
Datum:	10.06.2009
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	6. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	6 U 210/08
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2009:0610.6U210.08.00

Tenor:

I.) Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 25.9.2008 abgeändert und wie folgt neugefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, es unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder von Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, in der Bundesrepublik Deutschland im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs

1. Baby-Löffel wie nachstehend abgebildet

[Hier wurde ein Bild entfernt]

2. Baby-Bürsten und -kämmen wie nachstehend abgebildet

[Hier wurde ein Bild entfernt]

3. Baby-Trinkflaschen wie nachstehend abgebildet

[Hier wurde ein Bild entfernt]

anzubieten und/oder zu bewerben und/oder zu vertreiben.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

II.) Die Kosten des Verfahrens erster Instanz tragen die Klägerin zu

65 % und die Beklagte zu 35 %; die Kosten des Berufungsverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

III.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung des Unterlassungsausspruchs durch Sicherheitsleistung in Höhe von 36.000 € abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Hinsichtlich des Kostenausspruchs können die Parteien die Vollstreckung durch die andere Partei jeweils durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

IV.) Die Revision wird nicht zugelassen.

V.) Streitwert für das Berufungsverfahren: 80.000 €.

GRÜNDE :

I.

Wegen des Sachverhalts wird gem. § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. Das Landgericht hat die Beklagte gemäß den von der Klägerin zuletzt gestellten Anträgen in vollem Umfang verurteilt, es zu unterlassen, die im Tenor genannten sowie drei weitere Produkte, nämlich zwei verschiedene Baby-Trinkflaschen und einen Baby-Trinkbecher anzubieten, zu bewerben und/oder zu vertreiben. Mit der Berufung, mit der die Beklagte die vollständige Klageabweisung begehrt, hat sie insbesondere ihren Vortrag vertieft, sie habe nicht beabsichtigt, die angegriffenen Produkte in Deutschland zu vertreiben; sie habe diese lediglich zu dem Zweck auf der Messe "Kind & Jugend" in Köln vorgeführt, um ihre Leistungsfähigkeit zu demonstrieren. Zudem macht sie geltend, eine Verwechslungsgefahr sei ausgeschlossen zum einen wegen der besonderen Aufmerksamkeit, die Käufer von Baby-Artikeln der Frage, wer Hersteller eines Produkts ist, widmete, zum anderen, weil auf der Messe nur Fachpublikum anwesend gewesen sei. Zudem habe das Landgericht die Bedeutung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs "Klemmbausteine III" (BGH GRUR 2005, 349) verkannt. Schließlich habe das Landgericht sich nicht hinreichend mit der Frage der wettbewerblichen Eigenart der angreifenden Produkte befasst und verkannt, dass der Abstand der angegriffenen Produkte zu den Produkten der Klägerin so groß sei, dass die Gefahr von Verwechslungen nicht bestehe. Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil.

II.

1

2

3

4

5

Die Berufung hat teilweise Erfolg und führt zur Abweisung der Klage hinsichtlich der im landgerichtlichen Tenor unter den Nummern 1, 3 und 4 angeführten beiden Baby-Trinkflaschen und des Baby-Trinkbechers; im Übrigen ist die Berufung unbegründet.

A.

6

1. Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte darauf, sie habe die angegriffenen Produkte nicht angeboten. Anbieten ist jede Handlung, die auf den Vertrieb gerichtet ist, einschließlich der Werbung (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG 27. Aufl., § 4 Rdn. 9.39). Es spricht daher viel dafür, dass bereits darin ein Anbieten liegt, dass die Beklagte die Produkte auf einer Messe in Deutschland ausgestellt hat. Dies kann aber dahinstehen. Denn es darf jedenfalls vermutet werden, dass die Beklagte die auf der Messe ausgestellten Produkte auf Nachfrage zum Vertrieb auf dem deutschen Markt bereitgestellt hätte. Daher besteht jedenfalls eine Erstbegehungsgefahr. Die Erklärung der Beklagten, sie habe nie beabsichtigt, die Produkte in Deutschland anzubieten, genügt nicht, um diese Erstbegehungsgefahr auszuräumen. Notwendig wäre vielmehr eine Erklärung, dies auch tatsächlich in Zukunft zu unterlassen (vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, 27. Aufl., § 8 Rdn. 1.26). Zu einer solchen Erklärung ist die Beklagte, wie sie in der mündlichen Verhandlung deutlich gemacht hat, nicht bereit.

7

2. Zu Unrecht meint die Beklagte auch, eine Herkunftstäuschung sei bereits deshalb ausgeschlossen, weil – wie sie behauptet – auf der Messe nur Fachpublikum anwesend gewesen sei und sie dort die betriebliche Herkunft deutlich gemacht habe. Die (Erst-) Begehungsgefahr besteht nicht nur hinsichtlich des Angebots der streitgegenständlichen Produkte auf einer Fachmesse, sondern schließt auch ein, dass diese Produkte über Zwischenhändler in den Einzelhandel gelangen und dort Endkunden, also Verbrauchern, angeboten werden.

