
Datum: 20.10.2023
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 20/21
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2023:1020.6U20.21.00

Normen: UWG §4 Nr.3

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln (84 O 252/19) vom 20.01.2021 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens, die Kosten der Revision und die außergerichtlichen Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde werden der Beklagten auferlegt.

Dieses Urteil sowie das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 50.000 € hinsichtlich der Unterlassung, in Höhe von 10.000 € hinsichtlich der Auskunft und Rechnungslegung und im Übrigen in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 50.000 € hinsichtlich der Unterlassung, von 10.000 € hinsichtlich der Auskunft und Rechnungslegung und im Übrigen in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

1

2

3

Hinsichtlich des Sachverhaltes, der bisherigen rechtlichen Einschätzung des Senats, der diesbezüglichen rechtlichen Würdigung durch den Bundesgerichtshof (im Folgenden: BGH) sowie der Klageanträge erster und zweiter Instanz – soweit nicht teilweise angepasst (s.u.) - wird Bezug genommen auf die angefochtene Entscheidung des Landgerichts vom 20.01.2021, den Hinweisbeschluss des Senats vom 25.10.2021, den Zurückweisungsbeschluss des Senats vom 10.01.2022 sowie das Urteil des BGH vom 26.01.2023. Der BGH hat die Entscheidung des Senats im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als im Hinblick auf die Klage und die Widerklageanträge zu a) und c) zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist, und die Sache im Umfang der Aufhebung, auch über die Kosten der Revision sowie der außergerichtlichen Kosten des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an den Senat zurückverwiesen.

Der BGH hat ausgeführt, der Senat habe verfahrensfehlerhaft das Bestreiten der Beklagten zur Aktivlegitimation der Klägerin unberücksichtigt gelassen. Die Beklagte sei nicht gehalten gewesen, den nicht näher konkretisierten Vortrag der Klägerin zu ihrer ausschließlichen Vertriebsberechtigung substantiiert zu bestreiten. Mangels jeglicher Darlegung der Klägerin dazu, aufgrund welcher Vertragsbeziehungen mit anderen Gesellschaften des Konzerns sie dazu berechtigt sei, die streitgegenständlichen Ansprüche, die sonst nur dem Hersteller zustehen, im eigenen Namen geltend zu machen, hätte sie sich vielmehr auf ein einfaches Bestreiten beschränken dürfen. Aber auch dann, wenn die Klägerin im Weiteren – wozu ihr vom Senat noch Gelegenheit einzuräumen sei - ihre Anspruchsberechtigung hinreichend darlegen und erforderlichenfalls beweisen sollte, könne die Klage nach den vom Senat bislang getroffenen Feststellungen nicht als begründet angesehen werden. Zwar habe der Senat zu Recht eine im durchschnittlichen Bereich liegende wettbewerbsrechtliche Eigenart der hier in Rede stehenden klägerischen Produktverpackungen angenommen und sei auch ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangt, dass die Produktverpackungen der Beklagten diejenigen der Klägerin jedenfalls nachschaffend nachahmten. Allerdings könne auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht angenommen werden, dass die Klage unter dem Gesichtspunkt einer vermeidbaren Täuschung über die betriebliche Herkunft nach § 4 Abs. 3 a) UWG begründet sei. Denn auch wenn der Senat bei seiner Beurteilung von zutreffenden rechtlichen Anforderungen an die Annahme einer Herkunftstäuschung im weiteren Sinne ausgegangen sei, insbesondere insofern, als eine Herkunftstäuschung bei einer nachgeahmten Produktverpackung bei unterschiedlicher Produkt- oder Herstellerbezeichnung nicht stets ausgeschlossen sei, solange keine identische Übernahme aller wesentlichen Gestaltungsmerkmale vorliege, reichten die festgestellten Umstände zur Annahme einer mittelbaren Herkunftstäuschung nicht aus. Vielmehr müssten nähere Feststellungen getroffen werden, aus denen sich Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Verbraucher die „Dairygold“-Produkte der Beklagten als neue Produkte der Klägerin ansehen oder die Bezeichnung „DAIRYGOLD“ für eine Zweitmarke der Klägerin halten. Die Gefahr einer mittelbaren Herkunftstäuschung unter dem Gesichtspunkt, dass bei den angesprochenen Verkehrskreisen der Eindruck erweckt werde, es handele sich bei den Produkten des Wettbewerbers um eine neue Serie oder Zweitmarke des Unterlassungsgläubigers, könne – was sich hier aus den bisherigen Feststellungen nicht ergebe - beispielsweise in Betracht kommen, wenn das in Rede stehende Produkt über einen anderen Vertriebsweg oder zu einem günstigeren Preis als das Originalprodukt angeboten werde.

