestaltung in ihre Beobachtungen einbeziehen. Das gilt insbesondere für den hier betroffenen Produktsektor der Schreibgeräte, da zahlreiche bekannte Hersteller von Schreibgeräten, wie - neben P. - beispielsweise Waterman und Sheaffer, in den USA ansässig sind, so daß es naheliegt, auch den US-amerikanischen Raum in den Überblick über den vorhandenen und vorbekannten Formenschatz zu integrieren.

Handelt es sich daher bei dem "historischen" Duofold-Drehbleistift um eine Form, die im Zeitpunkt der Anmeldung des Klagemusters nicht in Vergessenheit geraten war, steht sie der Neuheit dieses Musters im Streitfall entgegen. Denn auch wenn das Klagemuster nicht in allen Details der Gestaltung mit dem historischen Duofold übereinstimmt bzw. dessen "natur- und maßstabsgetreue" Replik darstellt, hebt es sich in seinem durch das Zusammenwirken der eigentümlichen Gestaltungselemente hervorgerufenen ästhetischen Gesamteindruck doch nicht so erheblich von ihm ab, daß es demgegenüber als eine eigenständige "neue" Form anzusehen ist.

91

Der Blick auf die in den vorbezeichneten Publikationen enthaltenen Abbildungen des Duofold-Drehbleistifts aus den zwanziger Jahren des Jahrhunderts (vgl. vor allem S. 213 in "The Book of Fountain Pens and Pencils" sowie S. 70 in "Antique Writing Instruments") belegt, daß dieser mit Ausnahme einzelner Abweichungen bei der Gestaltung des im unteren Bereich des Schaftes zur Spitze hin angebrachten "Doppelrings" sowie bei der Gestaltung der Clip-Spange in allen sonstigen, nach dem Vortrag der Klägerin die Eigentümlichkeit des Musters begründenden Merkmalen weitgehend identisch geformt ist. Ungeachtet der Frage, inwiefern es sich bei diesen abweichenden Gestaltungselementen für sich genommen überhaupt um solche handelt, die über das Durchschnittskönnen eines mit der Kenntnis des betreffenden Fachgebiets ausgerüsteten Mustergestalters hinausgehen, und die daher geeignet sind, die Eigentümlichkeit des Musters mitzubestimmen, verschaffen jedenfalls allein diese abweichenden Merkmale dem Klagemuster keinen derart erheblichen Abstand zu dem - vorbekannten - historischen Duofold-Drehbleistift, daß es von seiner ästhetischen Gesamtwirkung her demgegenüber als neue Gestaltungsmöglichkeit und Form einzuordnen wäre. Denn der vorbeschriebene "Doppelring" des Klagemusters greift mit der im Ergebnis gleichen optischen Wirkung, nämlich der Verkürzung des Stiftschaftes und einer damit

