
Datum: 18.01.2002
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 157/01
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2002:0118.6U157.01.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 28 O 173/ 00

Tenor:

1.) Die Berufung der Klägerin gegen das am 11.4.2001 verkündete Urteil der 28.Zivilkammer des Landgerichts Köln - 28 O 173/ 00 - wird zurückgewiesen. 2.) Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin zu tragen. 3.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann jedoch die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 11.800 Euro abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in derselben Höhe leistet. Der Klägerin wird auf ihren Antrag nachgelassen, die Sicherheit auch durch Stellung einer selbstschuldnerischen Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse zu erbringen. 4.) Die Beschwer der Klägerin wird auf über 60.000 DM festgesetzt.

Tatbestand

1

Die Klägerin betätigt sich als künstlerische Photographin und hat in der Vergangenheit eine Vielzahl von ihr geschaffener Photographien veröffentlicht. Ein Schwerpunkt ihrer Motive sind Stilleben mit Kleinkindern. Auf nicht wenigen dieser Bilder sind die photographierten Kleinkinder als Bären angezogen. Wegen der Einzelheiten des photographischen Werkes der Klägerin wird auf den von ihr als Anlage K 1 vorgelegten Katalog "The 1998 A. G. Collection" (Bl.11-45) Bezug genommen. In Anlehnung an diese Photographien werden inzwischen unter Mitwirkung der Klägerin auch menschliche Puppen vertrieben, die mit einem Bärenfell angezogen sind.

2

Im vorliegenden Verfahren nimmt die Klägerin die Beklagte, eine Vertreiberin u.a. von Puppen, mit der Begründung in Anspruch, die von dieser als "Plush Baby" vertriebenen

3

Puppen verletzen ihre Urheberrechte und stellen sich als im Sinne des § 1 UWG unlautere Nachahmung der von ihr vertriebenen Puppen dar. Wegen der Einzelheiten der Ausstattung der angegriffenen Puppen wird auf die vorgelegten Originalprodukte sowie auf die aus dem nachfolgend wiedergegebenen erstinstanzlichen Klageantrag ersichtliche Abbildung Bezug genommen.

Die Klägerin geht aus zwei als "Baby Bears" bezeichneten Puppen vor, die sich im Original in einem gekennzeichneten Karton bei den Akten befinden und als Abbildung aus Bl.46 (= Anlage K 2) ersichtlich sind. Die Puppen tragen u.a. am Arm Anhänger, die auf der Rückseite u.a. die Aufschrift tragen: "Manufactured by U. Toys Limited ... (es folgt eine Anschrift in Hong Kong) D. F. (c) 1998 U. Toys Limited". Auf der Rückseite der Verpackung findet sich der Hinweis: "Keine der Produkte dürfen in irgendeiner Weise ... kopiert werden ... ohne Erlaubnis von ‚Die ganz besondere Kinderfirma‘ (N.) Hergestellt durch K. G. Management Ltd." Den Puppen wird in der Verpackung das Buch "Down in the Garden" beigegeben, in dem sich auf zehn Seiten Fotos der beschriebenen Art befinden. 4

Die Klägerin hat behauptet, die Puppen seien einschließlich der Hände und des Gesichts allein von ihr entworfen worden. Die auf den Anhängern erwähnte U. Toys Limited (im Folgenden "U.") stelle die Puppen auf Grund eines mit der G. Group Licensing (UK) Limited geschlossenen Lizenzvertrages in Lohnfertigung her und sei von ihr mit Vertriebsrechten ausgestattet worden. Soweit U. ausnahmsweise mit kleinen Designdetails befasst gewesen sei, sei vertraglich die Übertragung aller sich daraus etwa ergebenden Urheber- und Nutzungsrechte auf sie vereinbart worden. Soweit der zitierte Aufdruck mit dem Text "D. F. (c) 1998 U. Toys Limited" dem widerspreche, sei er unrichtig. 5

