
Datum: 28.11.2003
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 51/03
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2003:1128.6U51.03.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 81 O 184/02

Tenor:

1.) Die Berufung der Beklagten gegen das am 11.4.2003 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 81 O 184/02 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass im Unterlassungstenor vor der die Tritte betreffenden Verbotsalternative b) ein "und/oder" eingefügt wird.

2.) Die Kosten des Berufungsverfahrens haben die Beklagten zu tragen.

3.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten können jedoch die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in nachbenannter Höhe abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit jeweils in derselben Höhe leistet. Es ist Sicherheit in folgender Höhe zu leisten bzw. sind folgende Beträge zu hinterlegen:

Bei Vollstreckung des Anspruches auf

a) Unterlassung 120.000 EUR;

b) Rechnungslegung 7.000 EUR;

c) Auskunft (Vertriebsweg) 5.000 EUR;

d) Kostenerstattung 120 % der zu vollstreckenden Summe.

Die Parteien können die Sicherheiten durch eine schriftliche, unwiderrufliche, unbedingte und unbefristete Bürgschaft eines im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstitutes leisten.

4.) Die Revision wird nicht zugelassen.

B e g r ü n d u n g :

1

I

2

Die Klägerin nimmt die Beklagten wegen unlauterer Nachahmung von Leitern und Tritten in Anspruch, deren wettbewerbliche Eigenart sie in der Farbe der Gestellte und den naturfarbenen hellen Holzstufen begründet sieht.

3

Wegen des Sachverhalts im übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen, die das Landgericht in der angefochtenen klagezusprechenden Entscheidung getroffen hat. Zu ergänzen ist, dass beide Parteien die Steighilfen u.a. über sog. "Katalogfirmen", also solche Vertreiber absetzen, die eine Vielzahl von verwandten Produkten in einem Katalog anbieten, in dem der Hersteller oder eine Marke der einzelnen Produkte nicht genannt werden. Ein namhafter solcher Kataloganbieter ist das Unternehmen "L + K". Dieser bietet inzwischen statt der Produkte der Klägerin diejenigen der Beklagten in seinen Katalogen an.

4

Die Beklagte verfolgt im Berufungsverfahren ihr Ziel der Klageabweisung weiter und stellt insbesondere die wettbewerbliche Eigenart der von der Klägerin hergestellten Leitern und Tritte in Abrede. Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil.

5

II

6

Die Berufung ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht die Beklagten mit der Begründung antragsgemäß verurteilt, es handele sich bei den von Ihnen vertriebenen Steighilfen um Nachahmungen, die unter dem Gesichtspunkt der vermeidbaren betrieblichen Herkunftstäuschung unlauter sind.

7

Entgegen der Auffassung der Beklagten weisen die Leitern und Tritte der Klägerin die für den ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutz aus § 1 UWG erforderliche wettbewerbliche Eigenart auf. Das ist nach gefestigter Rechtsprechung dann der Fall, wenn es sich um ein Produkt handelt, dessen konkrete Ausgestaltung oder einzelne Merkmale geeignet sind, im Verkehr auf seine betriebliche Herkunft oder auf seine Besonderheiten hinzuweisen (vgl. z.B.: BGH GRUR 96,210 f - "Vakuumpumpen"; GRUR 98,830,832 - "Les-Paul-Gitarren"; GRUR 99,751,752 - "Güllepumpen"; GRUR 00, 521,523 - "Modulgerüst"). Diese Voraussetzungen erfüllen sowohl die Leitern als auch die Tritte der Klägerin. Mit dem Landgericht, auf dessen Ausführungen auf S.12 f der angefochtenen Entscheidung daher zunächst Bezug genommen wird, sieht der Senat die Kombination der durchgängig Farbe der Leiter- und Trittgestelle mit

8

den naturfarbenen Holzstufen als herkunftshinweisend an. Diese Kombination der beiden Merkmale, die bei dem maßgeblichen Marktzutritt der Klägerin im Jahre 1957 so von einem anderen Anbieter noch nicht verwendet wurde, lässt bei dem Kunden die Vorstellung entstehen, es handele sich um eine Leiter bzw. einen Tritt, die bzw. der nicht von verschiedenen Anbietern beliebig angeboten werde, sondern von einem bestimmten Hersteller stamme, nämlich demjenigen, der seine Leiter- und Tritteserien in durchgängig grüner Farbe und mit naturfarbenen Holzstufen anbiete.