92

erzielten stabilen, gedungen Anmutung, den beim historischen Duofold-Drehbleistift im Bereich zwischen Schaft und Spitze angebrachten, in schwarzer Farbe gehaltenen Ring auf, der mit einem weiteren Metallring in Form einer Rille im Bereich der Spitze des Stifts unterlegt ist. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Gestaltung der Clip-Spange. Der obere Teil der Clip-Spange weist beim Klagemuster und bei dem historischen Duofold die identische, sich pfeilartig nach unter verjüngende Kontur auf; die Clipspange selbst ist im übrigen sowohl bei dem Klagemuster als auch beim historischen Drehbleistift gleichermaßen an einem Ring im Bereich zwischen dem unteren Abschluß der Kappe des Stifts und dessen Schaft angebracht. Lediglich die Oberfläche der Clipspange sowie der "Cliptropfen" sind unterschiedlich gestaltet: Während der Pfeil bei dem historischen Duofold-Drehbleistift in einer Kugel endet, ist dieses Gestaltungsdetail beim Clip des Klagemusters in die Form eines aus einer Kugel gezogenen Tropfens gegossen. In seinem konkreten Erscheinungsbild weist der genannte Tropfen jedoch eine derart "runde" Form auf, daß er in der optischen Wirkung einer Kugel sehr nahe kommt. Was die Gestaltung der Oberfläche der Clip-Spange angeht, so findet sich bei derjenigen des Klagemusters anders als beim Duofold-Drehbleistift zwar ein nach unten, zur Stiftspitze hin weisender, eingravierter gefiederter Pfeil. Die beschriebenen abweichenden Gestaltungsdetails bleiben jedoch in bezug auf das von den Gestaltungsformen vermittelte optische Gesamtbild nur marginal. Sie sind weder für die isolierten Gestaltungselemente des Clips oder des Schaftes, noch erst Recht für den ästhetischen Gesamteindruck des Klagemusters von derart gravierendem Gewicht, daß dessen optischer Gesamteindruck sich dadurch erheblich von dem diese einzelnen Gestaltungselemente nicht oder in anderer Form aufweisenden historischen Duofold-Drehbleistift abhebt. In ihrer das ästhetische Gesamtbild dominierenden übereinstimmenden übrigen Gestaltung vermitteln vielmehr sowohl das Klagemuster als auch der Duofold-Drehbleistift gleichermaßen den Eindruck einer im oberen Bereich betonten, wuchtigen und massiven Stiftform, wobei die für diesen Eindruck bestimmenden Merkmale sowohl bei dem Muster als auch bei dem historischen Duofold-Drehbleistift gerade in der nämlichen Gestaltungsform ausgeprägt sind: Die Proportion der einzelnen Abschnitte des Stiftes, nämlich der Spitze, des Schaftes und der Kappe sowie auch die glatte, bis zum oberen Bereich der Kappe vollkommen zylindrische Form des Schaftes und schließlich die mittels eines Doppelwulstes bewirkte Verbreiterung der Stiftkappe im oberen Abschlußbereich finden sich nicht nur bei dem Klagemuster, sondern in der nämlichen Formgebung auch bereits bei dem historischen Vorbild. Das gilt vor allem auch im Hinblick auf die Gestaltung des Kappenabschlusses im oberen - verbreiterten - Bereich. Bei dem historischen Modell findet sich ebenso wie bei dem Muster unmittelbar unterhalb des flachen Kappendeckels ein nach außen gewölbter ringartiger Wulst, zu dem parallel eine weitere "Rille" verläuft, was die Anmutung eines "Doppelrings" bzw. "Doppelwulstes" ergibt. Im unteren, unmittelbar an den Schaft angrenzenden Bereich der Kappe ist wie beim Klagemuster ein weiterer Ring angebracht, unterhalb dessen eine zweite Linie verläuft. Auch der klägerseits als ein die Eigentümlichkeit des Musters begründendes Merkmal genannte konische Verlauf der Spitze des Stiftes ist bei dem historischen Vorbild in der nämlichen Art geformt. Gleiches gilt für die kontrastartige Farbgebung von Kappe, Clip und Spitze gegenüber dem Schaft des Stiftes, die sich bei beiden Modellen wiederfindet. All diese übereinstimmenden, die Eigentümlichkeit begründenden Merkmale prägen aber die Gesamtwirkung sowohl des Klagemusters als auch des historischen Duofold-Drehbleistifts in einem Maße, demgegenüber die vorhandenen Abweichungen in den Hintergrund treten. An der auf der Grundlage des ästhetischen Gesamteindrucks vorzunehmenden Beurteilung, daß das Muster mit dem vorbekannten historischen Duofold-Drehbleistift übereinstimmt, dieser daher neuheitsschädlich ist, vermögen die dargestellten Abweichungen infolgedessen nichts zu ändern. Damit ist zugleich die nach Maßgabe von § 13 GeschMG für die Neuheit des Klagemusters sprechende Vermutung im Streitfall widerlegt mit der Folge, daß sich die klägerseits geltend gemachten

Ansprüche mangels Schutzfähigkeit des Musters nicht aus geschmacksmusterrechtlichen Aspekten herleiten lassen.