Sie habe - so hat die Klägerin in der Klageschrift vortragen lassen - die Baby Bears erstmals im Sommer 1997 in den USA und Anfang des Jahres 1999 auch in Deutschland auf den Markt gebracht. In den ersten sechs Monaten des Jahres 1999 sei in Deutschland ein Umsatz von ca. 500.000 DM erzielt worden. Demgegenüber ergibt sich aus einer von ihr persönlich abgegebenen, erstinstanzlich in Übersetzung als Anlage K 14 (AH Bl. 53 f) vorgelegten eidesstattlichen Erklärung, die Baby Bears seien am 15.4.1999 zum ersten Mal nach Deutschland versandt worden. Sie habe - so hat die Klägerin in der Klageschrift weiter vortragen lassen - die angegriffenen Produkte der Beklagten erstmals am 20.7.1999 auf dem deutschen Markt entdeckt. Nach dem Wortlaut abweichend hiervon ist in einem als Anlage K 5 (Bl. 48 ff) vorgelegten vorprozessualen Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 9.9.99 auf einen die Puppen betreffenden Schriftverkehr Bezug genommen worden, innerhalb dessen ein Antwortschreiben der Beklagten bereits vom 3.6.1999 datiert. 6

Zur Begründung ihrer Aktivlegitimation hat sich die Klägerin auf die als Anlage K 11 (AH Bl.45) vorgelegte Erklärung des Rechtsanwalts T. berufen (Übersetzung Bl.109 f) und die Auffassung vertreten, die angegriffenen Produkte seien Plagiate der Baby Bears und ihr Vertrieb begründe urheberrechtliche und wettbewerbsrechtliche Ansprüche. 7

Die Klägerin hat b e a n t r a g t, 8

1. die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 500.000 DM, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zur Dauer von 6 Monaten zu unterlassen, 9

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs "Puppen-Bären" mit weißem und/oder hellbraunem Fell anzubieten, zu veräußern und/oder zu bewerben, wie nachstehend wiedergegeben:

1. die Beklagte weiter zu verurteilen, ihr über den Umfang der vorstehend unter Ziff.1 bezeichneten Handlungen Auskunft zu erteilen unter Angabe der Gestehungskosten und des erzielten Umsatzes, jeweils aufgeschlüsselt nach Kalendervierteljahren, seit Januar 1999; 11
1. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr den Schaden zu erstatten, der ihr aus der vorstehend unter Ziff.1 bezeichneten Handlung seit Januar 1999 entstanden ist und/oder künftig entstehen wird. 12

Die Beklagte hat b e a n t r a g t, 13

die Klage abzuweisen. 14

Sie hat die urheberrechtliche Schutzfähigkeit der Baby Bears Puppen in Abrede gestellt. Die Puppen erreichten schon nicht die erforderliche Schöpfungshöhe und griffen im übrigen auf den bekannten Formenschatz zurück, den die Klägerin selbst durch das erwähnte Buch geschaffen habe. Zudem sei die Klägerin auch nicht aktivlegitimiert. Angesichts des zitierten Textes auf dem Anhänger sei gem. § 10 UrhG davon auszugehen, dass das etwaige Urheberrecht an dem Puppengesicht nicht der Klägerin, sondern U. zustehe. Auch aus dem als Anlage B 3 (= AH Bl.3-11) vorgelegten Internetauftritt der Klägerin ergebe sich, dass die Baby Bears zwar von den Photographien der Klägerin inspiriert, aber von Dritten geschaffen worden seien. Schließlich liege aus im einzelnen dargelegten Gründen auch keine Nachahmung vor. 15

Soweit die Klägerin wettbewerbsrechtliche Ansprüche geltend mache, fehle es an der Aktivlegitimation, weil etwaige Ansprüche allenfalls der U., nicht aber der Klägerin zustehen könnten. Zudem seien die Ansprüche auch nicht begründet. 16

Das L a n d g e r i c h t hat die Klage abgewiesen. Urheberrechtliche Ansprüche bestünden nicht, weil den klägerischen Puppen angesichts ihrer engen Anlehnung an das menschliche Vorbild die erforderliche Individualität und Schöpfungshöhe nicht zukomme. Ansprüche aus § 1 UWG bestünden deswegen nicht, weil die Klägerin nicht aktivlegitimiert sei. Sie sei nach ihrem eigenen Vortrag aus im einzelnen dargestellten Gründen weder Herstellerin noch Alleinvertreiberin der Puppen in Deutschland. 17