Die zur Begründung ihrer Berufung angeführte Auffassung der Beklagten, dem stehe entgegen, dass die hellen Holzstufen technisch bedingt und die grüne Färbung der Holme technisch sinnvoll seien, trifft nicht zu. Allerdings sind solche Merkmale, die technisch bedingt sind, nach der Rechtsprechung (vgl. z.B. BGH a.a.O. "Vakuumpumpen"; "Modulgerüst") nicht geeignet, die wettbewerbliche Eigenart eines Produktes zu begründen. Um derartige Merkmale, ohne die die Leitern bzw. Tritte ihre Funktion nicht erfüllen könnten, handelt es sich aber bei der Aufmachung der Stufen nicht. Die hierzu von der Beklagten angeführten und auszugsweise als Anlage B 6 vorgelegten Unfallverhütungsvorschriften einer Berufsgenossenschaft - die im übrigen eine normative und keine technische Bedingung darstellen - schreiben in § 19 Abs.1 S.1 und der dazu ergangenen Durchführungsanweisung lediglich vor, dass besonders beanspruchte Leitern und Tritte aus entsprechend widerstandsfähigen Werkstoffen hergestellt oder mit schützenden Überzügen versehen sein müssen. Die Vorschrift verlangt aber weder die Verwendung von Holzstufen noch, dass diese in ihrer hellen Naturfarbe belassen bleiben müssen. Auch die Durchführungsanweisung zu jener Bestimmung, die wegen der nur so gegebenen Erkennbarkeit eventueller Schäden im Holz als schützende Überzüge nur durchscheinende Lacke, Lasierungen und ähnliche Imprägnierungen gestattet, verbietet Einfärbungen des für die Stufen verwendeten Holzes nicht generell.

9

Ob es - insbesondere in dem von den Beklagten in Anspruch genommenen Umfang - zutrifft, dass die Verwendung der grünen Farbe für das Gestell der Steighilfen technisch sinnvoll ist, lässt der Senat offen. Auch nach dem Vortrag der Beklagten ist die Verwendung der Farbe grün für Leitern und Tritte jedenfalls nicht technisch notwendig, vielmehr können auch andersfarbige Leitern und Tritte ihre Funktion im selben Umfang erfüllen wie die Produkte der Klägerin und sind die zu verwendenden Farben daher in einem gewissen Spektrum frei wählbar. Technisch zwar bedingte aber nicht notwendige, sondern ohne Funktionsverlust frei wählbare Elemente sind indes geeignet, herkunftshinweisend zu wirken (vgl. BGH a.a.O.; Köhler/Piper UWG, 3.Aufl. § 1 Rn 611 m.w.N.). Allerdings hat der BGH - worauf die Beklagten zutreffend hinweisen - insoweit einschränkend entschieden, dass auch solche technischen Gestaltungen freizuhalten seien, die "ein vernünftiger Gewerbetreibender, der auch den Gebrauchszweck und die Verkäuflichkeit der Ware im Auge hat, dem offenbaren Stand der Technik als angemessene technische Lösung entnehmen kann" (a.a.O. - "Vakuumpumpen" S.213; vgl. auch Senat GRUR 99,765 f). Eine solche Fallgestaltung liegt hier indes nicht vor: die Farbe der Steighilfen ist für deren technische Einsatzmöglichkeiten ohne Bedeutung. Auch wenn - wie die Beklagten behaupten - die Farbe grün von dem menschlichen Auge bei geringster Anstrengung wahrgenommen wird und arbeitspsychologische Vorteile hat, kann doch angesichts der Gesamtsituation auf dem Markt die Verwendung der Farbe grün nicht als im vorstehenden Sinne angemessene und daher gemeinfreie Lösung angesehen werden. Schon die Kataloge der Parteien zeigen, dass im Leiterbereich andere Farben nicht nur vorhanden, sondern auch vorherrschend sind.