4

Der Senat hat den Parteien nach Zurückverweisung der Sache nochmals Gelegenheit eingeräumt, zu den vom BGH im Revisionsurteil angesprochenen Gesichtspunkten - Aktivlegitimation und Herkunftstäuschung - Stellung zu nehmen, wovon beide Parteien

5

Gebrauch gemacht haben.

Die Beklagte bestreitet - auch angesichts der von der Klägerin zum Beleg hierfür nunmehr eingereichten Unterlagen in Form des Sole Distribution Agreement vom 28.12.2005 (Anlagen K 23 a) nebst deutscher Übersetzung (Anlage K 23 b) sowie des Amendment to the Sole Distribution Agreement vom 21.12.2017 (Anlage K 24) - weiterhin die Alleinvertriebsberechtigung der Klägerin, insbesondere, dass diese noch im Juli 2019 fortbestand und bis heute gegeben ist. Überdies müsse ihrer Auffassung nach für die Annahme der Aktivlegitimation des Alleinvertriebsberechtigten als weitere Voraussetzung diesem eine selbständige Leistungsschutzposition zustehen, wovon vorliegend nicht ausgegangen werden könne, da die Klägerin nicht als unabhängige Händlerin, sondern offensichtlich lediglich im Rahmen der Konzernstrukturen ohne eigenen Handlungsspielraum und eigenes betriebswirtschaftliches Risiko für die Muttergesellschaft tätig werde. Ferner stellt die Beklagte weiterhin eine Herkunftstäuschung in Abrede. Eine unmittelbare Herkunftstäuschung komme aufgrund der Herstellerangabe „DAIRYGOLD“ von vornherein nicht in Betracht. Im Hinblick auf eine mittelbare Herkunftstäuschung fehle es nach wie vor an Vortrag der Klägerin zu konkreten und klaren Anhaltspunkten dafür, dass die Verbraucher die Produkte entweder als neue Produktserie der Klägerin ansehen oder die Bezeichnung „DARYGOLD“ für eine Zweitmarke hielten. Die vom BGH insoweit angeführten Indizien, z.B. ein anderer Vertriebsweg oder günstigerer Preis, lägen nicht vor.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Köln vom 20.01.2021, Az. 84 O 252/19,

abzuändern und wie folgt neu zu fassen:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Auf die Widerklage der Beklagten wird festgestellt, dass die Klä-

gerin verpflichtet ist, der Beklagten allen Schaden zu ersetzen, der

dieser dadurch entstanden ist oder noch entstehen wird, dass die

Klägerin die Beklagte am 25. Juli 2019 wegen angeblich unlauteren

Wettbewerbs abgemahnt hat.

