
Datum: 17.11.2006
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 78/06
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2006:1117.6U78.06.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 81 O 184/05
Normen: § 4 Nr. 9 a, b UWG

Tenor:

1.

Die Berufung der Beklagten gegen das am 10.03.2006 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 81 O 184/05 - wird zurückgewiesen.

2.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Beklagten.

3.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

4.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin stellt Spielzeug her und vertreibt dieses, u.a. unter der Bezeichnung D. ein aus Klemmbauelementen bestehendes Bauspielzeug für Kinder. Hinsichtlich der äußeren Aufmachung der D. wird auf die als Anlage K 1 vorgelegten Originalbausteine Bezug genommen. Die bei den Klemmbauelementen verwendeten Scharnierverbindungen sind patentrechtlich geschützt durch das europäische Patent F X XXX XXX B1, an welchem die Klägerin eine Lizenz besitzt.

Die Beklagte zu 1), deren Geschäftsführer der Beklagte zu 2) ist, betreibt einen Großhandel für Spielwaren. Sie bietet unter der Bezeichnung "X-T." Klemmbausteine an, wie aus der die originale Ware darstellenden Anlage K 11 ersichtlich, welche mit den D. der Klägerin nicht verbaubar sind.

Die Klägerin hält die X-T. für eine nahezu identische Nachahmung ihrer D. und hat die Beklagten unter ausschließlich wettbewerbsrechtlichen Aspekten, insbesondere wegen des Vorwurfs einer vermeidbaren betrieblichen Herkunftstäuschung, auf Unterlassung des Vertriebs, Auskunftserteilung, Schadensersatzfeststellung und Erstattung vorgerichtlicher Abmahnkosten von 1.421,70 € in Anspruch genommen.

Die Klägerin hat beantragt,

1.

die Beklagten zu verurteilen, es unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000 €, für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, ersatzweise Ordnungshaft, oder von Ordnungshaft bis zu 6 Monaten zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Spielzeug in Form so genannter Klemmbauelemente anzubieten, zu bewerben, feilzuhalten und/oder in den Verkehr zu bringen, die gekennzeichnet sind durch

- eine quadratische Grundplatte,
- an der auf zwei gegenüberliegenden Seiten vier rundläufige so genannte Aufnahmeelemente mit einer kreisrunden Öffnung
- und an den übrigen beiden sich ebenfalls gegenüberliegenden Seiten zwei parallel verlaufende rundläufige so genannte Einführelemente angebracht sind,
- die an ihren jeweiligen Außenseiten kreisrunde Vorsprünge aufweisen,
- welche zwischen die mittleren Aufnahmeelemente eines anderen entsprechenden Klemmbauelements eingeführt werden können, so dass mehrere Klemmbauelemente nach Art einer Scharnierverbindung beweglich miteinander verbunden sind,

wie nachstehend wiedergegeben:

2.

die Beklagten weiter zu verurteilen, der Klägerin Auskunft zu erteilen, in welchem Umfang sie seit dem 09.06.2005 Handlungen gem. Ziff. 1 bisher begangen haben, und zwar unter Angabe

- a. der Namen und Anschriften des/der Lieferanten, des/der Hersteller sowie der Namen und Anschriften der gewerblichen Abnehmer und Angebotsempfänger der Beklagten zu 1), 16
- b. der Liefermenge, Lieferzeiten, Lieferpreise der in Ziff. 1 wiedergegebenen Gegenstände, der jeweiligen, Verkaufszeitpunkte und -preise sowie der Angebotsmengen, Angebotszeiten und Angebotspreise, 16
- c. der getätigten Umsätze, der Gestehungskosten und sämtlicher Kostenfaktoren sowie des erzielten Gewinns der Beklagten zu 1), jeweils aufgeschlüsselt nach Kalendermonaten und Euro-Werten, 16
- d. die Art und des Umfangs der betriebenen Werbung sowie der hierfür getätigten Werbeaufwendungen der Beklagten zu 1) , und zwar aufgeschlüsselt nach Werbemedium, Verbreitungsgebiet, Auflagenhöhe, Kalendermonaten und Euro- Werten. 16

3. 17

festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet sind, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch die in Ziff. 1 bezeichneten Handlungen seit dem 09.06.2005 bisher entstanden ist und noch entstehen wird. 18

4. 19

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen 1.421,70 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 20 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit an die Klägerin zu zahlen. 20