Ihre B e r u f u n g gegen dieses Urteil begründet die Klägerin wie folgt: 18

Sie sei die Urheberin der Puppen Baby Bears, weil diese einschließlich ihrer Hände und Gesichter von ihr entworfen und gestaltet worden seien. Überdies beruft sie sich zu ihrer Klagebefugnis auf die als Anlagen BK 1 (= Bl.219) und BK 2 (= Bl.255) vorgelegten "Prozessstandschafts- und Abtretungserklärungen" der U. vom 26.7. und 21.11.2001. Die Baby Bears seien als Ergebnis eines individuellen geistigen Schaffens auch urheberschutzfähig, zumal ihre Werke weltweit bekannt seien und ihr zugeordnet würden. In ihrer konkreten Ausgestaltung seien die Baby Bears auch nicht vorbekannt gewesen. Bei den angegriffenen Produkten handele es sich - wie der Augenschein ergebe - um Vervielfältigungsstücke ihres Werkes. 19

Die Ansprüche ergäben sich aber auch aus § 1 UWG. Insoweit sei sie aus eigenem Recht berechtigt sowie mit Blick auf die erwähnte als Anlage BK 1 vorgelegte Erklärung durch die Herstellerin zur Geltendmachung der Rechte ermächtigt.

Die Puppen wiesen die erforderliche wettbewerbliche Eigenart auf. Die von der Beklagten als Anlage K 6 (AH Bl.15 ff) angeführten Produkte gehörten nicht zum wettbewerblichen Umfeld, weil es sich bei ihnen nicht um Puppen, sondern um Menschen handele, zudem würden sie in Deutschland nicht vertrieben. Nachdem der Vertrieb der Baby Bears in Deutschland Anfang 1999, spätestens jedoch am 16.4. 1999 aufgenommen worden sei, seien die angegriffenen Puppen der Beklagten erstmals im Juli 1999 in Deutschland vertrieben worden. Der Vertrieb der Puppen sei sowohl unter dem Gesichtspunkt der sittenwidrigen Vereitelung des Marktzutrittes als auch unter dem Gesichtspunkt der vermeidbaren Herkunftstäuschung unlauter. 21

Die Klägerin stellt unter Modifizierung des Feststellungsbegehrens den A n t r a g, 22

1. unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 11.4.2001 - 28 O 173/00 - die Beklagte gemäß ihren erstinstanzlichen Anträgen zu 1) und 2) zu verurteilen. 23

1. unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 11.4.2001 - 28 O 173/00 - festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr allen Schaden zu erstatten, der ihr und/oder der U. (es folgt deren Adresse) aus der vorstehend unter Ziff.1 bezeichneten Handlung seit Januar 1999 entstanden ist und künftig entstehen wird. 24

Die Beklagte b e a n t r a g t, 25

die Berufung zurückzuweisen. 26

Aus dem Vortrag der Klägerin ergebe sich aus im einzelnen dargelegten Gründen weiterhin nicht, dass sie Urheberin der Baby Bears sei. Die nunmehr vorgelegte Prozessstandschaftserklärung berechtige die Klägerin nicht, weil nicht ersichtlich sei, dass U. Rechte an den Puppen habe. Als nicht natürliche Person könne U. die Rechte nur von einem Mitarbeiter erlangt haben, auch insofern fehle aber jeder Vortrag. Zudem sei zu bestreiten, dass die Erklärung von einer vertretungsberechtigten Person unterzeichnet sei. 27

Die Baby Bears Puppen seien im übrigen aus im einzelnen dargelegten Gründen nicht schutzfähig. Schließlich liege aber angesichts einer Anzahl von Unterschieden im Detail auch keine Vervielfältigung vor. 28