3. Auf die Widerklage der Beklagten festgestellt, dass die

Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten allen Schaden zu ersetzen,

der dieser aus der Vollziehung des Beschlusses des Landgerichts

Köln vom 12. August 2019 - 310 201/19 - entstanden ist oder noch

entstehen wird.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

23

Im Hinblick auf ihre Aktivlegitimation verweist die Klägerin auf die von ihr nunmehr als Anlagen K 23 a und b (Sole Distribution Agreement vom 28.12.2005 nebst deutscher Übersetzung) sowie das als Anlage K 24 eingereichte Amendment to the Sole Distribution Agreement vom 21.12.2017. Gemäß §§ 1 bis 4 der Alleinvertriebsvereinbarung sei ihr das exklusive Vertriebsrecht für die hier streitgegenständlichen Produkte für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland eingeräumt worden. Dies sei gemäß § 11 der Vereinbarung für unbestimmte Zeit geschehen und bis heute gültig. Des Weiteren vertritt sie die Auffassung, dass vorliegend bereits eine unmittelbare Herkunftstäuschung, jedenfalls aber eine mittelbare Herkunftstäuschung zu bejahen sei. Im Hinblick auf die Annahme einer mittelbaren Herkunftstäuschung bezieht sie sich zum Beleg des Verbraucherverständnisses dahingehend, dass die „Dairygold“-Produkte der Beklagten als neue Produkte der Klägerin angesehen oder die Bezeichnung „DAIRYGOLD“ für eine Zweitmarke der Klägerin gehalten werde, auf weitere von ihr vorgelegte Unterlagen (Anlagen K 26 bis 33) und trägt hierzu noch umfangreich vor. Darüber hinaus vertritt sie – wie bereits im einstweiligen Verfügungsverfahren – die Auffassung, dass die Beklagte mit ihren streitgegenständlichen Produkten auch die Wertschätzung ausgenutzt und beeinträchtigt habe, welche Verbraucher den Originalprodukten der Klägerin entgegengebracht hätten, und damit im Weiteren den Tatbestand von § 4 Nr. 3 b) UWG verwirklicht habe.	
Der Senat hat zur Frage des Bestehens einer alleinigen Vertriebsberechtigung der Klägerin für die irische P. Limited Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen L. gemäß Beweisbeschluss vom 25.08.2023. Auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 20.09.2023 wird Bezug genommen.	24
II.	25
Die zulässige Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg.	26
Hinsichtlich der rechtlichen Würdigung wird auf die Entscheidung des Senats, soweit der BGH diese nicht beanstandet hat und an welcher der Senat insofern auch nach nochmaliger Prüfung festhält, sowie das Revisionsurteil des BGH vom 26.01.2023 (I ZR 15/22) Bezug genommen.	27
Sofern der BGH die rechtlichen Erwägungen des Senats beanstandet hat, hat der Senat entsprechend der Vorgaben des Revisionsurteils der Klägerin nochmal Gelegenheit eingeräumt, ihren Vortrag zu ihrer Aktivlegitimation zu ergänzen, und insoweit Beweis erhoben, hält jedoch nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sowie nach nochmaliger Würdigung und Prüfung der Sach- und Rechtslage daran fest, dass die Klage – dies allerdings unter dem Gesichtspunkt einer unmittelbaren Herkunftstäuschung – in der Sache Erfolg hat, wohin gegen die Widerklage abzuweisen war.	28
1.	29
Die Aktivlegitimation der Klägerin ist gegeben.	30
Wie der BGH bereits in früheren Entscheidungen und auch im hiesigen Revisionsurteil ausgeführt hat, dienen Ansprüche aus wettbewerblichem Leistungsschutz vorrangig dem Schutz individueller Leistungen und daneben dem Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb. Sie sollen grundsätzlich nur von demjenigen geltend gemacht werden können, der die zu schützende Leistungen erbracht hat. Das ist in der Regel der Hersteller der nachgeahmten Ware. Es kann aber auch der in seinem Vertrieb behinderte Alleinvertriebsberechtigte eines nachgeahmten Erzeugnisses als unmittelbarer Verletzter im	31