8

Soweit sich die Beklagte darauf beruft, Käufer solcher Baby-Artikel würden eine besondere Aufmerksamkeit auf die Person des Herstellers richten und daher sei eine Verwechslung ausgeschlossen, kann dem ebenfalls nicht gefolgt werden. Für einen solchen Erfahrungssatz hat die Beklagte nichts vorgetragen und er ergibt sich auch nicht ohne weiteres aus der allgemeinen Lebenserfahrung. Vielmehr wird der Verkehr grundsätzlich davon ausgehen, dass Baby-Artikel, die in Deutschland angeboten werden, die einschlägigen Grenzwerte einhalten und daher hinreichend sicher sind, so dass es nicht erforderlich erscheint, der Person des Herstellers dieser Produkte besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Schließlich gibt es auch im Bereich der Baby-Artikel mehr preis- denn qualitätsbewusste Käufer. So bietet die Klägerin ihre Produkte in Geschäften der Handelsketten "X." und "U." an, deren Angebot sich an solche Verbraucher richtet. Zudem vertreibt sie ihre Produkte teilweise unter der Handelsmarke einer Drogeriekette. Auch dies belegt, dass eine Vermarktung von Baby-Artikeln auf eine Weise, bei der die Person des tatsächlichen Herstellers der Produkte in den Hintergrund tritt, nicht unüblich ist.

9

3. Entgegen der Auffassung der Beklagten ergibt sich aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs "Klemmbausteine III" (BGH GRUR 2005, 349) nicht, dass die Verwechslungsgefahr ausgeschlossen ist, wenn ein Produkt in einer Umverpackung mit Herstellerangabe verkauft wird. Die Beklagte weist zwar zu Recht darauf hin, dass für die Frage der Verwechslungsgefahr auf den Zeitpunkt der Kaufentscheidung abzustellen ist (s. auch bereits BGH GRUR 2001, 443 – Vienetta). Beide Fälle unterscheiden sich aber wesentlich von dem vorliegenden. Hier ergibt sich die Verwechslungsgefahr daraus, dass ein Verbraucher die Produkte der Klägerin im Gebrauch durch andere Kleinkinder sieht, diese – soweit die Produkte der Klägerin wettbewerbliche Eigenart aufweisen – einem bestimmten, wenn auch nicht namentlich zu benennenden Hersteller zuordnet und im Zeitpunkt der

10

Kaufentscheidung die Produkte der Beklagten für diejenigen hält, die er zuvor gesehen hat. Dieser Gefahr könnte durch eine Umverpackung der angegriffenen Produkte nur dann begegnet werden, wenn die Verpackung die äußere Gestaltung der angegriffenen Produkte vollständig verbergen würde. Eine solche Umverpackung wäre aber im Bereich der streitgegenständlichen Produkte völlig ungewöhnlich, weil der Verbraucher sehen will, wie das Produkt, das zu erwerben er beabsichtigt, aussieht. Auch die Beklagte hat nicht vorgetragen, dass sie entgegen aller Branchenüblichkeit ihre Produkte auf eine solche Weise verpacken würde. Die Möglichkeit einer solchen Verpackung kann daher ausgeschlossen werden. Der der Entscheidung "Klemmbausteine III" zugrunde liegende Sachverhalt unterscheidet sich hiervon dadurch, dass der Verkehr Klemmbausteine wegen der überragenden Bekanntheit von M.-Produkten zunächst allein diesem Hersteller zuordnet. Ein Verpackungshinweis, wonach es sich um eine andere Serie handelt, reicht daher aus, um dem Verkehr deutlich zu machen, dass die dort angegriffenen Klemmbausteine nicht von M. stammen. In "Vienetta" hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich bestätigt, dass eine Verwechslungsgefahr dadurch entstehen kann, dass der Verkehr das nachgeahmte Produkt in unverpackter Form sieht und dadurch weitere Kaufentscheidungen beeinflusst werden (BGH, aaO., S. 446). Diese Möglichkeit hat der Bundesgerichtshof dort aufgrund von Besonderheiten des Produkts (Verzehrsituation bei Speiseeis) ausgeschlossen, die die angegriffenen Produkte nicht aufweisen.

B. 11

Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Unterlassungsanspruch lediglich hinsichtlich des Baby-Löffels, der Baby-Bürsten und –Kämme und der der J.-Bottle entsprechenden Baby-Trinkflasche (Nr. 2, 5 und 6 des Tenors des angefochtenen Urteils) aus §§ 8 Abs. 1 S. 1 i.V.m. 3, 4 Nr. 9 a) UWG zu. Im Übrigen stehen ihr keine Unterlassungsansprüche zu. Die nachfolgenden Erwägungen gelten sowohl hinsichtlich der Vorschriften des UWG in der bis zum 29.12.2008 als auch in der ab 30.12.2008 geltenden Fassung. 12

