
Datum: 14.08.2020
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 4/20
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2020:0814.6U4.20.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 84 O 198/19
Normen: Art. 3 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3, Art. 103 Abs. 1 GG; § 4 nr. 3 lit. a UWG, § 922 Abs. 1 S. 2 ZPO

Tenor:

Die Berufung der Antragsgegnerin gegen das am 11.12.2019 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 84 O 198/19 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Antragsgegnerin.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten über die Frage, ob die Antragstellerin einen Anspruch auf Unterlassung des Angebots von Butter und Streichfetten aufgrund ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutz (§ 4 Nr. 3 UWG) gegen die Antragsgegnerin hat.

Die Antragstellerin ist die deutsche Vertriebsgesellschaft der irischen A Cooperative Ltd. aus Irland, die Butter, Mischstreichfette und andere Milcherzeugnisse weltweit unter der Marke B in den Verkehr bringt. Unter der Marke B vertreibt die Antragstellerin seit 1973 in Deutschland Marken-Butter. Das angebotene Sortiment ist über die Jahre erweitert worden, unter anderem auf das Segment der Mischstreichfette, die aus Butter und Rapsöl bestehen.

Die von der Antragstellerin auf dem deutschen Markt vertriebene Butter (ungesalzen und gesalzen) weist folgende Gestaltung auf:

1

2

3

4

5

6



Die angebotenen Mischstreichfette (ungesalzen und gesalzen) wiesen bis vor kurzer Zeit die im Folgenden oberhalb eingeblendeten Gestaltungen auf. Die Antragstellerin hat die Gestaltungen in die unterhalb abgebildeten Gestaltungen abgeändert:

7

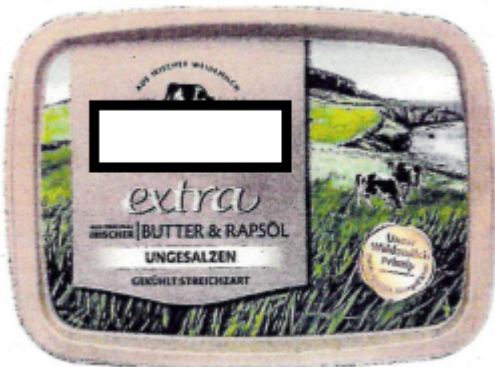
Alt:

8

9



Neu:



10

11

Die Antragsgegnerin hat kurz vor Beantragung der einstweiligen Verfügung die nachstehend wiedergegebenen Butter- und Mischstreichfettprodukte in den deutschen Markt eingeführt:

12

13



Mit Schreiben vom 25.07.2019 hat die Antragstellerin die Antragsgegnerin wegen des Inverkehrbringens der vorstehend dargestellten Produkte abgemahnt und zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung aufgefordert, die bezogen auf den Verbotstenor mit dem Unterlassungsantrag übereinstimmt. Im Rahmen der Abmahnung hat die Antragstellerin ausgeführt, dass sie das Inverkehrbringen der vorstehend dargestellten Produkte in der konkreten Aufmachung für unzulässig halte, weil ein Verstoß gegen § 4 Nr. 3 UWG vorliege. Dabei hat die Antragstellerin näher dargelegt, aus welchen Gründen sich aus ihrer Sicht der Verstoß ergebe. In diesem Zusammenhang hat sie ausgeführt, welche Produkte die Antragstellerin vertreibe und auch Ausführungen zur Marktpräsenz gemacht. Weiter hat sie dargelegt, aus welchem Grund sie die Tatbestandsvoraussetzungen des § 4 Nr. 3 a und b UWG als gegeben ansieht, wobei sie auch dargelegt hat, dass sie von einer wettbewerblichen Eigenart ihrer Produkte und einer Nachahmung durch die Antragsgegnerin ausgehe. Ergänzend wird auf die als Anlage ASt 18 vorgelegte Abmahnung Bezug genommen.

14

Die Antragsgegnerin hat die Abmahnung mit anwaltlichem Schreiben vom 05.08.2019 zurückgewiesen, weil der Unterlassungsanspruch nicht bestehe. Dies hat die Antragsgegnerin näher ausgeführt. Ergänzend wird auf das als Anlage ASt 19 vorgelegte Schreiben Bezug genommen.

15

Die Antragstellerin hat behauptet, die wettbewerbliche Eigenart ihrer Produkte werde durch folgende Gestaltungselemente begründet: Die ungesalzene Butter werde seit Jahrzehnten in goldener Folie in den Verkehr gebracht, wobei sich im Zentrum der Packungsvorderseite ein grünes Feld mit etwas hellerer Mitte befinde, auf dem die Marke B aufgedruckt sei. Oberhalb des grünen Feldes weide eine schwarz-bunte Kuh mit dem Kopf nach rechts. Neben den Worten „ORIGINAL IRISCHE BUTTER“ im unteren Teil der Packungsvorderseite befinde sich ein goldenes, rundes Siegel. Über der Kuh heiße es in einem Bogen „AUS IRISCHER

16

WEIDEMILCH“.

Mit Ausnahme der Grundfarbe Gold würden diese prägenden Elemente auch für die gesalzene Butter gelten. Dort sei die prägende Grundfarbe Silber. Ihr, der Antragstellerin, seien keine weiteren Produkte bekannt, die eine gleiche oder ähnliche Produktgestaltung aufwiesen. 17

Aktuell sei die B Butter mit 16% Marktanteil im Lebensmitteleinzelhandel in diesem Segment mit großem Abstand Marktführer, die Wiederkaufsrate liege bei 63%, die Käuferreichweite für das Jahr 2018 liege bei 36,4% im Lebensmitteleinzelhandel. Allein im Jahre 2018 seien 160 Millionen Packungen B-Butter im deutschen Lebensmitteleinzelhandel verkauft worden. 18

Hinsichtlich der Mischstreichfette seien folgende Merkmale prägend: Der Rand und die oberen zwei Fünftel des Deckels seien bei dem ungesalzenem Mischstreichfett in Gold gehalten gewesen, darüber habe sich eine grüne Wiesenlandschaft mit zwei schwarz-bunten Kühen an der linken Seite und blauem Hintergrund befunden. Im Zentrum des Deckels habe sich die bereits erwähnte Gestaltung der Marke B auf grünem Hintergrund, darunter in goldener Farbe das Wort „extra“ sowie weiter unten, goldfarben unterlegt, das Wort „UNGESALZEN“ befunden. Mit Ausnahme der Grundfarbe Gold würden die prägenden Elemente auch für das gesalzene Mischstreichfett gelten. Dort sei die prägende Grundfarbe Silber. Ihr, der Antragstellerin, seien keine weiteren Produkte bekannt, die eine gleiche oder ähnliche Produktgestaltung aufwiesen. 19

Aktuell seien die B Mischstreichfette mit 32% Marktanteil im Lebensmitteleinzelhandel in diesem Segment mit großem Abstand Marktführer. 20

Die Werbeausgaben für ihre Marke und ihre Produkte beziffert die Antragstellerin auf jeweils deutlich mehr als 12 Millionen Euro in den letzten 5 Jahren. Die Markenbekanntheit von B liege in Deutschland bei 99%. B sei mit einer Bewertung von 7,6 von 10 die beliebteste Molkereimarkte in Deutschland. 21

Die Antragstellerin hat eine Unterlassungsverfügung des Landgerichts Köln erwirkt, die im Beschlusswege ohne mündliche Verhandlung oder Anhörung der Antragsgegnerin erlassen worden ist. Mit der Unterlassungsverfügung ist der Antragsgegnerin bei Meidung der üblichen Ordnungsmittel untersagt worden, 22

a) Butter im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs anzubieten, zu bewerben, zu vertreiben und/oder anbieten, bewerben und/oder vertreiben zu lassen, wenn dies in der oben dargestellten Form geschieht. 23

b) Mischstreichfett im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs anzubieten, zu bewerben, zu vertreiben und/oder anbieten, bewerben und/oder vertreiben zu lassen, wenn dies in der oben dargestellten Form geschieht. 24

Die Antragstellerin hat beantrag, 25

die einstweilige Verfügung der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 12.08.2019 (31 O 201/19) zu bestätigen. 26

