
Datum: 11.05.2001
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 13/01
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2001:0511.6U13.01.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 773/00

Tenor:

Auf die Berufung der Antragsgegnerin wird das am 14. Dezember 2000 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 31 O 773/00 - geändert. Die einstweilige Verfügung der Kammer vom 27. Oktober 2000 wird aufgehoben. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen. Die Kosten des Verfügungsverfahrens hat die Antragstellerin zu tragen. Das Urteil ist mit seiner Verkündung rechtskräftig.

Entscheidungsgründe:

1

Die zulässige Berufung der Antragsgegnerin hat auch in der Sache Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung der Kammer vom 27.10.2000 und zur Zurückweisung des Antrags der Antragstellerin, der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung unter gleichzeitiger Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs gemäß nachstehender Abbildung (Schwarz/Weiß-Kopie) Zigarettenpapier in Verpackungen anzubieten, anbieten zu lassen, zu vertreiben oder sonst in den Verkehr zu bringen:

2

Das Landgericht hat dabei die Auffassung vertreten, die von der Antragsgegnerin für ihr Zigarettenpapier "MASCOTTE" gewählte Aufmachung einschließlich des Gummizuges stimme mit der Gestaltung der nachfolgend zur Verdeutlichung ebenfalls in Schwarz/Weiß-Kopie wiedergegebenen Zigarettenpapierverpackung "OCB" der Antragstellerin nach dem maßgeblichen Gesamteindruck derart überein, dass zumindest mittelbare Verwechslungsgefahr bestehe. Dem vermag sich der Senat nicht anzuschließen.

3

4

Bei seiner Prüfung ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes ist das Landgericht allerdings im Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, dass die Übernahme einer Gestaltungsform, die nicht (mehr) unter Sonderrechtsschutz steht, nach § 1 UWG wettbewerbswidrig sein kann, wenn das Erzeugnis von wettbewerblicher Eigenart ist und besondere Umstände hinzutreten, die die Nachahmung unlauter erscheinen lassen (ständige Rechtsprechung des BGH; vgl. zuletzt etwa BGH, WRP 2001, 534, 535 "Viennetta" sowie BGH WRP 2001, 153 ff. "Messerkennzeichnung" m.w.N.; für technische Erzeugnisse vgl. BGH GRUR 2000, 521, 523 = WRP 2000, 493 "Modulgerüst"; BGH MD 1999, 786, 788 "Gülepumpen" und BGH GRUR 1996, 210, 211 "Vakuumpumpen"). Ein solches, die wettbewerbliche Unzulässigkeit der Nachahmung unter dem Gesichtspunkt der vermeidbaren betrieblichen Herkunftstäuschung ergebendes Unlauterkeitsmoment ist dann gegeben, wenn die Nachahmung eines wettbewerblich eigenartigen Erzeugnisses unter Übernahme von Merkmalen geschieht, mit denen der Verkehr eine betriebliche Herkunftsvorstellung verbindet, und nicht alles Erforderliche und Zumutbare unternommen wird, um die Gefahr einer Herkunftsverwechslung des Verkehrs möglichst zu beseitigen oder zu verringern (BGH a.a.O., "Viennetta", "Messerkennzeichnung", "Gülepumpen" und "Vakuumpumpen"; siehe auch BGH GRUR 1981, 517, 519 "Rollhocker" und BGH GRUR 1986, 673, 675 "Beschlagprogramm" sowie Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage 2001, § 1 UWG Rn. 450 und Köhler/Piper, UWG, 2. Auflage 2001, § 1 UWG Rn. 524, jeweils m.w.N.). Wettbewerbliche Eigenart besitzt ein Erzeugnis dann, wenn seine konkrete Ausgestaltung oder einzelne Merkmale geeignet sind, im Verkehr auf seine betriebliche Herkunft oder Besonderheiten hinzuweisen. Auch das entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (vgl. nur BGH WRP 1998, 733, 734 "Les-Paul-Gitarren" und BGH GRUR 1995, 581, 583 "Silberdistel"), ebenso die Tatsache, dass die wettbewerbliche Eigenart keinen für den Sonderrechtsschutz etwa nach dem Geschmacksmustergesetz erforderlichen Grad an Individualität und Gestaltungshöhe, sondern ein geringeres Maß an Eigentümlichkeit voraussetzt (BGH GRUR 1983, 377, 379 "Brombeer-Muster"). Merkmale, die allgemein üblich sind oder von Mitbewerbern in gleicher oder in ähnlicher Form benutzt werden, sind zur Kennzeichnung der Herkunft und des besonderen Rufs einer Ware nicht geeignet (BGH GRUR 1992, 329 "AjS-Schriftenreihe"; BGH GRUR 1968, 698, 702 "Rekordspritzen"; siehe auch Senat, GRUR 1999, 765, 766 "Abziehgerät" sowie Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 1 UWG Rn. 452). Auch reicht es zur Annahme wettbewerblicher Eigenart nicht aus, dass der Verkehr eine Ware mit einem bestimmten Lieferanten deshalb in Verbindung bringt, weil sie von ihm allein hergestellt wird (BGH, GRUR 1970, 244, 245 "Spritzgußengel"). Zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Art und Weise der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen besteht eine Wechselwirkung. Je größer die wettbewerbliche Eigenart und je höher der Grad der Übernahme ist, desto geringer sind die Anforderungen an die besonderen Umstände, die die Wettbewerbswidrigkeit begründen, und umgekehrt (BGH, a.a.O., S. 536 "Viennetta" und "Messerkennzeichnung" sowie BGH GRUR 1999, 1106, 1108 = WRP 1999, 1031 "Rollstuhlnachbau" sowie BGH WRP 1976, 370, 371 "Ovalpuderdose"). Je stärker die wettbewerbliche Eigenart des Originals ist, desto höhere Anforderungen sind an die dem Nachahmenden zuzumutenden Maßnahmen zu stellen, durch die sich die Gefahr von Herkunftsverwechslungen beseitigen oder verringern lässt. Im übrigen ist bei der Beurteilung dieser Verwechslungsgefahr der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs folgend (vgl. u.a. BGH GRUR 1982, 111, 113 "Original-Maraschino" m.w.N.) dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Verkehr in der Regel sein Augenmerk mehr auf übereinstimmende als auf abweichende Gestaltungsmerkmale richtet, so dass für den Gesamteindruck eher die Übereinstimmungen als diese Unterschiede maßgeblich sind. Bei der Prüfung ist allerdings nicht auf einen flüchtigen, sondern auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der betreffenden Art von Waren oder