1. "O. Cup" 13

Die Klägerin hat keinen Anspruch aus §§ 8 Abs. 1 S. 1 i.V.m. 3, 4 Nr. 9 a) UWG darauf, dass die Beklagte es unterlässt, die unter Nr. I.1 des Tenors des angefochtenen Urteils abgebildete Baby-Trinkflasche anzubieten, denn es fehlt insoweit an einer Herkunftstäuschung. Es mag sich bei der angegriffenen Flasche zwar um eine Nachahmung des "O. Cup" handeln, diese ist aber nicht geeignet, den Verkehr über die betriebliche Herkunft der angegriffenen Flasche zu täuschen. Eine Herkunftstäuschung liegt vor, wenn die angesprochenen Verkehrskreise den Eindruck gewinnen können, die Nachahmung stamme vom Hersteller des Originals oder einem mit ihm verbundenen Unternehmen (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, 27. Aufl., § 9 Rdn. 9.42 mwN.). Bei der Beurteilung, ob eine Nachahmung den Vorwurf der Unlauterkeit begründet, ist die Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Art und Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen zu berücksichtigen; 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 (BGH GRUR 2007, 795 Tz. 22 - Handtaschen). Nach diesen Maßstäben kann der Beklagten insoweit ein unlauteres Verhalten nicht vorgeworfen werden. 14

a) Aus dem "O. Cup" (oder nach seinem Aufdruck "O.Cup") der Klägerin, wie sie ihn als Anlage K 28 vorgelegt hat, ergibt sich eine Herkunftstäuschung nicht. 15

16

aa) Dieser Trinkflasche kommt eine durchschnittliche wettbewerbliche Eigenart zu. Ein Erzeugnis besitzt wettbewerbliche Eigenart, wenn dessen konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen (BGH GRUR 2007, 984, 985 – Gartenliege). Bei der Beurteilung, ob wettbewerbliche Eigenart vorliegt, ist der Gesamteindruck der Ware entscheidend, nicht etwa eine zergliedernde und auf einzelne Elemente abstellende Betrachtungsweise (OLG Köln MD 2005, 1393, 1395 – Büroschreibtisch). Maßgeblich ist, ob die miteinander kombinierten Merkmale in ihrer Gesamtwirkung dem Produkt eine individuelle Erscheinung gegenüber vergleichbaren Konkurrenzprodukten verleihen, so dass sich das unter Rückgriff auf vorhandene Formen und Stilelemente entwickelte Leistungsergebnis von diesen anderen Erzeugnissen abhebt (vgl. BGH GRUR 1986, 673, 675 – Beschlagprogramm).

Ist es der Verkehr gewohnt, sich einer Fülle von Waren und Sortimenten gegenüberzusehen, die sich in ihrer äußeren Erscheinungsform nicht wesentlich unterscheiden, trotzdem aber von unterschiedlichen Herstellern stammen, liegt es eher fern, dass der Verkehr sowohl die Produktbezeichnung als auch die Herstellerangabe völlig vernachlässigt und sich ausschließlich an einem Gestaltungsmerkmal orientiert (BGH GRUR 2001, 443, 446 – Vienetta). So liegt es hier. Der Markt der Baby-Trinkflaschen (wie auch der übrigen Baby-Produkte) ist ausweislich der vorgelegten Prospekte durch eine große Formenvielfalt mit nur geringen gestalterischen Unterschieden zwischen den einzelnen Produkten geprägt. Die meisten Baby-Flaschen mit austauschbarem Trinkschnabel folgen dabei dem Grundprinzip, das aus Flasche, Trinkschnabel und einem Ring besteht, der so auf die Flasche geschraubt wird, dass er den Trinkschnabel festhält. Insbesondere Form und Plazierung des Trinkschnabels (nicht mittig) sowie die Größe des Rings weisen, weil sie technisch weitgehend vorgegeben sind, bei den angebotenen Produkten kaum Unterschiede auf. Auch die Produkte der Klägerin halten sich im Bereich dieses Grundprinzips. Dementsprechend kann der Verkehr der Taillierung der Flasche, der Ausführung des Trinkschnabels, seiner Befestigung an der Flasche und der Verwendung eines transparenten, farbigen Kunststoffes einen Hinweis auf die Herkunft der Flasche nicht entnehmen, weil diese Gestaltungselemente im fraglichen Markt gebräuchlich sind. 17

Die Trinkflasche Anlage K 28 hebt sich allerdings dadurch von den übrigen Trinkflaschen ab, dass sie asymmetrisch gestaltet ist, nämlich bereits wegen ihrer Form (und nicht nur aufgrund von Abbildungen auf der Flasche) über eine Vorder- und eine Rückseite verfügt. Daneben sind die unterschiedliche Ausführung der Oberfläche, nämlich glatt in den hervorstehenden Bereichen und im Übrigen rauh (Oberflächenmix), und die drei parallel zueinander, horizontal verlaufenden Auswölbungen in Form jeweils einer langgezogenen liegenden "8" auf der Vorderseite auffällig. Die wettbewerbliche Eigenart kann daher noch als durchschnittlich angesehen werden. 18

bb) Es kann unterstellt werden, dass die Trinkflasche hinreichend bekannt ist. Die Unterschiede zum angegriffenen Produkt sind jedoch so ausgeprägt, dass bereits fraglich ist, ob insoweit eine Nachahmung vorliegt, jedenfalls kann eine Herkunftstäuschung nicht angenommen werden. 19