II. Aber auch die im Hinblick auf den historischen Duofold-Drehbleistift geltend gemachten urheberrechtlichen Gesichtspunkte tragen die Klagebegehren nicht. 93

Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob es sich bei diesem Schreibgerät um ein urberschutzfähiges Werk der angewandten Kunst i. S. von § 2 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 UrhG handelt, und ob Herr G. S. P. tatsächlich dessen Urheber ist. Es bedarf weiter ebenfalls nicht der Entscheidung, ob im Hinblick auf die seit dem Tod des angeblichen Urhebers G. S. P. verstrichenen Frist überhaupt noch urheberrechtlicher Schutz für den Duofold-Drehbleistift im Inland beansprucht werden kann und ob schließlich die Klägerin berechtigt wäre, einen etwa noch bestehenden Urberschutz im Streitfall durchzusetzen. All diese Fragen können hier deshalb offenbleiben, weil jedenfalls auf Seiten der Beklagten die Voraussetzungen des geltend gemachten urheberrechtlichen Verletzungstatbestandes nicht vorliegen. Denn die angegriffenen Kugelschreiber der Beklagten verletzen das in bezug auf den historischen Duofold-Drehbleistift ggf. bestehende urheberrechtliche Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht (§§ 16, 17 UrhG) nicht. Es handelt sich bei den angegriffenen Kugelschreibern der Beklagten vielmehr um unter freier Benutzung vorbekannter einschlägiger Gestaltungsformen ihrerseits geschaffene eigenständige Gestaltungen. Folglich kann die Klägerin aus der hier als Anspruchsgrundlage allein in Betracht zu ziehenden Vorschrift des § 97 UrhG nichts für sich herleiten. 94

Dabei kann es unterstellt werden, daß es sich - wie die Klägerin dies behauptet - bei den von ihr als Anlagen D 70 und D 90 zu den Akten gereichten Drehbleistiften um eben die Duofold-Modelle handelt, die angeblich Herr G. S. P. im Jahre 1925 geschaffen hat. Denn die angegriffenen Schreibgeräte der Beklagten weisen zu diesen Drehbleistiften einen derartigen Abstand auf, daß sie sich weder als deren Vervielfältigungen, noch etwa um Bearbeitungen oder sonstige Umgestaltungen i.S. von § 23 UrhG darstellen. 95

Zu den das Erscheinungsbild der klägerseits vorgelegten Duofold-Drehbleistifte prägenden Elementen gehört die im Verhältnis zum Schaft relativ lange goldfarbene Kappe, die den glatten zylindrischen Schaft bis zu einem durch einen doppelten Ring markant hervorgehobenen Wulst verlängert. Diese Gestaltungsmerkmale rufen optisch den Eindruck einer insgesamt nach oben hin verbreiterten, mit einem flachen Deckel abschließenden "röhrenartigen" Stiffform hervor. Prägend sind weiter die im unteren Bereich der Kappe parallel zueinander gesetzten Wülste, der direkt unterhalb der Kappe angesetzte Clip sowie die in Form eines langgezogenen Dreiecks sich nach unten verjüngende, in einer Kugel endende Clip-Spange und schließlich die im Abschluß des Schaftes sowohl zur Kappe als auch zur sich konisch verschmälernden Spitze des Stiftes hin angebrachten, mit der Farbgebung des Schaftes im übrigen kontrastierenden schwarzen Ringe. All diese Gestaltungsmerkmale, die vom optischen Effekt her eine Verkürzung und Verbreiterung der Form bewirken, verschaffen den Drehbleistiften vom Gesamteindruck her eine gedrungene, stabile Anmutung. Die Kugelschreiber der Beklagten weichen jedoch nicht nur in den vorbezeichneten Gestaltungsdetails, sondern auch in dem dadurch hervorgerufenen Gesamteindruck ganz erheblich ab, so daß sie sich weder in der bloßen Vervielfältigung der Duofold-Stifte erschöpfen, noch als deren Bearbeitung oder sonstige Umgestaltung (§ 23 UrhG) angesehen werden können. 96

Das Erscheinungsbild der Kugelschreiber der Beklagten wird maßgeblich bestimmt durch die sich tropetenförmig nach oben verbreiternde Kappe, die in einem gerillten Zierring endet und mit einem nach innen gewölbten Deckel geschlossen ist. Weiteres, den Gesamteindruck 97