Die Antragsgegnerin hat beantrag, 27

die einstweilige Verfügung der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 12.08.2019 (31 O 201/19) aufzuheben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag vom 08.08.2019 28

zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin hat zunächst eine Verletzung rechtlichen Gehörs und eine Verletzung des Gebotes prozessualer Waffengleichheit gerügt, weil sie im Rahmen des Erlassverfahrens nicht beteiligt worden sei. Auch sei die Beschlussverfügung der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln nicht ausreichend begründet. Beides müsse zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung und zur Zurückweisung des auf ihren Erlass gerichteten Antrags führen. 29

Weiter hat die Antragsgegnerin behauptet, dass im Rahmen des wettbewerblichen Umfeldes alle im Lebensmittelhandel gegenwärtig angebotenen, miteinander in Wettbewerb stehenden Streichfette, nämlich Butter, Mischstreichfette und Margarine zu berücksichtigen seien. Insoweit handele es sich um einen einheitlichen Markt. Der Marktanteil der Antragstellerin an diesem Gesamtmarkt betrage nur ca. 16% wertmäßig und ca. 11% mengenmäßig. Darüber hinaus seien sowohl Hersteller- als auch Handelsmarken einzubeziehen. In diesem Markt (Butter und Mischstreichfette) entfielen auf Produkte der Antragstellerin 12% (wertmäßig) bzw. 11% (volumenmäßig). Dominiert werde der Markt allerdings von Eigen- bzw. Handelsmarken („Private Label“), deren Marktanteil 42% (wertmäßig) bzw. 43% (volumenmäßig) betrage. Was den Markt der Mischstreichfette angehe, seien die Marktanteile der Antragstellerin und der „Private Label“ mit ca. 7-8% des Gesamtmarktes (Butter und Mischstreichfette) nahezu gleich. Das zu berücksichtigende wettbewerbliche Umfeld von Hersteller- und Handelsmarken (Butter, Margarine und Mischstreichfette) ergebe sich daher aus Anlage AG 3. Aus dieser Übersicht ergebe sich, dass jedes der von der Antragstellerin als prägend beanspruchte Merkmal, also insbesondere 30

- Verpackung in goldener bzw. silberner Folie, 31

- grünes Feld, 32

- schwarz-bunte Kuh, 33

- goldenes rundes Siegel, 34

- „ORIGINAL IRISCHE BUTTER“ bzw. „AUS IRISCHER WEIDEMILCH“ 35

zigfach und seit Jahren im deutschen Markt vertreten sei, was die Antragsgegnerin weiter ausführt. In Anbetracht dessen verfügten die Produkte der Antragstellerin über keine wettbewerbliche Eigenart jenseits der Marke B. Die Bekanntheit der Produkte der Antragstellerin beruhen auf der Marke B und gerade nicht auf der übrigen Produktaufmachung. Es sei auch nicht von einer Produktnachahmung auszugehen, der Gesamteindruck der Produkte der Parteien weiche erheblich voneinander ab, wozu die Antragsgegnerin im Einzelnen ausführt. Schließlich werde die Gefahr einer unmittelbaren oder mittelbaren Herkunftstäuschung durch das auch als Marke eingetragene Kennzeichen „C“ ausgeräumt, welche auf dem Produkt und auch in der Werbung prominent erscheine. 36

Das Landgericht hat die einstweilige Verfügung bestätigt, weil sich ihr Erlass auch nach dem weiteren Vortag der Parteien als gerechtfertigt erweise. 37

Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs sei jedenfalls im Rahmen der Widerspruchsverhandlung geheilt. Die Heilung erfasse auch eine etwaige Verletzung der prozessualen Waffengleichheit. 38

Soweit die Antragsgegnerin eine entgegen §§ 936, 922 Abs. 1 S. 2 ZPO erforderliche Begründung als nicht hinreichend beanstandet, sei dem nicht beizutreten, weil das Weglassen der Begründung sanktionslos bleibe.

Der Unterlassungsanspruch ergebe sich aus § 8 Abs. 1, 3 Nr. 1, §§ 3, 4 Nr. 3 a UWG unter dem Gesichtspunkt der vermeidbaren betrieblichen Herkunftstäuschung. 40

Die B-Produkte der Antragstellerin verfügten über (zumindest) durchschnittliche wettbewerbliche Eigenart, was das Landgericht weiter ausführt. Die B-Produkte verfügten bei den maßgeblichen Verkehrskreisen auch über eine gewisse Bekanntheit. 41

Die angegriffenen Produkte der Antragsgegnerin stellten zwar keine nahezu identische Nachahmung der Produkte der Antragstellerin dar, seien aber nachschaffende Übernahmen. Nahezu sämtliche prägenden Merkmale der Gestaltung der Produkte der Antragstellerin habe die Antragsgegnerin zumindest in weitgehend ähnlicher Form übernommen. 42

Schließlich liege eine vermeidbare Herkunftstäuschung vor, was das Landgericht ebenfalls im Einzelnen erläutert. 43

Gegen dieses Urteil, auf das gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, wendet sich die Antragsgegnerin mit ihrer Berufung. 44

Das Landgericht habe zu Unrecht eine Heilung der Verletzung der prozessualen Waffengleichheit angenommen. Eine solche sei nicht möglich, weil es sich – neben dem Gehörsverstoß – um einen eigenen Grundrechtsverstoß handle, der nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht geheilt werden könne. Diese Verletzung sei auch entscheidungserheblich. 45

Weiter habe das Landgericht die einstweilige Verfügung entgegen § 922 Abs. 1 S. 2 ZPO nicht hinreichend begründet. Auch aus diesem Grund sei die einstweilige Verfügung aufzuheben. 46

Entgegen der Ansicht des Landgerichts könne keine Täuschung über die betriebliche Herkunft angenommen werden. Das Landgericht habe nicht hinreichend zwischen den einzelnen Produkten der Antragstellerin (insgesamt sechs Produkte) differenziert, obwohl die Antragsgegnerin auf die Unterschiede zwischen den Gestaltungen hingewiesen habe und eine Unterscheidung notwendig sei. 47

Entgegen der Ansicht des Landgerichts könne nicht davon ausgegangen werden, dass die wettbewerbliche Eigenart der Mischstreichfette durch den Austausch der Produktgestaltungen nicht entfallen sei. Die Produktgestaltungen unterschieden sich vielmehr wesentlich, was die Antragsgegnerin weiter ausführt. 48

Auch das wettbewerbliche Umfeld habe das Landgericht nicht hinreichend berücksichtigt. Die Urteilsbegründung sei insofern widersprüchlich, weil das Landgericht einerseits betone, dass die Antragsgegnerin das Umfeld dargestellt habe, dies andererseits aber in Abrede stelle, wenn es davon ausgehe, es fehle der Vortrag zur Bedeutung der Produkte auf dem deutschen Markt. Auch habe die Antragstellerin die Marktbedeutung der Produkte aus dem Umfeld nicht bestritten. 49

Die Feststellungen zur Bekanntheit der Verpackungen der Antragstellerin seien ebenfalls fehlerhaft. Die Bekanntheit beruhe allein auf der Bezeichnung „B“, aber nicht auf der Gestaltung der Verpackung. Daher habe das Landgericht die Bekanntheit nicht unterstellen 50

können.

Die Annahme des Landgerichts, dass prägende Merkmale übernommen worden seien, sei nicht zutreffend. Das Landgericht habe lediglich die generell-abstrakte Beschreibung einer weniger Merkmale als Schnittmenge ausreichen lassen. Die konkrete Gestaltung der jeweils übereinstimmenden Elemente sei erheblich unterschiedlich. Die Verpackungen der angegriffenen Produkte und der Produkte der Antragstellerin verfügten jeweils über zahlreiche Merkmale, die das Landgericht nicht berücksichtige. 51

Die wettbewerbliche Eigenart sei jedenfalls durch den Vortrag der Produkte aus dem Umfeld entfallen. 52

Soweit die Antragstellerin die Mischfettprodukte umgestaltet habe, sei die wettbewerbliche Eigenart der ursprünglichen Produkte jedenfalls entfallen. Daher müsse für die Neugestaltung der Produkte zunächst eine wettbewerbliche Eigenart nachgewiesen werden. 53

Eine Nachahmung könne entgegen der Ansicht des Landgerichts ebenfalls nicht angenommen werden. Es seien allenfalls einzelne Ideen übernommen worden. 54

Das Landgericht habe auch die Ähnlichkeit der Marken „B“ und „C“ in unzulässiger Weise berücksichtigt. Auf eine etwaige Übereinstimmung habe sich die Antragstellerin nicht berufen. Es komme hinzu, dass die Marken nebeneinander genutzt werden dürften. 55