Auch hinsichtlich etwaiger Ansprüche aus § 1 UWG sei die Klägerin nicht aktivlegitimiert. Die Baby Bears wiesen schon keine wettbewerbliche Eigenart auf, auch liege keine Nachahmung vor, vielmehr seien die angegriffenen Puppen bereits in den Jahren 1996 und 1998, also vor Marktzutritt der Klägerin, entwickelt worden. Sie seien im übrigen auch bereits Anfang 1999 erstmals in Deutschland vertrieben worden. 29

Schließlich schließe die ganz unterschiedliche Gestaltung der Verpackungen die Sittenwidrigkeit aus. 30

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen, die mit Ausnahme der Schriftsätze der Klägerin vom 21.12.2001 und vom 15.1.2002 und desjenigen der Beklagten vom 10.1.2002 sämtlich Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren. Die Einreichung des Schriftsatzes vom 21.12. 2001 ist der 31

Klägerin in entsprechender Anwendung von §§ 283,523 ZPO a.F. im Hinblick auf den Hinweis des Senats im Verhandlungstermin gestattet worden, wonach diese - wie oben dargelegt - zum Marktzutritt der Parteien nicht stimmig vorgetragen habe. Auf den Vortrag der Klägerin in jenem Schriftsatz ist sogleich einzugehen.

Entscheidungsgründe 32

Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet. Die geltendgemachten Ansprüche stehen der Klägerin weder aus Urheberrecht (A), noch aus Wettbewerbsrecht (B) zu. 33

A 34

Urheberrechtliche Ansprüche aus § 97 Abs.1 UrhG bestehen nicht. Dabei kann offen bleiben, ob die Klägerin überhaupt Urheberin der Baby Bears Puppen wäre. Denn diese sind nicht schutzfähig. 35

Die Klägerin geht - was entgegen der Bedenken der Beklagten von Prozessbeginn an eindeutig war - nicht aus einzelnen ihrer Photographien, sondern aus den als Baby Bears bezeichneten Stoffpuppen vor. Maßgeblich ist danach nicht die etwaige Schutzfähigkeit einzelner Photographien, sondern allein diejenige der Baby Bears. Diese könnten als Werke der bildenden Kunst gem. § 2 Abs.1 Ziff.4 UrhG zwar schutzfähig sein, erreichen aber die dafür gem. § 2 Abs.2 UrhG erforderliche Schöpfungshöhe nicht. 36

Die Vorschrift des § 2 Abs.2 Ziff.4 UrhG schützt Werke der bildenden Kunst und bezieht in diesen Schutz auch Werke der angewandten Kunst ein. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Anforderungen an die Schutzfähigkeit von Werken der angewandten Kunst höher sind, als von solchen der übrigen bildenden Kunst. Sofern diese dem Geschmacksmusterschutz zugänglich sind, müssen sie in einem über die Anforderungen des Geschmacksmusterrechtes hinausgehenden Maße Durchschnittsgestaltungen schöpferisch überragen (vgl. näher BGH GRUR 95,581,582 - "Silberdistel" mit Hinweisen auf die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung). Auch die Baby Bears der Klägerin unterfallen dem Geschmacksmusterrecht. Denn sie weisen eine Gestalt auf, die zumindest auch dazu bestimmt und geeignet ist, das geschmackliche Empfinden des Betrachters anzusprechen (vgl. zu dieser Voraussetzung die ebenfalls Kinderspielzeug betreffende Entscheidung BGH GRUR 80,235 - "Play-family"). 37