mitbestimmendes Gestaltungsmerkmal der Kugelschreiber der Beklagten ist der unmittelbar unterhalb der Kappe angebrachte breite Ring, an welchen der Clip montiert ist. Eben ein solcher, allerdings schmalerer Ring findet sich im unteren Bereich des Schaftes wieder, an den sich insgesamt die konisch zulaufende Spitze anschließt. Anders als bei den Duofold-Drehbleistiften bewirken diese "Ringe" jedoch nicht den optischen Effekt einer Verbreiterung und Verkürzung. Denn sie schließen bei den Modellen der Beklagten mit der Kontur des Stiftes im übrigen ab und vermitteln im Zusammenwirken mit dem weiteren Gestaltungsmerkmal der Kannelierung des Schaftes das Bild einer nach oben strebenden schlanken Form. Daran ändert auch der nach oben verbreiterte Abschluß der Kappe des Stiftes nichts. Anders als bei den Duofold-Drehbleistiften entwickelt sich diese "Verbreiterung" fast organisch aus der äußeren Kontur des Schaftes. Bei den Duofold-Drehbleistiften wird der Eindruck der Verbreiterung hingegen durch markante, auf den zylindrischen Schaft gesetzte Wülste bewirkt, die aus der Kontur des Schaftes heraustreten und die im übrigen zylindrisch gehaltene Form unterbrechen. Über den Umstand hinaus, daß die Modelle der Parteien überhaupt zylindrische Schäfte und nach oben verbreiterte Kappen sowie - mit Ausnahme des vollversilberten Kugelschreibers der Beklagten - eine kontrastartige Farb- und Materialgebung aufweisen, gibt ihnen die konkrete Ausprägung dieser als solche gemeinsamen Formelemente daher vom Gesamteindruck her eine deutlich voneinander abweichende Anmutung. Angesichts des erheblichen Abstandes der Gestaltungen liegt in den Kugelschreibern der Beklagten folglich weder die Vervielfältigung der Duofold-Drehbleistifte gemäß Anlage D 70 und D 90, noch sind sie als Bearbeitungen oder sonstige Umgestaltungen dieser Modelle anzusehen. Sie stellen vielmehr eigenständige, unter Aufgreifen und Benutzen des vorhandenen Formenschatzes geschaffene Produktformen dar, wobei die Beklagte sich ebenso wie die Klägerin vordefinierter Formen aus einem bestimmten vergangenen Zeitabschnitt bedient hat. Das ändert aber nichts daran, daß sie sich in der konkreten Gestaltungsform, die sie ihren anhand historischer Vorbilder entwickelten aktuellen Produkten gegeben hat, so weit von den angeblich aus eben diesem Zeitabschnitt stammenden historischen Duofold-Modellen, denen ihr eigenes F.-C. Modell gemäß Ablage B 5 entspricht, entfernt hat, daß diese in der neuen Form als solche nicht mehr erkennbar sind.

III. Der Klägerin stehen die geltend gemachten Ansprüche aber auch nicht nach den Grundsätzen des ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutzes gemäß § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt der vermeidbaren betrieblichen Herkunftstäuschung zu. 98

Unter diesem Aspekt unlauter verhält sich, wer ein Erzeugnis in den Verkehr bringt, das wettbewerblich eigenartige Merkmale eines fremden Produkts aufweist, mit denen der Verkehr Herkunftsvorstellungen verbindet, wenn er nicht die zur Vermeidung einer Herkunftstäuschung erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen getroffen hat. Ein nach diesen Maßstäben unlauteres Verhalten kann der Beklagten im Streitfall indessen nicht vorgeworfen werden. 99

Allerdings ist davon auszugehen, daß den klägerseits vertriebenen Duofold-Kugelschreibern die für den ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutz vorauszusetzende wettbewerbliche Eigenart zuzuerkennen ist. Sie weisen in ihrer konkreten Gestaltungsform eine Kombination von Merkmalen auf, ihnen gegenüber vergleichbaren Konkurrenzprodukten eine einprägsame Besonderheit verleiht, und die geeignet ist, im Verkehr als kennzeichnend für die betriebliche Herkunft zu wirken (BGH GRUR 1969, 292/294 -"Buntsreifensdatin II"-; BGH GRUR 1986, 377/378 -"Beschlagprogramm"-). Zur Vermeidung von Wiederholungen insoweit nimmt der Senat gemäß § 543 Abs. 1 ZPO Bezug auf die überzeugenden Ausführungen des Landgerichts in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils der 100

ersten Instanz (dort S. 8 f).