Die Herkunftstäuschung kann sich nur aus der Übernahme der herkunftshinweisenden Elemente ergeben (vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, 27. Aufl., § 4 Rdn. 9.43). Gerade diese Elemente sind bei beiden Flaschen jedoch sehr unterschiedlich ausgestaltet. Insbesondere ist die angegriffene Flasche symmetrisch gestaltet. Ihr fehlt zudem der die klägerische Trinkflasche prägende Oberflächenmix. Schließlich verfügt die angegriffene Flasche zwar 20

auch über Auswölbungen, diese sind aber weitaus weniger prägnant. Der Gesamteindruck, den die beiden Flaschen vermitteln, ist daher so unterschiedlich, dass eine Verwechslung der beiden Flaschen, ob mittelbar oder unmittelbar, ausgeschlossen ist.

b) Die von der Klägerin als Anlage K 28a vorgelegte Trinkflasche verfügt über eine deutlich geringere wettbewerbliche Eigenart als die Flasche Anlage K 28. So ist zwar auch sie in der Weise asymmetrisch gestaltet, dass der Eindruck einer Vorder- und einer Rückseite entsteht, es fehlt ihr aber der Oberflächenmix und die Auswölbungen sind weitaus weniger markant ausgearbeitet. Sie erscheinen aus der Ansicht von vorne eher wie um die Flasche herumlaufende Ringe. 21

Angesichts dieser nur unterdurchschnittlichen wettbewerblichen Eigenart hält die angegriffene Flasche in ihrem Gesamteindruck einen hinreichenden Abstand, um eine Verwechslungsgefahr auszuschließen. Insbesondere fehlt der angegriffenen Flasche das die klägerische Flasche am stärksten prägende Element, nämlich die beschriebene Asymmetrie. Zudem verfügt sie zwar auch über Auswölbungen, diese befinden sich aber in einem auch unten geschlossenen Feld, so dass der Eindruck einer Einrahmung entsteht, was bei der angreifenden Flasche fehlt. Da, wie bereits ausgeführt, der Verwendung eines transparenten, farblichen – hier gelben – Materials sowie der Taillierung der Flasche an sich und der Gestaltung des Trinkaufsatzes einschließlich seiner Befestigung ein Herkunftshinweis nicht entnommen werden kann, kann auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes, dass der Verkehr dazu neigt, Gemeinsamkeiten stärker in Erinnerung zu behalten als Unterschiede (vgl. BGH GRUR 2007, 795 Tz. 34 – Handtaschen), nicht angenommen werden, dass der Verkehr annehmen könnte, beide Flaschen kämen von demselben Hersteller. 22

2. Babylöffel 23

Hinsichtlich des angegriffenen Babylöffels steht der Klägerin ein Unterlassungsanspruch aus §§ 8 Abs. 1 S. 1 i.V.m. 3, 4 Nr. 9 a) UWG zu. 24

a) Der Löffel der Klägerin verfügt über eine noch durchschnittliche wettbewerbliche Eigenart. Diese ergibt sich zwar weder aus der Biegung noch aus der Form des Löffels, da beides aus dem Bereich der durchschnittlichen Gestaltung eines Baby-Löffels nicht herausfällt. Wettbewerbliche Eigenart begründet aber die zweifarbige Gestaltung der Laffe in Verbindung mit dem farblich entsprechenden um den Stil laufenden Streifen und den ebenfalls farblich entsprechenden Punkten im vorderen Bereich des Stils. Damit hebt sich der Löffel erheblich von den vorgelegten anderen Gestaltungen ab. Der auf Bl. 427 abgebildete Löffel weist zwar ebenfalls diese Merkmale auf, er wird aber von der britischen Handelskette U., die in Deutschland keine Verkaufsstellen betreibt, vertrieben; dass er gleichwohl in Deutschland angeboten wird, hat die Beklagte nicht darzulegen vermocht. Entsprechendes gilt für den auf Bl. 636 abgebildeten Löffel (Anlage B 14), dessen Verpackung eher dagegen spricht, dass er in Deutschland angeboten wird. Bei dem auf Bl. 308 abgebildeten Löffel ist zwar die Laffe ähnlich gestaltet, der Stil weist aber erhebliche Unterschiede auf, so dass durch diesen Löffel insbesondere wegen der seinen Gesamteindruck prägenden schematischen Darstellung eines lachenden Gesichts die wettbewerbliche Eigenart des Löffels der Klägerin nur geringfügig abgeschwächt wird. 25

b) Der Grad der Ähnlichkeit des angegriffenen Löffels mit dem Löffel der Klägerin ist hoch. Beide Löffel stimmen in den die wettbewerbliche Eigenart des klägerischen Löffels begründenden Bestandteilen weitgehend überein. Die insofern bestehenden Unterschiede (Hervorwölbung des umlaufenden hellen Streifens am Stil; größerer Abstand dieses Streifens vom Stilende beim angegriffenen Löffel; unterschiedliche Zahl der Punkte) fallen bei der 26