Den Baby Bears ist danach der Urheberrechtsschutz zu versagen, weil sie Durchschnittsgestaltungen nicht in einem über die Anforderungen des Geschmacksmusterrechtes hinausgehenden Maße schöpferisch überragen. Es handelt sich um eine naturgetreue Nachbildung eines Kleinkindes, das mit einem Bärenfell bekleidet ist. Dabei ist sowohl bei den Kindergesichtern und -händen, als auch bei dem Fell eine besondere Individualität oder sonstige von dem typischen Bild eines Kleinkindes bzw. eines Bärenfells abweichende Besonderheit nicht erkennbar. Der Senat schließt sich hierzu den Ausführungen des Landgerichts auf S.8 ff der angefochtenen Entscheidung an (§ 543 Abs.1 ZPO a.F.). Die Puppen wirken so wie Babies aussehen, die mit einem naturgetreuen Bärenfell bekleidet sind. Nach der insoweit grundlegenden "Silberdistel-Entscheidung" des BGH (a.a.O. S.582) sind allerdings auch Naturnachbildungen einem Urheberschutz grundsätzlich zugänglich. Die Nachbildung darf sich aber nicht als rein kunsthandwerkliche Leistung darstellen, sondern muss eine gewisse eigenschöpferische Originalität aufweisen. Davon kann hier angesichts des Umstandes, dass weder das Kind noch das Fell irgendwelche untypischen und originellen Ausprägungen aufweisen, aber keine Rede sein. Ungewöhnlich und damit originell ist allein die Verbindung beider Elemente, also die 38

Bekleidung der einem typischen Baby nachgebildeten Puppe mit einem Bärenfell. Diese Kombination mag - was der Senat nicht zu entscheiden hat - Geschmacksmusterschutz begründen, sie überragt aber Durchschnittsgestaltungen jedenfalls nicht in einem über die Anforderungen des Geschmacksmusterrechtes hinausgehenden Maße.

Entgegen der Auffassung der Klägerin kann die fehlende Schöpfungshöhe auch nicht durch eine Bekanntheit ihrer Fotos ausgeglichen werden. Ob ein Werk die erforderliche Schöpfungshöhe hat, hängt nicht davon ab, wie bekannt es ist. Es könnte zudem aus der angeblichen Bekanntheit der Photos nicht ohne weiteres auf die Bekanntheit auch der Baby Bears geschlossen werden. 39

B 40

Auch wettbewerbsrechtliche Ansprüche bestehen nicht. Die Beklagte hat nicht in unlauterer Weise den Marktzutritt der Klägerin verhindert bzw. erschwert (I) und auch die Voraussetzungen des ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutzes unter dem in Betracht kommenden Gesichtspunkt der vermeidbaren betrieblichen Herkunftstäuschung liegen nicht vor (II). 41

I 42

Eine den Unlauterkeitstatbestand des § 1 UWG erfüllende sittenwidrige Behinderung kann vorliegen, wenn der Wettbewerber ein Produkt auf dem deutschen Markt vertreibt, das einem bislang nur im Ausland vertriebenen Produkt nachgeahmt ist, und er auf diese Weise den späteren Marktzutritt des nachgeahmten Produktes in Deutschland verhindert oder erschwert (BGH WRP 76, 370 f - "Ovalpuderdose"). 43

Die insoweit zu stellenden Anforderungen sind indes nicht erfüllt. Dabei kann dahinstehen, ob den Baby Bears die für einen Nachahmungsschutz erforderliche wettbewerbliche Eigenart zukommt und ob die von der Beklagten vertriebenen Puppen tatsächlich - wie die Klägerin meint - eine Nachahmung dieser Puppen darstellen. 44

Wie eine - sogar fast identische - Nachahmung eines wettbewerblich eigenartigen Produktes ohne Hinzukommen besonderer Umstände, die die Unlauterkeit begründen, nicht wettbewerbswidrig ist (st. Rechtsprechung, vgl. z.B. die Nachweise bei Köhler/Piper UWG, § 1 RZ 490), so stellt auch nicht jedes Vorkommen auf dem Markt zugleich eine sittenwidrige Behinderung dar. Der BGH hat in der von der Klägerin herangezogenen Entscheidung "Ovalpuderdose" vielmehr eine Behinderung dann für möglich gehalten, wenn die Einführung auch auf dem deutschen Markt aufgrund konkreter Umstände zu erwarten sei. So hatte im damaligen Streitfall die Klägerin ihre streitgegenständlichen Produkte hintereinander in einer Vielzahl von europäischen Ländern auf den Markt gebracht und nach ihrer Behauptung auch alle anderen Produkte ihres Sortiments auch in Deutschland vertrieben, wozu sie hier über eine eigene Vertriebsgesellschaft verfügte. Hiervon unterscheidet sich der Sachverhalt des vorliegenden Verfahrens erheblich. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin die Baby Bears auch in Deutschland vertreiben würde, bestanden zu Beginn des Jahres 1999 nicht. Allerdings waren die Baby Bears zuvor sowohl in den USA als auch in Großbritannien auf den Markt gebracht worden. Hieraus allein konnte indes nicht die Erwartung hergeleitet werden, dass auch ein Marktzutritt in Deutschland bevorstand. Der Marktzutritt in den USA war bereits im Sommer des Jahres 1997, derjenige in Großbritannien im Frühjahr 1998 erfolgt. Anhaltspunkte für eine weitere Ausdehnung der Vertriebsländer ergaben sich allein daraus nicht. So hatte die Klägerin nicht schon in der Vergangenheit andere Produkte nach und nach im westlichen Wirtschaftsraum auf den Markt gebracht. Allein der Umstand, dass 45