Es ist weiter auch davon auszugehen, daß die Duofold-Kugelschreiber der Klägerin im hier maßgeblichen Zeitpunkt des Marktzutritts der Beklagten mit den angegriffenen Kugelschreibern hinreichend im Verkehr bekannt waren. Dafür bedarf es nicht der Feststellung des von der Klägerin im einzelnen behaupteten Umsatzes und Werbeaufwands. Denn ausreichend ist, daß die Produkte der Klägerin überhaupt auf dem Markt waren, so daß der angesprochene Verkehr Fehlvorstellungen über die betriebliche Herkunft erliegen kann, wenn Nachahmungen auf den Markt gelangen (vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 20. Auflage, Rdn. 457 zu § 1 UWG). Eine solche Bekanntheit haben die Duofold-Kugelschreiber im Streitfall aber unzweifelhaft erreicht, da die Marktpräsenz der Klägerin mit den Duofold-Klagemodellen als solche zwischen den Parteien außer Streit steht. 101

Der Unlauterkeitsvorwurf der vermeidbaren betrieblichen Herkunftstäuschung im übrigen scheidet jedoch daran, daß die angegriffenen Kugelschreiber der Beklagten den Klagemodellen nicht in einem Maße ähnlich sind, daß zumindest ein nicht unerheblicher Teil des angesprochenen Verkehrs der Gefahr betrieblicher Herkunftsverwechslungen erliegen, jedenfalls aber angesichts des erheblichen Abstandes der angegriffenen Kugelschreiber zu den streitgegenständlichen Klagemodellen der Klägerin kein Unlauterkeitsvorwurf gemacht werden kann. 102

Die Kugelschreiber der Beklagten sind in sämtlichen, die wettbewerbliche Eigenart der Duofold-Kugelschreiber bestimmenden Merkmalen deutlich abweichend gestaltet. Sie sind sowohl in der konkreten Ausformung der Einzelheiten der verwendeten Gestaltungselemente, als auch nach dem maßgeblichen Gesamteindruck selbst bei flüchtiger Betrachtung weit von den Duofold-Kugelschreibern entfernt. Die Kugelschreiber der Beklagten weisen keine den Schaft unterbrechende sowie die Kappe verbreiterenden Zierringe und Wülste auf, die aus der zylindrischen Kontur des Schaftes hervortreten. Sie unterscheiden sich aufgrund der in's Auge fallenden längeren Spitze maßgeblich auch in der Proportion. Soweit die Klägerin einwendet, der Spitze ihrer Duofold-Modelle sei der Teil bis zu dem "Doppelring" im unteren Bereich des Schaftes ihrer Kugelschreiber zuzurechnen, so daß auch die Duofold-Kugelschreiber eine den Schreibgeräten der Beklagten entsprechende Proportionierung der Spitze zu Schaft und Kappe aufweise, vermag das nicht zu überzeugen. Denn aus der Sicht des angesprochenen Verkehrs, dem die Mitglieder des erkennenden Senats als potentielle Erwerber von Schreibgeräten der hier betroffenen Preisklasse zugehörig sind, schließt die Spitze mit der Metallhülse im unteren Bereich der Duofold-Kugelschreiber ab und setzt bereits ab dieser Linie der Schaft der Stifte an. Folglich ist der unmittelbar ab der Metallspitze ansetzende Bereich einschließlich der "Doppelringe" optisch der Länge des Schaftes, nicht aber der Spitze der Kugelschreiber zuzuordnen, die daher eine im Verhältnis zu den übrigen Stifsegmenten (Schaft bzw. "Mittelteil"/Kappe) verkürzte Proportion aufweist. Aber auch die Kappe der Stifte ist bei den Modellen der Parteien völlig verschieden gestaltet: Während sie sich bei den Duofold-Kugelschreibern der Klägerin in Verlängerung des Schaftes gerade nach oben fortsetzt und der Effekt der im Abschluß einsetzenden Verbreiterung mittels eines "Aufsatzes" durch doppelte Wülste in der Art eines Säulenkapitells bewirkt wird, erzielt die Beklagte bei ihren Stiften den Eindruck der Verbreiterung durch kontinuierliche Auskrugung des letzten Teils der Kappe in der Art einer Krone oder Trompete. Insgesamt erscheinen die Kugelschreiber der Beklagten auf diese Weise schlanker, schnörkelloser, leichter und im Design schlichter als die streitgegenständlichen Duofold-Schreibgeräte der Klägerin, die durch die auffälligen, den Stift in der Länge stark unterteilenden und optisch verkürzenden Ringe und Wülste einen deutlich verzierten und "prächtigen", im übrigen massiven und gedrungenen Eindruck vermitteln. Die Verschiedenheit der Anmutung wird bei den 103