Auch die Angabe auf den Produkten der Antragsgegnerin „D“ würde vom Verkehr allein als Ortsangabe des Entstehungsortes des Produkts betrachtet. Eine zutreffende Ortsangabe könne keine nachschaffende Übernahme begründen. 56

Eine Herkunftstäuschung erfolge ebenfalls nicht. Die von der Antragstellerin vorgelegte Umfrage sei nicht geeignet, eine Herkunftstäuschung zu begründen, zumal diese methodisch fehlerhaft sei, was die Antragsgegnerin weiter ausführt. Die Herkunftstäuschung scheitere auch an der eindeutigen Herstellerbezeichnung durch die Antragsgegnerin. Eine mittelbare Herkunftstäuschung habe das Landgericht nicht hinreichend begründet. 57

Die Antragsgegnerin beantragt, 58

das Urteil des Landgerichts Köln vom 11.12.2019 – 84 O 198/18 – abzuändern und den Antrag der Antragstellerin vom 08.08.2019 unter Aufhebung der einstweiligen Verfügung des Landgerichts Köln vom 12.08.2019 – 31 O 201/19 – zurückzuweisen. 59

Die Antragstellerin beantragt, 60

die Berufung zurückzuweisen. 61

Die Antragstellerin verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. 62

II. 63

Die zulässige Berufung der Antragsgegnerin hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht ist mit Recht und mit zutreffender Begründung davon ausgegangen, dass die einstweilige Verfügung nicht aufgrund einer Verletzung von Verfahrensgrundrechten (dazu II 1) oder eines Begründungsmangels (dazu II 2) aufzuheben ist. Auch bestehen der für den Erlass einer einstweiligen Verfügung erforderliche Anordnungsanspruch (dazu II 3) und –grund (dazu II 4). 64

1. Soweit die Antragsgegnerin der Ansicht ist, die einstweilige Verfügung sei bereits aufgrund eines Verstoßes gegen das Gebot des rechtlichen Gehörs oder der prozessualen Waffengleichheit aufzuheben, weil sie vor Erlass der einstweiligen Verfügung nicht hinreichend angehört worden sei, kann dem nicht beigetreten werden. Dies beruht zum einen darauf, dass ein Verstoß gegen die vorgenannten Rechte, die aus dem Grundgesetz folgen (Art. 3 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3, Art. 103 Abs. 1 GG), fraglich erscheint. Diese Frage kann indes letztlich offenbleiben, weil – eine Verletzung unterstellt – dies nicht zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung im Rahmen des Berufungsverfahrens führen würde. 65

a) Die Voraussetzungen für einen Verstoß gegen das Grundrecht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) oder prozessuale Waffengleichheit (Art. 3 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG) erscheinen jedenfalls fraglich. 66

Der Erlass einer einstweiligen Verfügung im Beschlusswege ohne Anhörung des Antragsgegners begründet in der Regel einen Verstoß gegen die vorgenannten Grundsätze (vgl. BVerfG, Beschluss vom 30.09.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631). Allerdings kann es – so das BVerfG in der vorgenannten Entscheidung – dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit genügen, wenn hinreichende Erwidermöglichkeiten auf eine vorprozessuale Abmahnung gegeben waren. Dies ist anzunehmen, wenn der Verfügungsantrag im Anschluss an die Abmahnung unverzüglich nach Ablauf einer angemessenen Frist für die begehrte Unterlassungserklärung bei Gericht eingereicht wird, das abgemahnte Verhalten sowie die Begründung für die begehrte Unterlassung mit dem bei Gericht geltend gemachten Unterlassungsbegehren identisch sind und der Antragsteller ein etwaiges Zurückweisungsschreiben des Antragsgegners zusammen mit seiner Antragsschrift bei Gericht eingereicht hat. 67

Diesen Voraussetzungen dürfte die Abmahnung durch die Antragstellerin genügen, auch wenn diese nicht wörtlich mit den Ausführungen im Rahmen des Unterlassungsantrags übereinstimmen. Die Antragstellerin hat unstreitig unverzüglich nach einer angemessenen Frist nach der Abmahnung den Antrag bei Gericht eingereicht und das Unterlassungsbegehren ist mit dem abgemahnten Verhalten identisch (vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.07.2020 – 1 BvR 1379/20, juris). Die im Rahmen der Abmahnung geforderte Unterlassungserklärung und der Unterlassungsantrag im Verfügungsverfahren stimmen überein. Dies greift die Antragsgegnerin nicht an. 68

Soweit sich die Antragsgegnerin darauf beruft, die Begründung für die Unterlassung in der Abmahnung und im Rahmen der gerichtlichen Geltendmachung stimmten nicht überein, dürfte sie damit keinen Erfolg haben. In der Abmahnung der Antragstellerin legt die Antragstellerin dar, aus welchem Grund sie der Auffassung ist, dass ihr ein Unterlassungsanspruch zusteht. Dabei geht sie auf die Produkte der Antragsgegnerin im Einzelnen ein und stellt auch die aus ihrer Sicht vorhandenen Übereinstimmungen dar. Insgesamt geht sie auf die Tatbestandsmerkmale des § 4 Nr. 3 a und b UWG – wenn auch knapper als in der Antragsschrift – ein. Die Antragsgegnerin war daher im Rahmen der Erwidern auf die Abmahnung in der Lage, zu den vermeintlichen Ansprüchen und der Anspruchsbegründung Stellung zu nehmen. Sie hat hiervon Gebrauch gemacht. 69

Soweit die Antragsgegnerin meint, das BVerfG habe entschieden, bereits kleinste Abweichungen könnten im Zweifel die erneute Anhörung des jeweiligen Antragsgegners erforderlich machen und Bezug auf den Beschluss vom 27.07.2020 (1 BvR 1379/20, juris) nimmt, ergibt sich hieraus nichts anderes. Denn das BVerfG hat in der von der Antragsgegnerin zitierten Randnummer hervorgehoben, dass kleinste Abweichungen im Rahmen der Unterlassungsforderung zur Anhörung zwingen. Eine solche Abweichung in dem 70

Unterlassungsbegehren an sich lag indes nicht vor.

b) Letztlich kann die Frage, ob die Begründung der Abmahnung mit der Anspruchs begründung übereinstimmt, um eine Verletzung der Ansprüche auf rechtliches Gehör und prozessuale Waffengleichheit abzulehnen, wogegen der unterschiedliche Umfang der Abmahnung und des Antrags sprechen könnte (vgl. BVerfG, Beschluss vom 17.06.2020 – 1 BvR 1380/20, juris), ebenso offenbleiben, wie die Frage, ob die Rechtsprechung des BVerfG auf die in Rede stehenden Fälle der behaupteten Verletzung von gewerblichen Schutzrechten überhaupt anzuwenden ist. Diese Frage hat das BVerfG für die Verletzung von gewerblichen Schutzrechten ausdrücklich offengelassen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 27.07.2020 – 1 BvR 1379/20, juris). Denn selbst wenn eine Verletzung der Ansprüche auf rechtliches Gehör und prozessuale Waffengleichheit angenommen würde, führte dies nicht zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung.