ihre Photos in verschiedenen Ländern der Welt verbreitet sind, genügt insoweit nicht, weil es sich dabei um nicht vergleichbare Produkte handelt. Außerdem verfügte sie auch nicht über eine hiesige Vertriebsgesellschaft, deren Existenz auf die Absicht zukünftigen Vertriebs auch in Deutschland hätte schließen lassen können. Ebenso fehlt es an irgendwelchen in diese Richtung deutenden damaligen Verlautbarungen. Allerdings hat die Klägerin in dem ihr auf die beschriebene Weise nachgelassenen Schriftsatz vom 21.12.2001 behauptet, in den Jahren 1998 und 1999 auch auf der Nürnberger Spielwarenmesse die Puppen ausgestellt zu haben. Dieser Vortrag vermag indes ebenfalls die Klage nicht zu begründen. Angesichts der internationalen Bedeutung der Nürnberger Spielwarenmesse ist schon zweifelhaft, ob ein dortiges Ausstellen von Produkten überhaupt die Absicht erkennen lässt, zukünftig gerade - auch - in Deutschland die Produkte anzubieten. Die Präsentation auf den Messen kann auch dem Zweck gedient haben, die möglichen Absatzchancen auf den in Betracht kommenden Märkten durch Gespräche mit den Fachbesuchern zu eruieren. Die Klägerin ist auch nach der Spielwarenmesse im Jahre 1998 im gesamten anschließenden Geschäftsjahr in Deutschland mit den Puppen nicht auf den Markt gekommen. Vor diesem Hintergrund war auch aus ihrer angeblichen erneuten Präsentation auf der Nürnberger Spielwarenmesse im folgenden Jahr 1999 nicht zu entnehmen, dass dies nunmehr geschehen würde. Auch dieser Messeauftritt konnte hinsichtlich des deutschen Marktes dem bloßen Ziel dienen, lediglich mögliche für einen noch nicht konkret beabsichtigten Absatz in Betracht kommende Geschäftsverbindungen zu erkunden. Zudem ist zweifelhaft, ob die Präsentation so gestaltet war, dass die Beklagte sie bei Wahrnehmung ihrer Marktbeobachtungspflicht auch wahrnehmen musste. Es kommt schließlich hinzu, dass sich aus dem Vortrag der Klägerin der tatsächliche Eintritt einer Behinderung ohnehin nicht erkennen lässt. Der vorgetragene Umsatz von 500.000 DM allein in den ersten sechs Monaten nach Markteinführung in Deutschland belegt eine gelungene Markteinführung und lässt - wiederum abweichend von der der Entscheidung "Ovalpuderdose" des BGH zugrundeliegenden Fallgestaltung - Einbußen wegen der Marktpräsenz der Beklagten zumindest nicht als naheliegend erscheinen. Die verbleibende bloße Nachahmung als solche, wie die Klägerin sie behauptet, vermag indes Unterlassungsansprüche nicht zu begründen.