Gesamtbetrachtung kaum auf. Die farbliche Gestaltung (Abdruck eines Z.-Motivs auf dem angegriffenen Löffel, Schriftzug der Klägerin auf ihrem Löffel) wird vom Verkehr nicht als Herkunftshinweis wahrgenommen, da solche Unterschiede insbesondere in Fällen einer Lizenzierung üblich sind.

c) Nach alledem hat das Landgericht insoweit zu Recht angenommen, dass es jedenfalls zu einer mittelbaren Herkunftstäuschung kommt und die Beklagte angesichts deren Verwendbarkeit den Löffel der Klägerin in unlauterer Weise nachgeahmt hat. 27

3. Trinklerntasse "Z..Cup" 28

Insoweit steht der Klägerin ein Unterlassungsanspruch nicht zu. 29

a) Eine Herkunftstäuschung im Hinblick auf die von der Klägerin als Anlage K 46 vorgelegten Trinklerntasse kann nicht angenommen werden. 30

aa) Die wettbewerbliche Eigenart dieser Trinklerntasse ist von Hause aus unterdurchschnittlich und durch den Erfolg des Produkts höchstens auf ein durchschnittliches Maß gesteigert. Die wettbewerbliche Eigenart der Tasse ergibt sich aus der Form der Griffe, nämlich dem Umstand, dass sie von unten zunächst ungefähr einen Finger breit senkrecht nach oben geführt sind und dann nach außen abgebogen sind, während die Tasse selbst ungefähr auf gleicher Höhe eine gut sichtbare Taillierung aufweist. Zur wettbewerblichen Eigenart trägt zudem die auf den Griffen angebrachte Applikation bei, die senkrecht beidseitig wellenförmig ausgeführt ist, wobei sich an den dabei ergebenden breiteren Stellen jeweils punktförmige Auswölbungen befinden. Die Wellenform wird außerdem am Boden der Flasche wieder aufgenommen. Dagegen wirkt die Verwendung eines nach oben geöffneten Griffs, der unten auf einen Ring, in den die Tasse hineingesetzt ist, nicht herkunftsweisend. Vielmehr findet sich eine ähnliche Gestaltung auch bei dem ebenfalls am Markt sehr erfolgreichen Modell von "NUK" (vgl. Bl. 378). Die Gestaltung von Deckel und Trinkschnabel ist dagegen weitgehend technisch bedingt und wird in ganz ähnlicher Form auch von anderen Herstellern verwendet. 31

Die dargestellten Besonderheiten fallen jedoch beim Vergleich mit von anderen Produkten hervorgerufenen Gesamteindruck nur wenig ins Gewicht, so dass der in diesem Markt an eine große Formenvielfalt gewöhnte Verkehr ihnen nur in geringem Maße Hinweise auf die betriebliche Herkunft beimessen wird. 32

Diese von Hause aus unterdurchschnittliche wettbewerbliche Eigenart ist allerdings aufgrund des Markterfolges der Tasse auf ein durchschnittliches Maß gesteigert. Die Klägerin hat vorgetragen, dass die Tasse unter der Hausmarke einer bedeutenden Drogeriemarktkette nahezu 500.000 mal verkauft worden ist. Weitere Zahlen zum Marktanteil hat die Klägerin zwar nicht vorgetragen. Es kann aber zu ihren Gunsten unterstellt werden, dass diese Verkaufszahlen für eine Steigerung der wettbewerblichen Eigenart ausreichen, weil – wie sogleich auszuführen sein wird – eine Herkunftstäuschung auch unter dieser Prämisse nicht anzunehmen ist. 33

bb) Die Ähnlichkeit der angegriffenen Tasse mit der von der Klägerin als Anlage K 46 vorgelegten Trinklernflasche ist unterdurchschnittlich. Eine gewisse Übereinstimmung besteht hinsichtlich der die wettbewerbliche Eigenart begründenden Besonderheiten der klägerischen Tasse in der Schwingung der Griffe und darin, dass auf den Griffen eine Applikation aufgebracht ist. Im Gesamteindruck weichen die beiden Flaschen jedoch erheblich voneinander ab. Dies ist zunächst darauf zurückzuführen, dass die angegriffene Tasse nicht 34

