
Datum: 14.11.2014
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 65/14
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2014:1114.6U65.14.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 81 O 24/14

Tenor:

Auf die Berufung der Antragstellerin wird das am 10.04.2014 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 81 O 24/14 - abgeändert und wie folgt neu gefasst:

I.

Die Antragsgegnerin hat es unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 € - ersatzweise Ordnungshaft – oder der Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Falle wiederholter Zuwiderhandlung bis zu insgesamt zwei Jahren, zu vollziehen an den Mitgliedern des Vorstandes, zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland Shampoo-Produkte wie nachstehend wiedergegeben anzubieten, auszustellen, zu bewerben, und zu vertreiben und/oder anbieten/ausstellen/bewerben und vertreiben zu lassen

(Bild/Grafik nur in Originalentscheidung erstichtlich)

und/oder

(Bild/Grafik nur in Originalentscheidung erstichtlich)

und/oder

(Bild/Grafik nur in Originalentscheidung erstichtlich)

und/oder

(Bild/Grafik nur in Originalentscheidung erstichtlich)

und/oder

(Bild/Grafik nur in Originalentscheidung erstichtlich)

und/oder

(Bild/Grafik nur in Originalentscheidung erstichtlich)

und/oder

(Bild/Grafik nur in Originalentscheidung erstichtlich)

und/oder

(Bild/Grafik nur in Originalentscheidung erstichtlich)

II.

Die Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz trägt die Antragsgegnerin.

Gründe

1

I.

2

Die Antragstellerin nimmt die Antragsgegnerin auf Unterlassung der Nachahmung einer Produktausstattung für ein Shampoo gegen Haarausfall in Anspruch.

3

Die Antragstellerin ist ein international tätiges Unternehmen, das insbesondere die Marke „B“ für Haarshampoos gegen Haarausfall vertreibt. „B“ war 1930 das erste Haarpflegeprodukte gegen Haarausfall. Die B-Produktreihe besteht u.a. aus den drei Produkten „Coffein Shampoo C1“, „Doppeleffekt“, und „Power Grau“, die in den nachstehend wiedergegebenen Ausstattungen vertrieben werden:

4

(Bild/Grafik nur in Originalentscheidung erstichtlich)

5

Das „Coffein Shampoo C1“ ist seit April 2005 in unveränderter Produktaufmachung auf dem Markt.

6

Die Antragsgegnerin bewirbt und vertreibt unter der Dachmarke „T“ u.a. das Haarshampoo gegen Haarausfall der Marke „T2“, seit Februar 2014 in der aus den drei Produkten „Koffein Shampoo“, „Doppel-Effekt Shampoo“ und „Power-Silber Shampoo“ bestehenden Produktreihe in den im Tenor wiedergegebenen Aufmachungen. Unter der Marke „T2“ wird seit 1934 ein Haarwasser und seit den 1970er Jahren werden „T2-Shampoos“ in den aus dem Tatbestand des angefochtenen Urteils ersichtlichen Ausstattungen vertrieben.

7

Die Antragstellerin hat Bewerbung und Vertrieb der Produkte „Koffein Shampoo“, „Doppel-Effekt Shampoo“ und „Power-Silber Shampoo“ der Antragsgegnerin als unlautere

8

Nachahmungen gemäß § 4 Nr. 9 b), Nr. 10 UWG beanstandet. Sie nimmt für ihr Produkt aufgrund der Umsatzzahlen und Marktanteile (B ca. 41 % Marktanteil für Haarshampoos gegen Haarausfall, speziell für das „Coffein Shampoo“ 22 % Marktanteil bei einem Umsatz von 10,2 Millionen EUR in 2012 und 10,92 Million EUR Umsatz in 2013) Marktführerschaft in Anspruch. Die Antragstellerin beruft sich auf intensive TV-Bewerbung. Auch im übrigen würde das Produkt intensiv beworben. Der Werbeetat 2013 habe sich - was die Antragsgegnerin mit Nichtwissen bestreitet - für das „Coffein- Shampoo“ auf 11 Millionen EUR belaufen.