Die Beklagte hat beantragt, 21

die Klage abzuweisen. 22

Mit Urteil vom 10.03.2006, auf dessen tatsächliche Feststellungen gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ergänzend Bezug genommen wird, hat das Landgericht der Klage stattgegeben. Zur Begründung hat die Kammer ausgeführt, dass sich die angegriffenen Bausteine als unlautere Nachahmung der klägerischen Produkte i.S. des § 4 Nr. 9 a UWG darstellten. Gegen diese Beurteilung wenden sich die Beklagten mit der Berufung. Mit ihrem Rechtsmittel verfolgen sie das Ziel der Klageabweisung weiter, wobei sie insbesondere ihre Behauptung wiederholen und vertiefen, dass sämtliche Gestaltungsmerkmale der D. technisch bedingt seien und die in ihnen verkörperte technische Konstruktionslösung nicht ohne Qualitätsverlust abgewandelt werden könne. Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil. 23

II. 24

Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg. Zu Recht hat das Landgericht Ansprüche der Klägerin aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz bejaht. Die X-T. stellen sich als wettbewerbsrechtlich unlautere Nachahmung der klägerischen D. i.S. von §§ 3, 4 Nr. 9 a UWG dar. 25

1. 26

Ansprüche aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz gegen die Verwertung eines fremden Leistungsergebnisses gemäß §§ 3, 4 Nr. 9 a UWG sind dann 27

begründet, wenn bei dem Vertrieb von Nachahmungen eines Erzeugnisses die Gefahr einer Herkunftstäuschung besteht und der Nachahmer zumutbare und geeignete Maßnahmen zur Vermeidung der Verwechslung unterlassen hat (ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs; vgl. zuletzt BGH GRUR 2005, 600 - Handtuchklemmen; BGH WRP 2005, 88 - Puppenausstattungen). Dieser ergänzende wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz gegen eine vermeidbare Herkunftstäuschung hat nicht nur zur Voraussetzung, dass das nachgeahmte Erzeugnis bei den maßgeblichen Verkehrskreisen eine gewisse Bekanntheit erlangt hat, sondern es muss wettbewerbliche Eigenart besitzen. Die erforderliche, nämlich im Fall der Nachahmung die Gefahr der Herkunftstäuschung begründende wettbewerbliche Eigenart ist gegeben, wenn die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale des Erzeugnisses geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen (BGH a.a.O.). Diese Voraussetzungen lassen sich im Streitfall feststellen. Die D. verfügen über mindestens durchschnittliche wettbewerbliche Eigenart. Sie zeichnen sich nämlich durch eine Reihe von Merkmalen aus, die in ihrer Kombination geeignet sind, auf die betriebliche Herkunft der solcherart gestalteten Klemmbausteine hinzuweisen.

Der Gesamteindruck der Bausteine wird maßgeblich geprägt durch die quadratische Grundplatte und die spezifische Form der an ihren Seiten angebrachten, halbrund geformten und bei den Aufnahmeelementen mit zylindrischen Zwischenstücken versehenen Klemmelemente, welche zum Zweck des beweglichen Verbindens der einzelnen Steine Scharnierfunktion erfüllen. Infolge der geometrischen Grundform und der regelmäßigen Art der Anbringung der äußeren Einführ- bzw. Aufnahmescharnierelemente wird eine gefällige symmetrische Anmutung hervorgerufen, die, wie die Kammer richtig bemerkt hat, an ein Insekt erinnert. Diese spezifische und zur wettbewerblichen Eigenart der Klemmbausteine führende Gestaltung findet sich in vergleichbaren Bauspielzeugen anderer Wettbewerber nicht wieder. Das wettbewerbliche Umfeld unterscheidet sich vielmehr nachhaltig, wie insbesondere die von den Beklagten in Bezug genommenen Produkte der Hersteller Q. International, K. International und C.-Technik augenfällig zeigen. Deren aus den Anlagen B 6 bis B 8 ersichtliche Klemmbausteine verdeutlichen die erhebliche Variationsbreite, die zur Gestaltung von demselben Zweck dienendem Spielzeug für Kinder ab etwa 3 – 4 Jahren zur Verfügung steht. Es werden zwar durchgehend relativ flach gehaltene und geometrisch, wenn auch nicht notwendig als Quadrat geformte Grundplatten verwendet. Aus den Abbildungen der Konkurrenzprodukte ist indes deutlich zu erkennen, dass diverse technische Möglichkeiten bestehen, mittels an dieser Grundplatte angebrachter verschiedenartiger – und sämtlich von denen der D. technisch und optisch stark abweichender - Aussparungen bzw. Auskragungen eine Klemmfunktion zu erreichen mit der Folge, dass auch der Gesamteindruck jeweils ein gänzlich anderer ist.