über die für die klägerische Tasse charakteristische Taillierung verfügt, die mit dem geschwungenen Griff gemeinsam einen harmonischen, eleganten, wenn auch gedrungenen Eindruck erzeugt. Diesen Eindruck ruft die Tasse der Beklagten (Anlage K 47) nicht hervor. Auch diese verengt sich von oben nach unten geringfügig, sie verbreitert sich dann allerdings nicht wieder, so dass eine Taillenform nicht entsteht. Dadurch wirkt die angegriffene Tasse insgesamt schmaler, die Griffe erscheinen aufgesetzt und fügen sich weniger harmonisch in den Gesamteindruck hinein. Zudem weist die angegriffene Tasse weitere, erheblich ins Gewicht fallende Unterschiede zu der angreifenden Tasse auf. So ist der Deckel gänzlich anders gestaltet. Während nämlich die Tasse der Klägerin über einen transparenten, in einen Kunststoffring eingesetzten Trinkaufsatz verfügt, ist der Deckel der angegriffenen Tasse massiv aus Kunststoff gefertigt, wobei der Trinkschnabel farblich abgesetzt ist und hierbei die Farben des Griffs und der darauf angebrachten Applikation wiederholt werden. Diese Gestaltungselemente prägen den Gesamteindruck der Tasse weitaus stärker als der geschwungene Griff, so dass die insoweit bestehenden Gemeinsamkeiten mit der klägerischen Tasse weiter in den Hintergrund treten. Eine unmittelbare Verwechslungsgefahr ist aufgrund dieser Unterschiede ausgeschlossen.

Auch eine mittelbare Herkunftstäuschung ist nicht zu besorgen. Es ist nicht dargelegt und auch sonst nicht ersichtlich, dass die abweichende Gestaltung des Deckels eine für eine Serie typische Variation wäre, so dass der Verkehr zu der Annahme verleitet werden könnte, die angegriffene Tasse werde unter einer Lizenz der Klägerin angeboten. 35

b) Auch hinsichtlich der als Anlage K 44 vorgelegten Trinklerntasse kann eine Herkunftstäuschung nicht bejaht werden. 36

aa) Die wettbewerbliche Eigenart dieser Tasse ist von Hause aus höher als bei der Tasse Anlage K 46; die wettbewerbliche Eigenart ist aber nicht durch die Bekanntheit der Tasse gesteigert und erreicht daher nicht einen durchschnittlichen Grad. Die zunächst höhere wettbewerbliche Eigenart ergibt sich daraus, dass der in den Deckel der Tasse eingefügte Trinkschnabel farblich abgesetzt ist, wobei Deckel und Trinkschnabel die Farben des Griffs und der darauf angebrachten Applikation wiederholen. Diese Gestaltung ist nicht so gewöhnlich wie die Ausgestaltung des Deckels der Tasse Anlage K 46, sondern hebt die Tasse aus dem wettbewerblichen Umfeld in gewissem Maße hervor. Allerdings ist dieses Umfeld durch eine große Formenvielfalt mit nur geringen gestalterischen Unterschieden zwischen den einzelnen Produkten geprägt, so dass der Verkehr nicht dazu neigt, einem bestimmten Gestaltungselement einen Herkunftshinweis zu entnehmen (vgl. BGH GRUR 2005, 443, 446 – Vienetta). So ist es namentlich nicht unüblich, Trinktassen und –flaschen zweifarbig zu gestalten, wobei bei Deckel und Griff die beiden gleichen Farben Verwendung finden (vgl. zB. die Flasche des Herstellers "NUK", Bl. 378). Auch eine farbliche Abhebung des Trinkschnabels ist dem Verkehr bekannt (vgl. die Flasche des Herstellers "G.", Bl. 298). Die Kombination der dargestellten Gestaltungselemente ist daher zwar etwas ungewöhnlicher als bei der als Anlage K 46 vorgelegten Tasse, kann nach alledem ein durchschnittliches Maß wettbewerblicher Eigenart jedoch nicht erreichen. 37

bb) Der als Anlage K 44 vorgelegten Tasse fehlt es bereits an einer hinreichenden Bekanntheit. Die Gefahr einer Täuschung über die betriebliche Herkunft eines nachgeahmten Erzeugnisses setzt, sofern nicht Original und Nachahmung nebeneinander vertrieben werden und der Verkehr damit beide unmittelbar miteinander vergleichen kann, voraus, dass das nachgeahmte Erzeugnis eine gewisse Bekanntheit bei nicht unerheblichen Teilen der angesprochenen Verkehrskreise erlangt hat (BGH GRUR 2007, 339 Rdn. 39 – Stufenleitern mwN.). Dass beide Produkte nebeneinander vertrieben werden, hat die Klägerin nicht 38

dargelegt. Sie hat aber ausgeführt, dass die Tasse gemäß Anlage K 44 in Deutschland etwas mehr als 1.000 mal verkauft worden ist. Angesichts der Verkaufserfolgs der als Anlage K 46 vorgestellten Tasse, die nahezu 500.000 mal verkauft worden ist, aber auch angesichts der Größe des Marktes bedeuten diese Verkaufszahlen, dass die Tasse in dieser Ausführung dem Verkehr nahezu unbekannt ist.