Die 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln hat antragsgemäß, gestützt auf § 4 Nr. 9 UWG, eine einstweilige Verfügung erlassen und der Antragsgegnerin Vertrieb und Bewerbung der Produktreihe in den angegriffenen Ausstattungen untersagt. Auf den hiergegen gerichteten Widerspruch der Antragsgegnerin und nach Verweisung an die Kammer für Handelssachen hat diese mit dem angefochtenen Urteil, auf das wegen der weiteren Feststellungen gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, die einstweilige Verfügung aufgehoben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückgewiesen. 9

Mit ihrer Berufung verfolgt die Antragstellerin ihren erstinstanzlichen Verfügungsantrag weiter und rügt, dass die Kammer sich zur Ablehnung einer Rufausbeutung letztlich allein auf die unterschiedliche Kennzeichnung der Produkte bezogen und damit den Aspekt der Rufausbeutung unzulässig verkürzt habe. Die im Rahmen der Rufausbeutung vorgenommene Abwägung berücksichtige den eigenständigen Anwendungsbereich von § 4 Nr. 9 b) UWG für Fälle, in denen keine Herkunftstäuschung vorliege, nicht hinreichend, erfolge unter Zugrundelegung falscher Parameter, indem nicht mehr auf das konkrete Leistungsergebnis „B Coffein Shampoo“, sondern allein auf eine Farbähnlichkeit abgestellt werde, gelange mit der falschen Begründung, der Verbraucher übertrage die positiven Eigenschaften von „B“ nicht aufgrund der Produktgestaltung auf „T2“, zu dem Ergebnis, dass keine Rufausbeutung vorliege und greife darüber hinaus insgesamt ersichtlich zu kurz. 10

Die Antragsgegnerin beantragt die Zurückweisung der Berufung und verteidigt das angefochtene Urteil, soweit das Landgericht keine besonderen Unlauterkeitsumstände gesehen hat; im übrigen wiederholt und vertieft sie ihr erstinstanzliches Vorbringen, nach dem die Produktaufmachungen der B- Shampoos weder für sich noch als Produktreihe eine wettbewerbliche Eigenart aufwiesen und im übrigen keine nachschaffende Nachahmung ihrerseits vorliege. 11

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 12

II. 13

Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg. 14

Die Zivilkammer ist bei Erlass der einstweiligen Verfügung ursprünglich rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass der Antragstellerin gegen die Antragsgegnerin ein Unterlassungsanspruch gemäß §§ 3, 4 Nr. 9 b), 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG unter dem Gesichtspunkt einer unangemessenen Rufausbeutung zusteht. 15

Das konkrete Leistungsergebnis, auf das die Klägerin ihren Unterlassungsanspruch stützt, ist nicht die u.a. aus den Produkten „Coffein-Shampoo C1“, „Doppeleffekt“ und „Power Grau“ bestehende B-Produktreihe, sondern allein das erstgenannte und von allen Einzelprodukten am längsten vertriebene und umsatzstärkste „Coffein- Shampoo C1“, das die Antragstellerin als ihr „Starprodukt“ bezeichnet. Dies hat die Antragstellerin bereits erstinstanzlich in ihrer 16

Replik klargestellt und in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nochmals bestätigt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der sich der Senat angeschlossen hat, kann der Vertrieb eines nachahmenden Erzeugnisses wettbewerbswidrig sein, wenn das nachgeahmte Produkt über wettbewerbliche Eigenart verfügt und besondere Umstände hinzutreten, die die Nachahmung unlauter erscheinen lassen. So verhält es sich, wenn die Nachahmung geeignet ist, eine Herkunftstäuschung hervorzurufen und der Nachahmer geeignete und zumutbare Maßnahmen zur Vermeidung der Herkunftstäuschung unterlässt. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Art und Weise und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen, so dass bei einer größeren wettbewerblichen Eigenart und einem höheren Grad der Übernahme geringere Anforderungen an die besonderen Umstände zu stellen sind, die die Wettbewerbswidrigkeit der Nachahmung begründen und umgekehrt (BGH, GRUR 2010, 80 Tz. 21 – LIKEaBIKE; GRUR 2012, 1155 Tz. 16 – Sandmalkasten; GRUR 2013, 951 Tz. 14 – Regalsystem; GRUR 2013, 1052 Tz. 15 – Einkaufswagen III; Senat, GRUR-RR 2014, 25, 26f. – Kinderhochstuhl „Sit up“, jeweils m. w. N.).