Sinne von § 4 Nr. 3 a) UWG anzusehen sein, wenn durch den Vertrieb eines nachgeahmten Erzeugnisses über die Herkunft aus dem Betrieb eines bestimmten Herstellers und damit auch die Herkunft aus dem Betrieb des ausschließlich Vertriebsberechtigten getäuscht wird (vgl. RU Rn. 12 sowie BGH, Urteil vom 14.04.1988 – I ZR 35/86, GRUR 1988, 620 [juris Rn. 17] – Vespa-Roller; Urteil vom 18.10.2000 – I ZR 283/88, GRUR 1991, 223 [juris Rn. 15] – Finnischer Schmuck; Urteil vom 24.03.1994 – I ZR 42/93, GRUR 1994, 630 [juris Rn. 42] – Cartier-Armreif; Urteil vom 15.07.2004 – I ZR 142/01, GRUR 2004, 941 [juris Rn. 39] – Metallbett).

Vorliegend ist aufgrund der von der Klägerin als Anlagen K 23 a und b vorgelegten Unterlagen sowie der Aussage des Zeugen L. von einer Alleinvertriebsberechtigung der Klägerin für die irische Produktherstellerin auszugehen. Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 16.06.2023 – dort auf S. 1 ff. – weiter zu ihrer ausschließlichen Vertriebsberechtigung ausgeführt und das Sole Distribution Agreement vom 28.12.2005 (Anlagen K 23 a) nebst deutscher Übersetzung (Anlage K 23 b) sowie als Anlage K 24 ein Amendment to the Sole Distribution Agreement vom 21.12.2017 vorgelegt. Bei dem „Sole Distribution Agreement“ handelt es sich um eine Alleinvertriebsvereinbarung der Klägerin (damals noch J. Deutschland GmbH) mit der Muttergesellschaft (damals noch J. Limited). In der Präambel des Vertrags wird festgehalten, dass die Klägerin eine 100 %ige Tochtergesellschaft der Klägerin ist. Unter Ziffer 1. der Vereinbarung ist sodann die Ernennung der Klägerin zum exklusiven Alleinvertriebshändler für Verpackung, Vertrieb, Bewerbung und Verkauf der unter Ziffer 2. genannten Vertragsprodukte, worunter alle Milcherzeugnisse irischen Ursprungs und insbesondere Butter und Käse fallen, im unter Ziffer 3. bezeichneten Vertragsgebiet, welches das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland umfasst, geregelt. Unter Ziffer 4. findet sich die Verpflichtung der Muttergesellschaft im Vertragsgebiet die Vertragsprodukte nicht selbst zu vertreiben und keinem anderen die diesbezüglichen Rechte einzuräumen. Unter Ziffer 11. der Vereinbarung ist schließlich geregelt, dass der Vertrag am 01.01.2006 beginnt und auf unbestimmte Zeit geschlossen ist, wobei er von beiden Seiten mit einer Frist von 6 Monaten zum Ende des Jahres gekündigt werden kann. Dass dieser Vertrag mit diesen Bestimmungen seinerzeit zwischen den dort genannten Parteien so geschlossen wurde, hat zudem der Zeuge L. glaubhaft im Rahmen seiner Vernehmung bestätigt. Insbesondere hat dieser auch ausgesagt, wofür zudem bereits die Überschriften der einzelnen „geschwärzten“ Passagen sprechen, dass diese Textabschnitte nicht die Frage der Vertriebsberechtigung betrafen, und zudem bekundet, dass die Vereinbarung bis zu seinem Ausscheiden aus dem Betrieb der Klägerin am 31.12.2019 und damit nach der Klageerhebung im hiesigen Verfahren ungekündigt fortbestand und seines Kenntnisstandes nach immer noch unverändert fortbestehe. Anhaltspunkte dafür, dass dem entgegen zwischenzeitlich eine Kündigung dieser Vereinbarung erfolgt wäre, sind nicht ansatzweise ersichtlich und auch von der insoweit darlegungsbelasteten Beklagten nicht dargetan. Die Richtigkeit des Vertragstextes als solches oder der Umstand, dass es sich bei der Klägerin um das Nachfolgeunternehmen der J. Deutschland GmbH handelt, wird seitens der Beklagten bereits nicht in Abrede gestellt.