"schwarzen" Modellen der Parteien durch das bei den jeweiligen Schäften verwendete Material noch zusätzlich verstärkt. Während beim Duofold-Modell durch das glänzende, glatte Material der Eindruck einer lackierten, mit dem polierten Metall der Kappe und Spitze korrespondierenden Oberfläche hervorgerufen wird, erweckt das beim Stift der Beklagten verwendete Ebenholz, welches überdies noch kanneliert ist, den Eindruck einer matten, stumpfen Oberfläche, die sich von dem im übrigen glänzenden, versilberten Metall der Kappe und des Stiftes abhebt und den bestehenden Material- und Farbkontrast intensiviert. Auch wenn die letztgenannten, die Gestaltung des Schaftes der Stifte betreffenden Merkmale für sich genommen nicht das entscheidende Kriterium darstellen, um eine die Verwechslungsgefahr vermeidende Verschiedenheit herzustellen, sind sie doch im Zusammenwirken mit den übrigen Gestaltungsunterschieden ein Moment, das die Verschiedenheit der Produkte noch hervorhebt.

Insgesamt weichen die Kugelschreiber der Beklagten daher nicht nur in den Einzelheiten der jeweiligen Gestaltungselemente, sondern vor allem auch im durch deren Zusammenwirken hervorgerufenen ästhetischen Gesamteindruck in ganz erheblichem und deutlichem Maße von den Duofold-Modellen der Klägerin ab. Auch unter Berücksichtigung des Umstandes, daß der Verkehr sein Augenmerk mehr auf die Übereinstimmungen als auf die abweichenden Merkmale richtet und seine Beurteilung in aller Regel nur aus dem Erinnerungsbild trifft (vgl. OLG Köln GRUR 1983, 456/457 -"Spülmittelflasche"-) liegt es danach fern, daß ein mehr als nur unbeachtlicher Teil des angesprochenen Verkehrs zumindest auf wirtschaftliche oder organisatorische Verbindungen zwischen den Herkunftsstätten der verschieden gestalteten Produkte beider Parteien schließt. 104

Die vorstehenden Ausführungen gelten dabei auch im Vergleich der jeweiligen "silber-kannelierten" Kugelschreibermodelle der Parteien. Vor dem Hintergrund der im übrigen bestehenden Abweichungen der Gestaltungsformen hätte eine Verwechslungsgefahr aufgrund des Gestaltungsmerkmals der "Kannelierung" des silbernen Schaftes nur dann angenommen werden können, wenn der Stift der Klägerin gerade in dieser Ausführung einen auch im Vergleich zu den entsprechend kannelierten Produkten des wettbewerblichen Umfelds erheblichen Grad an Bekanntheit erlangt hätte, so daß der Verkehr, wenn er eben diesem Gestaltungselement begegnet, gerade an das Produkt der Klägerin bzw. an dessen Herkunft erinnert wird. Einen solchen Grad an Verkehrsbekanntheit hat die Klägerin indessen für ihren silber-kannelierten Duofold-Kugelschreiber nicht darzulegen vermocht. Denn aufgrund des Umstandes, daß der mit diesem Modell erzielte Umsatz nach ihrem eigenen Vortrag nur den geringen Anteil von 5 % des weltweit mit den Duofold-Modellen erwirtschafteten Umsatzes ausmacht und das Modell auch nicht in erheblichem Umfang beworben wird, sowie weiter im Hinblick auf das wettbewerbliche Umfeld, das zahlreiche Stifte mit einer der hier vorliegenden Kannelierung entsprechenden Gestaltung anbietet (vgl. die Modelle der Hersteller Montblanc, Waterman, Sheaffer und Cartier gemäß den Anlagen K 4a -dort S. 19, K 4d -dort S. 5, K 4b -dort S. 11, B 52 -dort S. 15/16), ist nicht ersichtlich, daß die Kannelierung ein maßgeblich auf die Vorstellung des Publikums in bezug auf die Herkunft des Produkts einwirkendes Gestaltungselement darstellt, dessen Verwendung allein - bei im übrigen erheblich voneinander abweichender Produktgestaltung - die Gefahr von Verwechslungen zu begründen geeignet ist. 105