cc) Zudem ist die Ähnlichkeit der beiden Tassen nur durchschnittlich, was angesichts der unterdurchschnittlichen wettbewerblichen Eigenart nicht genügt, um eine Herkunftstäuschung annehmen zu können. Die Ähnlichkeiten hinsichtlich der Schwingung des Griffs und der zweifarbigen Gestaltung des Deckels sind nicht zu verkennen, allerdings sind auch die Unterschiede nicht zu übersehen. Dies gilt insbesondere hinsichtlich des durch die Taillierung der Tasse, die der Tasse Anlage K 46 entspricht, hervorgerufenen oben beschriebenen harmonischen, gedrunenen Eindrucks, der sich bei der angegriffenen Tasse nicht einstellt. Auch der Deckel ist erkennbar anders gestaltet. So ist der farblich abgesetzte Bereich des Trinkschnabels bei der Tasse der Klägerin am Rand abgeflacht, so dass ein harmonischer Übergang zum Deckel entsteht, während der Trinkschnabel der angegriffenen Tasse senkrecht auf den Deckel aufgesetzt wirkt. Dadurch wird bei der klägerischen Tasse der Eindruck der Gedrunenheit verstärkt, während die angegriffene Tasse auch insoweit zusammengesetzt wirkt.

39

4. Baby-Trinkflasche "H. Bottle" 40

Die Klägerin hat auch insofern keinen Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte. 41

a) Es ist bereits fraglich, ob die von der Klägerin als Anlage K 48 vorgelegte Flasche über die erforderliche wettbewerbliche Eigenart verfügt. Sie wirkt zwar für den mit dem wettbewerblichen Umfeld nicht vertrauten Betrachter ungewöhnlich. Dies ist jedoch vorwiegend auf die Ausgestaltung des Deckels zurückzuführen, die im Wesentlichen auf der nicht nur von der Klägerin umgesetzten technischen Idee beruht, einen biegsamen Trinkhalm in eine Flasche zu setzen, über den ein Deckel so geschoben werden kann, dass er abknickt und dadurch verschlossen wird. Auch für die Ausgestaltung des Deckels als Viertelkugel, die über eine Halbkugel, in der der Trinkhalm steckt, geschoben werden kann und die an beiden Seiten befestigt ist, kann die Klägerin ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutz nicht beanspruchen, weil es sich um eine technische Lösung handelt, die nicht von der Klägerin stammt, wie die auf Bl. 280 abgebildeten Flaschen zeigen. Zwar können auch technische Gestaltungsmerkmale wettbewerbliche Eigenart begründen, wenn sie willkürlich wählbar oder austauschbar sind (vgl. BGH GRUR 2008, 790, 793 – Baugruppe; GRUR 2002, 820, 822 – Bremszangen; GRUR 2007, 339, 342 – Stufenleitern). Insbesondere können auch kombinierte Merkmale in ihrer Gesamtwirkung dem Produkt eine individuelle Erscheinung gegenüber vergleichbaren Konkurrenzprodukten verleihen, so dass sich das unter Rückgriff auf vorhandene Formen und Stilelemente entwickelte Leistungsergebnis von diesen anderen Erzeugnissen abhebt (vgl. BGH GRUR 1986, 673, 675 – Beschlagprogramm). Die von der Klägerin gewählten Gestaltungselemente, die über das hinausgehen, was technisch notwendig oder vorbekannt ist, wie die Verwendung einer transparenten, farbigen, taillierten Flasche, die mit punktförmigen Ausprägungen versehen ist, die zweifarbige Deckelgestaltung, die Einkerbungen am Deckelrand und auf dem halbkugeligen Teil des Deckels und die Auswölbungen der Viertelkugel an den Befestigungsstellen, erscheinen jedoch sämtlich so beliebig, dass nicht angenommen werden kann, der Verkehr werde hieraus bzw. aus der Kombination dieser Gestaltungselemente einen Hinweis auf den Hersteller der Flasche entnehmen. Jedenfalls kann die wettbewerbliche Eigenart allenfalls als gering angesehen werden.