28

Es ist unschädlich, dass die vorbezeichneten Gestaltungselemente der D. – auch – technisch bedingt sind. Die wettbewerbliche Eigenart kann sich nämlich auch aus Merkmalen ergeben, die zwar durch den Gebrauchszweck vorgegeben und also technisch bedingt, aber dennoch willkürlich wählbar und austauschbar sind (BGH GRUR 2005, 600, 602 - Handtuchklemmen). So liegt der Fall hier. Die Gestaltungslösung der Klägerin kombiniert technische nicht variable Notwendigkeiten mit gleichermaßen technisch erforderlichen, gleichzeitig aber frei wählbaren Merkmalen. Zu letzteren Merkmalen zählen unter anderem die zylindrischen Zwischenstücke der beiden seitlichen Aufnahmeelemente. Diese dienen der Verbesserung der Scharnierfunktion und erfüllen also einen technischen Zweck, sind aber gleichwohl variabel. Wie das Beispiel der in gleichem Maße funktionstüchtigen und in sich stabilen X-T. zeigt, können die fraglichen Zwischenstücke nämlich im Umfang reduziert oder sogar – wie eben bei den angegriffenen Steinen – zur Gänze weggelassen werden.

29

Der Senat ist im Übrigen ebenso wie schon die Kammer davon überzeugt, dass Entsprechendes nicht nur für die zylindrischen Zwischenstücke, sondern weitergehend auch für die jeweils äußeren halbrunden Teile der Aufnahmeelemente gilt. Der Senat hat sich anhand der von der Klägerin vorgelegten Anlage BB 1 darüber vergewissert, dass diese Elemente ohne funktionelle Einbußen vollständig weggelassen werden könnten. Baut man nämlich X-T., an welchen die jeweils äußeren Teile der Aufnahmeelemente entfernt worden sind, in einer der eigentlichen Spielfunktion entsprechenden und also verbundenen Weise zusammen, wie dies in der fraglichen Anlage BB 1 exemplarisch erfolgt ist, so zeigt sich, dass das entstehende Gebilde ebenso stabil zusammengefügt ist wie ein entsprechendes, aus X-T. mit Seitenelementen bzw. ein aus D. gebautes. Sofern den Seitenteilen also überhaupt eine technische Funktion als Abstandhalter zukommen sollte, wie dies die Beklagten anführen, so handelt es sich zumindest um eine frei wählbare und austauschbare. Bei dieser Sachlage kommt aber die von den Beklagten beantragte Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage fehlender technischer Varianten nicht in Betracht.	30
2.	31
Es ist unstreitig, dass die seit September 2002 in Deutschland vertriebenen D. aufgrund der erzielten Umsätze und der betriebenen Werbeanstrengungen bei den maßgeblichen Verkehrskreisen über eine gewisse Bekanntheit (vgl. hierzu BGH a.a.O. – Handtuchklemmen; BGH a.a.O. - Jeans) verfügen.	32
3.	33
Das Landgericht hat zutreffend festgestellt, dass die angegriffenen Klemmbausteine sich als unlautere Nachahmung der wettbewerblich eigenartigen D. der Klägerin darstellen.	34
a)	35
Zwar ist zu bedenken, dass ein ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz selbst dann ausgeschlossen sein kann, wenn die übernommenen Gestaltungsmerkmale eine Herkunftstäuschung zwar bewirken, diese Merkmale aber dem freizuhaltenden Stand der Technik angehören und unter Berücksichtigung des Gebrauchszwecks, der Verkäuflichkeit der Ware sowie der Verbrauchererwartung der angemessenen Lösung einer technischen Aufgabe dienen (vgl. BGH a.a.O. - Handtuchklemmen). Unlauter handelt indes, wer die frei wählbaren angemessenen technischen Mittel zur Gestaltung eines Produkts übernimmt und solcherart das Original identisch oder nahezu identisch nachbaut. So liegt der Fall aber hier. Die X-T. der Beklagten übernehmen die prägenden Elemente der klägerischen Produkte, auch soweit diese willkürlich wählbar sind, nahezu identisch mit der Folge, dass auch die Gesamtanmutung eine sehr ähnliche ist.	36
Ebenso wie bei den D. wird mit praktisch vollständig entsprechenden Abmessungen eine quadratische Grundplatte mit in bestimmter symmetrischer Weise seitlich angebrachten, halbrund geformten Einführ- und Aufnahmeelementen kombiniert.	37
Der einzige mit bloßem Auge feststellbare Unterschied ist der Umstand, dass die bei den D. verwendeten – technisch indes, wie ausgeführt, nicht notwendigen - zylindrischen Zwischenstücke der Aufnahmeelemente nicht übernommen worden, sondern als Leerraum belassen worden sind. Die fehlende Übereinstimmung nur in diesem Detail führt zwar aus dem Bereich einer vollkommen identischen Übernahme heraus. Es bleibt aber dennoch eine die Gefahr von Herkunftsverwechslungen begründende hohe Ähnlichkeit deshalb, weil wegen der im Übrigen gleichartig geformten Scharnierelemente, auch soweit den	38