Vor dem Hintergrund dieser - wenn überhaupt -außerordentlich geringen Ähnlichkeit der Kugelschreibermodelle der Parteien kann der Beklagten, die vor der Aufnahme der Produktion der streitgegenständlichen Schreibgeräte jedenfalls bis zum Jahre 1975 u.a. auch Füller und Kugelschreiber in ihrem Sortiment angeboten hat, jedenfalls kein Unlauterkeitsvorwurf gemacht werden, wenn sie ebenso wie P. an diese "Unternehmens- 106

tradition" anknüpft und unter Abwandlung auch von ihr selbst angebotener, dem historischen Duofold-Drehbleistift teilweise sehr nahekommender Gestaltungsvorbilder (vgl. den Drehbleistift "9375 gemäß Anlage B 5 sowie die Abbildungen Bl. 96 und 165 d.A.) Kugelschreiber zu einem Zeitpunkt anbietet, in dem nicht nur die Wiederbelebung historischer Gestaltungsformen insbesondere aus der Ära der art déco auch im Produktsegment der Schreibgeräte einem Trend entspricht, sondern sie diese Formen vor allen Dingen in einer konkreten ästhetischen Form aufgreift, die zu den konkurrierenden Duofold-Modellen der Klägerin einen deutlichen Abstand einhält.

IV. Aus der dreidimensionalen Marke kann die Klägerin die geltend gemachten Ansprüche schließlich ebenfalls nicht herleiten. Derartige, allein aus den §§ 4, 14 MarkenG in Betracht zu ziehenden Ansprüche scheitern jedenfalls bereits daran, daß die angegriffenen Kugelschreiber der Beklagten, insbesondere aber die Gestaltung von deren Kappe, der sich in einer zeichnerischen Darstellung wiederum der Kappe der Duofold-Kugelschreiber erschöpfenden dreidimensionalen Marke aus den oben bereits dargetellten Gründen weder identisch, noch im übrigen in einer die markenrechtliche Verwechslungsgefahr begründenden Weise ähnlich sind. 107

B. 108

Soweit die Klägerin sich mit der Berufung allerdings gegen ihre Verurteilung entsprechend dem Widerklagebegehren wendet, hat das Erfolg. 109

Das von der Beklagten im Wege der Widerklage verfolgte Zwischenfeststellungsbegehren ist unzulässig. 110

Die Beklagte erstrebt damit die Feststellung betreffend nur ein Element bzw. eine Vorfrage des streitigen Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien, nämlich der Schutzfähigkeit des Geschmacksmusters, die aber lediglich eine Prüfungsvoraussetzung des Bestehens oder Nichtbestehens eines geschmacksmusterrechtlichen Anspruchs, mithin des Rechtsverhältnisses ist. Nur das Rechtsverhältnis selbst, nicht aber seine Vorfragen und Elemente können indessen Gegenstand der Zwischenfeststellungs(wider)klage i. S. von § 256 Abs. 2 ZPO sein (vgl. Zöller-Grger, a.a.O., Rdn. 3 und 24 zu § 256 ZPO). 111

Im Ergebnis Gleiches gilt, soweit die Beklagte ein Feststellungsinteresse aus § 256 Abs. 1 ZPO herleiten will. Da es entscheidungserheblich auf das Geschmacksmuster ankommt, ist dessen Schutzfähigkeit materielle Prüfungsvoraussetzung der Klageansprüche, so daß die Beklagte ihr mit der Widerklage verfolgtes Ziel bereits mit dem Klageabweisungsantrag erreicht. 112

C. 113

Die Kostenfolge ergibt sich aus § 92 Abs. 1 ZPO. 114

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 115

Die gemäß § 546 Abs. 2 ZPO festzusetzende Beschwer orientiert sich am Wert des jeweiligen Unterliegens der Parteien im vorliegenden Rechtsstreit. 116