71

In einem insoweit vergleichbaren Fall hat der 15. Zivilsenat des OLG Köln (Urteil vom 08.10.2018 – 15 U 110/18, NJW –RR 2019, 240) folgendes ausgeführt:

72

"Soweit die Verfügungsbeklagte eine eigenständige Verletzung von Verfahrensgrundrechten durch die ... einseitig und ohne vorherige Gelegenheit zur Stellungnahme für die Verfügungsbeklagte erlassene Beschlussverfügung (§ 937 Abs. 2 ZPO) rügt, kann dies der Berufung nicht zum Erfolg verhelfen. Die Verfügungsbeklagte verkennet, dass ... fachgerichtlicher Rechtsschutz über die regulären Rechtsschutzmöglichkeiten des Widerspruchs gegen die Beschlussverfügung (§§ 936, 924 ZPO) bzw. der Berufung (§ 511 ff. ZPO) gegen eine die Beschlussverfügung bestätigende Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts nicht zu erreichen ist. In der insofern entstandenen Rechtsschutzlücke ist gerade deshalb erst unmittelbar die - wegen § 90 Abs. 2 BVerfGG subsidiäre - Individualverfassungsbeschwerde denkbar geworden (so auch [BVerfG v. 06.06.2017 - 1 BvQ 16/17](#), NJW 2017, 2985 Rn. 10 f.; vertiefend Teplitzky, WRP 2017, 1163 ff.; Sajuntz, NJW 2018, 589, 594; Vollkommer, MDR 2017, 1287, 1288). Zwar ist zuzugeben, dass nur die mit einem (unterstellten) Verstoß gegen § 937 Abs. 2 ZPO einhergehende Verletzung rechtlichen Gehörs im weiteren Verfahrensverlauf nach Erlass einer einstweiligen Verfügung durch die im Widerspruchsverfahren gegebene Stellungnahmemöglichkeit regelmäßig noch "geheilt" werden kann (so auch [BVerfG v. 06.06.2017 - 1 BvQ 16/17](#), NJW 2017, 2985 Rn. 7). Ist aber schon dies - etwa bei unvollständig/intransparent i.S.v. § 139 Abs. 4 S. 1 ZPO aktenkundig gemachten einseitigen telefonischen Hinweisen - oft nicht vollends unproblematisch, betrifft eine solche Heilungsmöglichkeit ohnehin nicht die - in diesen Fällen regelmäßig auch vorliegende - eigenständige Verletzung des Rechts auf prozessuale Waffengleichheit (Art 3 Abs. 1 GG) und auf ein faires Verfahren aus Art 20 Abs. 3 GG. Das (unterstellt) bewusste Übergehen auch dieser prozessualen Rechte und die darin liegende eigenständige Verletzung von Verfahrensrechten (vgl. zu einseitigen Hinweisen in Telefongesprächen instruktiv auch BGH v. 11.04.2013 - I ZB 91/11, GRUR 2013, 1276 Rn. 23 - MetroLinien; Teplitzky, WRP 2016, 1181, 1187 jeweils m.w.N.) kann aber - entgegen der Berufungsbegründung - dennoch nicht unmittelbar auf den weiteren Bestand der einstweiligen Verfügung "durchschlagen". Auch das BVerfG geht nämlich davon aus, dass einstweilige Verfügungen (auch) hinsichtlich dieser Grundrechtsverletzungen vor den Fachgerichten nicht wirksam angegriffen werden können. Zwar können Beschlussverfügungen in Blick auf andere Rechtsverletzungen - materieller Art, aber auch wegen Verstoßes gegen das rechtliche Gehör - zur Überprüfung gestellt werden und es kann diesbezüglich möglicherweise die Aufhebung erreicht werden, bei Verletzung rechtlichen Gehörs regelmäßig durch neuen Vortrag und neue Glaubhaftmachungsmittel, deren Vorlage in einstweiligen Verfügungsverfahren auch nicht an §§ 296, 529, 531 ZPO scheitern wird

73

(dazu allg. Dötsch, MDR 2010, 1429 ff.; MüKo-ZPO/Drescher, ZPO, 5. Aufl. 2016, § 922 Rn. 25 m.w.N.). Die eigenständige Grundrechtsverletzung des bei Erlass der Verfügung bewussten Übergehens prozessualer Rechte kann jedoch auch nach Auffassung des BVerfG so nicht beseitigt werden ([BVerfG v. 06.06.2017 - 1 BvQ 16/17](#), NJW 2017, 2985 Rn. 10). Ob fachgerichtlich ggf. hier - auch zur Entlastung des BVerfG - noch andere einfachrechtliche Rechtsschutzmöglichkeiten entwickelt werden können, bedarf im vorliegenden Verfahren keiner Vertiefung (jedenfalls gegen Möglichkeit der Feststellungsklage BVerfG a.a.O.; für einfaches Beschwerdeverfahren nur gegen den Erlass der einstweiligen Verfügung unabhängig vom und ggf. neben einem Widerspruchsverfahren aber etwa Vollkommer, MDR 2017, 1287, 1288). Denn jedenfalls im Widerspruchsverfahren ist wegen §§ 936, 925 Abs. 1 ZPO nur über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung im maßgeblichen Zeitpunkt der nunmehrigen mündlichen Verhandlung zu entscheiden. Widerspruch - und mit Blick auf § 513 ZPO auch eine Berufung - gegen eine die einstweilige Verfügung bestätigende Entscheidung können dann in Fällen wie dem vorliegenden aber schon deswegen nicht zur Aufhebung der Beschlussverfügung führen, weil die gerichtliche Entscheidung nicht auf der eigenständigen Verletzung der Verfahrensgrundrechte beruht, sondern (bei unterstelltem Verfügungsanspruch und -grund) bei verfahrensordnungs- und grundrechtskonformen Vorgehen gerade keine andere Entscheidung in der Sache zu erwarten gewesen wäre. Theoretisch denkbar wäre in solchen Fällen allenfalls, die (zunächst unter Verletzung von Verfahrensgrundrechten) einseitig erlassene einstweilige Verfügung aufzuheben und im weiteren Verfahrensverlauf (also nach Anhörung und in einem jedenfalls nunmehr fairem Verfahren) inhaltsgleich neu zu erlassen wegen des bestehenden Verfügungsanspruch und -grunds. Einem solchen Neuerlass stünde angesichts der rechtzeitigen Antragstellung dann auch nicht etwa ein zwischenzeitlicher Wegfall der Dringlichkeit entgegen. Mit einer derartigen unnützen Förmerei wäre aber letztlich keinem gedient und ein solches Vorgehen entspräche auch nicht dem sonstigen gerichtlichen Vorgehen bei erst durch späteres Geschehen begründet gewordenen Ansprüchen in Verfügungsverfahren. Dass ein Verzicht auf Aufhebung/Neuerlass mit Blick auf mögliche Zwangsvollstreckungsmaßnahmen (§ 890 ZPO) in der Zwischenzeit ggf. zu abweichenden Ergebnissen führen könnte, trägt allein keine andere Sichtweise, wenn die einstweilige Verfügung nur in der Sache gerechtfertigt ist, zumal über §§ 924 Abs. 3, S. 2, 707 ZPO Abhilfe im Bedarfsfalle geschaffen werden kann."

Soweit die dortige Antragsgegnerin Gehörsrüge gegen diesen Beschluss erhoben hat, hat der 15. Zivilsenat des OLG Köln folgendes ergänzend dargelegt (vgl. Beschluss vom 08.01.2019 – 15 U 110/18, juris):

74

"...Dass ein ... Verfahrensverstoß des Landgerichts im einstweiligen Verfügungsverfahren fachgerichtlich nicht dazu führen kann, dass ein sachlich begründetes Verbot im Ergebnis nicht (mehr) dauerhaft auch entsprechend Bestand haben kann und der Antragsteller eines Verfügungsverfahrens somit den Möglichkeiten eines Verfügungsverfahrens (endgültig) verlustig gehen würde, hat der Senat in der angegriffenen Entscheidung bereits ausgeführt. Auch das [BVerfG hat im Beschluss vom 30.09.2018 - 1 BvR 1783/17](#), NJW 2018, 3631 Rn. 10 die fehlende Möglichkeit geeigneter fachgerichtlicher Rechtsbehelfe unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Möglichkeiten einer entsprechenden Feststellungsklage in solchen Fällen (erneut) bedauert und deswegen weiter ausnahmsweise (nur) die Verfassungsbeschwerde für eröffnet gehalten (ebenso [BVerfG v. 30.09.2018 - 1 BvR 2421/17](#), NJW 2018, 3634 Rn. 23). Der Senat hält mit Blick darauf an seinen bisherigen Ausführungen fest. Dass die gerügten Rechtsverletzungen in Sachen Waffengleichheit ... ohnehin nicht mehr gänzlich zu beseitigen bzw. zu "heilen" sind, kann allein nicht dazu führen, dass eine Entscheidung, die auch bei Beachtung aller verfassungsrechtlichen Anforderungen im Ergebnis ersichtlich nicht anders ausgefallen wäre und heute auch

75

materiell-rechtlich richtig ist - anders ist hier bis zuletzt nicht ersichtlich und/oder vorgetragen - allein wegen eines gerichtlichen Fehlers im Verfügungsverfahren dauerhaft und endgültig zu kassieren ist. Ob - wie ausgeführt - ggf. ein fachgerichtlichen Beschwerdeverfahren zur Feststellung von gerichtlichen Verfahrensverstößen neben dem Widerspruch zu entwickeln ist und/oder die Niederschlagung von Kosten nach § 21 GKG in manchen Fällen Befriedigungsmöglichkeiten verschaffen mag, bedarf keiner Erörterung. Keinesfalls ist im Wege einer verfassungskonformen Auslegung, die die Gehörsrüge annahmt, der Verfügungsklägerin wegen des (unterstellten) gerichtlichen Verfahrensfehlers die - materiell-rechtlich zutreffende - Verbotsverfügung dauerhaft aus der Hand zu schlagen."