Aufnahmeelementen ein äußeres Seitenteil belassen worden ist, der Gesamteindruck eines X-T. ebenso wie der eines D. der eines Insekts ist.

b) 39

Die klägerischen Ansprüche scheitern auch nicht deshalb, weil die Beklagte mittels bestimmter Kennzeichnungen in Form des Buchstabens "X" das Notwendige getan hätte, Herkunftstäuschungen unmittelbarer Art zu vermeiden. 40

Das "X"-förmige Bauteil ist infolge seiner Anbringung in dem Hohlraum unter der quadratischen Grundplatte der X-T. schon nicht geeignet, dem angesprochenen Verkehr im maßgeblichen Zeitpunkt spätestens des Kaufs (vgl. BGH GRUR 2005, 349 – Klemmbausteine III) überhaupt aufzufallen, weil er der Baustein-Unterseite typischerweise keine Aufmerksamkeit schenken wird. 41

Soweit auf der Oberfläche der X-T. ein "X" aufgebracht ist, ist die Prägung so schwach, dass sie je nach Lichteinfall und Betrachtungswinkel kaum bis gar nicht wahrnehmbar ist. 42

Außerdem ist schon im Ansatz nicht ersichtlich, dass die Betonung des namengebenden Buchstabens "X" überhaupt geeignet wäre, auf den Betrieb der Beklagten zu verweisen, zumal das "X" in seiner Ausformung auf der Bausteinunterseite auch schlichte Versteifungsfunktion für die dünnen Seitenwände haben könnte. 43

Es kann dahin stehen, ob die Beklagten ihre erstmals in der Berufungsbegründung aufgestellte Behauptung, auf ihren Produktverpackungen einen allgemeinen Hinweis angebracht zu haben, der Artikel solle nicht mit anderen Produkten verwechselt werden, zulässig im Sine des § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO in das Rechtsmittelverfahren eingeführt haben. Ein derartiger Hinweis wäre unter keinem Gesichtspunkt geeignet, eine abweichende Beurteilung herbeizuführen. Sofern es sich um eine nach Abschluss der ersten Instanz erfolgte Veränderung der Verpackungsgestaltung handeln sollte, würde zwar der Novenausschluss nicht greifen, indes eine aus der ursprünglichen Vertriebssituation herzuleitende Wiederholungsgefahr deshalb nicht entfallen. 44

Im Übrigen wäre ein derartiger Verpackungshinweis auch nicht tauglich, einer unlauteren Herkunftstäuschung entgegen zu wirken. Er könnte denjenigen Verbraucher nicht schützen, der in der Kaufsituation angesichts des angegriffenen Produkts einen einmal gesehenen, tatsächlich aber von der Klägerin stammenden Baustein irrig wiederzuerkennen glaubt. Die Rechtsprechung hat entsprechenden Hinweisen denn auch im Zusammenhang mit unlauteren Rufanlehnungen und –ausbeutungen i.S. des § 4 Nr. 9 b UWG (vgl. BGH a.a.O. – Klemmbausteine III), nicht aber bei Herkunftstäuschungen der hier fraglichen Art eine entscheidende rechtliche Bedeutung beigemessen. 45

4. 46

Die Kostenfolge ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO. 47

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 48

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor, nachdem der Entscheidungsschwerpunkt im tatrichterlichen Bereich liegt und die berührten grundsätzlichen Rechtsfragen bereits eine Klärung durch die zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs gefunden haben. 49