1. 18

Die streitgegenständlichen Produktaufmachung ist von gesteigerter wettbewerblicher Eigenart. 19

Für die Annahme wettbewerblicher Eigenart genügt es, dass der Verkehr bei den in Rede stehenden Produkten Wert auf deren betriebliche Herkunft legt und aus deren Gestaltung Anhaltspunkte dafür gewinnen kann. Dafür wiederum ist maßgeblich, ob sich das unter Rückgriff auf vorhandene Formen und Stilelemente entwickelte Leistungsergebnis von anderen vergleichbaren Erzeugnissen in einem Maß abhebt, dass hierdurch im angesprochenen Verkehr die Vorstellung ausgelöst wird, dieses Produkt stamme aus einem bestimmten Betrieb (BGH, GRUR 2012, 1155 Tz. 19 – Sandmalkasten; GRUR 2013, 1052 Tz. 18 – Einkaufswagen III; Senat, GRUR-RR 2013, 24, 25 – Gute Laune Drops, jeweils m. w. N.). Abzustellen ist dabei nicht auf einzelne Gestaltungsmerkmale, sondern auf den durch seine prägenden Merkmale hervorgerufenen Gesamteindruck des jeweiligen Produkts (BGH GRUR 2010, 80 Tz. 32 – LIKEaBIKE; Senat, WRP 2013, 1500 Tz. 9 – PANDAS).

a. 21

Von Hause aus weist die Produktgestaltung des B-Coffein Shampoos C1 durchschnittliche wettbewerbliche Eigenart auf. 22

Die wettbewerbliche Eigenart folgt aus dem Gesamteindruck, der sich aus den einzelnen, vom Landgericht auf Seite 17 des Urteils zutreffend aufgeführten Gestaltungsmerkmalen zusammensetzt: 23

- die Flaschenform, die in der Mitte rundlich verdickt ist und sich jeweils zu den Seiten hin verjüngt, so dass der Querschnitt das B-Logo ergibt 24

- die Herstellerbezeichnung in weißer Schrift oberhalb des Produktlabels 25

- die Produktmarke als rotes Label mit weißer Umrandung unterhalb der Herstellerbezeichnung 26

- die rote Farbe des Deckels, angelehnt an das Label 27

28

- die anthrazit-blaugraue, leicht metallic schimmernde Farbe des Flaschenkörpers
- die orangefarbenen Schriftelemente im unteren Bereich des Flaschenkörpers 29
- die kurze prägnante Produktbezeichnung Coffein Shampoo zweiteilig in weißer Schrift 30
- die Produktbeschreibung in weißer Schrift unterhalb der Produktbezeichnung 31
- die Gesamtfarbwahl Rot, Weiß, Anthrazit-Blaugrau, Orange. 32

Das „Coffein Shampoo C1“ stellt in seiner konkreten, aus der Kombination der genannten Elemente zusammengesetzten Ausgestaltung kein Allerweltsprodukt dar, sondern hebt sich von den Produktausstattungen anderer Shampoos in einem Maße ab, dass es in seiner Gesamterscheinung auf die Herkunft aus einem bestimmten Betrieb hinzuweisen geeignet ist. Die Ausformung und Kombination der aufgezählten Designmerkmale verleiht dem Produkt ein individuelles Gesamterscheinungsbild, das sich von der Anmutung anderer Produkte im wettbewerblichen Umfeld hinlänglich abgegrenzt und darum aus Sicht des Verbrauchers den Rückschluss auf eine bestimmte betriebliche Herkunft zulässt. 33

b. 34

Eine Schwächung der mangels besonderer Originalität von Hause nur durchschnittlichen wettbewerblichen Eigenart durch das Umfeld ist durch die Antragsgegnerin nicht glaubhaft gemacht. Der Senat tritt insoweit den Ausführungen des Landgerichts auf Seite 18 der Urteilsgründe bei. Sowohl in einem spezialisierten Marktsegment der „Haarshampoos gegen Haarausfall“ als auch in dem von der Antragsgegnerin vorgetragenen Umfeld des „Gesamtmarktes Shampoo“ finden sich über dunkle Grundfarben (von dunkelblau über grau in jeweils verschiedensten Farbtönen bis zu schwarz) hinaus gerade in der konkreten Merkmalskombination keine hinreichenden Entsprechungen, die geeignet sein könnten, eine Schwächung der wettbewerblichen Eigenart herbeizuführen. Selbst wenn sich einzelne Elemente, insbesondere dunkle Grundfarben in Kombination mit Signalfarben wie Rot/Orange, Markenangaben in weißer Schrift und ein ähnlicher Aufbau des Labels, auch bei anderen Shampoos am Markt wiederfinden, sind diese Grundelemente bei den von der Antragsgegnerin auf Seite 19 bis 24 ihrer Widerspruchsbegründung eingeblendeten Drittprodukte jeweils anders ausgestaltet und/oder mit weiteren Ausstattungsmerkmalen kombiniert, woraus sich jeweils eine andere Gesamtanmutung ergibt. 35