- | | |
|--|----|
| II | 46 |
| Schließlich sind die Ansprüche auch nicht unter dem Gesichtspunkt der vermeidbaren betrieblichen Herkunftstäuschung aus § 1 UWG begründet. | 47 |
| Diese setzt neben deren wettbewerblicher Eigenart u.a. voraus, dass die Baby Bears Puppen der Klägerin im Zeitpunkt der ersten Kollision auf dem deutschen Markt in hierfür ausreichender Weise bekannt waren. Das ist indes schon bei Zugrundelegung des Vortrags der Klägerin nicht der Fall. | 48 |
| Betriebliche Herkunftstäuschungen drohen nur dann, wenn das wettbewerblich eigenartige Erzeugnis, aus dem vorgegangen wird, bei nicht unerheblichen Teilen der angesprochenen Verkehrskreisen eine solche Bekanntheit erreicht hat, dass sich in relevantem Umfang die Gefahr der Herkunftstäuschung ergeben kann, wenn Nachahmungen vertrieben werden (vgl. BGH Urteil vom 8.11.2001 - 1 ZR 199/99 "Noppenbahnen"; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., § 1 UWG RZ 457). Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt. Aus diesem Grunde kann auch im vorliegenden Zusammenhang die Frage offen bleiben, worin die Elemente einer etwaigen wettbewerblichen Eigenart der Baby Bears Puppen liegen und ob bezüglich dieser Elemente überhaupt Verwechslungen drohen können. | 49 |
| Die Klägerin hat mit der Klageschrift (S.6) zwar vortragen lassen, schon seit Anfang des Jahres 1999 mit den Baby Bears auf dem deutschen Markt vertreten zu sein, aus ihrer später | 50 |

als Anlage K 13 (Übersetzung Anlage K 14) vorgelegten eidesstattlichen Versicherung vom 2.9.2000 geht indes bereits hervor, dass die Puppen erst später, nämlich erstmals am 15.4.1999, nach Deutschland versandt worden seien. In dem ihr u.a. wegen dieses Widerspruches vom Senat nachgelassenen Schriftsatz trägt die Klägerin nach Darstellung der Anbahnung von Vertriebsverträgen und deren Abschluss nunmehr abweichend vor, die von ihr als Vertreiberin eingeschaltete U. Toys Limited mit Sitz in Hong Kong habe am 22.04.1999 an die P. G. Kunstdruck- Vertriebsgesellschaft mbH & Co. KG (nachfolgend: "P.") in B. 2.856 Stück der Baby Bears versandt und unter dem 24.05.1999 an die Sch. Spiel und Freizeit GmbH (nachfolgend: "Sch. Spiele") in Be. 96 Stück verkauft. Damit steht nicht fest, dass die Baby Bears in Deutschland vor der zweiten Hälfte des Monats Mai im Handel waren. Trotz des früher anders lautenden Vortrages der Klägerin muss zugrundegelegt werden, dass erst durch die zuletzt aufgeführten Lieferungen die Produkte hier auf den Markt gekommen sind. Die Klägerin trägt auch nicht vor, wann die Lieferung in Deutschland angekommen sein soll. Nach der Lebenserfahrung kann nicht angenommen werden, dass die ausweislich der als Anlage BK 9 vorgelegten Unterlagen per Schiff von Hong Kong über Rotterdam erfolgte Lieferung den deutschen Abnehmer vor Mitte Mai 1999 erreicht hat. Aus dem Vortrag der Klägerin ergibt sich auch nicht, in welcher Weise und wann die Abnehmerin die Ware weiter distribuiert hat. Vor diesem Hintergrund kann - und zwar auch bei zusätzlicher Berücksichtigung der angeblichen späteren Belieferung der Sch. Spiele mit 96 Stück aufgrund der Auftragsbestätigung vom 24.05.1999 - nicht festgestellt werden, dass im Zeitpunkt des Marktzutrittes der Beklagten in relevantem Umfang bereits Herkunftsvorstellungen der angesprochenen Verkehrskreise bezüglich der Baby Bears Puppen existierten. Es ist auch nach dem Vortrag der Klägerin zugrunde zu legen, dass der Marktzutritt der Beklagten ebenfalls - spätestens - im Mai 1999 erfolgt ist, wie die Klägerin dies zugestanden hat. Die Klägerin ist durch Hinweis- und Auflagenbeschluss der Kammer vom 26.07.2000 darauf hingewiesen worden, dass es an einem substantiierten Vortrag dazu fehle, dass ihr auf dem maßgeblichen deutschen Markt die prioritätsälteren Rechte zustünden. Sie hat daraufhin mit Schriftsatz vom 06.09.2000 dezidiert vorgetragen, die Vertriebshandlungen der Beklagten seien in der dritten Dekade des Monats Mai 1999 erfolgt. Diesen Vortrag hat die Klägerin später mit Schriftsatz vom 17.11.2000 ausdrücklich aufgegriffen und in der anschließenden mündlichen Verhandlung vom 21.03.2001 aufrechterhalten. Damit ist die Behauptung der Beklagten, sie sei tatsächlich bereits seit Anfang des Jahres 1999 in Deutschland auf dem Markt, insoweit gem. § 288 ZPO a.F. zugestanden, als die Beklagte damit inzidenter vorgetragen hat, zumindest seit Ende Mai 1999 die Puppen in Deutschland zu vertreiben. Das Geständnis ist auch nicht gem. §§ 290, 523 ZPO a.F. wirksam widerrufen worden. Die Beklagte hat nicht Beweis dafür angeboten, dass das Geständnis der Wahrheit nicht entspreche. Die Klägerin erklärt mit dem ihr nachgelassenen Schriftsatz vom 21.12.2001, der Vortrag, wonach die Beklagte in der dritten Dekade des Monats Mai im Jahre 1999 die Puppen in Deutschland auf den Markt gebracht habe, werde korrigiert. Richtig sei vielmehr ihr ursprünglicher Vortrag in der Klageschrift, wonach ein Mitarbeiter der P. die Puppen erstmals am 20.07.2001 in einem Geschäft der R.-Kauf Kette in H. gesehen habe. Dieser Vortrag stellt schon keine plausible Erklärung dar, inwiefern der zugestandene Vortrag unrichtig sein soll. Denn der Zeitpunkt des Marktzutrittes kann nicht mit dem Zeitpunkt gleichgesetzt werden, in dem der Mitarbeiter die Puppen in dem Geschäft entdeckt hat. Zudem ist auch ein Beweis nicht angeboten. Dass in den wenigen Tagen im Mai 1999, die die Klägerin damit allenfalls vor der Beklagten auf dem Markt gewesen sein kann, sich keine ausreichenden Herkunftsvorstellungen gebildet haben können, bedarf keiner Begründung.