Sofern die Beklagte darüber hinaus die Auffassung vertritt, dass auch bei bestehender Alleinvertriebsberechtigung der Klägerin die Aktivlegitimation mangels Vorliegens weiterer hierfür erforderlicher Voraussetzungen nicht gegeben sei, kann sie damit nicht durchdringen. Wie der BGH in seinem Revisionsurteil - dort auf S. 8 - unter Verweis auf seine frühere Rechtsprechung ausgeführt hat, kann der in seinem Vertrieb behinderte Alleinvertriebsberechtigte als unmittelbar Verletzter im Sinne von § 4 Nr. 3 UWG anzusehen sein, wenn durch den Vertrieb eines nachgeahmten Erzeugnisses über die Herkunft aus dem Betrieb eines bestimmten Herstellers und damit auch die Herkunft aus dem Betrieb des ausschließlich Vertriebsberechtigten getäuscht wird. Nach diesen Grundsätzen ist ein

32

33

besonderes schutzwürdiges Interesse der Klägerin an der Unterbindung unlauterer Nachahmungen hier gegeben. Hierbei kann es zunächst entgegen der Auffassung der Beklagten nicht darauf ankommen, ob es sich um eine nahezu identische Nachahmung handelt, da der Grad der Nachahmung nicht für die Anspruchsberechtigung, sondern nur für die Frage, ob in der Sache überhaupt ein Anspruch besteht, relevant ist. Ferner ist davon auszugehen, dass der Verkehr durch den Vertrieb der nachgeahmten Produkte auch über die Herkunft aus dem Betrieb der Klägerin getäuscht wird, mithin der Verbraucher die unternehmerische Leistung der Herstellerin auch dem Betrieb der Klägerin zuordnet. Bei einem ausschließlich Vertriebsberechtigten ist hiervon in der Regel auszugehen (vgl. Senatsurteil vom 24.07.2020 – 6 U 298/19 -, juris Rn. 50 ff. – Jeanshose mit V-Naht; Spoenle in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl., § 4 Nr. 3 UWG, Stand: 10.01.2023, Rn. 42). Da die Klägerin zudem unstreitig auf jeder einzelnen Produktverpackung namentlich mit ihrer deutschen Adresse angegeben ist, wird sie von den Verbrauchern in Deutschland auch als das Unternehmen wahrgenommen werden, von dem die Produkte stammen. Auch kann die Beklagte nicht mit Erfolg geltend machen, dass der Klägerin ein für die Aktivlegitimation erforderliches eigenes Leistungsschutzrecht mangels schutzwürdiger Eigenleistung sowie eigenem wirtschaftlichen Interesse nicht zustehe. Dem exklusiven Vertriebsberechtigten steht - anders als einem bloßen Händler - bereits im Hinblick auf seine besondere Eigenleistung für den Vertrieb ein selbständiges wettbewerbsrechtliches Leistungsschutzrecht zu, da er in seinem Individualinteresse an der Vermarktung des Originalprodukts beeinträchtigt ist (vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 41. Auflage, § 4 UWG Rn. 3.85). Sofern die Beklagte meint, dies verhalte sich vorliegend bei der Klägerin ausnahmsweise anders, da diese aufgrund der Konzernstrukturen kein eigenes betriebswirtschaftliches Risiko übernehme und ihr diese Strukturen zudem auch keine eigenen betrieblichen Entscheidungen hinsichtlich des Vertriebs der Produkte erlaubten, ist sie bereits der ihr für diese - klägerseits ausdrücklich bestrittene - Behauptung obliegenden Darlegungslast nicht nachgekommen. Aus den von ihr in Bezug genommenen Unterlagen (Anlagen K 23, K 24, BB 4 und BB5 – Jahresabschlussbericht der Klägerin 2019, 2020), kann dies nicht hergeleitet werden. Alleine der Umstand, dass nach den Jahresabschlussberichten Preis- und Marktschwankungen für den Rohstoff Butter keine Risikoposition für die Klägerin darstellen, vermag keinen Hinweis darauf zu geben, dass die Klägerin generell kein wirtschaftliches Risiko trägt. Weiterer substantiierter Vortrag der Beklagten hierzu fehlt gänzlich, vielmehr mutmaßt sie lediglich, dass der Klägerin durch die als Anlage K 23 vorgelegte Vereinbarung keine eigene Leistungsposition oder Einkommensmöglichkeit eingeräumt werden sollte, sondern diese alleine steuerliche Gründe habe.