Eine andere Bewertung rechtfertigen auch nicht die gegen die Annahme wettbewerblicher Eigenart gerichteten Ausführungen in der Berufungserwiderung, in der die Antragsgegnerin von einer Schwächung der wettbewerblichen Eigenart „auf Null“ durch die Marktumstände, nämlich durch die Marktorientierung der Verbraucher und einen ständigen Wechsel der Antragstellerin in ihren Produktaufmachungen, ausgeht. Die Ausformung und Kombination der vom Landgericht aufgezählten Designmerkmale, zu denen auch, aber nicht nur die anthrazit-blaugraue Grundfarbe gehört, verleiht dem Produkt ein individuelles Gesamterscheinungsbild, das sich von der Anmutung anderer Produkte im wettbewerblichen Umfeld hinlänglich abgegrenzt und darum aus Sicht des Verbrauchers den Rückschluss auf eine bestimmte betriebliche Herkunft zulässt. Soweit sich die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang auf Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main (Urteil v. 31.05.2011, 11 U 137/10), des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg (Urteil v. 19.11.2008, 5 U 148/07) und des Bundespatentgerichts beruft (Beschluss v. 19.03.2013, 24 W (pat) 75/10), ist diese nicht einschlägig bzw. rechtfertigt keine andere Bewertung. Vorliegend steht nicht die Kennzeichnungskraft einer Farbmarke im Streit, sondern ein 36

konkretes Leistungsergebnis in seiner individuellen Gesamtanmutung. Dass die Antragstellerin ihre Produktaufmachungen „ständig wechselt“, ist im Hinblick darauf, dass das B-Coffein Shampoo C1 seit nahezu 10 Jahren in unveränderter Ausstattung auf dem Markt ist, unzutreffend.

c. 37

Die wettbewerbliche Eigenart des „Coffein Shampoos C 1“ ist aufgrund hoher Bekanntheit als gesteigert (vgl. BGH, GRUR 2012, 1155 = WRP 2012, 1379 Tz. 38 – Sandmalkasten; GRUR 2013, 951 = WRP 2013, 1189 Tz. 27 – Regalsystem; GRUR 2013, 1052 = WRP 2013, 1339 Tz. 25 – Einkaufswagen III) zu bewerten. 38

Die Antragsstellerin hat dargelegt und durch Vorlage von Internetauszügen glaubhaft gemacht, dass es das Produkt „B“ als erstes Haarpflegeprodukt überhaupt gegen Schuppen und Haarausfall bereits seit 1930 gibt. Die Antragstellerin hat damit als erstes Unternehmen bereits vor über 80 Jahren ein speziell für Haarausfall entwickeltes Produkt auf den Markt gebracht und zugleich ein Tabuthema in den Mittelpunkt ihrer Werbung gerückt. Sie hat weiterhin glaubhaft gemacht, dass das „Coffein Shampoo C 1“ ihr mit Abstand erfolgreichstes und bekanntestes Produkt aus der B-Produktreihe ist, das nahezu 10 Jahren auf dem Markt präsent ist und dessen Umsatzerlöse zuletzt jährlich ca. 10 Mio € betragen haben. Dieses Vorbringen wird bestätigt durch den in erster Instanz als Anlage Ast 4 vorgelegten Pressebericht aus der Frankfurter Allgemeinen Zeitung, in dem die coffeinhaltigen Shampoos und Haarwasser als „Starprodukte“ aus dem Unternehmen der Antragstellerin bezeichnet werden. Die Antragstellerin hat auch überzeugend dargelegt und glaubhaft gemacht, dass die Umstände die Annahme eines besonderen Marktsegments bzw. die Bildung einer besonderen Produktkategorie „Shampoos gegen Haarausfall“ rechtfertigen, in der das konkrete Leistungsergebnis der Antragstellerin, für das sie Nachahmungsschutz in Anspruch nimmt, einen Marktanteil von rund 22 % besitzt. Diese Annahme rechtfertigen die von der Antragstellerin zur Abgrenzung des Marktes herangezogenen Umstände, namentlich die regelmäßig gegenüber normalen Shampoos höheren Preise, die gebildeten Segmentgruppen in den Regalen der Drogeriemärkten und zumindest indiziell auch die bei den Internetforen bzw. Plattformen amazon oder google vorgegebenen Sucheinstellungen. Die Antragstellerin hat ferner Pressemitteilungen und Interviews der Antragsgegnerin selbst vorgelegt, in denen diese gezielt auf ihre speziell für Menschen mit Haarausfall und sensibler Kopfhaut entwickelten Produkte eingeht. Dies beruht nicht lediglich – wie die Antragsgegnerin meint – auf einer reinen unternehmerischen Marketingentscheidung, sondern rechtfertigt es, für die Beurteilung mit dem Landgericht auf den spezialisierten Markt der Haarshampoos gegen Haarausfall abzustellen. Diese Shampoos mit speziellem Anwendungsgebiet sind im Gesamtmarkt der Shampoos nicht substituierbar, sondern wenden sich gezielt an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern mit bestimmten Haarproblemen. Es entspricht der Lebenserfahrung, dass Verbraucher mit entsprechenden Bedürfnissen Shampoos gezielt nach ihrem Anwendungsgebiet aussuchen und daher subjektiv den Markt in diesem eng gefassten Segment betrachten. Angesichts des davon ausgehend errechneten Marktanteils von 22 % und der langjährigen Marktpräsenz ist jedenfalls von einer erheblichen Verkehrsbekanntheit des Produktes „B Coffein Shampoo C 1“ bei den angesprochenen Verkehrskreisen auszugehen, die die Annahme gesteigerter wettbewerblicher Eigenart rechtfertigt, ohne dass es auf den konkreten, von der Antragsgegnerin mit Nichtwissen bestrittenen Betrag der für das „Coffein Shampoo C 1“ aufgewendeten Werbung ankommt. 39