Das selbe würde aber auch dann gelten, wenn der Marktzutritt der Beklagten entsprechend der nunmehrigen Behauptung der Klägerin tatsächlich erst am 20.07.1999 erfolgt wäre. Es

könnte auch dann nicht festgestellt werden, dass sich bis zu diesem Zeitpunkt in dem erforderlichen Umfange im Verkehr bereits Herkunftsvorstellungen bezüglich der Baby Bears gebildet haben könnten, die Verwechslungen befürchten lassen müssten. Die angegriffenen Puppen werden bundesweit vertrieben. Auch wenn unterstellt wird, dass die beiden deutschen Abnehmer die Ware alsbald in irgendeiner Weise angeboten haben, gibt das Klagevorbringen nichts dafür her, dass der Verkehr innerhalb der zur Verfügung stehenden etwa zwei Monate hiervon in ausreichender Form Kenntnis erlangt hat. Die Klägerin trägt insbesondere nicht vor, dass etwa eine bundesweite Werbeaktion durchgeführt worden wäre. Schon die geringe Zahl von zusammen unter 3.000 Stück lässt dies auch wenig wahrscheinlich erscheinen, überdies ist über die Größe und wirtschaftliche Bedeutung der P., die die erste Lieferung und damit nahezu alle in Rede stehenden Bay Bears erhalten haben soll, nicht bekannt.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 52

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 53

Die gemäß § 546 Abs. 2 ZPO a.F. festgesetzten Beschwer der Klägerin entspricht dem Wert ihres Unterliegens im Rechtsstreit. 54

Streitwert für das Berufungsverfahren: 500.000 DM. 55