2. 34
- Im Weiteren ist vorliegend auch eine vermeidbare Herkunftstäuschung anzunehmen. 35
- Auszugehen ist - gemäß den vom BGH nicht beanstandeten Feststellungen des Senats im Hinweisbeschluss vom 25.10.2021 - von einer im durchschnittlichen Bereich liegenden wettbewerbsrechtlichen Eigenart der klägerischen Produktverpackungen und einer jedenfalls nachschaffenden Nachahmung dieser Produktverpackungen durch die Produktverpackungen der Beklagten. 36
- Der Senat hatte ursprünglich offengelassen, ob von einer unmittelbaren Herkunftstäuschung ausgegangen werden kann, und eine mittelbare Herkunftstäuschung angenommen. Hierzu hat der BGH weitere Feststellungen des Senats vermisst, aus denen sich Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Verbraucher die „Dairygold“-Produkte der Beklagten als neue Produkte der Klägerin ansehen oder die Bezeichnung „DAIRYGOLD“ für eine Zweitmarke der Klägerin 37

halten.

Hierauf kommt es indes im Weiteren nicht an, da der Senat nach nochmaliger Prüfung der Sach- und Rechtslage vorliegend eine unmittelbare Herkunftstäuschung für gegeben erachtet. Aufgrund der hier von der Beklagten vorgenommenen Gestaltung der Produktverpackung ist die Gefahr begründet, dass der angesprochene Verkehrskreis der Endverbraucher, zu dem auch die Mitglieder des Senats gehören, annimmt, bei der Nachahmung handle es sich um das Originalprodukt. 38

Bei der Beurteilung der Übereinstimmung oder Ähnlichkeit von Produkten ist grundsätzlich auf den Gesamteindruck abzustellen, den Original und Nachahmung bei ihrer bestimmungsgemäßen Benutzung dem Betrachter vermitteln (BGH GRUR 2005, 166 (168) – Puppenausstattungen; BGH GRUR 2005, 600 (602) – Handtuchklemmen; BGH GRUR 2007, 795 Rn. 32 – Handtaschen; BGH GRUR 2009, 1069 Rn. 20 – Knoblauchwürste). Hierbei 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 Rn. 34 – Handtaschen; BGH GRUR 2010, 80 Rn. 41 – LIKEaBIKE; BGH GRUR 2016, 730 Rn. 47 – Herrnhuter Stern; BGH WRP 2018, 950 Rn. 65 – Ballerinaschuh). Die Herkunftstäuschung setzt nicht voraus, dass alle Gestaltungsmerkmale des Produkts eines Mitbewerbers übernommen werden. Vielmehr kommt es darauf an, dass gerade die übernommenen Gestaltungsmerkmale geeignet sind, im Verkehr auf die betriebliche Herkunft hinzuweisen (vgl. hierzu Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 41. Aufl. 2023, UWG § 4 Rn. 3.43-3.43c). Bei - wie vorliegend - Produkten des täglichen Bedarfs, die sich in der äußeren Erscheinungsform und insbesondere in der Gestaltung ihrer Verpackung von ähnlichen Produkten wenig unterscheiden, orientiert sich der Verkehr in erster Linie an der Produktbezeichnung und der Herstellerangabe (BGH GRUR 2001, 443 (445) – Viennetta). Allerdings ist – dies hat der BGH in seinem Revisionsurteil in diesem Verfahren ausdrücklich klargestellt - eine Herkunftstäuschung durch eine nachgeahmte Produktverpackung bei unterschiedlicher Produkt- oder Herstellerbezeichnung nicht stets ausgeschlossen, dies auch dann nicht, wenn keine identische Übernahme aller wesentlicher Gestaltungsmerkmale vorliegt. Sofern der Leitsatz seiner Senatsentscheidung „Viennetta“ in diese Richtung zu verstehen sein sollte, halte er hieran nicht fest. Insoweit müssten vielmehr alle Umstände des Einzelfalls in den Blick genommen werden. Insbesondere sei zu berücksichtigen, welche Produkt und Herkunftsbezeichnung auf der Nachahmung verwendet werden und in welcher Weise dies geschehe (BGH RU Rn. 50). 39