Dem schließt sich der Senat nach eigener Prüfung vollinhaltlich an. Die gegen die vorgenannte Entscheidung gerichtete Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG nicht angenommen (vgl. Beschluss vom 15.04.2019 – 1 BvR 1811/17 u.a., juris). 76

Darüber hinaus hat das BVerfG ausgeführt, dass die Rechte auch der Antragstellerin zu schützen sind. Hierzu hat das BVerfG (Beschluss vom 17.06.2020 – 1 BvR 1380/20, juris) dargelegt, dass die Außervollzugsetzung der einstweiligen Verfügung bis zu einer Entscheidung des zuständigen Gerichts und damit der Berücksichtigung des Vortrags der Antragsgegnerseite durch das BVerfG erfolgen könne. Durch die Einstellung durch das BVerfG werde der Antragsteller nicht schutzlos gestellt. Vielmehr könne das zur Entscheidung berufene Gericht den Vortrag der Gegenseite nunmehr berücksichtigen. Die neuerlich zu treffende Sachentscheidung sei durch den Verstoß gegen die prozessuale Waffengleichheit inhaltlich in keiner Weise präjudiziert, sondern hänge von der Berechtigung des geltend gemachten Unterlassungsbegehrens ab. Insgesamt kommt daher – unter Berücksichtigung des Rechtsschutzbedürfnisses der Antragstellerin – nach Auffassung des BVerfG allein eine neue Prüfung in Betracht. Diese ist bereits im Rahmen des Widerspruchsverfahrens durch das Landgericht erfolgt, so dass eine Aufhebung oder Außervollzugsetzung der einstweiligen Verfügung nach Erlass des Urteils im Widerspruchsverfahren vor diesem Hintergrund allein von der materiellen Berechtigung der Unterlassungsforderung abhängt. 77

2. Die Rüge der Antragsgegnerin, das Landgericht Köln habe die erlassene einstweilige Verfügung nicht hinreichend begründet, führt nicht zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung. 78

Es kann offenbleiben, ob eine hinreichende Begründung – das Landgericht hat lediglich kurz zur Begründung in der Beschlussverfügung ausgeführt – vorliegt. Zwar ist eine Begründung der Entscheidung gemäß § 922 Abs. 1 S. 2 ZPO vorgeschrieben. Wird die Entscheidung nicht hinreichend begründet, führt dies indes nicht zu einer Aufhebung der einstweiligen Verfügung. Allenfalls wäre der Beschluss nach § 30 Abs. 1, 4 des Gesetzes zur Ausführung zwischenstaatlicher Verträge und zur Durchführung von Verordnungen und Abkommen der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet der Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen (Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz – AVAG) nachträglich zu vervollständigen. Dabei bleibt die Zustellung aber auch ohne Vervollständigung wirksam (vgl. Vollkommer in Zöller, ZPO, 38. Aufl., § 922 Rn. 12; Drescher in MünchKomm/ZPO, 5. Aufl., § 922 Rn. 10). 79

Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 922 Abs. 1 S. 2 ZPO, der darin besteht, dass ohne Entscheidungsgründe die Nachprüfung, ob die Voraussetzungen für eine Anerkennung im Ausland vorliegen, erschwert wäre (vgl. Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 6. Aufl., § 922 Rn. 26, mwN). 80

Es kommt hinzu, dass der Senat – wie dargelegt – bei der Entscheidung über die Berufung die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz zugrunde zu legen hat. Ein möglicher Verstoß gegen Ansprüche auf rechtliches Gehör oder prozessuale Waffengleichheit wegen einer fehlenden Begründung können zu diesem Zeitpunkt – wie dargelegt – indes nicht zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung und Zurückweisung des auf ihren Erlass gerichteten Antrags führen.

3. Ein Anordnungsanspruch ist – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – ebenfalls anzunehmen. 82

Die Antragstellerin hat – wie das Landgericht mit Recht und mit zutreffender Begründung angenommen hat – gegen die Antragsgegnerin einen Anspruch auf Unterlassung des Anbietens pp. der konkret zum Gegenstand des Klageantrags gemachten Gestaltungen der Verpackungen für Butter und Mischstreichfette aus § 8 Abs. 1, 3, §§ 3, 4 Nr. 3 lit. a UWG. Im Einzelnen: 83

a) Durch das Anbieten pp. der dem Streit zugrundeliegenden Gestaltungen von Butter und Mischstreichfetten hat die Antragsgegnerin eine geschäftliche Handlung nach § 3 Abs. 1, § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vorgenommen. Auch sind die Antragstellerin und die Antragsgegnerin Mitbewerber. Gegen diese Annahme wendet sich die Berufung der Antragsgegnerin nicht. 84

b) Das Anbieten pp. der Produkte durch die Antragsgegnerin ist wettbewerbswidrig. 85

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs 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 Urteil vom 20.09.2018 - I ZR 71/17, GRUR 2019, 184 Rn. 11 - Industrienähmaschinen; Urteil vom 16.11.2017 - I ZR 91/16, GRUR 2018, 311 Rn. 13 - Handfugenspistole, m. zahlr. w.N.). 86

aa) Das Landgericht hat – entgegen der Ansicht der Berufung – mit Recht angenommen, dass den Produkten der Antragstellerin wettbewerbliche Eigenart zukommt. Diese ist jedenfalls als durchschnittlich anzusehen. 87

Ein Erzeugnis besitzt wettbewerbliche Eigenart, wenn die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale geeignet sind, die interessierten Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen. Die wettbewerbliche Eigenart entfällt, wenn der angesprochene Verkehr die prägenden Gestaltungsmerkmale des Erzeugnisses nicht (mehr) einem bestimmten Hersteller zuordnet. Für die wettbewerbliche Eigenart kommt es zwar nicht darauf an, dass der Verkehr den Hersteller der Ware namentlich kennt; erforderlich ist aber, dass der Verkehr annimmt, die Ware stamme von einem bestimmten Hersteller, wie auch immer dieser heißen möge, oder sei von einem mit diesem verbundenen Unternehmen in Verkehr gebracht worden (ständige Rechtsprechung, vgl. BGH, GRUR 2018, 311 Rn. 14 - Handfugenspistole, mwN). 88

Für die Bestimmung der wettbewerblichen Eigenart ist der Gesamteindruck des nachgeahmten Erzeugnisses maßgebend. Dieser kann durch Gestaltungsmerkmale bestimmt oder mitbestimmt werden, die zwar nicht für sich genommen, aber in ihrem Zusammenwirken geeignet sind, im Verkehr auf die Herkunft des nachgeahmten Produkts aus einem bestimmten Unternehmen hinzuweisen (BGH, GRUR 2018, 311 Rn. 16 - Handfugenpistole, mwN).

Für eine entsprechende Annahme 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, WRP 2012, 1379 = GRUR 2012, 1155 Rn. 19 - Sandmalkasten; WRP 2013, 1339 = GRUR 2013, 1052 Rn. 18 - Einkaufswagen III; Senat, GRUR-RR 2013, 24, 25 - Gute Laune Drops, jeweils m. w. N.). Der Gesamteindruck eines Erzeugnisses kann durch Gestaltungsmerkmale bestimmt oder mitbestimmt werden, die für sich genommen nicht geeignet sind, im Verkehr auf dessen Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen hinzuweisen. Derartige Gestaltungsmerkmale können in ihrem Zusammenwirken eine wettbewerbliche Eigenart verstärken oder begründen, weil dieser von dem Gesamteindruck abhängt, den die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale des jeweiligen Erzeugnisses vermitteln (BGH, WRP 2010, 94 = GRUR 2010, 80 Tz. 34 - LIKEaBIKE; WRP 2013, 1188 = GRUR 2013, 951 Tz. 19 - Regalsystem; WRP 2013, 1339 = GRUR 2013, 1052 Tz. 20 - Einkaufswagen III). Dabei kann auch die als neu empfundene Kombination bekannter Gestaltungselemente eine wettbewerbliche Eigenart begründen (BGH, WRP 2006, 75 = GRUR 2006, 79 Tz. 26 - Jeans I; WRP 2008, 1510 = GRUR 2008, 1115 Tz. 22 - ICON). Abzustellen ist nicht auf einzelne Gestaltungsmerkmale, sondern auf den durch seine prägenden Merkmale hervorgerufenen Gesamteindruck des jeweiligen Produkts (BGH, WRP 2010, 94 = GRUR 2010, 80 Tz. 32 - LIKEaBIKE; Senat, WRP 2013, 1500 = GRUR-RR 2014, 65, 66 - Pandas).