2. 40

41

Die streitgegenständlichen Produkte der Antragsgegnerin stellen sich als eine nachschaffende Nachahmung des B-Coffein Shampoos C1 dar.

Bei der Beurteilung der Übereinstimmung oder Ähnlichkeit von Produkten ist auf den Gesamteindruck abzustellen, den Original und Nachahmung bei ihrer bestimmungsgemäßen Benutzung dem Betrachter vermitteln (BGH, GRUR 2005, 600, 602 – Handtuchklemmen; GRUR 2007, 795 Tz. 32 – Handtaschen; GRUR 2009, 1069 Tz. 20 – Knoblauchwürste). Dabei ist der Erfahrungssatz zu berücksichtigen, dass der Verkehr die fraglichen Produkte regelmäßig nicht gleichzeitig wahrnimmt und miteinander vergleicht, sondern seine Auffassung auf Grund eines Erinnerungseindrucks gewinnt. Dabei treten regelmäßig die übereinstimmenden Merkmale mehr hervor, so dass es mehr auf die Übereinstimmungen als die Unterschiede ankommt (BGH, GRUR 2007, 795 Tz. 34 – Handtaschen; GRUR 2010, 80 Tz 41 – LIKEaBIKE; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 4 Rn. 9.43). 42

Eine nahezu identische Übernahme ist gegeben, wenn nach dem Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Erzeugnisse die Nachahmung nur geringfügige Abweichungen vom Original aufweist (BGH, GRUR 2000, 521, 524 – Modulgerüst I; GRUR 2010, 1125 Tz. 25 – Femur-Teil). Dabei kommt es darauf an, ob gerade die übernommenen Gestaltungsmittel die wettbewerbliche Eigenart des nachgeahmten Produkts begründen (BGH, GRUR 2010, 1125 Tz. 25 – Femur-Teil). Eine nachschaffende Übernahme liegt dagegen bereits vor, wenn die Nachahmung wiedererkennbare wesentliche Elemente des Originals aufweist und sich nicht deutlich davon absetzt. Geringfügige Abweichungen vom Original sind unerheblich, solange das Original als Vorbild erkennbar bleibt (BGH, GRUR 1992, 523, 524 – Betonsteinelemente; Senat, Urt. v. 18. 7. 2014 – 6 U 4/14; KG, GRUR-RR 2003, 84, 85 – Tatty Teddy; OLG Hamburg, MarkenR 2011, 275, 280 = juris Tz. 55; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 4 Rn. 9.37). 43

Mit dem Landgericht ist vorliegend von einer nachschaffende Übernahme auszugehen, da die angegriffenen T2-Produkte mit den Einzelprodukten „Koffein Shampoo“, „Doppel-Effekt Shampoo“ und „Power-Silber Shampoo“ wesentliche Elemente der Produktgestaltung des „Coffein Shampoos C 1“ der Antragstellerin übernommen und sich in hohem Maße an dieses angenähert haben. Das Landgericht hat insoweit zutreffend auf die Kombination von 44

- der Verwendung der dunklen, anthrazit- blaugrauen Grundfarbe 45

- die rote Kappe 46

- die Markenangabe in weißer Schrift auf rotem Grund mit weißen Begrenzungslinien oben und unten und 47