Dienstleistungen abzustellen. Insoweit ist der Prüfungsmaßstab beim Tatbestand der vermeidbaren Herkunftstäuschung im Sinne des § 1 UWG nicht anders als bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG (dazu: BGH GRUR 2000, 506 "Attaché/Tisserand" m.w.N.) oder der Prüfung einer sich im Wettbewerb auswirkenden Irreführungsgefahr (dazu: EuGH WRP 2000, 289 "Lifting-Creme" und BGH WRP 2000, 517 "Orient-Teppichmuster").

Für den Streitfall bedeuten diese Grundsätze: Der konkreten Produktaufmachung des Zigarettenpapiers der Antragstellerin kommt wettbewerbliche Eigenart zu, die überdies mit Rücksicht auf die jahrzehntelange Marktpresenz der Antragstellerin und die von ihr vorgetragenen Absatz- und Umsatzzahlen eine gewisse Stärkung erfahren haben mag. Das zieht der Senat in Übereinstimmung mit dem Sachvortrag der Parteien und dem Landgericht nicht in Zweifel. Die Produktaufmachung des Zigarettenpapiers der Antragstellerin wird, wovon sich der Senat durch die Inaugenscheinnahme der Produkte der Parteien und des von ihnen präsentierten wettbewerblichen Umfeldes im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 11.05.2001 ein Bild verschafft hat, durch die blaue Grundfarbe, die weiße Schrift, das ringsum am Rande verlaufende weiße Ornament bestimmter Ausgestaltung und auch den angebrachten Gummizug geprägt. Kennzeichnend wirken ferner die französischsprachige Beschriftung und die dominant hervorgehobene Buchstabenfolge "OCB", die sich in weißer Schrift auf blauem Untergrund befindet. Mit Rücksicht darauf, dass die Antragstellerin nach dem unstreitigen Vorbringen der Parteien bislang als einziges Unternehmen einen Gummizug verwendet, mit dem sich die Zigarettenpapierpackung nach Entnahme eines Papiers wieder verschließen lässt, wird der Verkehr auch dieses Merkmal - den Gummizug - als ein Merkmal begreifen, das die Zuordnung des damit versehenen Produkts zu einem bestimmten Hersteller von Zigarettenpapier erlaubt. Dagegen rechtfertigt das von der Antragstellerin verwendete Produktformat (doppelte Zigarettenpapierverpackung) auch mit Rücksicht auf das vorliegende wettbewerbliche Umfeld nicht die Annahme, der Verkehr schließe aus diesem Format auf die betriebliche Herkunft dieses Produkts. Das bedarf letztlich aber keiner Entscheidung. Denn selbst wenn man unterstellt, dass dem Produkt der Antragstellerin von Hause aus eine durchschnittliche und durch hohe Verkehrsbekanntheit gesteigerte wettbewerbliche Eigenart zukommt, vermag der Senat eine Verwechslungsgefahr mit dem von der Antragsgegnerin vertriebenen, nunmehr ebenfalls mit einem Gummizug versehenen Zigarettenpapier nicht zu bejahen. Eine unmittelbare Verwechslungsgefahr in dem Sinne, dass der Verkehr das eine Produkt mit dem anderen verwechselt, scheidet wegen der vorhandenen Unterschiede ersichtlich aus. Zu Recht hat das Landgericht deshalb eine solche unmittelbare Verwechslungsgefahr nicht festgestellt. Im rechtlichen Ansatz ist es zwar zutreffend davon ausgegangen, dass eine nach § 1 UWG unzulässige vermeidbare Herkunftstäuschung auch dann vorliegen kann, wenn der Verkehr bei dem nachgeahmten Produkt annimmt, es handle sich um eine Zweitmarke des Originalherstellers, oder wenn er von geschäftlichen oder organisatorischen Beziehungen zwischen den beteiligten Unternehmen ausgeht (BGH, a.a.O. "Viennetta" und BGH WRP 2001, 153, 154 "Messerkennzeichnung", jeweils m.w.N.). Diese Voraussetzungen lassen sich indessen im Streitfall auch unter Berücksichtigung einer jahrzehntelangen Marktpresenz und durch hohe Verkehrsbekanntheit gesteigerten wettbewerblichen Eigenart des Produkts der Antragstellerin nicht bejahen, und zwar auch dann nicht, wenn man dem Umstand Rechnung trägt, dass der Käufer meist nicht beide Erzeugnisse zugleich vor Augen hat und sich daher auf seine Erinnerung verlassen muss. Denn anders als das Landgericht vermag der Senat nicht davon auszugehen, die von der Antragstellerin beanstandete Gestaltung der Zigarettenpapierverpackung der Antragsgegnerin stimme mit der Gestaltung des Produkts der Antragstellerin nach dem maßgeblichen Gesamteindruck im wesentlichen überein, deshalb bestehe mittelbare Verwechslungsgefahr in dem Sinne, dass der Verkehr annehmen