42

b) Die Flaschen weisen allenfalls eine durchschnittliche Ähnlichkeit auf. Die zunächst auffällige Ähnlichkeit besteht im Wesentlichen darin, dass die Beklagte mit der angegriffenen Flasche die gleiche technische Idee umgesetzt hat. Hinsichtlich der weiteren Gestaltungselemente der klägerischen Flasche weist die angegriffene Flasche Ähnlichkeit hinsichtlich der transparenten, farbigen und taillierten Flasche auf; zudem verfügt sie ebenfalls über Einkerbungen im Deckelrand, Vertiefungen im halbkugeligen Deckelteil und Auswölbungen der Viertelkugel an den Befestigungsstellen. Während aber die Vertiefungen im Deckelrand der klägerischen Flasche kaum wahrnehmbar sind, weist die angegriffene Flasche hier markante Einkerbungen auf, sie verfügt zudem über einen zusätzlichen Ring, an dem ein Befestigungshalter angebracht ist, und über eine aus massivem Kunststoff gefertigte Einfassung am Boden der Flasche. Diese muss entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht deshalb unberücksichtigt bleiben, weil sie technisch bedingt wäre. Denn zum einen ist nicht ersichtlich, warum diese Einfassung technisch bedingt sein soll, da sie bei der Flasche der Klägerin fehlt, und zum anderen wäre sie auch bei technischer Bedingtheit beachtlich, weil ganz unterschiedliche Ausgestaltungen der Einfassung denkbar sind. Da die die Verwechslungsgefahr begründenden Ähnlichkeiten in den herkunftshinweisend wirkenden Gestaltungsmerkmalen gefunden werden müssen (vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, 27. Aufl., § 4 Rdn. 9.43) und die Deckelgestaltung daher weitgehend unberücksichtigt bleiben muss, fallen die Unterschiede im Gesamteindruck der Flaschen erheblich stärker auf als die verbleibenden Gemeinsamkeiten.	43
c) Angesichts der geringen wettbewerblichen Eigenart ist eine Herkunftstäuschung nach alledem zu verneinen.	44
5. Babykamm und –bürste	45
Die Klägerin hat gemäß §§ 8 Abs. 1 S. 1 i.V.m. 3, 4 Nr. 9 a) UWG einen Anspruch, dass die Beklagte es unterlässt, die angegriffenen Kämme/Bürsten anzubieten.	46
a) Die Produkte der Klägerin verfügen über durchschnittliche wettbewerbliche Eigenart. Hierzu können allerdings die Grundfarbe weiß, die Abbildung einer Tierfigur auf der Rückseite der Bürste und die Form der Bürste nichts beitragen. Die Gestaltung des Griffes jeweils der Bürste und des Kammes, nämlich der quergeriffelten "Intarsie" bei dem Kamm und dem quergeriffelten Griff der Bürste, hebt sich jedoch vom wettbewerblichen Umfeld ab. Dies gilt auch für die ungewöhnliche Form des Kammes. Dem steht der auf Bl. 423 abgebildete Kamm nicht entgegen, denn es ist nicht ersichtlich, dass dieser Kamm in Deutschland vertrieben worden ist.	47
b) Die Ähnlichkeit der Produkte ist hoch. Soweit aus den Lichtbildern ersichtlich, hat die Beklagte die die wettbewerbliche Eigenart begründenden Gestaltungsmerkmale, nämlich die Form des Kammes und die Gestaltung der Querrillen identisch übernommen.	48
c) Danach liegt eine Herkunftstäuschung vor, die im Hinblick auf die identisch übernommenen markanten Querrillen im Übrigen selbst dann zu bejahen wäre, wenn der auf Bl. 423 abgebildete Kamm in Deutschland vertrieben worden sein sollte.	49
6. J. Bottle	50
Auch hinsichtlich dieser Trinkflasche steht der Klägerin ein Unterlassungsanspruch aus §§ 8 Abs. 1 S. 1 i.V.m. 3, 4 Nr. 9 a) UWG zu.	51

- a) Die wettbewerbliche Eigenart der Flasche der Klägerin ist gering. Zwar erscheint die Gestaltung der Flasche mit der Aussparung in der Mitte als ungewöhnlich. Dieses Gestaltungselements bedienen sich jedoch mehrere Hersteller, so dass es sich als Herkunftshinweis nicht eignet. Im Vergleich zu den entsprechenden Flaschen anderer Hersteller weist die Flasche der Klägerin jedoch weitere Besonderheiten auf. So ist die Aussparung so gestaltet (oben enger als unten), dass sie der Flaschenform an der Außenseite entspricht. Zudem ist die Flasche bei der Seitenansicht konkav gebogen. Dass diese Gestaltungselemente auch von anderen Herstellern verwendet würden, hat die insofern beweisbelastete Beklagte (vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, 27. Aufl., § 4 Rdn. 9.78) nicht dargetan.
- b) Die Ähnlichkeit der Produkte ist hoch. Unterschiede in der Form der Flasche müssen zwar bestehen, wenn die seitlich angebrachten Volumenangaben zutreffend sind, sie sind aber mit bloßem Auge nicht wahrnehmbar. Die Unterschiede in der Gestaltung des Schutzdeckels (der eingelassene grüne Punkt im Schutzdeckel der klägerischen Flasche) sind im Gesamteindruck von verschwindend geringer Bedeutung. Sie fallen aber auch deshalb nicht ins Gewicht, weil zum einen diese Abweichungen im Rahmen der üblichen Produktvariation liegen, zum anderen weil solche Flaschen häufig auch ohne Schutzdeckel verwendet werden. Die unterschiedlichen Abbildungen auf der Flasche können ebenfalls keinen ausreichenden Abstand herstellen, weil der Verkehr daran gewöhnt ist, dass die Produkte eines Herstellers mit unterschiedlichen Bildmotiven angeboten werden. 53
- c) Angesichts der hohen Ähnlichkeit der Produkte können danach trotz der geringen wettbewerblichen Eigenart Herkunftstäuschungen nicht verneint werden. 54
- C. 55
1. Die Kostenentscheidung beruht auf 92 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 56
2. Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor. Die Entscheidung beruht auf der Anwendung hinreichend geklärter Grundsätze des § 4 Nr. 9 a) UWG auf einen Einzelfall. 57