10

Ohne Erfolg verweisen die Beklagten schließlich darauf, dass es sich bei der Farbe der Leitern bzw. Tritte und der Aufmachung ihrer Stufen um ästhetisch banale Gestaltungsmittel

11

handele. Eine besondere ästhetische Gestaltungshöhe ist für die Begründung der wettbewerblichen Eigenart nicht erforderlich und jedenfalls in ihrer bei beiden Steighilfeserien vorhandenen Kombination, die so vor ihrem Marktzutritt noch von keinem Wettbewerber verwendet worden ist, verweisen diese Elemente auf den Hersteller der "grünen" Leitern.

Dabei ist den Beklagten einzuräumen, dass die wettbewerbliche Eigenart von Hause aus gering ist. Das folgt aus den erwähnten von ihnen angeführten Gründen und dem Umstand, dass es sich bei grün um eine im gewerblichen Anwendungsbereich von Steighilfen gängige Farbe handelt und die Verwendung von nicht farbig gestrichenem Holz bei technischen Geräten nicht selten ist. Die wettbewerbliche Eigenart ist jedoch durch die Bekanntheit der Produkte der Klägerin gesteigert und daher inzwischen als durchschnittlich anzusehen. Nach dem unwidersprochenen Vortrag der Klägerin, wegen dessen Einzelheiten auf die Klageschrift verwiesen wird, hat sie zwischen 1992 und 2001 in erheblichen Stückzahlen, die regelmäßig deutlich über 5.000 pro Jahr lagen und sich im einzelnen aus der auf Bl.20 dargestellten Übersicht ergeben, ihre Steighilfen abgegeben. Schon daraus ergibt sich eine erhebliche Bekanntheit der Klägerin als Herstellerin der streitgegenständlichen Leitern und Tritte. Diese Bekanntheit dokumentiert sich im übrigen in dem als Anlage K 7 von ihr vorgelegten demoskopischen Gutachten. Danach haben 41,8 % der befragten häufigen oder gelegentlichen Käufer derartiger im gewerblichen Bereich eingesetzter Leitern die abgebildeten Leitern der Klägerin zugeordnet. Die erstinstanzlich geäußerten Einwände der Beklagten gegen das Gutachten gehen fehl. Das Gutachten behält auch dann seine Aussagekraft, wenn sich die Bekanntheitsverhältnisse seit dem Schluss der ihm zugrundeliegenden Erhebungen zu Gunsten der Beklagten verschoben haben sollten. Denn die Auswirkungen ihres rechtswidrigen Verhaltens während des Prozesses können den Beklagten aus Rechtsgründen nicht zu Gute kommen. Dass auf den den Befragten bildlich präsentierten Steighilfen die Herstellerzeichen unkenntlich gemacht worden waren, ist kein Mangel des Gutachtens sondern repräsentiert die Situation des Einkaufs über den Kataloghandel, bei dem die in den Katalogen verwendeten Abbildungen ebenfalls diese Zeichen nicht aufweisen. Die weiteren Einwände der Beklagten beziehen sich auf ihre eigene Bekanntheit und ändern daher nichts an der Richtigkeit der Feststellung des Gutachters, wonach 41,8 % der häufigen oder gelegentlichen Käufer der streitgegenständlichen Steighilfen diese der Klägerin zugeordnet haben.

12

Steht damit die wettbewerbliche Eigenart mittleren Umfangs der klägerischen Steighilfen, und zwar sowohl der Leitern als auch der Tritte jeweils in allen angebotenen Größen, fest, so hat das Landgericht auch zutreffend die Gefahr von betrieblichen Herkunftstäuschungen festgestellt. Diese besteht deswegen, weil es sich bei den angegriffenen Produkten der Beklagten jeweils um einen fast identischen Nachbau handelt, weswegen im übrigen auch eine nur geringe wettbewerbliche Eigenart zum Schutz der klägerischen Produkte ausreichen würde (vgl. BGH a.a.O. "Vakuumpumpen", S.211). Die von den Beklagten in erster Instanz angesprochenen marginalen Unterschiede reichen angesichts der im übrigen durchgängig vorhandenen Übereinstimmungen zur Vermeidung von Verwechslungen nicht aus. Die Steighilfen werden im handwerklichen und industriellen Bereich vertrieben und deswegen von technisch versierten Abnehmern erworben. Auch diese werden indes bei durchschnittlicher Aufmerksamkeit in erheblicher Zahl die Unterschiede nicht erkennen und deswegen Herkunftstäuschungen unterliegen.