Unter Beachtung dieser Grundsätze besteht vorliegend die Gefahr einer unmittelbaren Herkunftstäuschung. Die Beklagte hat für ihre Produktverpackungen gerade jene Gestaltungselemente übernommen, die die wettbewerbsrechtliche Eigenart der Verpackung der Klägerin begründen. Der BGH hat vor diesem Hintergrund die Beurteilung des Senats, nach der von einer nachschaffenden Übernahme der Butterverpackung der Klägerin durch die Beklagte und darüber hinaus von einer fast identischen Übernahme der Gestaltung der Verpackung der Mischstreichfette auszugehen sei, gebilligt. Überdies hat der BGH auch die Feststellung des Senats bestätigt, dass Butter und Mischstreichfette, die aus Butter und Rapsöl bestehen, Konkurrenzprodukte sind und derselben Warenkategorie angehören. Von der Beklagten ist zwar eine abweichende Produkt- und Herkunftsbezeichnung auf den Verpackungen angebracht worden, was – wie ausgeführt – grundsätzlich einer Herkunftstäuschung entgegenwirken kann, allerdings besteht insoweit – wie auch vom BGH 40

in seinem Revisionsurteil im hiesigen Verfahren (dort Rn. 52) ausgeführt – die Besonderheit, dass die Produkt- und Herstellerbezeichnungen sich nicht deutlich unterscheiden. Die Bezeichnung „DAIRYGOLD“ ist sprachlich vielmehr stark an die Bezeichnung „Kerrygold“ angelehnt, lediglich der Anlaut unterscheidet sie sich, was indes im Gesamteindruck nicht ins Gewicht fällt. Die Ähnlichkeit wird zudem noch dadurch verstärkt, dass die Beklagte unter die Angabe „DAIRYGOLD“ – welche prominent an gleicher Stelle wie die Bezeichnung „Kerrygold“ auf der Verpackung der Klägerin platziert ist - die Herkunftsbezeichnung „From County Kerry“ angebracht und damit beide Wortbestandteile der Produkt- bzw. Herstellerbezeichnung der Klägerin „Kerry“ und „Gold“ aufgegriffen hat. Bezieht man all dies ein, wird sich einem nicht unerheblichen Teil des angesprochenen Verkehrs der Eindruck aufdrängen, die Produkte stammten von demselben Hersteller.

3. 41

Die Widerklageansprüche auf Feststellung einer Schadensersatzverpflichtung der Klägerin sind entsprechend den obigen Ausführungen unbegründet. 42

III. 43

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs.1 ZPO. 44

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 45

Die Revision gegen dieses Urteil war nicht zuzulassen, § 543 Abs. 2 ZPO. Die Sache hat keine grundsätzliche Bedeutung und eine Entscheidung des Revisionsgerichts ist zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht erforderlich. 46

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 1.250.000,00 € (Klage: 750.000,00 €, Widerklage: 500.000,00 €) festgesetzt. 47