- den Aufbau des Labels (oben Markenangabe, darunter Produktbezeichnung, darunter Produktangaben, darunter farblich abgesetzte weitere Angaben) 48

abgestellt, die das Leistungsergebnis der Antragstellerin, aber auch alle drei angegriffenen Produktausstattungen der Antragsgegnerin aufweisen. Bei dem T2-Produkt „Koffein-Shampoo“ kommt insoweit erschwerend die Produktbezeichnung sowie die untere Farbabsetzung in Orange hinzu, die eine zusätzliche Annäherung an das „B Coffein Shampoo C 1“ darstellen. 49

Soweit die Antragsgegnerin auf Unterschiede der sich gegenüberstehenden Produktausstattungen hingewiesen hat, haben diese auf den übereinstimmenden Gesamteindruck keinen Einfluss. Dies gilt insbesondere für die Form der Flasche. Diese ist 50

zwar bei der Antragsgegnerin nicht in der Mitte rundlich verdickt und zu den Seiten verjüngt, sondern verjüngt sich gleichsam „pyramidenartig“ nach oben und weist zudem Rillen an beiden Flaschenseiten auf, jedoch wird der jeweilige Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Flaschen auch durch eine vergleichbare Größe und – in Abgrenzung zu runden Flaschenformen – durch eine länglich-rechteckige Grundform geprägt.

3. 51

Auch wenn bei einer lediglich nachschaffenden Übernahme die Anforderungen an die wettbewerbliche Eigenart und die sonstigen, die Unlauterkeit begründenden Merkmale höher sind als bei einer (fast) identischen Übernahme (Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 4 Rn. 9.36), führt die Gesamtabwägung vor dem Hintergrund der aufgrund Bekanntheit gesteigerten wettbewerblichen Eigenart des „Coffein Shampoos C1“ gleichwohl zu dem Ergebnis, dass hier eine wettbewerblich unzulässige Nachahmung vorliegt. 52

a. 53

Zwar kann – worauf sich die Antragstellerin auch zu keinem Zeitpunkt gestützt hat - eine Herkunftstäuschung gemäß § 4 Nr. 9 a) UWG nicht angenommen werden. Die sich gegenüberstehenden Produkte sind auffällig und farblich hervorgehoben mit ihren Marken „B“ einerseits und „T2“ andererseits gekennzeichnet. Beide Marken sind seit langer Zeit auf dem Markt eingeführt und dem Verbraucher bekannt. Dass es durch die Produktaufmachungen bei dem Verbraucher zu der Annahme kommt, es handle sich bei „T2“ um eine Zweitmarke zu „B“ erscheint mit den zutreffenden Erwägungen des Landgerichts fernliegend, zumal dagegen auch die deutliche Kennzeichnung von „T2“ mit der Dachmarke „T“, die hohe Bekanntheit genießt, spricht. 54

b. 55

Eine unlautere Rufausnutzung kann jedoch auch ohne Herkunftstäuschung der angesprochenen Verkehrskreise auf einer Anlehnung an eine fremde Leistung beruhen, sofern eine erkennbare Bezugnahme auf den Mitbewerber oder seine Produkte vorliegt. Die Frage, ob dadurch eine Gütevorstellung im Sinn des § 4 Nr. 9 b) UWG unangemessen ausgenutzt wird, ist jeweils im Wege einer Gesamtwürdigung zu beantworten, bei der alle relevanten Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Grad der Anlehnung sowie die Stärke des Rufs des nachgeahmten Produkts, zu berücksichtigen sind. Dabei kann grundsätzlich schon die Annäherung an die verkehrsbekannten Merkmale eines fremden Produkts als solche zu einer für die Annahme einer Rufausbeutung erforderlichen Übertragung der Gütevorstellung führen (BGH, GRUR 2010, 1125 Tz. 42 – Femur-Teil; GRUR 2013, 1052 Tz. 38 – Einkaufswagen III; Senat, GRUR-RR 2006, 278, 279 f. – Arbeitselement für Resektoskopie; GRUR-RR 2014, 65, 68 – Pandas). 56