13

Für die Entscheidung ist ohne Bedeutung, ob der einzelne Interessent, der im Zeitpunkt der Auswahl das Produkt der Beklagten vor sich sieht, die von den Beklagten erstinstanzlich aufgeführten Abweichungen erkennen und bemerken wird, dass die Produkte beider Parteien sichtbare und unterschiedliche Herstellerbezeichnungen aufweisen.

14

Unstreitig werden die in Rede stehenden Produkte nämlich branchenüblich weitgehend über Händlerkataloge vertrieben, also solche Kataloge, in denen einzelne Händler unterschiedliche Produkte verschiedener Hersteller anbieten. In diesen Katalogen werden die angebotenen Produkte durch Abbildungen präsentiert, die unter den gegebenen Umständen die Gefahr betrieblicher Herkunftstäuschungen begründen. Auch die Parteien vertreiben ihre Produkte durch Händler, die ihre Ware auf diese Weise anbieten, die Beklagte zu 1) setzt auf diese Weise 80 % ihrer Leitern und Tritte ab. Dabei verwenden die Beklagten - wie z.B. aus dem Anlagenkonvolut K 20 ersichtlich ist - die in dem landgerichtlichen Verbotstenor wiedergegebenen Abbildungen. Auf diesen Abbildungen ist die Herstellerkennzeichnung nicht zu sehen. Entsprechend einer Übung in derartigen Katalogen, in deren Textteil sich ebenfalls keine Angabe des Herstellers findet, werden auch die Produkte der Klägerin auf diese Weise vertrieben, ohne dass sich aus dem Katalog lesbare Herstellerhinweise ergeben. Der Einkäufer ist damit in der Situation ein Produkt zu kaufen, von dem er zwar weiß, dass es nicht von dem Verkäufer und Herausgeber des Katalogs stammt, aber auch nicht positiv feststellen kann, wer der Hersteller ist. In dieser Situation droht die Gefahr, dass solche Interessenten, die die Produkte der Klägerin kennen und ihr zuordnen, Leitern oder Tritte bestellen, die tatsächlich von der Beklagten stammen. Denn auf den Abbildungen sehen die Steighilfen - wie eine Gegenüberstellung der im Tenor der angefochtenen Entscheidung dokumentierten bildlichen Darstellungen mit denen der klägerischen Produkte, wie sie z.B. auf den Seiten 1.21 und 1.27 ihres Kataloges " Leitern 2000" wiedergegeben sind - nahezu identisch aus. Erkennbar ist allenfalls, dass nur die klägerischen Leitern zur Unterstützung der untersten Stufe eine Diagonalversteifung aufweisen und die Verbindung beider Leiterseiten unterschiedlich ausgestaltet ist. Es ist indes schon davon auszugehen, dass auch der aufmerksame Kunde diese unauffälligen Details nicht wahrnehmen wird. Überdies wird er der noch am ehesten auffälligen fehlenden Diagonalverstrebung keine unterscheidende Funktion beimessen und annehmen, es handele sich um eine Variante in der Angebotspalette der Klägerin, die bei dem konkret angebotenen Produkt aus technischen Gründen nicht erforderlich und deswegen nicht angebracht worden sei.

15

Die mithin im Rahmen des Vertriebs über Händlerkataloge drohende Gefahr betrieblicher Herkunftstäuschungen ist auch vermeidbar. Es steht den Beklagten frei, durch die Verwendung z.B. einer anderen Farbe einen ausreichenden Abstand zu den Produkten der Klägerin zu schaffen. Aus den bereits dargestellten Gründen ist die Farbe "grün" nicht technisch vorgegeben, dasselbe gilt für die Art und konkrete Ausstattung der Stufen. Allein der Umstand, dass ihr Hauptabnehmer, die Kataloghändlerin L + K, sich hinsichtlich der Frage eines Wechsels der Farbe reserviert gezeigt haben soll, macht die Verwendung einer anderen Farbe als " für die Beklagten nicht unzumutbar. Der Vertrieb von in unlauterer Weise nachgeahmten Produkten ist nicht deswegen zulässig, weil der Nachahmer mit dem beanstandeten Produkt Markterfolge erzielt hat und aus diesem Grunde bei einem Wechsel der Ausstattung mit einem Absatzrückgang rechnen muss.