Auf dieser Grundlage haben die Produkte der Antragstellerin in ihrer konkreten Gestaltung wettbewerbliche Eigenart. Dies hat die Antragstellerin hinreichend dargelegt. Die Antragstellerin ist gehalten, die Merkmale, die die wettbewerbliche Eigenart begründen, konkret vorzutragen, die sodann vom Tatrichter festzustellen sind. So muss das Produkt detailliert beschrieben und in der Regel das Produkt selbst vorgelegt werden (vgl. BGH, GRUR 2018, 311 Rn. 17 - Handfugenpistole, mwN). Dies ist hier – jedenfalls durch Vorlage von deutlich erkennbaren Lichtbildern – geschehen. Wird das Produkt oder ein hinreichend erkennbares Lichtbild vorgelegt, sind damit die wesentlichen Merkmale dargelegt, die die wettbewerbliche Eigenart begründen. Das Gericht kann sodann aufgrund dieser vorgetragenen Tatsachen die Merkmale bestimmen, denen wettbewerbliche Eigenart zukommt (vgl. OLG Köln, Urteil vom 26.04.2019 – 6 U 164/18, GRUR 2019 856 – Rotationsrasierer).

Der Senat kann als in Wettbewerbssachen erfahrener Spruchkörper die wettbewerbliche Eigenart aus eigener Sachkunde beurteilen, weil nur der optische Gesamteindruck zu berücksichtigen ist und sich die Produkte an ein allgemeines Publikum – hier den Verbraucher – richten (vgl. BGH, Urteil vom 14.09.2017 - I ZR 2/16, GRUR 2017, 1135 Rn. 19 – Leuchtballon; Beschluss vom 28.05.2020 – I ZR 190/19, juris).

Dabei muss sich der Anspruchsteller nicht auf ein bestimmtes Produkt berufen. Wettbewerbliche Eigenart kann auch aus den übereinstimmenden Merkmalen verschiedener Exemplare einer Modellreihe hergeleitet werden, solange nicht nur Schutz für einzelne Stilmittel oder eine dem Sonderschutz nicht zugängliche Grundidee begehrt wird, sondern für

konkrete Gestaltungsmerkmale, die jeweils allen Modellen der Reihe eigen sind und deren wettbewerbliche Eigenart begründen (BGH, GRUR 2007, 795 Rn. 27 – Handtaschen; OLG Köln, GRUR-RR 2014, 25, 27 – Kinderhochstuhl „Sit up“; GRUR-RR 2014, 494, 496 – Freischwinger-Stuhl).

Danach haben die Produkte der Antragstellerin wettbewerbliche Eigenart, was das Landgericht zutreffend unter Bezug auf die Ausführungen im Tatbestand der angefochtenen Entscheidung festgestellt hat. Die wettbewerbliche Eigenart der ungesalzenen Butter der Antragstellerin ergibt sich aus der Kombination der Merkmale einer goldenen Grundfarbe der Verpackungsfolie, dem im Zentrum befindlichen grünen Feld, welches in der Mitte etwas aufgehellte ist und auf dem die Marke B abgedruckt ist. Oberhalb des grünen Feldes befindet sich eine schwarz-weiße (bezeichnet als schwarz-bunte) Kuh mit dem Kopf nach rechts. Im unteren Teil der Verpackung werden auf der linken Seite die Worte „ORIGINAL IRISCHE“ sowie in der Mitte in größerer Gestaltung das Wort „BUTTER“ dargestellt. Auf der rechten Seite der Verpackung befindet sich ebenfalls im unteren Teil ein goldener Störer, der ein goldenes rundes Siegel darstellt. Oberhalb der Darstellung der Kuh wird in einer Art Rundbogen der Text „AUS IRISCHER WEIDEMILCH“ aufgedruckt. 94

Diese, die wettbewerbliche Eigenart der nicht gesalzenen Butter begründenden Elemente, finden sich mit einer Ausnahme identisch bei der gesalzenen Butter der Antragstellerin wieder. Allein die Grundfarbe der Folie ist nunmehr silbern. 95

Auch für die Verpackung der Mischstreichfette ist eine wettbewerbliche Eigenart anzunehmen. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin kann auch die erst kurz vor der Markteinführung der Produkte der Antragsgegnerin ursprünglich genutzte Gestaltung der Mischstreichfette der Antragstellerin herangezogen werden, auch wenn diese Gestaltung nicht mehr vertrieben wird. Zwar kann der Schutz bei einer Einstellung der Vertriebshandlungen entfallen. Dies ist aber erst dann anzunehmen, wenn eine Gefahr der Herkunftstäuschung nicht mehr besteht. Solange die ursprüngliche Produktausstattung dem Verkehr noch in Erinnerung bleibt, besteht daher die wettbewerbliche Eigenart fort (OLG Frankfurt, GRUR-RR 2019, 77, 79 – Uhrengehäuseform; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 38. Aufl., 2020, § 4 Rn. 3.26). 96

Vorliegend handelt es sich um Produkte, die, wie die Antragstellerin glaubhaft gemacht hat, bei nahezu allen Lebensmittelhändlern angeboten werden und die über einen nicht unerheblichen Marktanteil verfügen. Dies zweifelt die Antragsgegnerin letztlich auch nicht an, auch wenn sie die konkreten Marktverhältnisse unter Berücksichtigung eines weiteren Vergleichsmarktes als geringer ansieht. Letztlich ist die nicht unerhebliche Bekanntheit der Produkte der Antragstellerin aber auch allgemeinbekannt. 97

Die bekannten Gestaltungen sind auch bei dem Verkehr noch in Erinnerung, was auf ihrer erheblichen Bekanntheit und der kurzen Zeit seit der Änderung der Gestaltung der Verpackungen sowie darauf beruht, dass auch die neue Verpackungsgestaltung erhebliche Ähnlichkeiten mit der ursprünglichen Gestaltung aufweist. Der Zeitablauf von zwölf Monaten führt vor diesem Hintergrund zu keinem anderen Ergebnis. 98

Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin kann der Senat die entsprechende Feststellung auch selbst treffen, weil er zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehört und daher die erforderlichen Kenntnisse selbst hat (st. Rspr., z.B. BGH, Beschluss vom 28.05.2020, I ZR 190/19, juris). Soweit der BGH in der vorgenannten Entscheidung davon ausgegangen ist, dass der dortige Spruchkörper die Kenntnisse von national und international tätigen Filmproduzenten nicht selbst beurteilen kann, beruhte dies entscheidend darauf, dass die zur 99

Entscheidung berufenen Richter nicht den mit der Werbung angesprochenen Verkehrskreisen angehörten.

Für die Produktgestaltung des Mischstreichfettes der Antragstellerin in der ungesalzenen Form ist prägend, dass der Rand und die oberen zwei Fünftel des Deckels in goldener Farbe gehalten sind. Unterhalb dieses oberen Randes befindet sich eine grüne Weidelandschaft mit zwei schwarz-weißen (schwarz-bunten) Kühen im linken unteren Bereich sowie ein blauer See oder Meeresarm. Im Hintergrund sind Berge angedeutet. Im Zentrum des Deckels befindet sich die Darstellung der Marke „B“ vor einem grünen Hintergrund. Oberhalb befindet sich – wie bei der Butter – eine vergleichbar dargestellte Kuh. Unter der Darstellung der Marke befindet sich in goldener Schrift das Wort „extra“ sowie weiter unten, goldfarben unterlegt, das Wort „UNGESALZEN“.

100

Mit Ausnahme der Grundfarbe Gold finden sich die gleichen prägenden Elemente auch in der Produktgestaltung für das gesalzene Mischstreichfett. Allerdings ist dort – wie bei der gesalzenen Butter – die Grundfarbe Silber und das Wort „UNGESALZEN“ ist durch das Wort „mit MEERSALZ“ ersetzt.