§ 4 Nr. 9 b) UWG hat einen eigenständigen Anwendungsbereich in den Fällen, in denen eine Herkunftstäuschung (in der meist zugleich auch eine Rufausbeutung liegen würde) ausgeschlossen ist (Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 4 Rn. 9.53). Die zu dieser Vorschrift ergangene Rechtsprechung ist aber nicht so zu verstehen, dass unter bestimmten Voraussetzungen das Merkmal der Herkunftstäuschung ersatzlos entfallen kann; es müssen vielmehr andere Umstände hinzutreten, die geeignet sind, die Unlauterkeit der Nachahmung zu begründen. Andernfalls fehlt es an einer „unangemessenen“ Rufausbeutung (Senat, GRUR-RR 2014, 30, 33 – Küchenarmaturen; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 3. Aufl. 2013, § 4 Rn. 155; MünchKomm-UWG/Wiebe, 2. Aufl. 2014, § 4 Rn. 191 ff.). 57

Solche besonderen Umstände können vorliegen, wenn sich ein Wettbewerber ohne sachlichen Grund in so starkem Maß an die bekannte Aufmachung eines Konkurrenzprodukts anlehnt, dass er sich an das „Image“ des Originals „anhängt“ und auf diese Weise unlauter an der vom Anbieter des Konkurrenzprodukts durch eigene, unter Umständen intensive und langjährige Anstrengungen am Markt erworbenen Wertschätzung partizipiert (Senat, NJOZ 2010, 1130, 1131 – Der Eisbär hustet nicht; GRUR-RR 2014, 65, 68 – Pandas). Allerdings reicht es für eine Rufausbeutung nicht aus, wenn lediglich Assoziationen an ein fremdes Produkt und damit Aufmerksamkeit erweckt werden (BGH, GRUR 2005, 349, 353 – Klemmbausteine III; GRUR 2010, 1125 Tz. 42 – Femur-Teil; GRUR 2013, 1052 Tz. 38 – Einkaufswagen III; Senat, NJOZ 2010, 1130, 1131 – Der Eisbär hustet nicht; GRUR-RR 2014, 65, 68 – Pandas).

aa. 59

Zunächst ist davon auszugehen, dass das Produkt „B Coffein Shampoo C 1“ der Antragstellerin einen „guten Ruf“ genießt, der den Anwendungsbereich des § 4 Nr. 9 b) UWG eröffnet. Das nachgeahmte Originalprodukt muss bei den angesprochenen Verkehrskreisen eine gewisse Wertschätzung dergestalt genießen, dass es in der Wahrnehmung der potenziellen Käufer mit positiven, sich etwa auf die Qualität beziehenden Vorstellungen besetzt ist (Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Aufl. 2014, § 4 Rn. 9.52). Bei populären Produkten aus dem Lebensmittel- und Genussmittelbereich kann die dafür erforderliche gewisse Bekanntheit und Wertschätzung der Verpackungsgestaltung sich bereits aus der langjährigen Marktpräsenz des Produkts ergeben (Senat, GRUR-RR 2014, 65, 69 – Pandas; GRUR 2014, 210, 213 – Bounty/Snickers). Es spricht nichts dagegen, diese Grundsätze auch bei populären Pflege- und Kosmetikprodukten anzuwenden. Wie bereits dargelegt, ist die Antragstellerin mit ihrem „Coffein Shampoo C 1“ seit nahezu zehn Jahren am Markt präsent und hat zuletzt Umsätze in Höhe von jährlich 10 Mio € erzielt. Sie besitzt jedenfalls im eng gefassten Marktsegment der Shampoos mit vergleichbarem Anwendungsgebiet einen Marktanteil von 22 %, aufgrund dessen ihrem seit vielen Jahren auf dem Markt präsenten Produkt eine Bekanntheit und Wertschätzung bei den angesprochenen Verkehrskreisen nicht abgesprochen werden kann. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, von der Bekanntheit bzw. dem Absatzerfolg einer Ware auf die Gütevorstellung zu schließen, die der Verkehr mit diesen Produkten verbindet (vgl. Senat GRUR-RR 2006, 278 - Arbeitselement für Resekoskopie). Danach erscheint es auch überwiegend wahrscheinlich, dass der Verkehr seine Gütevorstellungen nicht nur an die bekannte Herstellerbezeichnung „B“, sondern jedenfalls auch an die gleichbleibende und dadurch einen Wiedererkennungseffekt aufweisende Produktgestaltung knüpft (vgl. Senat, a.a.O. – Pandas) und diese auf die angegriffenen Produkte überträgt. Einem entsprechenden Imagetransfer steht jedenfalls bei Pflege- und Kosmetikprodukten, die sich an den privaten Endverbraucher richten, nicht entgegen, dass es sich auch bei „T2“ um eine bekannte Marke handelt.