16

Die Unlauterkeit des Verhaltens der Beklagten wird im übrigen zusätzlich durch die Umstände geprägt, die zu ihrer Listung bei dem Unternehmen L + K geführt haben. Diese führende Kataloghändlerin, deren Kataloge in einer Gesamtauflage von etwa 1,2 Mio. im Jahr erscheinen, hatte seit Beginn der 70-iger Jahre bis einschließlich 1999 die Produkte der Klägerin, und zwar insbesondere auch die hier streitgegenständlichen Steighilfen, in ihrem Sortiment. Im Jahre 1998 wandte sie sich im Rahmen einer Auseinandersetzung mit der Klägerin mit der Bitte an die Beklagten, ob die Beklagte zu 1) eine Serie von Leitern und Tritten für sie herstellen könne, die mit denjenigen der Klägerin identisch sei. Dem kamen die Beklagten durch die Produktion der angegriffenen Leiter- und Tritteserien nach und schlossen so die Lücke, die durch das Ausscheiden der Klägerin entstanden war. Dieses gezielte und

17

für den Abnehmer nicht feststellbare Übernehmen der Position der Klägerin in dem führenden Händlerkatalog führt zu Verwechslungen insbesondere bei den Kunden der Vertreiberin L + K, die bereits in der Vergangenheit über deren Katalog eine Steighilfe erworben haben und nun anhand der nahezu identischen Abbildungen und wegen des Fehlens jeglicher lesbarer Herstellerangaben erwarten müssen, es handele sich weiterhin um ein Produkt der Klägerin. Derartige gezielt bewirkte und vermeidbare Herkunftstäuschungen stellen sich im Sinne des § 1 UWG als unlauter dar, zumal die Beklagten auch nicht nur einzelne Produkte, sondern jeweils die gesamte Serie sowohl der Leitern als auch der Tritte, und damit insgesamt etwa 50 Produkte auf Bestellung der Kataloghändlerin L + K systematisch nachbauen.

Die mithin gem. § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt der vermeidbaren betrieblichen Herkunftstäuschung unlauteren Nachahmungen der Produkte der Klägerin begründen die klägerischen Ansprüche. Diese sind - soweit sie in erster Instanz zuletzt noch geltend gemacht und von dem Landgericht zuerkannt worden sind - nicht verjährt. Ebenso liegen allein wegen des Zeitablaufes von 2 1/2 Jahren zwischen dem Marktzutritt der Beklagten und der Klageerhebung die Voraussetzungen der Verwirkung nicht vor. Das bedarf keiner näheren Begründung, weil sich die Beklagten auf beide Einwände im Berufungsverfahren nicht mehr im einzelnen berufen. 18

Die Berufung der Beklagten ist aus diesen Gründen zurückzuweisen. Eine Einschränkung des Unterlassungstenors allein auf die Abbildungen der Produkte im Katalog ist nicht geboten. Denn die geschilderten Verwechslungen drohen nicht deswegen, weil die verwendeten Abbildungen qualitativ schlecht wären und die Steighilfen nicht gut genug erkennen ließen, vielmehr sind die angegriffenen Leitern und Tritte denjenigen der Klägerin so ähnlich, dass bei jeglicher Abbildung in Katalogen Verwechslungen drohen. Händlerkataloge sind zudem branchenüblich und der gängige Vertriebsweg der Beklagten. 19

Der Senat stellt durch die ausdrückliche Verbindung beider Verbotsalternativen mit "und/oder" lediglich - entsprechend dem Begehren der Klägerin - klar, dass das Verbot sich nicht nur kumulativ auf Leitern und Tritte bezieht, sondern auch alternativ für Leitern oder Tritte gilt. 20

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs.1 ZPO. 21

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 22

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision gem. § 543 ZPO liegen nicht vor. Der Rechtsstreit hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch ist zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des BGH erforderlich. Der Senat wendet lediglich die höchstrichterlich entschiedenen Grundsätze zur vermeidbaren betrieblichen Herkunftstäuschung auf den vorliegenden Einzelfall an. 23

Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt nach Maßgabe des Senatsbeschlusses vom 22.5.2003 insgesamt 120.000 EUR. 24