101

Soweit die Antragsgegnerin andere Produkte aus dem Bereich der Streichfette (Butter, Mischstreichfette und Margarine) benennt, die unstreitig auf dem deutschen Markt vertrieben werden, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Zutreffend nimmt die Antragsgegnerin allerdings an, dass die wettbewerbliche Eigenart einer Produktgestaltung entfallen kann, wenn der Verkehr dessen prägende Gestaltungsmerkmale aufgrund der Marktverhältnisse nicht (mehr) einem bestimmten Hersteller oder einem mit diesem durch einen Lizenz- oder Gesellschaftsvertrag verbundenen Unternehmen zuordnet (vgl. BGH, GRUR 2018, 311 Rn. 20 - Handfugerpistole). Die wettbewerbliche Eigenart eines Produkts kann auch verloren gehen, wenn seine konkrete Ausgestaltung oder seine Merkmale auf Grund der Entwicklung der Verhältnisse auf dem Markt, beispielsweise durch eine Vielzahl von Nachahmungen, nicht mehr geeignet sind, die angesprochenen Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen (BGH, Urteil vom 24.05.2007 - I ZR 104/04, GRUR 2007, 984 - Gartenliege). Der Anspruch aus § 4 Nr. 3 UWG entfällt aber nicht bereits dadurch, dass andere Nachahmer mehr oder weniger gleichzeitig auf den Markt kommen. Andernfalls könnte sich jeder Nachahmer auf die allgemeine Verbreitung der Gestaltungsform durch die anderen Nachahmer berufen und dem betroffenen Hersteller des Originals würde die Möglichkeit der rechtlichen Gegenwehr genommen (BGH, Urteil vom 24.03.2005 - I ZR 131/02, GRUR 2005, 600 - Handtuchklemmen, mwN).

102

Es ist Sache des Anspruchsgegners, darzutun und gegebenenfalls zu beweisen, dass die in Rede stehenden Merkmale einzeln oder auch in der fraglichen Verbindung bereits vorbekannt oder inzwischen üblich geworden sind (BGH, Urteil vom 06.11.1997 - I ZR 2102/95, GRUR 1998, 477 - Trachtenjanker; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 38. Aufl., § 4 Rn. 3.77). Insbesondere muss er die Marktbedeutung von Produkten darlegen, mit denen er die wettbewerbliche Eigenart des nachgeahmten Produkts in Frage stellen will (BGH, GRUR 2005, 600 - Handtuchklemmen; OLG Köln, Urteil vom 18.12.2015 - 6 U 44/15, - Crocs, juris, mwN). Dies ist vorliegend erfolgt. Denn es ist unstreitig, dass die vorgetragenen Produkte aus dem Umfeld im deutschen Lebensmittelhandel vertreten sind. Insbesondere in Bezug auf die Eigenmarken der bekannten Lebensmittelketten ist auch allgemein bekannt, dass diese Produkte in nicht unerheblichem Umfang angeboten werden.

103

Dennoch hat die Antragsgegnerin nach diesen Grundsätzen nicht hinreichend vorgetragen, dass die wettbewerbliche Eigenart aufgrund des Umfeldes entfallen oder geschwächt wäre. Die dargestellten Produkte des wettbewerblichen Umfelds weisen einen anderen

104

Gesamteindruck auf als die Produkte der Antragstellerin. Im Hinblick auf den dargelegten Gesamteindruck der klägerischen Produkte unterscheidet sich die Produktgestaltung aus dem wettbewerblichen Umfeld erheblich.

So ist etwa die Gestaltung der Butter der Firma F dadurch geprägt, dass ebenfalls eine goldene Grundfarbe für die Verpackung gewählt wurde und Kühe dargestellt werden. Die Verpackung wird aber in erster Linie durch die Gestaltung eines über die gesamte Vorderseite verlaufenden Rundbogens in grüner Farbe geprägt, in dem in der Mitte in ovaler roter Umrandung das Wort „F“ eingefügt wird. Weiter sind auch hier grasende Kühe zu sehen. Allerdings werden hier zwei Kühe auf einer Weidelandschaft dargestellt. Ein Wasserelement fehlt. Der Gesamteindruck ist vor diesem Hintergrund ein anderer. 105

Auch das Produkt von „G“ hat lediglich die Idee der Darstellung einer Weidelandschaft übernommen, die konkrete Gestaltung aber abweichend gewählt. Die weiteren die Butter der Antragstellerin prägenden Elemente finden sich nicht. Dies gilt sowohl für die „IRISCHE BUTTER“, als auch für das Streichfett. 106

Auch das Produkt „Landfein Irische Butter“ hat lediglich einzelne Gestaltungselemente aus der Aufmachung der Butter der Klägerin übernommen. Hier prägen die goldene Verpackung sowie die Gestaltung der Marke im oberen Bereich sowie das grüne Quadrat mit der Produktbezeichnung in der Mitte das Produkt. 107

Die weiteren Produkte aus dem Umfeld sind in ihrem Gesamteindruck weiter von dem Produkt der Antragstellerin entfernt. 108

Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass den Produkten der Antragstellerin wettbewerbliche Eigenart zukommt. 109

Die wettbewerbliche Eigenart, die zunächst als durchschnittlich anzusehen ist, ist jedenfalls nicht herabgesetzt. Wie dargelegt, ist das wettbewerbliche Umfeld, auch wenn die einzelnen Gestaltungselemente bekannt sind, letztlich anders gestaltet als die Produkte der Antragstellerin. 110

Die Gestaltung der Produkte der Antragstellerin haben auch eine gewisse Bekanntheit. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin beruht die Bekanntheit nicht allein auf der Marke „B“. Vielmehr bleibt dem Verkehr auch die konkrete Ausgestaltung der Produktverpackung in Erinnerung. 111

bb) Die Produktgestaltung der Butter sowie der Mischstreichfette hat die Antragsgegnerin nachgeahmt. 112

Eine Nachahmung ist gegeben, wenn nach dem Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Erzeugnisse die Nachahmung nur geringfügige Abweichungen vom Original aufweist. Entscheidend ist, ob gerade die übernommenen Gestaltungsmittel die wettbewerbliche Eigenart des nachgeahmten Produkts begründen (BGH, Urteil vom 14.09.2017, GRUR 2017, 1135 Rn. 29 - Leuchtballon, mwN). 113

Diese Beurteilung kann der Senat selbst vornehmen, weil sich die Produkte an allgemeine Verkehrskreise richten. 114

Nach diesen Grundsätzen ist bei der Gestaltung der Produkte der Beklagten von folgendem auszugehen: 115

Die Grundfarbe der Butter der Antragstellerin ist ebenfalls golden bzw. für die gesalzene Butter silbern. Im Zentrum der Verpackung befindet sich der Markenname „C“, was zu einer erheblichen optischen Ähnlichkeit zu der Gestaltung der Verpackung der Antragstellerin aufgrund der optischen Übereinstimmungen im Rahmen der Darstellung der Bezeichnung führt. Oberhalb der Produktbezeichnung befindet sich ebenfalls ein rundliches Element mit einer Aufschrift. Die Motividee der Kuh ist übernommen, auch wenn diese an einer anderen Stelle positioniert ist. Auf der rechten Seite der Verpackung befindet sich ebenfalls im unteren Teil ein goldener Störer, der ein goldenes rundes Siegel darstellt. Der Inhalt des Störers ist indes unterschiedlich. Schließlich weist die Antragsgegnerin auf die Herkunft aus H hin, was die Verwechslungsgefahr weiter erhöht. Damit liegt eine nachschaffende Übernahme vor. Gegenteiliges hat der Senat auch nicht in der mündlichen Verhandlung zu erkennen gegeben.