bb. 61

Bei der Frage nach der Unangemessenheit spricht in erheblichem Maße gegen die Antragsgegnerin, dass sie einerseits das langjährig in einer Flasche mit mittelblauer Grundfarbe angebotene „Koffein Shampoo“ seit Februar 2014 in einer Produktgestaltung anbietet, die neben den anderen den Gesamteindruck prägenden Gestaltungsmerkmalen einen nahezu identischen Grundfarbton wie das „Top-Produkt“ der Antragstellerin, nämlich anthrazit-graublau, aufweist, und darüber hinaus die Produktmarke als rotes Label mit weißer Umrandung oben und unten gegenüber dem früheren Label, das weitere Angaben wie die Produktbezeichnung enthielt, abgewandelt und sich auch insoweit an das Leistungsergebnis

der Antragstellerin angenähert hat. Hinzu kommt der in diesem Zusammenhang bedeutsame Umstand, dass die Antragsgegnerin ihre beiden weiteren streitgegenständlichen Produkte mit den Angaben „Doppel-Effekt- Shampoo“ (anstatt wie in der Vergangenheit „3-fach-Effekt“) und „Power Silber“ versehen hat, die erkennbar auf die Produktbezeichnungen in der entsprechenden B-Produktreihe der Antragstellerin Bezug nehmen und sich an diese Reihe gleichsam „anhängen“. Dies kann nicht anders ausgelegt werden, als dass die Antragsgegnerin sich nunmehr bewusst an die Gestaltung des Produkts der Antragstellerin angelehnt und durch die gewählten Ausstattungselemente sowie die genannten Produktbezeichnungen den Bezug zu dieser besonders hergestellt hat. Die Antragsgegnerin ist ersichtlich bemüht, die Marktstellung, die die Antragstellerin erreicht hat, für ihre Produkte auszunutzen. Dies gilt nicht nur für das „Koffein Shampoo“ gegen Haarausfall, vielmehr findet ein Imagetransfer auch auf die anderen beiden Produkte „Doppel-Effekt“ und „Power Silber“ statt. Deren Anwendungsgebiete werden auf der jeweiligen Flasche selbst u.a. mit „Kräftigung des Haares“ und „Aktivierung der Haarwurzeln“ angegeben. Sie wenden sich damit ihrerseits an Verbraucher mit Problemen, die in engem Zusammenhang mit „Haarausfall“ stehen und die daher die zentrale Werbebotschaft der Antragstellerin aufgreifen.

cc. 63

Die Gründe, die die Antragsgegnerin für die Änderung der Produktaufmachungen im Februar 2014 in der Widerspruchsbegründung angibt, rechtfertigen in der vorzunehmenden Gesamtabwägung keine andere Bewertung. Soweit die Antragsgegnerin geltend macht, die Änderung der Grundfarbe der Flasche von hellblau zu dunkelblau sei notwendig, da sich mittlerweile bei Pflege- und Kosmetikprodukten für Männer eine Farbkodierung zu dunklen Farben entwickelt habe, rechtfertigt dies angesichts der – auch im Umfeld - bestehenden Farbenvielfalt nicht die Annäherung im aufgezeigten Umfang mit dem nahezu identischen Grundton anthrazit-graublau. Denn zum einen gibt es andere dunkle Farbtöne, die dem geschilderten Anliegen gerecht werden könnten. Zum anderen hat die Antragsgegnerin nicht nur die Grundfarbe, sondern auch andere prägende Gestaltungselemente wie Aufbau und Zuschnitt des roten Labels angenähert bzw. übernommen. Im Hinblick darauf ist es auch unerheblich, dass sie geltend macht, der konkrete Farbton „Blue Pearl“ sei identisch bei den aus ihrem Unternehmen stammenden Produkten „Fa“ und „Bac“ vorhanden, da es sich insoweit erkennbar um andere Produktreihen mit unterschiedlichen Kennzeichnungen handelt, die auch in der Vergangenheit nicht als insgesamt einheitliche Produktlinie vertrieben worden sind. Soweit die Antragsgegnerin geltend macht, die Variantenbezeichnungen „Doppel-Effekt“, „Koffein Shampoo“ und „Power Silber“ seien schutzunfähig nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, bedarf diese Frage in markenrechtlicher Hinsicht keiner Entscheidung. Die genannten Umstände fließen unabhängig von der Frage rein markenrechtlicher Verwechslungsgefahr in die Gesamtabwägung im Rahmen des § 4 Nr. 9 b) UWG ein und begründen in der Gesamtschau aller maßgeblichen Umstände die Unlauterkeit.

III. 65

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO. 66

Das Urteil ist gemäß § 542 Abs. 2 S. 1 ZPO mit seiner Verkündung rechtskräftig. 67