könnte, es handle sich um eine Zweitmarke des Originalherstellers, oder dass er von geschäftlichen oder organisatorischen Beziehungen zwischen den beteiligten Unternehmen ausgehen könnte. Im Gegenteil: Dem maßgeblichen optischen Gesamteindruck nach sind die Unterschiede in den Produktausstattungen der Parteien markant und augenfällig: Während die von der Antragstellerin angebotene Verpackung maßgeblich durch die Farbe Blau und die drei großen weißen Buchstaben "OCB" geprägt wird, hat die Antragsgegnerin für ihre Zigarettenpapierverpackung eine anders anmutende Farbgestaltung gewählt, nämlich die Farbe Hellgrün, auf der in dunkler Schrift der Schriftzug "MASCOTTE" angebracht ist. Die Ornamente auf der Verpackung des Produkts der Antragsgegnerin vermitteln einen wesentlich anderen optischen Gesamteindruck als das weiße Ornament, das sich um die Verpackung der Antragstellerin zieht. Außerdem springt beim Produkt der Antragsgegnerin die dunkelblaue Farbe auf grün/weißem Untergrund ins Auge. Gleiches gilt für die auf der Verpackung aufgebrachte springende Raubkatze. Das Ornament, die "Zierlinie", auf dem Produkt der Antragstellerin besteht aus kleinen weißen Strichen, die die Buchstaben "OCB" als Rechteck umranden, während das Ornament auf dem Produkt der Antragsgegnerin in Netzform gestaltet ist. Es füllt die vier Ecken der Zigarettenpapierverpackung aus, optisch entsteht auf der Produktaufmachung eine Art "Ausschnitt". Die Produktbezeichnungen "OCB" einerseits und "MASCOTTE" andererseits sind markant unterschiedlich und für den Verkehr besonders geeignet, das jeweilige Produkt einem bestimmten Hersteller zuzuordnen. Neben dem nicht schutzfähigen Format der Produkte besteht die einzig wirklich markante Übereinstimmung in dem nunmehr auch von der Antragsgegnerin verwendeten Gummizug, allerdings mit der Maßgabe, dass beim Produkt der Antragsgegnerin der Druckknopf ins Auge fällt, der bei der Verpackung des Zigarettenpapiers der Antragstellerin fehlt. Diese - wenn man so will - Übernahme eines Ausstattungsmerkmals durch die Antragsgegnerin führt jedoch nicht zur Bejahung des Unlauterkeitsmerkmals einer vermeidbaren Herkunftstäuschung. Denn dieser Gummizug ist technisch jedenfalls sinnvoll und deshalb nicht schutzfähig. Das hat auch das Landgericht ausdrücklich so gesehen, auch die Antragstellerin hat dies konzediert. Technisch sinnvoll ist der Gummizug jedenfalls deshalb, weil er das Zigarettenpapier vor Feuchtigkeit und Tabakkrümeln schützt und durch ihn erreicht werden kann, dass die Verpackung des Zigarettenpapiers nach seiner erstmaligen Benutzung wieder verschlossen werden kann. Hält die Antragsgegnerin - wie im Streitfall - im übrigen durch die Ausgestaltung ihres Produkts den notwendigen Abstand ein, darf sie dieses gemeinfreie Gestaltungsmerkmal auch dann benutzen, wenn der Verkehr hieran Herkunfts- und besondere Gütevorstellung deshalb knüpfen sollte, weil die Antragstellerin bislang das einzige Unternehmen war, das sich dieses Gestaltungsmerkmals bedient hat. Denn ansonsten würde ein nicht unter Sonderrechtsschutz stehendes Gestaltungselement in nicht hinnehmbarer Weise monopolisiert. Hält derjenige, der die Idee eines anderen aufgreift und ein solches Gestaltungsmerkmal ebenfalls verwendet, im übrigen - wie im Streitfall - den notwendigen Abstand ein, indem er alle ihm zuzumutenden Vorkehrungen trifft, die geeignet sind, die Gefahr einer Irreführung des Verkehrs über die betriebliche Herkunft auszuschließen oder doch jedenfalls möglichst einzudämmen, ist sein Verhalten auch dann nicht wettbewerbswidrig, wenn es im Einzelfall - wie die Zeugen W. H. und Dr. Ha. in ihren eidesstattlichen Versicherungen vom 11.05.2001 angegeben haben - zu Nachfragen gekommen sein sollte, ob man das Produkt der Antragsgegnerin über die Antragstellerin beziehen könne. Denn etwaige Fehlvorstellungen des Verkehrs fänden ihre Ursache dann in der Tatsache, dass die Antragstellerin das Gestaltungsmerkmal "Gummizug" bislang allein benutzt hat, nicht aber darin, dass der Antragsgegnerin vorzuwerfen wäre, sie habe sich in unlauterer Weise der Produktaufmachung des Produkts der Antragstellerin angenähert.

Hat das Verfügungsbegehren der Antragstellerin demgemäß aus materiellen Gründen keinen Erfolg, kann im übrigen offenbleiben, ob - was der Senat im Ergebnis allerdings nicht

annehmen würde - im Streitfall die Dringlichkeitsvermutung des § 25 UWG widerlegt sein könnte. Denn bei dem Dringlichkeitserfordernis handelt es sich um eine besondere Ausprägung des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses, bei welchem der Grundsatz des logischen Vorrangs der Prozessvoraussetzungen nur eingeschränkt gilt und ihr Fehlen nur zusprechenden Entscheidungen im Wege steht (vgl. dazu: BGH NJW 1978, 2032; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 7. Auflage, Kapitel 54 Rdnr. 15).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. Das Urteil ist gemäß § 545 Abs. 2 Satz 1 ZPO mit seiner Verkündung rechtskräftig. 7