Selbst wenn eine nachschaffende Übernahme der Butter nicht angenommen würde, führte dies zu keinem anderen Ergebnis. Denn die Gestaltung der Butter der Antragsgegnerin stellt eine fast identische Übernahme der Gestaltung der Mischstreichfette der Antragstellerin dar. Insoweit werden alle die Gestaltungselemente auch in ihrem Gesamteindruck nahezu identisch übernommen. 117

Bei der Butter der Antragsgegnerin ist – wie bei dem Mischstreichfett der Antragstellerin - ein goldener (bei dem ungesalzene Produkt) oder silberner (bei dem gesalzene Produkt) Rand im oberen Bereich der Vorderseite der Produktgestaltung zu erkennen. Unterhalb dieses oberen Randes befindet sich eine grüne Weidelandschaft mit zwei schwarz-weißen (schwarz-bunten) Kühen, die sich wie bei dem Mischstreichfett der Antragstellerin im linken unteren Bereich der Verpackung befinden. Die Darstellung eines blauen Sees oder Meeresarms befindet sich ebenfalls deutlich erkennbar bei beiden Produkten. Das gleiche gilt für die angedeuteten Berge im Hintergrund. Im Zentrum der Verpackung befindet sich die Darstellung der Marke „C“, die allerdings nicht vor einem grünen Hintergrund platziert wird. Oberhalb befindet sich dann allerdings keine dargestellte Kuh. Unter der Darstellung der Marke befindet sich das Wort „ORIGINAL“ oder „GESALZEN“. Bei beiden Verpackungen wird die Darstellung mittig platziert und besonders hervorgehoben. Weiter weist die Antragsgegnerin unmittelbar unterhalb der Marke auf die Herkunft aus „H“ hin, was aus Sicht des Senats die Verwechslungsgefahr noch erhöht, weil sich die Antragsgegnerin hiermit der Bezeichnung der Antragstellerin weiter annähert. 118

Soweit die Antragsgegnerin meint, die – unstreitig zutreffende – Herkunftsbezeichnung könne bei der Frage, ob eine Nachahmung vorliegt, nicht berücksichtigt werden, trifft dies grundsätzlich zu. Etwas anders ist aber dann anzunehmen, wenn die Herkunftsbezeichnung – wie hier – offensichtlich bewusst und gewollt in die Produktgestaltung aufgenommen wird, um eine Herkunftstäuschung zu verstärken. Insoweit ist nicht die Herkunftsbezeichnung an sich zu berücksichtigen, sondern die Art ihrer Darstellung. 119

Da es sich bei Mischstreichfetten und Butter um Konkurrenzprodukte handelt und beide Parteien beide Produkte anbieten, liegt es auch nicht fern, die Herkunftstäuschung auf die Übernahme der Gestaltung der Mischstreichfettprodukte zu stützen. 120

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen liegt eine nahezu identische Übernahme der Produktgestaltung der Mischstreichfette der Antragstellerin durch die Gestaltung der Mischstreichfette der Antragsgegnerin vor. Hier sind die prägenden Elemente der Produktgestaltung die gleichen wie bei den Produkten der Klägerin. Insoweit kann auf die vorstehenden Ausführungen der Gegenüberstellung der Mischstreichfette der Antragstellerin und der Butter der Antragsgegnerin verwiesen werden. 121

cc) Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist eine Herkunftstäuschung bei den nachgeahmten Produkten anzunehmen. Denn für den angemessen gut informierten und angemessen aufmerksamen und kritischen durchschnittlichen Verbraucher, auf den es ankommt (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO, § 4 Rn. 3.41, mwN), kommt es zu einer erheblichen Täuschungsgefahr. Dies ist erforderlich, weil die Nachahmung an sich die Unlauterkeit im Sinne des § 4 Nr. 3 UWG noch nicht begründet (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO, § 4 Rn. 3.40). Die Unlauterkeit ergibt sich vielmehr, wenn sie eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft des nachgeahmten Produktes herbeiführt. Der Täuschung steht die Begründung der Täuschungsgefahr gleich (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO, § 4 Rn. 3.41).

122

Damit muss das nachgeahmte Produkt eine gewisse Bekanntheit haben (vgl. BGH, Urteil vom 24.05.2007 - I ZR 104/04, GRUR 2007, 984 - Gartenliege, mwN). Eine solche Bekanntheit ist – wie dargelegt – anzunehmen, ohne dass es auf Absatz und Werbeaufwendungen im Einzelnen ankommt. Denn die Werbung für die Produkte ist allgemeinbekannt nicht unerheblich. Das Produkt ist – wie dargelegt – auch im Bereich der Brotaufstriche im Lebensmitteleinzelhandel seit Jahrzehnten in großem Umfang präsent.

123

Nachdem die Produkte der Antragstellerin eine nicht unerhebliche Bekanntheit aufweisen, ist bei der Annahme einer durchschnittlichen wettbewerblichen Eigenart und der Tatsache, dass die Beklagten jedenfalls nachschaffend die genannten Produkte der Antragstellerin übernommen hat, jedenfalls von einer mittelbaren Täuschung über die betriebliche Herkunft auszugehen.

124

Ob eine unmittelbare Herkunftstäuschung erfolgt, kann dann offenbleiben. Der Bundesgerichtshof hat in der Entscheidung Hot Sox (Urteil vom 19.11.2015 - I ZR 109/14, GRUR 2016, 720) ausgeführt, dass der Verkehr im Grundsatz zwei mit verschiedenen Marken gekennzeichneten Produkten auch zwei verschiedenen Herstellern zuordnet. Allerdings liegt eine Herkunftstäuschung im weiteren Sinn vor. Für die Gefahr einer Täuschung über die betriebliche Herkunft genügt es, wenn der Verkehr bei dem nachgeahmten Produkt annimmt, es handele sich um eine neue Serie oder um eine Zweitmarke oder es bestünden lizenz- oder gesellschaftsrechtliche Beziehungen zwischen den beteiligten Unternehmen (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO, § 4 Rn. 3.44, mwN). Zwar spricht hiergegen, wenn eine deutliche Herstellerangabe erfolgt. Vorliegend sind aber durch die Ähnlichkeiten im Namen in Kombination mit der Nutzung der Herkunftsbezeichnung, die mit der Marke der Antragstellerin teilweise übereinstimmt und die nahezu identische Übernahme hinsichtlich der Merkmale des Mischstreichfettes der Antragstellerin erhebliche Gründe anzunehmen, die von dem angesprochenen Verkehrskreis wahrgenommen werden, so dass aufgrund dieser Merkmale der Verkehr ausnahmsweise trotz der deutlichen Kennzeichnung einer Herkunftstäuschung unterliegt.

125

Soweit eine Wechselwirkung zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Art und Intensität der Übernahme sowie den besonderen Umständen besteht (vgl. BGH, Urteil vom 19.10.2000 - I ZR 225/98, GRUR 2001, 443 - Viennetta), ist auch von der Wettbewerbswidrigkeit auszugehen. Wie dargelegt, haben die Produkte der Antragstellerin jedenfalls eine durchschnittliche wettbewerbliche Eigenart. Die Übereinstimmungen des jeweiligen Gesamteindrucks sind erheblich.

126

Die im Rahmen der Gesamtabwägung zu beantwortende Frage nach der Zumutbarkeit einer Vermeidung der Herkunftstäuschung geht ebenfalls zu Lasten der Antragsgegnerin.

127

128

Die Herkunftstäuschung ist vermeidbar. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Herkunftstäuschung vermeidbar, wenn sie durch geeignete und zumutbare Maßnahmen verhindert werden kann, was im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung zu beurteilen ist (vgl. BGH, GRUR 2017, 1135 Rn. 39 - Leuchtballon, mwN). Die Übernahme ästhetischer Gestaltungsmerkmale, mit denen die angesprochenen Verkehrskreise Herkunftsvorstellungen verbinden, ist regelmäßig nicht sachlich gerechtfertigt, weil den Wettbewerbern in aller Regel ein Ausweichen auf andere Gestaltungsformen und damit ein Abstand zum Original möglich und zumutbar ist.

Nach diesen Grundsätzen ist die Herkunftstäuschung ohne weiteres vermeidbar. Wie sich bereits aus der Gestaltung der Produkte von Dritten auf dem Markt ergibt, die die Antragsgegnerin selbst vorgelegt hat, sind ohne weiteres Produktgestaltungen möglich, die einen anderen Gesamteindruck aufweisen. 129

dd) Vor diesem Hintergrund kann offenbleiben, ob auch eine Rufausbeutung gemäß § 4 Nr. 3 b UWG vorliegt, für deren Vorliegen allerdings ebenfalls vieles spricht. 130

ee) Die für den Unterlassungsanspruch obligatorische Wiederholungsgefahr wird aufgrund der Erstbegehung durch die Antragsgegnerin vermutet. 131

4. Ein Verfügungsgrund wird gemäß § 12 Abs. 2 UWG vermutet. Diese Vermutung hat die Antragsgegnerin nicht widerlegt. 132

5. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO. Das Urteil ist mit seiner Verkündung rechtskräftig. 133

6. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird wie folgt festgesetzt: 400.000 €. 134